



St.Gallische
Gerichts- und Verwaltungspraxis
2006

St.Gallische
Gerichts- und Verwaltungspraxis
2006

| | |
|--------------------------------------|-------|
| Vorbemerkungen | V |
| Abkürzungen | V |
| Sachregister zum Band 2006 | Reg 1 |

A. GERICHTSPRAXIS

Nr.

| | | |
|--|---------|-----|
| I. Staats- und Verwaltungsrecht | | 1 |
| 1. Verfassung | 1–6 | 1 |
| 2. Staatsverwaltung | 7 | 35 |
| 3. Öffentliches Dienstrecht | 8–10 | 41 |
| 4. Gesundheit, Arbeit und Soziales | 11–24 | 51 |
| 5. Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern | 25–26 | 98 |
| 6. Umweltschutz | 27 | 106 |
| 7. Strassenverkehr | 18–31 | 111 |
| 8. Raumplanung und Baurecht | 32–37 | 126 |
| 9. Gewässernutzung und Gewässerschutz | 38 | 164 |
| 10. Abgaben | 39–57 | 172 |
| 11. Öffentliches Beschaffungswesen | 58–60 | 187 |
| 12. Gebäudeversicherung | 61–62 | 195 |
| II. Zivilrecht | | 205 |
| 1. Personen- und Familienrecht | 63–67 | 205 |
| 2. Sachenrecht und Grundbuch | 68 | 219 |
| 3. Obligationenrecht | 69 | 225 |
| III. Strafrecht einschliesslich Opferhilfe | 70–74 | 227 |
| IV. Rechtspflege | | 239 |
| 1. Gerichtsorganisation und -verfahren allgemein | 75 | 239 |
| 2. Verwaltungsrechtspflege | 76–78 | 241 |
| 3. Zivilrechtspflege | 79–95 | 249 |
| 4. Strafrechtspflege | 96–108 | 274 |
| 5. Rechtsanwälte und Rechtsagenten | 109 | 303 |
| 6. Schuldbetreibung und Konkurs | 110–113 | 304 |

B. VERWALTUNGSPRAXIS

| | | |
|--|---------|-----|
| I. Staats- und Verwaltungsrecht | | 312 |
| 1. Verfassung | 114 | 312 |
| 2. Bürgerrecht | 115 | 315 |
| 3. Erziehung und Bildung | 116–119 | 320 |
| 4. Lotterien | 120 | 330 |
| 5. Begräbnisordnung | 121 | 339 |
| 6. Raumplanung und öffentliches Baurecht | 122–126 | 341 |
| 7. Gebäudeversicherung | 127 | 362 |

Vorbemerkungen

In der St.Gallischen Gerichts- und Verwaltungspraxis (GVP) werden Entscheide von grundsätzlicher Bedeutung sowie Abhandlungen, Stellungnahmen, Mitteilungen und dergleichen folgender kantonalen Behörden veröffentlicht:

- A. Gerichtspraxis: Kantonsgericht, Abteilungen und Einzelrichter des Kantonsgerichtes, Handelsgericht, Anklagekammer, Anwaltskammer, Kassationsgericht, Verwaltungsgericht, Versicherungsgericht, Verwaltungsrekurskommission.
- B. Verwaltungspraxis: Kantonsrat, Regierung, Departemente und von einem Mitglied der Regierung präsiidierte Behörden, Staatskanzlei.

Veröffentlicht werden auch Entscheide von Bundesbehörden (Bundesgericht, Bundesrat usw.), soweit sie nicht in andern, allgemein zugänglichen Veröffentlichungen wiedergegeben werden.

Abkürzungen

| | |
|-------|---|
| ABI | Amtsblatt (des Kantons St.Gallen) |
| aBV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.Mai 1874, AS 11 |
| ADG | Gesetz über die Amtsdauer vom 8. Januar 2004, sGS 117.1 |
| aGS | Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (Gesamtausgabe 1868/69) |
| AHV | BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR 831.10 |
| ALVG | Gesetz über Arbeitslosenversicherung und Arbeitsvermittlung vom 1. April 1993, sGS 361.0 |
| ANAG | BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931, SR 142.20 |
| AnwG | Anwaltsgesetz vom 11. November 1993, sGS 963.70 |
| AS | Amtliche Sammlung des Bundesrechts |
| aStP | G über die Strafrechtspflege vom 9. August 1954, nGS 32-82 |
| ATSG | BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1 |
| AVIG | BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982, SR 837.0 |
| AVIV | eidg V über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 31. August 1983, SR 837.02 |
| AVS | Verordnung über die Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen vom 14. November 2000, sGS 355.1 |
| AZV | Arbeitszeitverordnung vom 27. Mai 1997, sGS 143.22 |
| BauG | Baugesetz vom 6. Juni 1972, sGS 731.1 |
| BB | Bundesbeschluss |
| BBI | Bundesblatt |
| BBV | Berufsbildungsverordnung vom 13. November 2001, sGS 231.11 |
| BesV | Besoldungsverordnung vom 27. Februar 1996, sGS 143.2 |
| BetmG | BG über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, SR 812.121 |
| BevSG | Bevölkerungsschutzgesetz vom 25. Juni 2004, sGS 421.1 |
| BewG | BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983, SR 211.412.41 |

| | |
|-------------|--|
| BewV | eidg V über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 1. Oktober 1984, SR 211.412.411 |
| BG | Bundesgesetz |
| BGFA | BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000, SR 935.61 |
| bGS | Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (1956) |
| BRB | Bundesratsbeschluss |
| BRG | Bürgerrechtsgesetz vom 5. Dezember 1955, sGS 121.1 |
| BRV | Bürgerrechtsverordnung vom 15. Dezember 1992, sGS 121.11 |
| BS | Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und eidgenössischen Verordnungen (1848–1947) |
| BüG | BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952, SR 141.0 |
| BÜPF | BG betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2000, SR 780.1 |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101 |
| BVO | eidg V über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986, SR 23.21 |
| BZP | BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273 |
| DelG | Delegationsgesetz vom 27. November 1967, sGS 141.5 |
| DG | Disziplinargesetz vom 28. März 1974, sGS 161.3 |
| DSV | Datenschutzverordnung vom 24. Oktober 1995, sGS 142.11 |
| EBG | Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, SR 742.101 |
| EG | Einführungsgesetz (des Kantons St.Gallen) |
| EG-BB | Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Berufsbildung vom 19. Juni 1983, sGS 231.1 |
| EGöB | EG zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998, sGS 841.1 |
| EG zum KVG | EG zur Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung vom 9. November 1995, sGS 331.1 |
| EG z. GSchG | EG zum eidgenössischen Gewässerschutzgesetz vom 2. Dezember 1973, sGS 752.1 |
| EG zum ZGB | EG zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 3. Juli 1911/22. Juni 1942, sGS 911.1 |
| eidg | eidgenössisch |
| eidgV | eidgenössische Verordnung |
| ELG | BG über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 19. März 1965, SR 831.30 |
| EMRK | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101 |
| EnFöV | Verordnung über Förderungsbeiträge nach dem Energiegesetz vom 12. Dezember 2000, sGS 741.12 |
| EnG | Energiegesetz vom 26. Mai 2000, sGS 741.1 |
| EntG | Enteignungsgesetz vom 31. Mai 1984, sGS 735.1 |
| EnV | Energieverordnung vom 27. März 2001, sGS 741.11 |
| ErmV | Ermächtigungsverordnung vom 5. Mai 1997, sGS 141.41 |
| EV | Einführungsverordnung (des Kantons St.Gallen) |
| EVD-BS | Ergänzende Verordnung über das Dienstverhältnis der Lehrpersonen an Berufs- und Weiterbildungszentren vom 8. März 2005, sGS 231.31 |
| EVD-MS | Ergänzende Verordnung über das Dienstverhältnis der Mittelschul-Lehrkräfte vom 15. Juni 2004, sGS 143.4 |

| | |
|--------|--|
| FAG | Finanzausgleichsgesetz vom 9.Juni 1985, sGS 813.1 |
| FBG | G über die Friedhöfe und die Bestattungen vom 28. Dezember 1964, sGS 458.1 |
| FHV | Finanzhaushaltsverordnung vom 17. Dezember 1996, sGS 831.1 |
| FMG | Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, SR 784.10 |
| FSG | Gesetz über den Feuerschutz vom 18. Juni 1968, sGS 871.1 |
| FSV | Interkantonale Fachschulvereinbarung vom 27. August 1998, sGS 211.82 |
| FV | Fischereiverordnung vom 11. November 1980, sGS 854.11 |
| FvG | Gesetz über Filmvorführungen vom 21. Mai 1976, sGS 554.1 |
| FZA | Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681 |
| FZG | BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993, SR 831.42 |
| G | Gesetz (des Kantons St.Gallen) |
| GAöL | Gesetz über die Abgeltung ökologischer Leistungen vom 22. September 1991, sGS 671.7 |
| GBBV | Grundbuchbereinigungsverordnung vom 29. August 1978, sGS 914.31 |
| GebR | Gebührenreglement für die Hochschule St.Gallen vom 18. Dezember 1980, sGS 217.43 |
| GebT | Gebührentarif für die Kantons- und Gemeindeverwaltung vom 2. Mai 2000, sGS 821.5 |
| GerG | Gerichtsgesetz vom 2. April 1987, sGS 941.1 |
| GeschO | Geschäftsordnung der Regierung vom 5. Mai 1997, sGS 141.2 |
| GeschR | Geschäftsreglement der Regierung und der Staatskanzlei vom 7. Dezember 1951, sGS 141.3 |
| GesG | Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1979, sGS 311.1 |
| GG | Gemeindegesezt vom 23. August 1979, sGS 151.2 |
| GGA | Gesetz über die Gesetzessammlung und das Amtsblatt vom 21. Dezember 1953, sGS 0.1 |
| GGU | Gesetz über gemeinschaftliche Unternehmen vom 20. Juni 1997, sGS 153.1 |
| GGs | Gesetz über die Durchführung der Grundstückschätzung vom 9. November 2000, sGS 814.1 |
| GIVU | Gesetz über Inkassohilfe und Vorschüsse für Unterhaltsbeiträge vom 28. Juni 1979, sGS 911.51 |
| GKT | Gerichtskostenarar vom 12. November 1996, sGS 941.12 |
| GMB | Gesetz über Mutterschaftsbeiträge vom 5. Dezember 1985, sGS 372.1 |
| GNG | Gesetz über die Gewässernutzung vom 5. Dezember 1960, sGS 751.1 |
| GNS | Gesetz über die Niederlassung der Schweizer vom 5. April 1979, sGS 453.1 |
| GO | Gerichtsordnung vom 19. April 1991, sGS 941.21 |
| GöV | Gesetz zur Förderung des öffentlichen Verkehrs vom 25. September 1988, sGS 710.5 |
| GPHSG | Gesetz über die Pädagogische Hochschule Rorschach des Kantons St.Gallen vom 19. April 2006, sGS 216.0 |
| GRB | Grossratsbeschluss (des Kantons St.Gallen) |
| GRB-LR | Grossratsbeschluss über Luftreinhaltmassnahmen vom 8. Januar 1987, sGS 672.32 |
| GRB-LS | Grossratsbeschluss über den Lärmschutz vom 8. November 1990, sGS 672.43 |
| GRuSA | Grossratsbeschluss über umweltgefährdende Stoffe und Anlagen vom 6. April 1989, sGS 672.53 |
| GS | Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Folge (1869–1955) |
| Gsa | Gesetz über steuerbegünstigte Arbeitsbeschaffungsreserven vom 3. November 1988, sGS 811.41 |

| | |
|--------|---|
| GSchG | BG über den Schutz des Gewässers vom 24. Januar 1991, SR 814.20 |
| GSchVG | Vollzugsgesetz zur eidg Gewässerschutzgesetzgebung vom 11. April 1996, sGS 752.2 |
| GSchVV | Verordnung zum Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung vom 21. Januar 1997, sGS 752.21 |
| GSS | Gesetz über Spielgeräte und Spiellokale vom 6. Juni 1982, sGS 554.3 |
| GVG | Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 26. Dezember 1960, sGS 873.1 |
| GVP | St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis |
| GWE | Gesetz über Wohnbau- und Eigentumsförderung vom 9. Januar 1992, sGS 737.1 |
| GWG | Gastwirtschaftsgesetz vom 26. November 1995, sGS 553.1 |
| GWV | Gastwirtschaftsverordnung vom 12. März 1996, sGS 553.11 |
| | |
| HG | Hundegesetz vom 5. Dezember 1985, sGS 456.1 |
| HO | Habilitationsordnung der Hochschule St.Gallen vom 29. Juni 1979, sGS 217.17 |
| HonO | Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994, sGS 963.75 |
| | |
| IPRG | BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291 |
| IVG | BG über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, SR 831.20 |
| IVöB | Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, sGS 841.31 |
| IVTH | Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse vom 23. Oktober 1998, sGS 552.531 |
| IVV | eidg V über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961, SR 831.201 |
| | |
| JG | Jagdgesetz vom 17. November 1994, sGS 853.1 |
| JV | Jagdverordnung vom 31. Oktober 1995, sGS 853.11 |
| | |
| KBG | Kantonalbankgesetz vom 22. September 1996, sGS 861.2 |
| KGG | Kindergartengesetz vom 23. Juni 1974, sGS 212.1 |
| KGV | Kindergartenverordnung vom 3. Dezember 1974, sGS 212.11 |
| KJV | Verordnung über Kinder- und Jugendheime vom 21. September 1999, sGS 912.4 |
| KLV | eidg V des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995, SR 832.112.31 |
| KonfG | Gesetz über die Besorgung der Angelegenheiten des katholischen und des evangelischen Konfessionsteiles vom 25. Juni 1923, sGS 171.1 |
| Konk | Konkordat |
| KRB | Kantonsratsbeschluss (des Kantons St.Gallen) |
| KRR | Kantonsratsreglement vom 24. Oktober 1979, sGS 131.11 |
| KV | Verfassung des Kantons St.Gallen vom 10. Juni 2001, sGS 111.1 |
| KVG | BG über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10 |
| KZG | Kinderzulagengesetz vom 11. April 1996, sGS 371.1 |
| KZV | Kinderzulagenverordnung vom 12. November 1996, sGS 371.11 |

| | |
|--------|---|
| LaG | Landwirtschaftsgesetz vom 21. Juni 2002, sGS 610.1 |
| LaV | Landwirtschaftsverordnung vom 17. September 2002, sGS 610.11 |
| LBG | Gesetz über die Besoldung der Volksschullehrer vom 30. November 1971, sGS 213.51 |
| LG | BG betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923, SR 935.51 |
| LRV | Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985, SR 814.318.142.1 |
| LSV | Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, SR 814.41 |
| MAR | Maturitäts-Anerkennungsreglement vom 16. Januar 1995, sGS 230.11 |
| MeIG | Meliorationsgesetz vom 31. März 1977, sGS 633.1 |
| MSG | Mittelschulgesetz vom 12. Juni 1980, sGS 215.1 |
| MSV | Mittelschulverordnung vom 17. März 1981, sGS 215.11 |
| N | Note oder Neudruck |
| NG | Nachtragsgesetz (des Kantons St.Gallen) |
| NISV | eidg V über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999, SR 814.710 |
| nGS | Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Reihe, chronologische Ordnung (ab 1956) |
| NSV | Naturschutzverordnung vom 17. Juni 1975, sGS 671.1 |
| OG | Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, SR 173.110 |
| OHG | BG über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 4. Oktober 1991, SR 312.5 |
| OR | BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220 |
| PBR | Prüfungs- und Bewilligungsreglement für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994, sGS 963.73 |
| PG | Polizeigesetz vom 10. April 1980, sGS 451.1 |
| PKV | Pflegekinderverordnung vom 28. Februar 1978, sGS 912.3 |
| PV | Polizeiverordnung vom 2. Dezember 1980, sGS 451.11 |
| R | Reglement |
| RhG | Rheingesez vom 18. Juni 1987, sGS 734.21 |
| RIG | Gesetz über Referendum und Initiative vom 27. November 1967, sGS 125.1 |
| rIVöB | (revidierte) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, sGS 841.32 |
| RLG | Gesetz über Ruhetag und Ladenöffnung vom 29. Juni 2004, sGS 552.1 |
| R-NDS | Reglement für das Nachdiplomstudium am Neu-Technikum Buchs vom 6. Juli 1992, sGS 234.14 |
| RPG | BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700 |
| RPV | eidg V über die Raumplanung vom 2. Oktober 1989, SR 700.1 |
| RRB | Regierungs(rats)beschluss (des Kantons St.Gallen) |
| RRB-LR | Regierungsratsbeschluss zum Grossratsbeschluss über Luftreinhaltemassnahmen vom 17. Mai 1994, sGS 672.351 |
| RRB-LS | Regierungsratsbeschluss zum Grossratsbeschluss über den Lärmschutz vom 17. Mai 1994, sGS 672.432 |

| | |
|--------|--|
| RuSA | Regierungsratsbeschluss über umweltgefährdende Stoffe und Anlagen vom 3.Oktober 1989, sGS 672.531 |
| SBG | BG über Glücksspiele und Spielbanken vom 18. Dezember 1998, SR 935.52 |
| SchBl | Amtliches Schulblatt des Kantons St.Gallen |
| SchIT | Schlusstitel |
| SchKG | BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1 |
| sGS | Gesetzensammlung des Kantons St.Gallen, Neue Reihe, systematische Ordnung |
| SHG | Sozialhilfegesetz vom 27. September 1998, sGS 381.1 |
| SoG | Gesetz über Staatsbeiträge an private Sonderschulen vom 31. März 1977, sGS 213.95 |
| SpesV | Spesenverordnung vom 6. Dezember 2004, sGS 143.6 |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts |
| SSV | Signalisationsverordnung vom 5. September 1979, SR 741.21 |
| StG | Steuergesetz vom 9. April 1998, sGS 811.1 |
| StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0 |
| StG/70 | Steuergesetz vom 23. Juni 1970, nGS 29-70 |
| StHG | BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990, SR 642.14 |
| StipG | Stipendiengesetz vom 3. Dezember 1968, sGS 211.5 |
| StP | Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999, sGS 962.1 |
| StPV | Strafprozessverordnung vom 13. Juni 2000, sGS 962.11 |
| StrG | Strassengesetz vom 12. Juni 1988, sGS 732.1 |
| StrV | Strassenverordnung vom 22. November 1988, sGS 732.11 |
| StV | Steuerverordnung vom 20. Oktober 1998, sGS 811.11 |
| StVG | Staatsverwaltungsgesetz vom 16. Juni 1994, sGS 140.1 |
| SVAG | Gesetz über die Strassenverkehrsabgaben vom 5. Januar 1978, sGS 711.70 |
| SVG | eidg Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01 |
| SZpV | Schulzahnpflegeverordnung vom 2. Februar 1982, sGS 213.13 |
| T | Tarif |
| TaxO | Taxordnung der Spitäler und der Psychiatrischen Kliniken vom 5. Dezember 1989, sGS 321.61 |
| TEGV | Tarif über Entschädigungen und Gebühren im Veterinärwesen vom 6. März 2001, sGS 643.72 |
| TSG | Tarif der Schulgelder und Gebühren der staatlichen Mittelschulen und der Pädagogischen Hochschule vom 6. Juli 1976, sGS 215.15 |
| UAG | Gesetz über die Urnenabstimmungen vom 4. Juli 1971, sGS 125.3 |
| UeStG | Übertretungsstrafgesetz vom 13. Dezember 1984, sGS 921.1 |
| UG | Gesetz über die Universität St.Gallen vom 26. Mai 1988, sGS 217.11 |
| UGG | Unterhaltungsgewerbegesetz vom 20. Juni 1985, sGS 554.4 |
| URG | BG über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992, SR 231.1 |
| US | Universitätsstatut vom 3. November 1997, sGS 217.15 |
| USG | BG über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, SR 814.01 |
| UVG | Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, 832.20 |
| UWG | BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, SR 241 |

| | |
|---------------------|---|
| V | Verordnung (des Kantons St.Gallen) |
| VDL | Verordnung über das Dienstverhältnis der Volksschul-Lehrkräfte vom 23. Februar 1999, sGS 213.14 |
| VEnAe | Verordnung über die Entschädigung der Ärzte für amtliche Verrichtungen vom 10. Januar 1989, sGS 311.5 |
| VEnR | Verordnung über die Entschädigung nebenamtlicher Richter vom 14. Mai 1991, sGS 941.13 |
| VERK | Verfassung der evangelisch-reformierten Kirche des Kantons St.Gallen vom 13. Januar 1974, sGS 175.1 |
| VermG | Gesetz über die amtliche Vermessung vom 26. November 1995, sGS 914.7 |
| VetG | Veterinärsgesetz vom 15. Juni 1971, sGS 643.1 |
| VG | Verantwortlichkeitsgesetz vom 7. Dezember 1959, sGS 161.1 |
| VGS | Verordnung über die Durchführung der Grundstückschätzung vom 5. Dezember 2000, sGS 814.11 |
| VGT | Verkehrsgebührentarif vom 20. Dezember 2005, sGS 718.1 |
| VGv | Verwaltungsgebührenverordnung vom 27. April 1971, sGS 821.1 |
| VGWE | Verordnung zum Gesetz über Wohnbau- und Eigentumsförderung vom 18. Januar 1993, sGS 737.11 |
| VJP | Verordnung über die Jägerprüfung vom 28. Dezember 1966, sGS 853.15 |
| VKK | Verfassung des katholischen Konfessionsteils des Kantons St.Gallen vom 18. September 1979, sGS 173.5 |
| VKoG | Gesetz über die Verfahrenskoordination in Bausachen vom 18. Juni 1998, sGS 731.2 |
| VKoV | Verordnung über Verfahrenskoordination und Fristen in Bausachen vom 24. November 1998, sGS 731.21 |
| VLVK | Verordnung über die kantonale Lehrerversicherungskasse vom 13. November 1990, sGS 213.550 |
| VöB | Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998, sGS 841.11 |
| VRP | Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965, sGS 951.1 |
| VRV | Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962, SR 741.11 |
| VSäD | Verordnung über den Schulärztlichen Dienst vom 31. Mai 2005, sGS 211.21 |
| VSch | Verordnung über das Scheidungsverfahren vom 5. Oktober 1999, sGS 961.22 |
| VSG | Volksschulgesetz vom 13. Januar 1983, sGS 213.1 |
| VStD | Verordnung über den Staatsdienst vom 5. März 1996, sGS 143.20 |
| VTG | Verordnung über die Tiergesundheit vom 6. März 2001, sGS 643.12 |
| VTS | eid V über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge vom 19. Juni 1995, SR 741.41 |
| VÜPF | eid V über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 31. Oktober 2001, SR 780.11 |
| VUV | eid V über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten vom 19. Dezember 1983, SR 832.30 |
| VV | Vollzugsverordnung |
| VVK | Verordnung über die Versicherungskasse für das Staatspersonal vom 5. September 1989, sGS 143.7 |
| VVU | Verordnung über den Volksschulunterricht vom 11. Juni 1996, sGS 213.12 |
| VwVG | BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021 |
| VZV | eid Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976, SR 741.51 |
| V zum EG zum KVG | V zum EG zur Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung vom 12. Dezember 1995, sGS 331.111 |
| WBG | Wasserbaugesetz vom 23. März 1969, sGS 734.11 |
| WGG | Wandergewerbegesetz vom 20. Juni 1985, sGS 552.4 |
| WGV | Wandergewerbeverordnung vom 21. Januar 1986, sGS 552.41 |

| | |
|------|---|
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210 |
| ZPG | Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990, sGS 961.2 |
| ZPV | Zivilprozessverordnung vom 5. Februar 1991, sGS 961.21 |
| ZStV | Zivilstandsverordnung vom 14. Juni 2005, sGS 912.1 |
| ZUG | BG über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977, SR 851.1 |

Andere Abkürzungen, die nur in einzelnen Veröffentlichungen verwendet werden, sind bei der erstmaligen Erwähnung des betreffenden Erlasses oder Periodikums aufgeführt. Im Übrigen werden die gebräuchlichen Abkürzungen verwendet: Bd. für Band, S. für Seite, Nr. für Nummer usw.

Sachregister zum Band 2006

(nach Rechtsquellen geordnet)

Übersicht

| | |
|--|--------|
| I. Entscheide zum kantonalen Recht | Seite |
| 1. Grundlagen und Organisation von Staat und Gemeinden | Reg 3 |
| 2. Erziehung, Bildung, Kultur | Reg 4 |
| 3. Gesundheitspflege, Sozialversicherung, Fürsorge | Reg 5 |
| 4. Landesverteidigung, öffentliche Sicherheit und Ordnung | Reg 6 |
| 5. Arbeit und Gewerbe | Reg 6 |
| 6. Land- und Forstwirtschaft, Tierhaltung, Umweltschutz | Reg 6 |
| 7. Verkehr, öffentliches Baurecht, Energie, Gewässernutzung und Gewässerschutz | Reg 6 |
| 8. Öffentliche Finanzen, Regalien, staatliche Unternehmungen, Feuerschutz | Reg 7 |
| 9. Zivilrecht, Strafrecht, Rechtspflege | Reg 11 |
| II. Entscheide zum Bundesrecht | |
| 1. Staat, Volk, Behörden | Reg 17 |
| 2. Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung | Reg 18 |
| 3. Strafrecht, Strafrechtspflege, Strafvollzug | Reg 20 |
| 4. Schule, Wissenschaft, Kultur | Reg 21 |
| 5. Landesverteidigung | Reg 21 |
| 6. Finanzen | Reg 22 |
| 7. Öffentliche Werke, Energie und Verkehr | Reg 22 |
| 8. Gesundheit (einschliesslich Umweltschutz), Arbeit, Soziale Sicherheit | Reg 23 |
| 9. Wirtschaft, Technische Zusammenarbeit | Reg 26 |
| III. Entscheide zum Internationalen Recht | |
| Menschenrechte und Grundfreiheiten. | Reg 27 |

I. Entscheide zum kantonalen Recht¹

1. Grundlagen und Organisation von Staat und Gemeinden

Verfassung des Kantons St.Gallen vom 10. Juni 2001 (KV), sGS 111.1

Art. 2 Bst. m. Siehe Art. 19 BV (GVP 2006 Nr. 114).

Art. 3 Bst a. Siehe Art. 19 BV (GVP 2006 Nr. 114).

Art. 4 lit. c. Siehe Art. 29 Abs. 2 BV (GVP 2006 Nr. 4).

Art. 32 Abs. 1 lit. b. Siehe Art. 35 Abs. 1 KV (GVP 2006 Nr. 6).

Art. 35 Abs. 1. Der Präsident eines Primar- und Oberstufenschulrates hat zur Ausübung seiner Ämter in der betreffenden Gemeinde Wohnsitz zu nehmen. Bei der Feststellung des Wohnsitzes sind die Kriterien des zivilrechtlichen Wohnsitzes massgebend, insbesondere der Mittelpunkt der Lebensinteressen.

Verwaltungsgericht, 12. April 2006

GVP 2006 Nr. 6

Bürgerrechtsgesetz vom 5. Dezember 1955 (BRG), sGS 121.1

Art. 7bis Siehe Art. 8ter Abs. 2 BRG (GVP 2006 Nr. 115).

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

Departement des Innern, 9. Juni 2006

GVP 2006 Nr. 115

Staatsverwaltungsgesetz vom 16. Juni 1994 (StVG), sGS 140.1

Art. 83 Entscheidet die Vorsteherin des Gesundheitsdepartements einen Rekurs gegen eine vor dem 1. Januar 2006 ergangene Verfügung einer Spitalregion, verletzt sie die Ausstandsvorschriften nicht. Wird einer Angestellten gekündigt, die eine halbe IV-Rente bezieht und der im Arzteugnis eine Arbeitsfähigkeit von rund vier bis viereinhalb Stunden pro Tag inkl. Arbeitsweg bescheinigt wird, so erfolgt die Kündigung nicht während einer Krankheit. Die Umstrukturierung eines Spitals ist ein triftiger Grund für die Auflösung eines Angestelltenverhältnisses.

Verwaltungsgericht, 14. September 2006

GVP 2006 Nr. 7

V über den Staatsdienst vom 5. März 1996 (VStD), sGS 143.20

Art. 65 Abs. 1. Siehe Art. 83 StVG (GVP 2006 Nr. 7).

¹ Gliederung nach dem Systematischen Register (Stand: 1. Januar 2006); Übersicht im Register 2006 der Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen.

2. Erziehung, Bildung, Kultur

Stipendiengesetz vom 3. Dezember 1968 (StipG), sGS 211.5

- Art. 1 Sozialhilfeleistungen sind subsidiär gegenüber Leistungsverpflichtungen Dritter. Sie können erst ausgerichtet werden, wenn auch die spezialgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Ansprüche des Gesuchstellers, wozu Stipendien gehören, ausgeschöpft worden sind.

Erziehungsdepartement, 10. November 2006

GVP 2006 Nr. 116

Volksschulgesetz vom 13. Januar 1983 (VSG), sGS 213.1

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

Erziehungsdepartement, 20. September 2006

GVP 2006 Nr. 117

- Art. 34 Abs. 1 Bst. c. Siehe Art. 19 BV (GVP 2006 Nr. 114).

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

Erziehungsrat, 23. Oktober 2006

GVP 2006 Nr. 118

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

Erziehungsrat, 28. Juli 2006

GVP 2006 Nr. 119

- Art. 53 Abs. 1. Siehe Art. 52 VSG (GVP 2006 Nr. 119).

- Art. 63ff. Die Kündigung des Dienstverhältnisses einer Lehrperson wegen Rückgangs der Schülerzahlen ist rechtmässig und kann nicht mit dem Argument angefochten werden, es hätte einer anderen Angestellten gekündigt werden können.

Verwaltungsgericht, 30. November 2006

GVP 2006 Nr. 8

- Art. 67bis Die obligationenrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen sind im Dienstrecht der Volksschullehrkräfte nicht anwendbar.

Verwaltungsgericht, 21. März 2006

GVP 2006 Nr. 9

V über den Volksschulunterricht vom 11. Juni 1996 (VVU), sGS 213.12

- Art. 6 Abs. 1 Bst. c. Siehe Art. 19 BV (GVP 2006 Nr. 114).

3. Gesundheitspflege, Sozialversicherung, Fürsorge

EG zur Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung vom 9. November 1995, sGS 331.11

Art. 9 Die nachträgliche Zusprache von Ergänzungsleistungen zur AHV hat die Rückforderung von individuellen Prämienverbilligungen zur Folge.
 Versicherungsgericht, 24. März 2006 GVP 2006 Nr. 20

Art. 10 Abs. 1. Siehe Art. 65 KVG (GVP 2006 Nr. 17).

Art. 11 Siehe Art. 65 KVG (GVP 2006 Nr. 17).

Art. 11 Abs. 3. Nur tiefgreifende und dauerhafte Änderungen der Verhältnisse rechtfertigen es, bei der Ermittlung des Prämienverbilligungsanspruchs von der letzten definitiven Steuerveranlagung abzuweichen.
 Verwaltungsgericht, 21. März 2006 GVP 2006 Nr. 21

Art. 11 Abs. 3. Individuelle Prämienverbilligung. Der Lehrabschluss bewirkt eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, so dass auf die aktuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abzustellen ist und von dem nach Massgabe von Art. 12 V zum KVG ermittelten Einkommen abgewichen werden kann.
 Versicherungsgericht, 27. März 2006 GVP 2006 Nr. 22

Art. 12 Abs. 2. Siehe Art. 9 EG zum KVG (GVP 2006 Nr. 20).

Art. 13 Abs. 1. Siehe Art. 9 EG zum KVG (GVP 2006 Nr. 20).

V zum EG zur Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung vom 12. Dezember 1995, sGS 331.111

Art. 9 Siehe Art. 65 KVG (GVP 2006 Nr. 17).

Art. 12 Siehe Art. 65 KVG (GVP 2006 Nr. 17).

Sozialhilfegesetz vom 27. September 1998 (SHG), sGS 381.1

Art. 2 Abs. 2. Siehe Art. 1 StipG (GVP 2006 Nr. 116).

Art. 17 lit. c und d. Es ist zulässig, im Rahmen der Ausrichtung finanzieller Sozialhilfe eine alleinstehende Mutter aufgrund besonderer Umstände erst zwei Jahre nach der Geburt des zweiten Kindes zur Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit zu verpflichten. Dies statuiert keinen generellen Rechtsanspruch auf Sozialhilfe während zwei Jahren nach einer Geburt.
 Verwaltungsgericht, 14. September 2006 GVP 2006 Nr. 23

Art. 24 Abs. 1. Die Zuständigkeit der Gemeinden für die Unterstützung Bedürftiger richtet sich nach den sachgemäss anwendbaren Bestimmungen des Bundesrechts; Art. 3 VRP ist bei solchen Kompetenzkonflikten nicht anwendbar. Beim Fehlen eines Unterstützungswohnsitzes begründet der tatsächliche Aufenthalt die Zuständigkeit der Gemeinde für die Leistung von Sozialhilfe.
 Verwaltungsgericht, 8. Juni 2006 GVP 2006 Nr. 24

4. Landesverteidigung, öffentliche Sicherheit und Ordnung

G über die Friedhöfe und die Bestattungen vom 28. Dezember 1964, sGS 458.1

- Art. 9 Die Kosten des Sonntagsdienstes des Bestattungsunternehmens und die Kosten der Sargbespannung dürfen den Angehörigen des Verstorbenen nicht in Rechnung gestellt werden, sondern sind von der politischen Gemeinde zu übernehmen.
Departement des Innern, 22. August 2006 GVP 2006 Nr. 121
-

5. Arbeit und Gewerbe

Kein Entscheid.

6. Land- und Forstwirtschaft, Tierhaltung, Umweltschutz

Kein Entscheid.

7. Verkehr, öffentliches Baurecht, Energie, Gewässernutzung und Gewässerschutz

Baugesetz vom 6. Juni 1972 (BauG), sGS 731.1

- Art. 21 Siehe Art. 18 und 18m EBG (GVP 2006 Nr. 34).
- Art. 23 Die in einem Überbauungsplan festgelegten Abweichungen von der Regelbauweise dürfen insgesamt nicht zu einer dem fakultativen Referendum unterstellten Änderung der Zonenordnung führen.
Baudepartement, 6. März 2006 GVP 2006 Nr. 123
- Art. 32 Abs. 1. Siehe Art. 21 Abs. 2 RPG (GVP 2006 Nr. 32).
- Art. 33 Siehe Art. 21 Abs. 2 RPG (GVP 2006 Nr. 32).
- Art. 56 Abs. 4. Der oberirdische Aufbau eines Autolifts gilt als kleine Anbaute im Sinn der Bauordnung der Stadt St.Gallen. Der Autolift und die unterirdische Tiefgarage bilden keinen unzulässigen Eingriff in das geschützte Ortsbild. Können durch bauliche Massnahmen Motorfahrzeuge auf privaten Flächen anstatt auf öffentlichem Grund abgestellt werden, sind grundsätzlich besondere Verhältnisse gegeben, die eine Unterschreitung des Strassenabstands rechtfertigen.
Verwaltungsgericht, 21. März 2006 GVP 2006 Nr. 35
- Art. 63 Der Eintrag eines Ausnützungstransfers als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch ist nur zulässig, wenn und soweit der Übertrag auf Grund eines konkreten Baugesuchs erforderlich ist.
Baudepartement, 20. April 2006 GVP 2006 Nr. 124

- Art. 73 Das kantonale Recht ermächtigt die Gemeinden, eine Ersatzabgabe für einen fehlenden Kinderspielplatz zu erheben. Die konkrete Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage ist dem kommunalen Recht überlassen, insbesondere die Regelung der Frage, ob die Ersatzabgabe nur bei Neubauten oder auch bei Umbauten geschuldet ist.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 12. Dezember 2006 GVP 2006 Nr. 36
- Art. 74 Siehe Art. 73 BauG (GVP 2006 Nr. 36).
- Art. 77quinquies
Abs. 2. Siehe Art. 24d Abs. 3 lit. b RPG (GVP 2006 Nr. 33).
- Art. 82 Wurde ein Baugesuch unter Verletzung der Verfahrensvorschriften und namentlich ohne vorgängige Auflage und Anzeige bewilligt, so kann die Baubewilligung auch nachträglich angefochten werden.
Baudepartement, 24. Januar 2006 GVP 2006 Nr. 125
- Art. 83 Abs. 2. Der Mieter eines Baugrundstücks ist nicht zur Einsprache gegen ein Bauvorhaben legitimiert, wenn dessen Realisierung eine Auflösung des Mietverhältnisses voraussetzt.
Verwaltungsgericht, 24. August 2006 GVP 2006 Nr. 37
- Art. 98 Abs. 1 lit. c. Siehe Art. 56 Abs. 4 BauG (GVP 2006 Nr. 35).
- Art. 98 Abs. 2. Siehe Art. 56 Abs. 4 BauG (GVP 2006 Nr. 35).
- Art. 130 Abs. 2. Tragen mehrere Beteiligte die Verantwortung für einen widerrechtlichen Zustand, können für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Grundsatz alle Beteiligten herangezogen werden.
Regierung, 3. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 126
Strassengesetz vom 12. Juni 1988 (StrG), sGS 732.1
- Art. 108 Abs. 2. Siehe Art. 56 Abs. 4 BauG (GVP 2006 Nr. 35).
EG zum eidg. Gewässerschutzgesetz vom 2. Dezember 1973, sGS 752.1
- Art. 25 Abs. 1. Siehe Art. 32a Abs. 1 USG (GVP 2006 Nr. 27).
Vollzugsgesetz zur eidg. Gewässerschutzgesetzgebung vom 11. April 1996, (GSchVG), sGS 752.2
- Art. 15–19 Siehe Art. 60a GSchG (GVP 2006 Nr. 38).

8. Öffentliche Finanzen, Regalien, staatliche Unternehmungen, Feuerschutz

Steuergesetz vom 9. April 1998 (StG), sGS 811.1

- Art. 14 Abs. 1. Bei einem frei praktizierenden Arzt mit Wohnsitz im Kanton Appenzell Ausserrhoden und Praxis in St.Gallen begründet die Führung der Praxisadministration durch die Ehefrau am Wohnort keine anteilmässige Besteuerung des Geschäftseinkommens am Wohnort.
Verwaltungsgericht, 19. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 39

- Art. 24 Abs. 1. Die Steuernachfolge der Erben hat eine materielle und eine formelle Seite. Sie bewirkt, dass die Erben einerseits die Steuerschulden des Erblassers übernehmen und andererseits in dessen verfahrensrechtliche Stellung eintreten.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 17. August 2006 GVP 2006 Nr. 40
- Art. 29 Abs. 1. Abgrenzung des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels von der privaten Vermögensverwaltung. Die Tätigkeit eines Steuerpflichtigen ist als private Vermögensverwaltung zu qualifizieren, wenn sich die Aktivität seiner Kommanditgesellschaft in der Verwaltung seines Vermögens erschöpft, kein Fremdkapital eingesetzt wird, kein Zusammenhang mit dem Beruf des Pflichtigen besteht und nur in geringem Mass derivative Finanzinstrumente eingesetzt werden.
Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 41
- Art. 29 Abs. 1. Wird eine Provision für Vermittlung und Abschluss von Einzelversicherungsverträgen im Rahmen der Haupterwerbstätigkeit des Steuerpflichtigen als Unternehmensvorsorgeberater bei einer Versicherungsgesellschaft ausgerichtet, können keine notwendigen Berufskosten für eine unselbständige Nebenerwerbstätigkeit abgezogen werden. Die im Zusammenhang mit der Weiterbildung zum Verwaltungsfachmann für Personalvorsorge geltend gemachten Aufwendungen stellen entweder private Lebenshaltungskosten dar oder sind nicht hinreichend belegt, weshalb sie nicht abgezogen werden können.
Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 42
- Art. 31 Abs. 1. Abgrenzung von Liebhaberei und selbständiger Erwerbstätigkeit bei einer Künstlerin; Anforderungen an die Beweiskraft von Unterlagen für den Zufluss von Einkünften und Aufwendungen aus künstlerischer Tätigkeit.
Verwaltungsgericht, 24. August 2006 GVP 2006 Nr. 43
- Art. 31 Abs. 1. Siehe Art. 29 Abs. 1 StG (GVP 2006 Nr. 41).
- Art. 31 Abs. 2. Verkaufen die Erben des Inhabers einer Einzelfirma einen Teil des ererbten Betriebs und führen sie die Unternehmung in veränderter Form in der bisherigen Betriebsliegenschaft weiter, so liegt keine Überführung der Betriebsliegenschaft vom Geschäftsvermögen in das Privatvermögen vor. Allfällige Veränderungen der Anteile der Erben an den stillen Reserven vor einer späteren Überführung in das Privatvermögen sind steuerlich zu berücksichtigen.
Verwaltungsgericht, 22. Februar 2006 GVP 2006 Nr. 44
- Art. 33 Abs. 1 lit. c. Die Veranlagung der Aktiengesellschaft ist für die Veranlagung der ihr nahestehenden Personen nicht bindend. Als Empfänger geldwerter Leistungen kommen Beteiligte, aber auch diesen nahestehende Personen in Frage. Wird ein von der Gesellschaft angeschaffter Vermögensgegenstand überwiegend von der Alleinaktionärin privat genutzt und bestreitet deren Vater, der Verwaltungsrat der Gesellschaft ist, eine Begünstigung, so ist die Zurechnung zu seinem Einkommen ungerechtfertigt. Die Voraussetzungen für die Zurechnung einer geldwerten Leistung aufgrund eines simulierten Darlehens als ausserordentliches Einkommen beim Vater der Alleinaktionärin sind dagegen erfüllt.
Verwaltungsgericht, 12. April 2006 GVP 2006 Nr. 45
- Art. 36 lit. a. Die eingeschränkte Abzugsfähigkeit von Prämien für eine freiwillige Krankentaggeldversicherung lässt die vollumfängliche Besteuerung der entsprechenden Leistungen nicht verfassungswidrig erscheinen.
Verwaltungsgericht, 24. August 2006 GVP 2006 Nr. 46

- Art. 39 Abs. 1. Die Kosten der Kinderbetreuung eines alleinerziehenden Elternteils fallen nicht unter die abzugsfähigen Berufskosten aus unselbständiger Erwerbstätigkeit.
Verwaltungsgericht, 14. Dezember 2006 GVP 2006 Nr. 47
- Art. 39 Abs. 1. Siehe Art. 29 Abs. 1 StG (GVP 2006 Nr. 42).
- Art. 39 Abs. 1 lit. a. Neben dem zeitlichen Mehrbedarf müssen zur Beurteilung der Unzumutbarkeit der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel auch Kriterien wie ungünstige Verbindungen, lange Fusswege, häufiges Umsteigen und Relation von Reisezeit und Zeitersparnis berücksichtigt werden.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 11. Januar 2006 GVP 2006 Nr. 48
- Art. 40 Abs. 1. Auch bei selbständiger Erwerbstätigkeit sind nur die Mehrkosten auswärtiger Verpflegung geschäfts- oder berufsmässig begründete Kosten.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 8. März 2006 GVP 2006 Nr. 49
- Art. 43 Abs. 1. Verkauft eine Zahnärztin ihre Praxis und baut sie nach einem Auslandsaufenthalt von zwei Jahren aus dem Veräusserungserlös eine neue Praxis auf, so liegt keine steuerneutrale Ersatzbeschaffung vor.
Verwaltungsgericht, 9. November 2006 GVP 2006 Nr. 50
- Art. 45 Abs. 1 lit. d. Verstoss gegen das Vorsorgeprinzip im Bereich der beruflichen Vorsorge bei einer engen zeitlichen Abfolge eines Einkaufs in die 2. Säule und eines Bezugs von Geldern für die Wohneigentumsförderung, was zur Verweigerung des Abzugs der Einkaufssumme führt.
Verwaltungsgericht, 6. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 51
- Art. 45 Abs. 1 lit. e. Bei unselbständiger Tätigkeit mit anschliessendem Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung kann für die Säule 3a nur der «kleine» Abzug geltend gemacht werden.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 4. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 52
- Art. 194 Abs. 1. Steht einer Aufrechnung der Steuerbehörde wegen übersetzten Mietaufwands in der Buchhaltung der Kollektivgesellschaft eine Reduktion des Ertrags aus dem unbeweglichen Privatvermögen der Gesellschafter in der gleichen Höhe gegenüber, wirkt sich die mit der Aufrechnung verbundene Änderung auf die Höhe des steuerbaren Einkommens nicht aus, weshalb die Pflichtigen zur Anfechtung der Veranlagung in diesem Punkt nicht legitimiert sind.
Verwaltungsgericht, 30. November 2006 GVP 2006 Nr. 53
- Art. 197 Abs. 1 und 2. Die Urteile des Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts, wonach das StHG die tarifliche Gleichbehandlung von Einzelternfamilien und Verheirateten vorschreibt, weshalb auch Einzelternfamilien das Vollsplitting zu gewähren ist, rechtfertigen die Wiederaufnahme (Revision) der nach dem bisherigen Recht vorgenommenen rechtskräftigen Veranlagungen nicht.
Verwaltungsgericht, 19. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 54
- Art. 248 Reicht der Steuerpflichtige für eine bestimmte Steuerperiode dem Steueramt ohne weitere Angaben erstmals einen Lohnausweis ein und stellt das Steueramt in der Folge fest, dass der Pflichtige bereits zuvor Einkünfte aus dieser Nebenerwerbstätigkeit erzielt, aber nicht deklariert hat, sind die Voraussetzungen einer strafmindernden Selbstanzeige nicht erfüllt. Anforderungen an die Begründung eines Strafbescheids.
Verwaltungsgericht, 24. Januar 2006 GVP 2006 Nr. 55

- Art. 262 Siehe Art. 248 StG (GVP 2006 Nr. 55).
- Art. 263 Abs.1 lit.b. Anwendung des strafrechtlichen Grundsatzes des mildereren Rechts im Zusammenhang mit der Verjährung. Jede Hinterziehungshandlung des Steuerpflichtigen, die zu einer unvollständigen Veranlagung führt, stellt eine eigene Tat dar. Es liegen weder ein Dauerdelikt nach Art. 71 lit.c StGB noch eine natürliche oder tatbestandliche Handlungseinheit im Sinne von Art. 71 lit.b StGB vor. Gestützt auf Art. 2 bzw. Art. 337 StGB sind die einzelnen Steuerperioden mit unvollständigen Veranlagungen auch hinsichtlich der Verjährung für sich zu betrachten.
Verwaltungsgericht, 12. April 2006 GVP 2006 Nr. 56
- Steuergesetz vom 23. Juni 1970 (StG/70), nGS 29-70
- Art. 26 lit. b. Übertragen Eltern ihren mündigen Kindern schenkungsweise erhebliche Vermögenswerte und lassen sie sich diese als verzinsliche Darlehen wieder zur Verfügung stellen, wobei die Zinsen zum Darlehen geschlagen werden, liegt eine Steuerumgehung vor, wenn die Eltern die Darlehen nicht ohne Weiteres zurückzahlen können. Deshalb sind die Darlehen dem Vermögen der Eltern zuzurechnen und die Zinszahlungen nicht von deren Einkommen abzuziehen.
Verwaltungsgericht, 21. März 2006 GVP 2006 Nr. 57
- Art. 61 Abs. 1. Siehe Art. 26 lit. b StG/70 (GVP 2006 Nr. 57).
- Art. 130 lit. b. Siehe Art. 263 Abs. 1 lit. b StG (GVP 2006 Nr. 56).
Steuerverordnung vom 20. Oktober 1998 (StV), sGS 811.11
- Art. 22 Siehe Art. 29 Abs. 1 StG (GVP 2006 Nr. 42).
V über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998 (VöB), sGS 841.11
- Art. 5 Abs. 1. Auswärtige Anbieter werden diskriminiert, wenn die Umweltverträglichkeit eines Angebots, bei dem Transporte eine untergeordnete Bedeutung haben, ausschliesslich nach der Distanz zwischen Auftraggeber und Anbieter bewertet wird. Voraussetzungen des Entscheides über den Zuschlag im Beschwerdeverfahren.
Verwaltungsgericht, 24. Januar 2006 GVP 2006 Nr. 58
- Art. 5 Abs. 1. Ein Zuschlag, der nicht als Verfügung eröffnet wird, ist nichtig. In der Einladung zur Offertstellung sind die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder nach ihrer Gewichtung aufzuführen. Die Angabe von Zuschlagskriterien ohne Gewichtung und mit einem Vermerk, sie seien nicht nach Priorität geordnet, ist unzulässig. Abgebote sind untersagt, ausgenommen im freihändigen Verfahren. Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung. Ein Einladungsverfahren ist unzulässig, wenn aufgrund des voraussichtlichen Auftragswerts zwingend ein offenes oder selektives Verfahren vorgeschrieben ist.
Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 59
- Art. 5 Abs. 1. Siehe Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB (GVP 2006 Nr. 60).
- Art. 19bis lit. f. Siehe Art. 5 Abs. 1 VöB (GVP 2006 Nr. 59).
- Art. 33 Abs. 3. Siehe Art. 5 Abs. 1 VöB (GVP 2006 Nr. 59).
- Art. 34 Abs. 3. Siehe Art. 5 Abs. 1 VöB (GVP 2006 Nr. 59).
- Art. 35 Siehe Art. 5 Abs. 1 VöB (GVP 2006 Nr. 59).

- Art. 41 Abs. 1 und 3. Siehe Art. 5 Abs. 1 VöB (GVP 2006 Nr. 59).
- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB), sGS 841.32
- Art. 15 Abs. 2 lit. a. Einwendungen gegen die Art der ausgeschriebenen Leistung sind mit Beschwerde gegen die Ausschreibung geltend zu machen und können bei der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr vorgebracht werden. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht verletzt, wenn bei der Offertprüfung eine geringfügige Modifikation der angebotenen Leistung vorgenommen wird, um die Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen zu gewährleisten.
Verwaltungsgericht, 8. Juni 2006 GVP 2006 Nr. 60
- G über die Gebäudeversicherung vom 26. Dezember 1960 (GVG), sGS 873.1
- Art. 31 Ziff. 3. Die Überalterung eines Foliendaches kann «wesentliche andere Ursache» im Sinne von Art. 31 Ziff. 3 GVG sein. Muss eine Dachfolie nach einem Hagelzug komplett ersetzt werden, kommt dem versicherten Ereignis «Hagel» als Ursache für den Totalersatz nur untergeordnete Ursachenwirkung zu, wenn die Folie überaltert war.
Verwaltungskommission der GVA, 1. März 2006 GVP 2006 Nr. 127
- Art. 31 Ziff. 3. Da Sonnenstoren aus Stoff einem Sturm nicht widerstehen müssen, besteht bei einem Schaden aufgrund eines Sturmwindes keine Leistungspflicht der Gebäudeversicherung. Entstand aber der Schaden trotz eines Windwächters, ist eine Leistungskürzung zu prüfen.
Verwaltungsgericht, 24. August 2006 GVP 2006 Nr. 61
- Art. 37 Abs. 2. Ob achtenswerte Gründe für die Gleichstellung einer Person mit dem Versicherten bestehen, ist bei konzernmässig verbundenen Unternehmungen nicht nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen.
Verwaltungsgericht, 6. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 62
- V zum G über die Gebäudeversicherung vom 18. September 2001 (GVV), sGS 873.11
- Art. 47 Abs. 2. Siehe Art. 31 Ziff. 3 GVG (GVP 2006 Nr. 61).

9. Zivilrecht, Strafrecht, Rechtspflege

Gerichtsgesetz vom 2. April 1987 (GerG), sGS 941.1

- Art. 38 Abs. 1. Das Gesuch um Herausgabe eines medizinischen Gerichtsgutachtens berührt einerseits das Amtsgeheimnis und andererseits das Berufsgeheimnis. Die Kantonsgerichtspräsidentin ist zuständig zur Behandlung eines Gesuchs um Befreiung vom Amtsgeheimnis. Sie ist jedoch nicht zuständig, die Bewilligung zur Offenbarung des Berufsgeheimnisses zu erteilen.
Kantonsgericht, Präsidentin des Kantonsgerichts, 20. Januar 2006 GVP 2006 Nr. 75
- G über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 (VRP), sGS 951.1
- Art. 7 Abs. 1 lit. c und Abs. 2. Siehe Art. 83 StVG (GVP 2006 Nr. 7).

- Art. 7 Abs. 2. Wirkt ein Regierungsmitglied, das an einer Streitsache bereits als Mitglied der Vorinstanz beteiligt war, im Rekursverfahren beratend mit, verstösst dies nicht gegen den verfassungsrechtlichen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung durch eine Verwaltungsbehörde. Dieser Anspruch wird allerdings verletzt, wenn bei der Instruktion des Rekursentscheides das befangene Departement bzw. dessen Rechtsdienst mitwirkt.
Verwaltungsgericht, 12. April 2006 GVP 2006 Nr. 76
- Art. 9 Abs. 2. Siehe Art. 392 ZGB (GVP 2006 Nr. 66).
- Art. 15 Abs. 2. Siehe Art. 29 Abs. 2 BV (GVP 2006 Nr. 4).
- Art. 45 Abs. 1. Im öffentlichen Beschaffungsrecht hängt die Befugnis zur Beschwerde gegen eine Ausschreibung davon ab, dass der Interessent einen Auftrag der betreffenden Art übernehmen kann und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht.
Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 77
- Art. 45 Abs. 1. Siehe Art. 194 Abs. 1 StG (GVP 2006 Nr. 53).
- Art. 45 Abs. 1. Siehe Art. 24d Abs. 3 lit. b RPG (GVP 2006 Nr. 33).
- Art. 45 Abs. 1. Siehe Art. 21 Abs. 2 RPG (GVP 2006 Nr. 32).
- Art. 51 Abs. 1. Ein freigestellter öffentlich-rechtlich Angestellter hat während der gesamten Kündigungsfrist Anspruch auf Lohnfortzahlung. Während des Rechtsmittelverfahrens besteht Anspruch auf provisorische Weiterzahlung des Lohnes über das Entlassungsdatum hinaus. Wird die Kündigung im Rechtsmittelverfahren bestätigt, kann der öffentliche Arbeitgeber den nach Ablauf der Kündigungsfrist bezahlten Lohn im Umfang von Art. 64 OR zurückfordern.
Verwaltungsgericht, 6. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 10
- Art. 59bis Abs. 2 lit. a Ziff. 1. Die aufsichtsrechtliche Anweisung an eine Gemeinde, eine rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung zu vollziehen, kann von dem zur Wiederherstellung verpflichteten Grundeigentümer nicht angefochten werden. In Angelegenheiten der Staatsaufsicht ist die Beschwerde nicht zulässig, wenn nicht eine Verletzung der Gemeindeautonomie geltend gemacht wird.
Verwaltungsgericht, 30. November 2006 GVP 2006 Nr. 78
Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990 (ZPG²), sGS 961.2
- Art. 7 lit. b. Eine nach mündlicher Verhandlung erfolgte inhaltliche Ergänzung eines Massnahmegesuchs stellt, da der Schriftenwechsel nach Eingang von Gesuch und Gesuchsantwort sowie nach Durchführung der Verhandlung als abgeschlossen zu betrachten ist, eine unzulässige Klageänderung dar. Eine Entgegennahme der Ergänzung des Massnahmebegehrens als – ein in einem separaten Verfahren zu behandelndes – neues Gesuch fällt ausser Betracht, da der Präsident der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts zur Beurteilung von Streitigkeiten im Bereich des unlauteren Wettbewerbs nicht zuständig ist. Erlass eines Teilentscheids (Nichteintreten) und Überweisung der Streitsache auf Antrag der Gesuchstellerin an das Handelsgericht.
Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 9. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 79

2 In Entscheiden auch mit ZPO abgekürzt.

- Art. 7 lit. b. Der Kreisgerichtspräsident und nicht der Handelsgerichtspräsident ist zuständig, raschen Rechtsschutz für die schnelle Handhabung klaren Rechts zu gewähren, sofern es sich nicht um Summarsachen in den Materien handelt, in denen das Handelsgericht nach Art.15 ZPO ausschliesslich (zwingend) zuständig ist.
Handelsgerichtspräsident, 4. Dezember 2006 GVP 2006 Nr. 80
- Art. 15 lit. d. Siehe Art. 7 lit. b ZPO (GVP 2006 Nr. 79).
- Art. 56 Abs. 1. Siehe Art. 90 ff. ZPO (GVP 2006 Nr. 85).
- Art. 62 Ist eine Nachlassstundung bewilligt worden, so führt allein dieser Umstand nicht zu einer Sistierung des Zivilprozesses.
Handelsgericht, 31. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 81
- Art. 63 Bei einer vorsorglichen Beweiserhebung besteht kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse, wenn eine Veränderung des Zustandes durch die Gesuchstellerin nach Einreichung des Gesuchs herbeigeführt worden ist und dieser im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht mehr festgestellt werden kann.
Handelsgerichtspräsident, 14. August 2006 GVP 2006 Nr. 82
- Art. 67 Abgrenzung zwischen Widerklage und Eventualbegehren: Die Widerklage bezieht sich auf das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem, wogegen der Begriff des Eventualbegehrens die Stellung eines Rechtsbegehrens unter mehreren Rechtsbegehren desselben Klägers (bzw. Widerklägers) verdeutlicht. Wird eine (eventuelle) Widerklage ohne vorgängige Vermittlung erst in der Klageantwort erhoben, ist sie verspätet.
Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 29. Juni 2006 GVP 2006 Nr. 83
- Art. 68 Siehe Art. 67 ZPO (GVP 2006 Nr. 83).
- Art. 72 Siehe Art. 7 lit. b ZPO (GVP 2006 Nr. 79).
- Art. 77 Abs. 1. Siehe Art. 7 lit. b ZPO (GVP 2006 Nr. 79).
- Art. 83 lit. a und c. Siehe Art. 63 ZPO (GVP 2006 Nr. 82).
- Art. 84 Siehe Art. 7 lit. b ZPO (GVP 2006 Nr. 79).
- Art. 86 Bst. e. Nichtigkeitsgründe, Formale Anforderungen an Inhalt der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen.
Kassationsgericht, 19. Dezember 2006 GVP 2006 Nr. 84
- Art. 90ff. v.a. Art. 94. Abgrenzung Recht zum Beweis und kantonale rechtliche Beweisführungsregeln; Verhandlungsmaxime.
Kassationsgericht, 4. April 2006 GVP 2006 Nr. 85
- Art. 134 Abs. 2. Siehe Art. 67 ZPO (GVP 2006 Nr. 83).
- Art. 164 Weist das Bundesgericht die Streitsache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung zurück, so bestimmt das kantonale Prozessrecht, in welcher Weise das Verfahren fortzusetzen ist. Weitere Vorbringen sind nur zulässig, sofern sie die Voraussetzungen gemäss Art.164 ZPO erfüllen.
Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 21. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 86
- Art. 197 lit. a. Siehe Art. 7 lit. b ZPO (GVP 2006 Nr. 80).
- Art. 199 Siehe Art. 63 ZPO (GVP 2006 Nr. 82).

- Art. 238 Bst. c. Sachliche Zuständigkeit des Kassationsgerichts; Folgen falscher Rechtsmittelbelehrung.
Kassationsgericht, 11. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 87
- Art. 239 Siehe Art. 86 Bst. e ZPO (GVP 2006 Nr. 84).
- Art. 254 Abs. 1 lit. c. Siehe Art. 81 Abs. 2 SchKG (GVP 2006 Nr. 112).
- Art. 258 Einigen sich die Parteien im Beschwerdeverfahren über die umstrittenen vorsorglichen Massnahmen im Ehescheidungsprozess, so ist diese Vereinbarung von der ersten Instanz zu genehmigen.
Kantonsgericht, Präsident der II. Zivilkammer, 7. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 88
- Art. 263 Abs. 1. Kürzung Honorar bei mehreren je einzeln vertretenen Beklagten wegen Synergieeffekten.
Kassationsgericht, 4. April 2006 GVP 2006 Nr. 89
- Art. 276 Abs. 1 lit. b. Bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen eines Gesuchs um Sicherstellung der Parteikosten ist auch auf die Ausführungen abzustellen, welche der Kautionspflichtige zur Begründung eines – mangels genügender Erfolgsaussichten jedoch abgewiesenen – Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung gemacht hat.
Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 9. Februar 2006 GVP 2006 Nr. 90
- Art. 281 An den Entscheid des Gerichtspräsidenten über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist das Gericht gebunden. Deren qualitative Beschränkung, konkret die Beschränkung der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters auf die nicht als aussichtslos betrachtete Argumentation, ist zulässig. Bei Nichtbeachtung der Einschränkung liegt nicht zu entschädigender Aufwand vor, was über eine Herabsetzung des tarifmässigen Honorars zu berücksichtigen ist.
Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. November 2006 GVP 2006 Nr. 91
- Art. 282 Siehe Art. 281 ZPO (GVP 2006 Nr. 91).
- Art. 282 lit. c. Im einvernehmlichen Teil des Scheidungsverfahrens besteht in der Regel kein Anspruch auf unentgeltliche Vertretung.
Kantonsgericht, Präsident II. Zivilkammer, 10. November 2006 GVP 2006 Nr. 92
- Art. 286 Abs. 1. Siehe Art. 281 ZPO (GVP 2006 Nr. 91).
- Art. 286 Abs. 2. Wird das Gesuch zu Beginn einer Verhandlung gestellt, so umfasst die Bewilligung der unentgeltlichen Vertretung auch den Vorbereitungsaufwand.
Kantonsgericht, Präsident II. Zivilkammer, 10. November 2006 GVP 2006 Nr. 93
- Art. 289 Ein abgelehntes Gesuch auf unentgeltliche Prozessführung ist nur dann in Wiedererwägung zu ziehen, wenn die Verhältnisse sich erheblich verändert haben oder offensichtlich unrichtig beurteilt wurden.
Kantonsgericht, Präsident II. Zivilkammer, 15. März 2006 GVP 2006 Nr. 94
- Art. 295ff. Die im Laufe eines liechtensteinischen Scheidungsverfahrens abgeschlossene, aber dem Scheidungsgericht nicht vorgelegte und von diesem auch nicht genehmigte Vereinbarung über die Herausgabe von Hausrat kann in der Schweiz nicht vollstreckt werden.
Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 22. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 95
- Art. 295 ff. Siehe Art. 179 Abs. 2 ZGB (GVP 2006 Nr. 64).

- Art. 295 ff. Siehe Art. 273 Abs. 1 ZGB (GVP 2006 Nr. 65).
Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999 (StP), sGS 962.1
- Art. 3 Abs. 2. Die Vorschriften des Gerichtsgesetzes über die Zeitbestimmungen sind grundsätzlich zwingend einzuhalten.
Anklagekammer, 21. November 2006 GVP 2006 Nr. 96
- Art. 6 Abs. 2. Selbständige Zwangsmassnahmen durch die Polizei.
Anklagekammer, 26. September 2006 GVP 2006 Nr. 97
- Art. 6 Abs. 2 und 3. Selbständige Tätigkeit der Polizei bei Abklärungen über mutmasslich strafbare Handlungen. Polizeiliche Einvernahmen.
Anklagekammer, 24. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 98
- Art. 30 Bestimmung des Gerichtsstands.
Vizepräsident des Kantonsgerichts, 8. Dezember 2006 GVP 2006 Nr. 99
- Art. 51 Die Vertretungsbefugnis infolge Unmündigkeit ist bei der Ausübung von höchstpersönlichen Rechten einer urteilsfähigen Person ausgeschlossen.
Anklagekammer, 8. November 2006 GVP 2006 Nr. 100
- Art. 56 Abs. 1. Siehe Art. 29 Abs. 3 BV (GVP 2006 Nr. 5).
- Art. 67 Die Staatsanwaltschaft ist grundsätzlich berechtigt, in eigener Kompetenz über die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren zu entscheiden. Dabei ist weder eine Entbindung vom Amtsgeheimnis noch eine Ermächtigung durch die Anklagekammer erforderlich.
Anklagekammer, 16. August 2006 GVP 2006 Nr. 101
- Art. 75 Abs. 1. Siehe Art. 29 StGB (GVP 2006 Nr. 71).
- Art. 141 Ernte und Verarbeitung von beschlagnahmten Hanfpflanzen: Zulässigkeit und Auflagen bzw. Bedingungen. Das Produkt der Verarbeitung unterliegt grundsätzlich weiterhin der prozessualen Beschlagnahme.
Anklagekammer, 29. September 2006 GVP 2006 Nr. 102
- Art. 145 Abs. 3. Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände oder Vermögenswerte, wenn mehrere Personen darauf Anspruch erheben.
Anklagekammer, 5. Januar 2006 GVP 2006 Nr. 103
- Art. 150 Der Einspracheberechtigte kann im Entsiegelungsverfahren nur eine Beeinträchtigung seiner eigenen Interessen geltend machen.
Anklagekammer, 24. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 104
- Art. 152 Keine Genehmigungspflicht für die Überwachung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs eines Drittanschlusses im Einverständnis des Angeschuldigten und mit der ausdrücklichen Einwilligung des Anschlussinhabers bzw. Benutzers des Anschlusses.
Präsident der Anklagekammer, 1. September 2006 GVP 2006 Nr. 105
- Art. 152 Der Vollzug der Überwachung des Fernmeldeverkehrs obliegt ausschliesslich dem beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Energie und Kommunikation (UVEK) angesiedelten Dienst für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs.
Präsident der Anklagekammer, 24. November 2006 GVP 2006 Nr. 106

- Art. 188 Anklagegrundsatz, Immutabilitätsprinzip. Eine dem Anklagegrundsatz genügende Anklageschrift bei Körperverletzung muss in tatsächlicher Hinsicht zumindest den Grund, die Anzahl und die Schwere der Verletzungen klar bezeichnen und im Hinblick auf psychische Spätfolgen die Kausalität darlegen. Ein in erster Instanz solchermaßen nicht angeklagter Sachverhalt kann nicht erstmals der Berufungsinstanz zum Entscheid unterbreitet werden. Eine «Ergänzung» bzw. «Nachbesserung» der Anklage ist im Berufungsverfahren ausgeschlossen (E.II.3.). Strafzumessung bei sog. «Raser»-Fällen bzw. in krassen Fällen von groben Verkehrsregelverletzungen (E.IV.1.).
Kantonsgericht, Strafkammer, 5. September 2006 GVP 2006 Nr. 107
- Art. 222 lit. c. Siehe Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG (GVP 2006 Nr. 74).
- Art. 271 Abs. 1. Für die Bemessung der Kosten der privaten Verteidigung sind die Bestimmungen der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten massgebend.
Präsident der Anklagekammer, 24. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 108
- Art. 299³ Siehe Art. 29 StGB (GVP 2006 Nr. 71).
- Art. 300 Siehe Art. 29 StGB (GVP 2006 Nr. 71).
- Art. 303 Abs. 1. Siehe Art. 29 StGB (GVP 2006 Nr. 71).
- Art. 306 Abs. 1. Siehe Art. 29 StGB (GVP 2006 Nr. 71).
Anwaltsgesetz vom 11. November 1993 (AnwG), sGS 963.70
- Art. 30 Siehe Art. 27 BV (GVP 2006 Nr. 3).
- Art. 31 Siehe Art. 30 AnwG (GVP 2006 Nr. 3).
- Art. 42 Abs. 1 lit. b. Siehe Art. 30 AnwG (GVP 2006 Nr. 3).
Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994 (HonO), sGS 963.75
- Art. 2 Abs. 1 und 3. Siehe Art. 27 BV (GVP 2006 Nr. 3).
- Art. 5 Abs. 2. Siehe Art. 263 Abs. 1 ZPO (GVP 2006 Nr. 89).
- Art. 17 Siehe Art. 5 Abs. 2 HonO (GVP 2006 Nr. 89).
- Art. 26 Siehe Art. 281 ZPO (GVP 2006 Nr. 91).

³ In der Fassung bis 31.12.2006.

II. Entscheide zum Bundesrecht⁴

1. Staat, Volk, Behörden

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101

- Art. 8 Abs. 1. Siehe Art. 197 Abs. 1 und Abs. 2 StG (GVP 2006 Nr. 54).
- Art. 9 Siehe Art. 197 Abs. 1 und Abs. 2 StG (GVP 2006 Nr. 54).
- Art. 10 Abs. 2. Die Verpflichtung einer Spitalangestellten zu einer präventiven Hepatitis B-Impfung ist ein zulässiger und verhältnismässiger Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. in die körperliche Unversehrtheit. Die Verweigerung der Impfung rechtfertigt die Auflösung des Anstellungsverhältnisses. Bei der Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses haben die Betroffenen die Möglichkeit, entweder auf dem Anfechtungsweg die Weiterbeschäftigung zu verlangen oder auf dem Klageweg eine Entschädigung zu erstreiten.
Verwaltungsgericht, 19. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 1
- Art. 13 Abs. 2. Die Bestimmung im Polizeireglement der Stadt St.Gallen, wonach öffentliche Strassen und Plätze mit Videokameras überwacht werden können, wobei die Aufnahmen eine Personenidentifikation zulassen und während 100 Tagen aufbewahrt, aber erst in einem konkreten Verfahren eingesehen werden, erweist sich im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens nicht als unverhältnismässiger Eingriff in den Schutz der Privatsphäre bzw. in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.
Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 2
- Art. 19 Ein Therapieangebot (Psychomotorik), das organisatorisch strikt vom obligatorischen Unterricht getrennt ist und insbesondere nicht der Aufarbeitung allfälliger Defizite aus dem Schulunterricht dient, ist Schülerinnen und Schülern, welche eine Privatschule besuchen bei ausgewiesenem Bedarf gleichermassen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, wie Schülerinnen und Schülern, welche die öffentliche Volksschule besuchen.
Erziehungsdepartement, 19. Dezember 2006 GVP 2006 Nr. 114
- Art. 27 Eine von den Bestimmungen der HonO abweichende Honorarvereinbarung setzt voraus, dass der unkundige Klient zumindest mündlich über das konkrete Verhältnis der Honorarvereinbarung zu den Bestimmungen der HonO aufgeklärt und ihm dargelegt wird, wie das Honorar ohne Vereinbarung zu ermitteln wäre. Diese Auslegung von Art. 2 Abs. 1 und 3 HonO ist mit dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit vereinbar. Ein Verstoß gegen diese kantonalrechtliche Aufklärungspflicht ist als Verstoß gegen das Gebot der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 lit a. BGFA zu ahnden.
Kantonsgesicht, III. Zivilkammer, 7. September 2006 GVP 2006 Nr. 3
- Art. 29 Abs. 1. Siehe Art. 7 Abs. 2 VRP (GVP 2006 Nr. 76).

⁴ Gliederung nach der Allgemeinen Systematik des Landesrechts im Inhaltsverzeichnis 2005 der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts und der Systematischen Sammlung des Bundesrecht, S. 9 ff. (Bern, Bundeskanzlei, 2006).

- Art. 29 Abs. 2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör im anwaltsrechtlichen Disziplinarverfahren beinhaltet nicht das Recht auf eine genaue vorgängige Bekanntgabe der in Aussicht genommenen Rechtsanwendung oder auf eine Mitteilung zur Sanktion, wenn der nachfolgende Disziplinausscheid den Rahmen des nach den Umständen zu Erwartenden nicht verlässt.
Kantonsgesicht, III. Zivilkammer, 7. September 2006 GVP 2006 Nr. 4
- Art. 29 Abs. 3. Verlangt ein Angeschuldigter die amtliche Verteidigung, hat er seine Bedürftigkeit zumindest glaubhaft darzutun.
Präsident des Verwaltungsgerichts, 26. September 2006 GVP 2006 Nr. 5
- Art. 35 Abs. 2. Siehe Art. 10 Abs. 2 BV (GVP 2006 Nr. 1).
- Art. 36 Siehe Art. 10 Abs. 2 BV (GVP 2006 Nr. 1).
- Art. 36 Siehe Art. 27 BV (GVP 2006 Nr. 3).
- Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (BüG), SR 141.0
- Art. 14 Siehe Art. 8ter Abs. 2 BRG (GVP 2006 Nr. 115).
- BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG), SR 142.20
- Art. 4 Kann sich eine Ausländerin während eines hängigen Verfahrens über die Unterbreitung ihres Gesuchs um Zulassung als Härtefall neu auf einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen, so ist die Sache zur Prüfung dieses Anspruchs an die Vorinstanz oder die verfügende Behörde zurückzuweisen.
Verwaltungsgericht, 14. September 2006 GVP 2006 Nr. 25
- Art. 10 Abs. 1 lit. d. Siehe Art. 17 Abs. 2 ANAG (GVP 2006 Nr. 26).
- Art. 17 Abs. 2. Der Familiennachzug der Ehefrau darf wegen Gefahr der fortgesetzten und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit verweigert werden, wenn die Einkünfte des Ehemannes aus einer Invalidenrente und Ergänzungsleistungen unter dem minimalen Bedarf der Ehegatten für den Lebensunterhalt liegen.
Verwaltungsgericht, 14. September 2006 GVP 2006 Nr. 26
- BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG), SR 172.021
- Art. 12 lit. c und e. Siehe Art. 43 Abs. 1 ATSG (GVP 2006 Nr. 13).
- Art. 19 Siehe Art. 43 Abs. 1 ATSG (GVP 2006 Nr. 13).

2. Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB), SR 210

- Art. 8 Siehe Art. 265a Abs. 4 SchKG (GVP 2006 Nr. 113).
- Art. 23 Siehe Art. 35 Abs. 1 KV (GVP 2006 Nr. 6).

- Art. 176 Eine im Eheschutzverfahren abgeschlossene Vereinbarung über die Ordnung des Getrenntlebens kann nicht einseitig widerrufen, aber wegen Willensmängeln oder offensichtlicher Unangemessenheit angefochten werden.
Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 3. März 2006 GVP 2006 Nr. 63
- Art. 179 Abs. 2. Die Ordnung des Getrenntlebens fällt nicht schon dahin, wenn ein Ehegatte es zulässt, dass der andere sich noch einige Wochen lang in der Wohnung aufhält.
Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 12. April 2006 GVP 2006 Nr. 64
- Art. 273 Abs. 1. Der Umstand, dass ein vierjähriges Kind sich beim ersten Besuchstermin hartnäckig weigerte, mit dem besuchsberechtigten Elternteil wegzugehen, genügt nicht für den Verzicht auf einen Vollzug mit angemessenen Mitteln.
Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 10. August 2006 GVP 2006 Nr. 65
- Art. 370 Siehe Art. 395 Abs. 2 ZGB (GVP 2006 Nr. 67).
- Art. 392 Soweit sie urteilsfähig ist, kann die betroffene Person bei der klageweisen Anfechtung einer vormundschaftlichen Massnahme das Verfahren selber führen oder einen Vertreter bestimmen. Andernfalls ist ihr ein Prozessbeistand zu bestellen. Wird der Hausarzt von der Vormundschaftsbehörde als Auskunftsperson beigezogen, so muss ihn der urteilsfähige Patient von der Wahrung des Berufsgeheimnisses entbinden. Die Beistandschaft beschränkt die Handlungsfähigkeit nicht und ist daher nur dann eine geeignete Massnahme, wenn die urteilsfähige verbeiständete Person die Handlungen des Beistandes nicht dauernd durchkreuzt.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 7. November 2006 GVP 2006 Nr. 66
- Art. 393 Siehe Art. 392 ZGB (GVP 2006 Nr. 66).
- Art. 395 Zur Anordnung einer Verwaltungsbeiratschaft muss ein Entmündigungsgrund gemäss Art. 369 bis 372 ZGB vorliegen, wobei in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person ein gradueller Unterschied besteht. Misswirtschaft liegt unter anderem bei einer dauerhaft unsinnigen Vermögensverwaltung vor. Dazu muss zwingend ein gefährdetes Vermögen vorhanden sein, das der Verwaltung bedarf. Dies setzt voraus, dass der Berechtigte über das Vermögen verfügen kann, was bei einem Freizügigkeitskonto für das BVG-Altersguthaben nicht der Fall ist, solange die Voraussetzungen für die Barauszahlung nicht erfüllt sind.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 2. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 67
- BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG), SR 211.412.41
- Art. 12 lit. c. Schliesst der Eigentümer einer Wohnung einen Mietvertrag für fünf Jahre mit einem Ausländer und gewährt dieser dem Vermieter ein Darlehen, liegt keine Umgehung der Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vor, wenn der Vermieter das Darlehen jederzeit aus eigenen Mitteln zurückzahlen könnte und damit keine besondere Abhängigkeit vom Mieter besteht, zumal der Mietvertrag nicht als langfristig gilt.
Verwaltungsgericht, 24. Januar 2006 GVP 2006 Nr. 68

- BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR), SR 220
- Art. 41 f. vorprozessuale Anwaltskosten als Schadensposition.
Kassationsgericht, 14. September 2006 GVP 2006 Nr. 69
- Art. 64 Siehe Art. 51 Abs. 1 VRP (GVP 2006 Nr. 10).
- Art. 274d Abs. 1. Siehe Art. 238 Bst. c ZPO (GVP 2006 Nr. 87).
- Art. 336c Siehe Art. 67bis VSG (GVP 2006 Nr. 9).
- BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP), SR 273
- Art. 59 Abs. 1. Siehe Art. 43 Abs. 1 ATSG (GVP 2006 Nr. 13).
- BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG), SR 281.1
- Art. 17 Die Forderung der Spitalregion für einen notfallmässigen Krankentransport hat ihre Grundlage im öffentlichen Recht.
Kantonsgericht, Obere Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung,
10. Februar 2006 GVP 2006 Nr. 110
- Art. 43 Ziff. 1. Siehe Art. 17 SchKG (GVP 2006 Nr. 110).
- Art. 80 Erweist sich ein definitiver Rechtsöffnungstitel als unklar, ist es nicht die Aufgabe des Rechtsöffnungsrichters, sondern jene des Sachrichters – im Rahmen eines Erläuterungsverfahrens –, diesen auszulegen.
Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 6. März 2006 GVP 2006 Nr. 111
- Art. 81 Siehe Art. 80 SchKG (GVP 2006 Nr. 111).
- Art. 81 Abs. 2. Mit den Einwendungen der nicht gehörigen Vorladung im Abänderungsprozess und der mangelhaften Eröffnung des Abänderungsurteils hat sich der Rechtsöffnungsrichter auch bei Vorliegen einer Rechtskraftbescheinigung auseinanderzusetzen.
Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 26. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 112
- Art. 265a Abs. 4. Im Feststellungsprozess obliegt dem Gläubiger, das Vorhandensein neuen Vermögens zu beweisen, und zwar unabhängig davon, in welcher Parteierolle er sich befindet. Er hat den (positiven) Beweis zu erbringen, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, und nicht der Schuldner den Negativbeweis, dass er kein neues Vermögen hat.
Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 11. August 2006 GVP 2006 Nr. 113

3. Strafrecht, Strafrechtspflege, Strafvollzug

- Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0
- Art. 2 Siehe Art. 263 Abs. 1 lit. b StG (GVP 2006 Nr. 56).
- Art. 22 Abs. 1. Abgrenzung zwischen (versuchter) Gehilfenschaft und Anstalten-Treffen bei der Beschaffung von Streckmitteln.
Kantonsgericht, Strafkammer, 7. Dezember 2005 GVP 2006 Nr. 70

- Art. 25 Siehe Art. 22 Abs. 1 StGB (GVP 2006 Nr. 70).
- Art. 29 Abweichend von der kantonalen Regelung setzt ein gültiger Strafantrag bei der durch den Kläger erfolgten direkten Anhebung des Privatstrafklageverfahrens voraus, dass innert der Dreimonatsfrist von Art. 29 StGB Klage beim Gericht eingereicht wird. Beim Wechsel vom ordentlichen Verfahren zum Privatstrafklageverfahren bleibt der einmal gültig gestellte Strafantrag bestehen. Zur Weiterführung des Verfahrens muss der Kläger innert Frist das Vermittlungsbegehren stellen (E. 1b). Im Privatstrafklageverfahren muss der untersuchende Richter den Beklagten mindestens einmal befragen (E. 2b).
Kantonsgericht, Strafkammer, 3. April 2006 GVP 2006 Nr. 71
- Art. 63 ff. Siehe Art. 188 StP (GVP 2006 Nr. 107).
- Art. 71 lit. b und c. Siehe Art. 263 Abs. 1 lit. b StG (GVP 2006 Nr. 56).
- Art. 138 Ziff. 2. Der Anwalt, der ihm im Rahmen der Ausübung seines Berufes anvertraute Vermögenswerte veruntreut, macht sich der qualifizierten Veruntreuung schuldig.
Kantonsgericht, Strafkammer, 27. Juni 2006 GVP 2006 Nr. 72
- Art. 156 Ziff. 3. Bei Abnötigung eines Fahrzeuges zum Gebrauch unter Waffendrohung ist der Tatbestand der räuberischen Erpressung erfüllt.
Kantonsgericht, Strafkammer, 21. August 2006 GVP 2006 Nr. 73
- Art. 320 Siehe Art. 38 Abs. 1 GerG (GVP 2006 Nr. 75).
- Art. 321 Siehe Art. 38 Abs. 1 GerG (GVP 2006 Nr. 75).
- Art. 321 Siehe Art. 392 ZGB (GVP 2006 Nr. 66).
- Art. 337 Siehe Art. 263 Abs. 1 lit. b StG (GVP 2006 Nr. 56).
- BG über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (OHG), SR 312.5
- Art. 8 Abs. 1 lit. c. Die Streitwertgrenze von Fr. 5000.– gilt für alle Rechtsmittel und für alle Kläger, mithin auch für Opfer. Das OHG garantiert dem Opfer ein Anfechtungsrecht im Strafpunkt nur im Zusammenhang mit der Beurteilung seiner Zivilansprüche. Weist die Vorinstanz eine Genugtuungsforderung des Opfers ab und ist dieser Entscheid wegen der Streitwertgrenze nicht anfechtbar, hätte ein Entscheid der Rechtsmittelinstanz zum vornherein keine Auswirkungen auf den Strafpunkt und es fehlte dem Kläger an der Beschwer im Strafpunkt.
Kantonsgericht, Strafkammer, 4. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 74

4. Schule, Wissenschaft, Kultur

Kein Entscheid.

5. Landesverteidigung

Kein Entscheid.

6. Finanzen

BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG), SR 642.14

Art. 51 Siehe Art. 197 Abs. 1 und Abs. 2 StG (GVP 2006 Nr. 54).

7. Öffentliche Werke, Energie und Verkehr

BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG), SR 700

Art. 16a Siehe Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG (GVP 2006 Nr. 122).

Art. 21 Abs. 2. Ein Grundeigentümer, der Anspruch auf Überprüfung der Nutzungsplanung bestimmter Grundstücke hat, ist zur Anfechtung des Entscheids über die Änderung des Zonenplans legitimiert. Zur Anfechtung einer Baubewilligung ist der Eigentümer eines benachbarten Grundstücks legitimiert, wenn er direkt und in höherem Mass als irgend ein Dritter in seinen eigenen Interessen beeinträchtigt wird. Das Rechtsschutzinteresse ist in Bezug auf alle Vorbringen einzeln zu prüfen (Bestätigung der Rechtsprechung).

Verwaltungsgericht, 25. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 32

Art. 22 Abs. 2 Bst. a. Ist ein Betrieb nicht in der Lage, ein landwirtschaftliches Einkommen zu erzielen, das den Betrieb als längerfristig existenzfähig erscheinen lässt, zählt er zur Freizeitlandwirtschaft und ist in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform.

Regierung, 2. November 2005 GVP 2006 Nr. 122

Art. 24d Abs. 3 lit. b. Die Verweigerung des Wiederaufbaus eines Wohnhauses in der Landwirtschaftszone, das nicht mehr der landwirtschaftlichen Nutzung dient und entgegen der erteilten Umbaubewilligung und entgegen den Auskünften der massgeblichen Behörden vorsätzlich vollständig abgebrochen wurde, ist rechtmässig. Art. 77quinquies BauG ist bundesrechtswidrig, weshalb ihm die Anwendung zu versagen ist. An der Verweigerung des Wiederaufbaus besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse. Die Aufforderung zur Einreichung von Plänen zu einem Baugesuch ist keine anfechtbare Verfügung.

Verwaltungsgericht, 14. September 2006 GVP 2006 Nr. 33

eidg. Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV), SR 700.1

Art. 34 Abs. 5. Siehe Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG (GVP 2006 Nr. 122).

Art. 42a Abs. 3. Siehe Art. 24d Abs. 3 lit. b RPG (GVP 2006 Nr. 33).

eidg. Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG), SR 741.01

Art. 3 Abs. 4. Gewichtsbeschränkungen auf Brücken dürfen nur angeordnet werden, wenn sie notwendig sind.

Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 28

- Art. 16b Abs. 1 lit. a. Kann die bei einer Auffahrkollision durch den Lenker verursachte Gefahr zufolge Nichtbeherrschens des Fahrzeuges nicht mehr als gering und das Verschulden nicht mehr als leicht bezeichnet werden, liegt zumindest eine mittelschwere Widerhandlung vor.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 19. April 2006 GVP 2006 Nr. 29
- Art. 16b Abs. 1 lit. a. Das Lenken eines Motorfahrzeuges auf kurzer Strecke und bei langsamer Fahrt mit aussen vereister und innen beschlagener Frontscheibe, die zu einer stark eingeschränkten Sicht führte, stellt eine mittelschwere Widerhandlung dar.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 30. August 2006 GVP 2006 Nr. 30
V über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 (VZV), SR 741.51
- Art. 22 Die Bewertung der an der Prüfungsfahrt gezeigten Leistungen wird von der Rekursinstanz nur mit beschränkter Kognition überprüft. Dem Prüfungsexperten steht das sogenannte technische Ermessen zu.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 18. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 31
Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG), SR 742.101
- Art. 18 und 18m Dient eine auf einem Bahnareal stehende Mobilfunkantenne nicht ganz oder nicht überwiegend dem Bahnbetrieb, ist sie nicht im eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahren zu bewilligen, sondern sie unterliegt dem kantonalen Recht. Die projektierte Anlage, die auf einem im Zonenplan als weisse Fläche dargestellten, keiner Zone zugeordneten Bahnareal erstellt werden soll, ist als zonenkonform zu beurteilen. Eine Sistierung bis zum Vorliegen einer neuen Studie über die Gefahren nichtionisierender Strahlung ist nicht gerechtfertigt.
Verwaltungsgericht, 21. März 2006 GVP 2006 Nr. 34

8. Gesundheit (einschliesslich Umweltschutz), Arbeit, Soziale Sicherheit

BG über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (BetmG), SR 812.121

Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6. Siehe Art. 22 Abs. 1 StGB (GVP 2006 Nr. 70).

Art. 19 Ziff. 2. Siehe Art. 22 Abs. 1 StGB (GVP 2006 Nr. 70).

BG über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG), SR 814.01

Art. 32a Abs. 1. Seit dem 1. Januar 2003 ist eine Bemessung der Kehrrechtabfuhrgebühr nach Zahl und Grösse der Wohnungen und Betriebe im Einzugsgebiet des Sammeldienstes nicht mehr zulässig. Die Benützungsg Gebühr ist entsprechend den bundesrechtlichen Vorgaben nach Art, Menge oder Gewicht der gelieferten Abfälle zu bemessen. Weiterhin zulässig ist eine mengenunabhängige Grundgebühr.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 8. März 2006 GVP 2006 Nr. 27

- BG über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (GSchG), SR 814.20
- Art. 60a Die Ausgestaltung des bundesrechtlich vorgeschriebenen Verursacherprinzips bei den jährlich wiederkehrenden Abwassergebühren (Grundgebühr, Schmutzwassergebühr, Entwässerungsgebühr) im kommunalen Erlass muss dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip genügen. Eine Erhebung der Entwässerungsgebühr nach der zonenspezifisch gewichteten Grundstücksfläche ist mit diesen Bemessungskriterien vereinbar.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 27. Juni 2006 GVP 2006 Nr. 38
- V über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (BVO), SR 823.21
- Art. 36 Siehe Art. 4 ANAG (GVP 2006 Nr. 25).
- BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG), SR 830.1
- Art. 8 Abs. 3. Bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades im Haushalt tätiger versicherter Personen darf die Mithilfe von Familienmitgliedern bei der Haushaltbesorgung nicht berücksichtigt werden, da die Invalidität ausschliesslich auf der Einschränkung der persönlichen Leistungsfähigkeit der versicherten Person beruht. Es gibt keine Schademinderungspflicht in der Form einer zumutbaren Mithilfe von Familienangehörigen.
Versicherungsgericht, 26. September 2006 GVP 2006 Nr. 11
- Art. 27 Wird einer arbeitslosen Person die Vermittlungsfähigkeit abgesprochen, hat sie das RAV darauf aufmerksam zu machen, dass sie die Kontrollpflichten trotzdem weiterhin wahrzunehmen und das Formular «Angaben der versicherten Person» auszufüllen hat, um während der Dauer eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens anspruchsberechtigt zu bleiben. Erfolgt die Geltendmachung des Anspruchs (Einreichen des Formulars) wegen mangelnder Aufklärung zu spät, ist die Versäumnis entschuldbar und die Frist ist wiederherzustellen.
Versicherungsgericht, 4. Juli 2006 GVP 2006 Nr. 12
- Art. 43 Abs. 1. Die Berichte und Angaben behandelnder Ärzte über den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit von Patienten, die eine Leistung der Invalidenversicherung beanspruchen, sind nicht Gutachten medizinischer Sachverständiger, sondern Auskünfte von Drittpersonen.
Versicherungsgericht, 25. April 2006 GVP 2006 Nr. 13
- Art. 55 Abs. 1. Siehe Art. 43 Abs. 1 ATSG (GVP 2006 Nr. 13).
- BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG), SR 831.10
- Art. 52 Der Gesellschafter einer GmbH, der nicht formell als Geschäftsführer eingesetzt war, ist nur dann für nicht bezahlte AHV/IV/EO und ALV-Beiträge schadenersatzpflichtig, wenn er faktisch die Geschäftsführung ausgeübt hat.
Versicherungsgericht, 25. Oktober 2006 GVP 2006 Nr. 14
- BG über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG), SR 831.20
- Art. 5 Abs. 1. Siehe Art. 8 Abs. 3 ATSG (GVP 2006 Nr. 11).
- Art. 28 Abs. 2bis. Siehe Art. 8 Abs. 3 ATSG (GVP 2006 Nr. 11).
- Reg 24

- V über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV), SR 831.201
- Art. 27 Siehe Art. 8 Abs. 3 ATSG (GVP 2006 Nr. 11).
- BG über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 19. März 1965 (ELG), SR 831.30
- Art. 3a Abs. 1. Siehe Art. 9 EG zum KVG (GVP 2006 Nr. 20).
- Art. 3b Abs. 3 lit. d. Siehe Art. 9 EG zum KVG (GVP 2006 Nr. 20).
- BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (FZG), SR 831.42
- Art. 5 Siehe Art. 395 Abs. 2 ZGB (GVP 2006 Nr. 67).
- BG über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG), SR 832.10
- Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d. Zur Frage der Kostengutsprache für einen Rehabilitationsaufenthalt wegen Burnout in der Klinik X.AG (Erw. 1 und 2). Kompetenzen bei der Beurteilung des Kostengutsprachegesuchs (Erw. 3).
Versicherungsgericht, 8. August 2006 GVP 2006 Nr. 15
- Art. 25 Abs. 2 lit. g. Anspruch auf die Vergütung von Transportkosten durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung. Zumutbarkeit des Transports mit dem Rettungsschlitten. Ein Unfall mit Schulterluxation im Skigelände begründet nicht zwingend einen Anspruch auf Helikoptertransport.
Versicherungsgericht, 20. Januar 2006 GVP 2006 Nr. 16
- Art. 32 Siehe Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d KVG (GVP 2006 Nr. 15).
- Art. 65 Anspruch auf individuelle Prämienverbilligung für geschiedene Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht.
Versicherungsgericht, 5. September 2006 GVP 2006 Nr. 17
- V des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 (KLV), SR 832.112.31
- Art. 7 Abs. 2 lit. c. Krankenpflege zu Hause, allgemeine Grundpflege. Ein stabiler Verlauf während längerer Zeit macht aus einer komplexen Pflegesituation keine einfache Situation im Sinn von Art. 9a Abs. 1 lit. a KLV.
Versicherungsgericht, 18. August 2006 GVP 2006 Nr. 18
- Art. 9a Abs. 1. Siehe Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV (GVP 2006 Nr. 18).
- Art. 26 f. Siehe Art. 25 Abs. 2 lit. g KVG (GVP 2006 Nr. 16).
- BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG), SR 837.0
- Art. 14 Abs. 2. Ist eine geschiedene Person auf Grund des (teilweisen) Wegfalls von Unterhaltszahlungen gezwungen, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, stellt dies einen «ähnlichen Grund» im Sinn von Art. 14 Abs. 2 AVIG dar, da dieses Ereignis in Auswirkung und Tragweite den in Art. 14 Abs. 2 AVIG ausdrücklich genannten Ereignissen entspricht und sachlich auf der gleichen Ebene liegt.
Versicherungsgericht, 14. September 2006 GVP 2006 Nr. 19

BG über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (ZUG), SR 851.1

Art. 11 ff. Siehe Art. 24 Abs. 1 SHG (GVP 2006 Nr. 24).

Art. 33 f. Siehe Art. 24 Abs. 1 SHG (GVP 2006 Nr. 24).

9. Wirtschaft, Technische Zusammenarbeit

BG betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 (LG), SR 935.51

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

Stellungnahme des Rechtsdienstes des Finanzdepartementes
an ein Untersuchungsamt, 18. Mai 2006 GVP 2006 Nr. 120

BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (BGFA), SR 935.61

Art. 12 lit. a. Verlangt ein Rechtsanwalt von seinem Klienten für eine diesem gestellte Honorarrechnung die Leistung einer Schuldanererkennung, so liegt ein Verstoss gegen das Gebot der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vor.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 7. September 2006 GVP 2006 Nr. 109

Art. 12 lit. a und lit. i. Siehe Art. 27 BV (GVP 2006 Nr. 3).

V über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs vom 7. März 2003, SR 944.8

Art. 2 Siehe Art. 7 lit. b ZPO (GVP 2006 Nr. 79).

III. Entscheide zum Internationalen Recht⁵

Menschenrechte und Grundfreiheiten

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) SR 0.101

Art. 8 Siehe Art. 17 Abs. 2 ANAG (GVP 2006 Nr. 26).

Art. 8 Ziff. 1. Siehe Art. 4 ANAG (GVP 2006 Nr. 25).

⁵ Gliederung nach den Staatsverträgen im Inhaltsverzeichnis 2005 der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts und der Systematischen Sammlung des Bundesrechts, S. 343 ff. (Bern, Bundeskanzlei, 2006).

A. GERICHTSPRAXIS

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

1

Art. 10 Abs. 2, Art. 35 Abs. 2 und Art. 36 BV (SR 101). Die Verpflichtung einer Spitalangestellten zu einer präventiven Hepatitis B-Impfung ist ein zulässiger und verhältnismässiger Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. in die körperliche Unversehrtheit. Die Verweigerung der Impfung rechtfertigt die Auflösung des Anstellungsverhältnisses. Bei der Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses haben die Betroffenen die Möglichkeit, entweder auf dem Anfechtungsweg die Weiterbeschäftigung zu verlangen oder auf dem Klageweg eine Entschädigung zu erstreiten.

Verwaltungsgericht, 19. Oktober 2006

B. arbeitete seit 1999 als Rotkreuzpflegehelferin am Kantonsspital St.Gallen (KSSG). Sie wurde angewiesen, sich einer präventiven Hepatitis B-Impfung zu unterziehen und auf die drohende Kündigung im Falle einer Weigerung aufmerksam gemacht. B. erklärte sich lediglich bereit, einen Antikörpertest vornehmen zu lassen, sei aber bei einem negativen Ergebnis nicht gewillt, sich impfen zu lassen. In der Folge wurde B. gekündigt. Das Gesundheitsdepartement wies ihren Rekurs ab. Auch ihre Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Beschwerdeführerin beantragt neben der Aufhebung des angefochtenen Entscheids die Leistung einer angemessenen Entschädigung, den Ersatz des entgangenen Einkommens sowie die Weiterbildungs- und Ausbildungskosten.

aa) Bei der Kündigung von öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen besteht im Kanton St.Gallen ein Dualismus von Anfechtungs- und Klageverfahren. Während die Rechtmässigkeit der Kündigung grundsätzlich im Anfechtungsverfahren zu prüfen ist, steht für die vermögensrechtlichen Aspekte der Kündigung das Klagever-

fahren zur Verfügung (GVP 1995 Nr. 3 und 2005 Nr. 59; VerwGE vom 26. August 2003 i. S. E. Z.; M. Merker, Rechtsschutzsysteme im neuen öffentlichen Personalrecht, in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 469 ff.; E. M. Jud, Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere deren Beendigung aus nichtdisziplinarischen Gründen, Diss. Freiburg 1975, S. 292 ff.). Die öffentlich-rechtlich Angestellten haben unter Berufung auf eine missbräuchliche Kündigung die Wahl, auf dem Anfechtungsweg die Weiterbeschäftigung zu verlangen oder auf dem Klageweg eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen zu erstreiten (VerwGE vom 26. August 2003 i. S. E. Z.).

bb) Aus der Beschwerdeschrift geht nicht ausdrücklich hervor, ob die Beschwerdeführerin die Weiterbeschäftigung als Rotkreuzpflegehelferin anstrebt. Immerhin steht aber fest, dass die Beschwerdeführerin in den beiden vorinstanzlichen Verfahren zur Hauptsache die Aufhebung der Kündigung und lediglich im Eventualstandpunkt die Zusprechung einer Entschädigung bzw. von Schadenersatz angestrebt hat. Nachdem die Beschwerdeführerin im Verfahren vor Verwaltungsgericht die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides beantragt, darf davon ausgegangen werden, dass sie in erster Linie nach wie vor die Aufhebung der Kündigung und damit die Weiterbeschäftigung erstreiten will. In dieser Hinsicht ist auf die Beschwerde einzutreten (Art. 59bis Abs. 2 lit. a Ziff. 4 VRP in Verbindung mit Art. 64 VStD).

Anders verhält es sich dagegen bezüglich der finanziellen Forderungen der Beschwerdeführerin. Die Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin würde im Fall der Gutheissung die Zusprache einer zusätzlichen Entschädigung nach Art. 336a OR ausschliessen; erachtet ein öffentlich-rechtlicher Angestellter eine Kündigung als missbräuchlich, so hat er sich zu entscheiden, ob er auf dem Anfechtungsweg die Weiterbeschäftigung oder auf dem Klageweg die Zusprechung einer Entschädigung analog Art. 336a OR erstreiten will. Aber auch andere vermögensrechtliche Ansprüche als die Entschädigung nach Art. 336a OR, die im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen, müssen auf dem Klageweg erstritten werden, zumal wenn sie wie im vorliegenden Fall umstritten und nicht liquid sind (Art. 79bis VRP; vgl. Jud, a. a. O., S. 294). Auf die finanziellen Anträge der Beschwerdeführerin kann deshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

...

2. a) Die Beschwerdeführerin beanstandet, es bestehe keine genügende gesetzliche Grundlage für die verlangte Hepatitis B-Impfung im Rahmen ihrer Tätigkeit als Rotkreuzpflegehelferin im KSSG. Die Durchführung einer aktiven Schutzimpfung könne vom Arbeitgeber nicht zwingend verlangt, sondern lediglich dringend empfohlen werden, weshalb sie nicht zur Impfung verpflichtet sei (Informations schreiben der Suva aus dem Jahre 2002: Impfung des Personals im Gesundheitswesen, Bestellnummer 2869/34.d, S. 11, abgekürzt Empfehlung der Suva). Die Kündigung als Folge der verweigerten Schutzimpfung erweise sich als missbräuchlich.

b) Der Staat ist bei der Erfüllung seiner Aufgaben an die Grundrechte gebunden und hat zu deren Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Die persönliche Freiheit garantiert das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Geschützt ist die körperliche Integrität vor jeglichen Eingriffen des Staates in den menschlichen Körper (Art. 10 Abs. 2 BV). Wie die anderen verfassungsmässigen Freiheitsrechte besteht das Recht auf persönliche Freiheit nicht absolut. Eingriffe sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sind (Art. 36 BV). Steht eine Person in einer besonders engen Beziehung zum Staat, können sich daraus besondere Pflichten und Einschränkungen in Freiheitsrechte ergeben. Das Eingehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses ist immer auch eine Beschränkung der persönlichen Freiheit bzw. mit der Erfüllung der Dienstpflicht verbunden. Damit die persönliche Freiheit überhaupt tangiert ist, muss die Einschränkung dergestalt sein, dass die Verhaltensfreiheit der bediensteten Person als Privatperson tangiert ist (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2002, 4. Aufl., Rz. 478; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2005, 6. Aufl., Rz. 328; I. Häner, Grundrechte im öffentlichen Personalrecht, in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 396 und 402).

Unbestrittenermassen stellt die verweigerte Impfung den einzigen Grund für die Kündigung dar. Zwar liegt faktisch kein Eingriff in die körperliche Integrität der Beschwerdeführerin vor, doch hatte die Verweigerung der Impfung der Beschwerdeführerin unmittelbar die Kündigung zur Folge. Der Eingriff in das Recht der persönlichen Freiheit der Beschwerdeführerin besteht darin, dass die Spitalregion St.Gallen Rorschach von ihr zwingend eine Schutzimpfung verlangte. Im folgenden ist zu prüfen, ob dieser Eingriff den Anforderungen von Art. 36 BV standhält, insbesondere ob die Forderung der Arbeitgeberin nach einer Hepatitis B-Impfung auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht.

c) aa) Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit gilt auch für das öffentliche Dienstverhältnis. Allerdings werden weniger hohe Anforderungen gestellt, und die Art des Sonderstatusverhältnisses ist zu berücksichtigen. Schwere Eingriffe in Freiheitsrechte bedürfen einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn. Im Übrigen können Rechte und Pflichten einer Person im Sonderstatusverhältnis durch Verordnung festgelegt werden. In der Praxis finden sich aber nicht selten Regelungen, die diesen Anforderungen nicht voll entsprechen (Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, 2. Aufl., S. 427; Häfelin/Müller, a. a. O., Rz. 483 mit Hinweisen; BGE 124 I 206; Häner, a. a. O. S. 407; M. Müller, Das besondere Rechtsverhältnis, Habil. Bern 2003, S. 40). Namentlich bei freiwillig eingegangenen Sonderstatusverhältnissen sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu lockern bzw. weniger strenge Anforderungen an die Delegationsnormen im Gesetz zu stellen. Die Lockerung der Anforderungen an die gesetzliche Grundlage wird damit in Zusammenhang gebracht, dass sich die in Kauf zu nehmenden Einschränkungen bereits aus dem Sonderstatusverhältnis als solchem ergeben. Mehr an

Bedeutung gewinnen dagegen die Anforderungen, dass ein öffentliches Interesse vorhanden sein muss und die Verhältnismässigkeit eingehalten wird (Häner, a. a. O., S. 408 mit Hinweisen). Anders als bei der zwangsweisen Begründung eines besonderen Rechtsverhältnisses stellt sich bei freiwillig eingegangenen besonderen Rechtsverhältnissen bzw. einer Einwilligung in eine Grundrechtsverletzung die Frage, ob es überhaupt eine Grundlage in einem Rechtssatz benötigt, da der Grundrechtsverzicht als Eingriffsermächtigung die gesetzliche Grundlage substituiert (Müller, a. a. O., S. 25; Häfelin/Haller, a. a. O., Rz. 334). Besteht ein Bedürfnis nach rascher Anpassung an veränderte Verhältnisse, ist es ausserdem zulässig, zum Zwecke der Einzelfallgerechtigkeit auf eine gesetzliche Grundlage zu verzichten, sofern der Eingriff auf ein Gesetz zurückgeführt werden kann (Häner, a. a. O., S. 408 mit Hinweisen; BGE 124 I 203, E. 2e.).

bb) Gemäss Art. 82 Abs. 1 UVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind. Die Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten verlangt, dass der Arbeitgeber zur Wahrung der Arbeitssicherheit alle Anordnungen und Schutzmassnahmen zu treffen hat, die den Vorschriften dieser Verordnung und den für seinen Betrieb sonst geltenden Vorschriften über die Arbeitssicherheit sowie im Übrigen den anerkannten sicherheitstechnischen und arbeitsmedizinischen Regeln entsprechen (Art. 3 Abs. 1 VUV). Laut der Empfehlung der Suva sowie der vorhergehenden Version in Ziff. 6.3.1 «administrative Belange der Hepatitis B-Impfung» sind alle Arbeitnehmenden aktiv gegen Hepatitis B zu impfen, die bei der beruflichen Tätigkeit Kontakt zu Blut oder potentiell infektiösen Körperflüssigkeiten haben können. Jeder Betreiber eines Spitals ist deshalb verpflichtet, bei den Arbeitnehmenden mit möglicher Gefährdung durch Infektionskrankheiten für den notwendigen Impfschutz zu sorgen (Empfehlung der Suva, S. 10). Die Arbeitnehmenden sind verpflichtet, die Weisungen des Arbeitgebers in Bezug auf die Arbeitssicherheit zu befolgen und die allgemein anerkannten Sicherheitsregeln zu berücksichtigen (Empfehlung der Suva, S. 11; Art. 11 Abs. 1 VUV).

Die Aufteilung der Befugnisse zwischen ärztlicher, administrativer und pflegerischer Leitung sind im Gesundheitswesen durch Verordnung zu regeln (Art. 30 Abs. 1 lit. b GesG). Nach Art. 13 Abs. 1 lit. a der Spitalorganisationsverordnung (sGS 321.11) kommt der Spitalleitung die Aufgabe zu, Weisungen für den engeren Spitalbetrieb zu erlassen, um Fragen des Gesamtbetriebes zu behandeln sowie die Tätigkeit der Spitaldepartemente, der Verwaltung und des Pflegedienstes zu koordinieren. Gestützt darauf und auf Art. 3 Abs. 1 VUV erliess der Präsident der Spitalleitung im Oktober 1989 die Weisung 10 09 zur Verhinderung von durch Blut übertragbaren Krankheiten beim Spitalpersonal (z. B. Hepatitis, HIV). Ziff. 3 Abs. 1 der Weisung 10 09 lautet wie folgt: «Angestellte, welche mit Blut in Kontakt kommen können, müssen gegen Hepatitis B geimpft werden.»

Die Pflicht der Beschwerdeführerin zur Befolgung der Schutzmassnahmen des KSSG ergibt sich aus Art. 11 Abs. 1 VUV, wonach die Weisungen des Arbeitgebers in bezug auf die Arbeitssicherheit zu befolgen sind. Auch wenn allein aus dieser Norm nicht erkennbar ist, welchen Pflichten die Beschwerdeführerin im einzelnen nachzukommen hat, lässt sich die grundsätzliche Pflicht zur Befolgung von Schutzmassnahmen damit auf ein Gesetz im materiellen Sinn zurückführen. Wie dargelegt, ist es nicht erforderlich, dass alle Einzelheiten des öffentlichen Dienstverhältnisses auf Gesetzes- bzw. Verordnungsstufe geregelt werden. Einem Spitalbetrieb, der mit ständig ändernden medizinischen und gesundheitlichen Fragen konfrontiert wird, muss ein gewisser Spielraum zugestanden werden, um zeitgemässe Weisungen zur Vermeidung von Krankheitsrisiken im Spital treffen zu können. Konkretisiert wird die Pflicht zur Einhaltung von Schutzmassnahmen vorliegend einerseits durch die Empfehlung der Suva sowie die Weisung 10 09.

Der Einwand der Beschwerdeführerin, von ihr dürfe nicht zwingend eine Schutzimpfung verlangt werden, sondern diese könne gemäss der Empfehlung der Suva lediglich dringend empfohlen werden, entbindet sie nicht von den freiwillig eingegangenen Rechten und Pflichten im Rahmen ihres Anstellungsverhältnisses. Sie verpflichtete sich zur Einhaltung der Vorschriften gemäss den Weisungen des KSSG, worunter auch die Weisung 10 09 fällt. Darin wird klar und deutlich verlangt, dass Angestellte des KSSG, welche mit Blut in Kontakt kommen können, gegen Hepatitis B geimpft werden müssen. Soweit die Beschwerdeführerin dagegen einwendet, dass ihr die Weisung 10 09 nicht ausgehändigt worden sei, fällt in Betracht, dass sie die Möglichkeit gehabt hätte, die Weisungen zu verlangen, sie im Weisungsordner des KSSG nachzuschlagen oder über das Internet darauf zuzugreifen. Ausserdem wurde sie mehrmals von verschiedenen Personen darüber aufgeklärt, dass sich im KSSG auch Rotkreuzpflegehelferinnen einer Schutzimpfung zu unterziehen hätten, um das Risiko einer Hepatitis B-Infektion im Spitalbetrieb ausschliessen zu können. Im Schreiben der Direktion des Personaldienstes vom 2. August 2004 wurde sie darauf hingewiesen, dass die neuen Anstellungsbedingungen eine Impfung voraussetzen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin den neuen Stellenbeschrieb für Rotkreuzpflegehelferinnen nicht unterschrieben hätte, stünde es der Spitalregion zu, Weisungen zum Zweck der Verhinderung von Berufskrankheiten zu erlassen und deren Einhaltung vom Spitalpersonal zu verlangen. Die Tatsache, dass die Empfehlung der Suva lediglich von einer dringenden Empfehlung spricht, schliesst nicht aus, dass die Spitalregion für ihre Betriebe eine Impfung zwingend vorschreiben darf, wenn dies aus medizinischer Sicht von der Spitalleitung als unerlässlich erachtet wird. Im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses als Rotkreuzpflegehelferin ist für die Beschwerdeführerin in erster Linie die Weisung 10 09 verbindlich. Aber auch die Empfehlung der Suva schliesst nicht aus, dass weitere Impfungen unter Berücksichtigung der spezifischen Gefährdung in Zusammenarbeit mit Personalärzten angezeigt sein können.

cc) Nach dem Gesagten erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, es liege keine genügende gesetzliche Grundlage für die von ihr verlangte Hepatitis B-Impfung vor, als unbegründet.

dd) Anders beurteilt sich die Frage, ob eine Hepatitis B-Impfung von den Helferinnen und Helfern des Freiwilligendienstes IDEM verlangt werden darf. Zwischen diesen und dem KSSG besteht kein Anstellungsverhältnis, weshalb den Helferinnen und Helfern die Impfung nicht vorgeschrieben, sondern lediglich empfohlen werden kann.

d) Im Weiteren ist zu prüfen, ob die verlangte Impfung durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist. Zweck der Impfung ist die Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere der Schutz vor übertragbaren Krankheiten sowie das Vermeiden von Berufskrankheiten im Bereich des Gesundheitswesens (vgl. Art. 117 und 118 BV). Nach dem gegenwärtigen Stand der medizinischen Wissenschaft kommt der aktiven Schutzimpfung eine wichtige Rolle zu, was die Auswirkungen der Hepatitis B-Impfung des Personals im Gesundheitswesen auf die Inzidenz dieser Erkrankung in eindrücklicher Weise gezeigt haben (Empfehlung der Suva, S. 1). Durch eine präventive Schutzimpfung des Personals, das mit Blut oder anderen infektiösen Körperflüssigkeiten in Kontakt kommen könnte, kann das Risiko einer Hepatitis B-Infektion weitgehend ausgeschlossen werden. Die Weisung dient auf diese Weise auch dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Patienten sowie des gesamten Spitalpersonals (Art. 36 Abs. 2 BV). Die Impfung stellt einen verhältnismässig leichten Eingriff dar, der ungefährlich und wenig schmerzhaft ist. Die möglichen Nebenwirkungen sind gering und erschöpfen sich in aller Regel in einer leichten lokalen Reaktion an der Einstichstelle und einer leichten allgemeinen Abwehrreaktion innert ein bis zwei Tagen. Heftige sogenannte anaphylaktische Unverträglichkeitsreaktionen sind sehr selten (ca. 1 Fall pro 600 000 geimpfte Personen). Zu Todesfällen ist es nie gekommen (https://www2.onlineberatung.usz.ch/question/faq.aspx?qst_cat_id=23&qst_id=75; <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00682/00684/01077/index.html?lang=de>). Vor diesem Hintergrund ist bei der Abwägung der öffentlichen Interessen an der verlangten Impfung und der privaten Interessen der Beschwerdeführerin an einem Verzicht auf die Impfung von einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der Impfpflicht auszugehen.

e) Die Beschränkung der Freiheitsrechte darf mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 36 Abs. 3 BV) nicht über das hinausgehen, was zur Gewährleistung der Gesundheitspflege erforderlich ist. Fraglich ist, ob die verlangte Impfung bei der Beschwerdeführerin, die als Sitznachtwache im KSSG tätig ist, geeignet und erforderlich ist, um die Gefahr einer Hepatitis B-Infektion auszuschliessen. Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher und personeller Hinsicht nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels notwendig ist. Des Weiteren dürfen Eingriffszweck und Eingriffswirkung nicht in einem Missverhältnis zueinander stehen, d. h. es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen

Privaten bewirkt, bestehen (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 586 ff.; Häfelin/Haller, a. a. O., Rz. 320 ff.).

aa) Durch eine aktive Schutzimpfung verringert sich das Risiko der Übertragung des Hepatitis B-Virus durch Körperflüssigkeiten eindeutig. Die Eignung der Impfung zur Vermeidung der Übertragung des Virus wird denn auch von der Beschwerdeführerin nicht ernsthaft in Frage gestellt. Fraglich ist dagegen, ob es nicht eine mildere Massnahme gibt, welche das Risiko einer Infizierung in gleicher Weise verringert. Die Beschwerdeführerin beanstandet, sie arbeite Teilzeit und in der Regel als Sitznachtwache bei einzelnen Patienten und beachte dabei alle Vorsichtsmassnahmen (z.B. technische Massnahmen, wie das Verwenden von Sicherheitsprodukten, vgl. Informationsschreiben der Suva: Verhütung blutübertragbarer Krankheiten im Gesundheitswesen, 13. Ausgabe, Bestellnummer 2869/30d, S. 29, abgekürzt Informationsschreiben der Suva). Das Entnehmen von Blut oder das Verabreichen von Spritzen liege aber ausdrücklich ausserhalb ihres Kompetenzbereichs als Rotkreuzpflegehelferin. Um die Gefährdung Dritter auszuschliessen, reiche das periodische Durchführen eines Antikörpertests aus. Ausserdem habe sie als dreifache Mutter die heftigen Impfreaktionen ihrer Kinder miterlebt, weshalb sie aus persönlichen Gründen eine präventive Schutzimpfung ablehne.

Das konsequente Impfen des Personals im Gesundheitswesen bietet einen wirksamen Schutz gegen das Hepatitis B-Virus, weshalb alle Personen mit einem beruflichen Hepatitis B-Risiko dagegen zu impfen sind. Dies betrifft im Gesundheitswesen alle Personen, die mit Blut oder mit blutkontaminierten Körperflüssigkeiten in Berührung kommen können, sei dies regelmässig oder auch nur gelegentlich. Dementsprechend sind neben Personen, die direkt mit Patienten in Kontakt kommen (Ärzte, Pflegeberufe, medizinisch-technische oder medizinisch-therapeutische Berufe) auch andere Personen zu impfen, die mit Blut oder blutkontaminierten Gegenständen in Berührung kommen können. Dies betrifft auch Patientenbegleiterinnen. In einem Spital dürfte in der Regel nur beim Verwaltungspersonal kein berufliches Hepatitis B-Risiko vorliegen (Informationsschreiben der Suva, S. 66 ff.; vgl. Entscheid der Vorinstanz vom 6. April 2006, Erw. 3.d).

Das Risiko einer Infizierung mit dem Hepatitis B-Virus ist je nach Aufgabenbereich im Spital unterschiedlich. Als Sitznachtwächterin ist die Beschwerdeführerin zweifellos einer geringeren Infektionsgefahr ausgesetzt als z. B. ein Arzt oder eine Krankenschwester; ebenfalls geringer (im Vergleich zu anderen Einsatzbereichen im Spital) wäre im Falle einer Infizierung der Beschwerdeführerin die von ihr ausgehende Ansteckungsgefahr für die Patienten. Auch würden regelmässige Untersuchungen auf Antikörper das Risiko einer Weiterverbreitung des Hepatitis B-Virus mindern. Ein Restrisiko müsste aber dennoch in Kauf genommen werden, da die Impfung die einzige Massnahme ist, welche präventiv und zuverlässig vor einer Infizierung schützt. Dazu kommt, dass eine akute Infektion oft unbemerkt verläuft bzw. für den Infizierten nicht erkennbar ist, weshalb nur die Impfung einen hinreichenden Schutz gegen eine Übertragung des Hepatitis B-Virus bietet. Obwohl

die Gefahr, sich bei der Arbeit im Gesundheitswesen zu infizieren, zahlenmässig gesehen relativ klein ist, können im Einzelfall gravierende Komplikationen daraus resultieren (Empfehlung der Suva, S. 1). Die Impfung erweist sich folglich als erforderlich.

bb) Als Grund für ihre abweisende Haltung gegenüber der Schutzimpfung erwähnt die Beschwerdeführerin die möglichen Nebenwirkungen. Wie bereits dargelegt wurde, sind die zu erwartenden Nebenwirkungen in aller Regel gering. Welche «schwerwiegenden» Nebenwirkungen die Beschwerdeführerin bei der Impfung ihrer Kinder miterlebte, führt sie nicht aus, und es ist auch nicht davon auszugehen, dass es sich bei diesen Impfungen um Hepatitis B-Impfungen gehandelt hat. Die Beschwerdeführerin vermag daraus folglich nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Vielmehr darf zu einer umfassenden Bekämpfung der Hepatitis B von der Beschwerdeführerin erwartet werden, dass sie die Impfung samt minimem Risiko allfälliger Nebenwirkungen auf sich nimmt. Die Impfung dient letztendlich auch ihrer Gesundheit sowie der Gesundheit derer, mit welchen die Beschwerdeführerin täglich in Kontakt kommt. Aus diesem Grund erweist sich die verlangte Impfung gegen Hepatitis B auch als verhältnismässig im engeren Sinn.

f) Die aktive Schutzimpfung gegen Hepatitis B stellt im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses einen gerechtfertigten Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit dar. Sie beruht auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, ist durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig, weshalb sich die Rüge der Beschwerdeführerin, Ziff. 3 der Weisung 10 09 sei verfassungswidrig, als unbegründet erweist.

3. Zu prüfen bleibt, ob das Verweigern der Schutzimpfung einen ausreichenden Grund für die Auflösung des Anstellungsverhältnisses darstellt. Gemäss Art. 1 lit. c StVG regelt das Staatsverwaltungsgesetz die Auflösung des Dienstverhältnisses für Angestellte von selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten, soweit keine abweichenden Vorschriften zur Anwendung gelangen. Das Anstellungsverhältnis kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf das Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Vorbehalten bleibt die Auflösung aus «wichtigen» Gründen (Art. 82 Abs. 1 StVG). Sind durch Verordnung keine weitergehenden Kündigungsschutzbestimmungen vorgesehen, sind bei der Auflösung von Angestelltenverhältnissen die obligationenrechtlichen Bestimmungen sachgemäss anzuwenden (Art. 83 StVG).

a) Für die Aufhebung eines Angestelltenverhältnisses müssen bestimmte, wichtige Gründe vorliegen, wobei nicht erforderlich ist, dass diese Gründe die Intensität eines qualifizierten Grundes erreichen, bei welchem eine fristlose Entlassung zulässig wäre (im Sinn von Art. 82 Abs. 1 zweiter Satz StVG). Eine Kündigung ist dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung des betreffenden Angestellten dem öffentlichen Interesse widerspricht (M. Michel, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 299 mit Hinweisen). Es müssen sachliche, vertretbare Gründe sein, so dass die Beendigung des Angestelltenverhältnisses 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., Jud, a. a. O., S. 188 ff.). 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.). Als unsachlich gelten auf jeden Fall Kündigungen, welche im Sinne des Obligationenrechts missbräuchlich wären (ZBI 89/1988, S. 225; Michel, a. a. O., S. 299 mit Hinweis).

b) Die Spitalregion St.Gallen Rorschach verfügte als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt (Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes über die Spitalverbunde, sGS 320.2) am 24. September 2004 die Kündigung des Anstellungsverhältnisses der Beschwerdeführerin unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf den 31. Dezember 2004. Der einzige Grund für die Kündigung war das pflichtwidrige Verhalten der Beschwerdeführerin, keine Hepatitis B-Impfung vorzunehmen. Wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, ist die Impfung zur Vermeidung einer Infizierung und Verbreitung des Hepatitis B-Virus wichtig. Die periodische Durchführung eines Antikörpertests vermag nicht den gleichen Schutz zu gewähren. Auch bei ihrem Teilzeiteinsatz als Sitznachtwache kommt die Beschwerdeführerin mit Patienten in Kontakt und hilft anderen Pflegenden, insbesondere in Notfallsituationen, weshalb auch sie unter die Risikogruppe fällt, welche präventiv zu impfen ist. Es geht um die Verringerung des Risikos einer Ansteckung mit dem Hepatitis B-Virus; eines Virus der von den Trägern zum Teil unbemerkt durch den Kontakt mit Körperflüssigkeiten übertragen wird (vgl. Entscheid der Vorinstanz vom 6. April 2006). Damit liegt ein sachlicher Grund für die erfolgte Kündigung vor. Die Impfung ist unumgänglich, um die Gesundheit der im Gesundheitswesen Tätigen und diejenige der Patienten optimal zu schützen. Müsste die Spitalregion auf Einzelfälle Rücksicht nehmen, würde dies einerseits den Schutz vor einer Infizierung vereiteln, andererseits liesse sich nur schwer eine Grenze finden, in welchen Fällen es gerechtfertigt wäre, eine Ausnahme von der Hepatitis B-Impfung zu erlauben. Die Kündigung ist deshalb weder willkürlich noch unverhältnismässig, da sie zum Schutz der Angestellten und Patienten vor einer Infizierung mit Hepatitis B erfolgte.

2

Art. 13 Abs. 2 BV (SR 101). Die Bestimmung im Polizeireglement der Stadt St.Gallen, wonach öffentliche Strassen und Plätze mit Videokameras überwacht werden können, wobei die Aufnahmen eine Personenidentifikation zulassen und während 100 Tagen aufbewahrt, aber erst in einem konkreten Verfahren eingesehen werden, erweist sich im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens nicht als unverhältnismässiger Eingriff in den Schutz der Privatsphäre bzw. in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Verwaltungsgericht, 9.Mai 2006

Die Bürgerschaft der Stadt St.Gallen nahm in der Volksabstimmung vom 5.Juni 2005 das revidierte Polizeireglement (PR) an. Darin wird u. a. die Überwachung des öffentlichen Grundes geregelt. Öffentliche Strassen und Plätze können mit Videokameras überwacht werden, welche eine Personenidentifikation nicht zulassen. Der Stadtrat kann die örtlich begrenzte Überwachung mit Videokameras bewilligen, welche die Personenidentifikation zulassen, wenn der Einsatz solcher Kameras zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geeignet und erforderlich ist und wenn die Öffentlichkeit mit Hinweistafeln darauf aufmerksam gemacht wird. Das Aufzeichnungsmaterial wird nach 100 Tagen vernichtet; vorbehalten bleibt die Weiterverwendung in einem Strafverfahren. Eine missbräuchliche Verwendung des Materials ist durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen auszuschliessen. Ein Stimmbürger erhob gegen diese Bestimmungen des PR Kassationsbeschwerde und beantragte, die Aufzeichnungen seien bereits nach zwei Tagen zu vernichten. Das Gesundheitsdepartement als Stellvertreter des Justiz- und Polizeidepartements hiess die Kassationsbeschwerde teilweise gut und hielt fest, die Aufbewahrungsfrist von 100 Tagen sei unverhältnismässig. Der St.Galler Stadtrat erhob Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht gutgeheissen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist ausschliesslich, ob die in Art. 3 Abs. 3 PR festgelegte Aufbewahrungsfrist von 100 Tagen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht.

a) Hintergrund der Vorschrift über die Aufbewahrungsfrist ist Art. 3 Abs. 2 PR, welcher dem Stadtrat die Kompetenz einräumt, die örtlich begrenzte Überwachung mit Videokameras zu bewilligen, welche die Personenidentifikation zulassen, wenn der Einsatz solcher Kameras zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geeignet und erforderlich ist und wenn die Öffentlichkeit mit Hinweistafeln auf diesen Einsatz aufmerksam gemacht wird. Gegenstand dieser Bestimmung ist demnach die sog. dissuasive Überwachung, mit welcher präventiv öffentliche Plätze

und Räume überwacht werden und die sich, im Gegensatz zur sog. invasiven Überwachung, auf eine Vielzahl unbestimmter Personen richtet, die sich auf diesen Plätzen oder in diesen Räumen bewegen. Weil sich die dissuasive Überwachung ohne Tatverdacht gegen eine unbestimmte Zahl von Personen richtet, dabei auf die Erkennbarkeit dieser Personen ausgerichtet ist und ohne richterliche Überprüfung stattfindet, wird sie als Eingriff in ein Grundrecht der Betroffenen betrachtet, und zwar in das aus Art. 13 Abs. 2 BV – danach hat jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten – abgeleitete sog. Recht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 44 ff.; Markus Schefer, Ergänzungsband, Bern 2005, S. 34 mit Hinweisen; vgl. auch Rainer J. Schweizer, St.Galler Kommentar zu Art. 13 Abs. 2 BV, Rz. 38 ff.). Ob auch das Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV und die Garantie des Privat- und Familienlebens berührt sind, wie das Gesundheitsdepartement ohne eingehendere Begründung annahm, kann offen bleiben.

b) Unbestritten ist, dass die in Art. 3 PR geregelte dissuasive Überwachung eine genügende gesetzliche Grundlage hat. Das PR ist ein Gesetz im formellen Sinn; es wurde von der Bürgerschaft der Stadt St.Gallen mit 15437 Ja-Stimmen gegen 8037 Nein-Stimmen angenommen. Die Videoüberwachung und die zeitweilige Aufbewahrung des gewonnenen Bildmaterials bezwecken u. a. die Verhinderung von Straftaten und die Erleichterung von deren Aufklärung. Damit liegt die Massnahme im öffentlichen Interesse (vgl. BGE 128 II 275). Unbestritten ist weiter, dass der Kerngehalt des Grundrechts gewahrt bleibt. Insoweit sind die Anforderungen nach Art. 36 Abs. 1, 2 und 4 BV erfüllt. Dagegen ist streitig, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 36 Abs. 3 BV gewahrt ist. Die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bedeutet, dass sich der Grundrechtseingriff eignen muss, den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck herbeizuführen, dass der Eingriff erforderlich ist bzw. dass keine gleichermassen geeignete, aber mildere Massnahme zur Verfügung steht und dass die negativen Wirkungen des Eingriffs im konkreten Fall das öffentliche Interesse am Eingriff nicht überwiegen (vgl. statt vieler Schweizer, a. a. O., Rz. 21 zu Art. 36 BV mit Hinweis auf BGE 124 I 115; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 320 ff.).

c) aa) Die Vorinstanz erwo, eine Aufbewahrung von 100 Tagen sei weder erforderlich noch verhältnismässig im engeren Sinn. Dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung von Straftaten werde Genüge getan, wenn das Überwachungsmaterial solange aufbewahrt werde, bis üblicherweise Strafantrag gestellt werde. Zwar fehlten hiezu kriminalstatistische Erfahrungswerte, doch sei offensichtlich, dass «für gewöhnlich» nicht 90 Tage vergehen würden, bis Strafantrag gestellt werde. Auch der Stadtrat sei in seiner Vorlage an das Stadtparlament davon ausgegangen, dass die meisten Anzeigen bei Antragsdelikten innerhalb eines Monats gestellt würden. Zudem bestätige der Auszug aus der Kriminalstatistik des Kantons St.Gallen vom 15. August 2005, dass der weitaus grösste Teil der polizeilich erfassten Straftaten

in Unterführungen der Stadt St.Gallen von 1997 bis 2004 Sachbeschädigungen mit Farbe oder Spray (292) und Betäubungsmitteldelikte (232) umfasst habe und dass Entreisssdiebstähle (31), Körperverletzungen (11), sexuelle Belästigungen und sexuelle Nötigungen (3) mit grossem Abstand folgten. Bei der Mehrheit der Delikte bräuchten die Opfer keinesfalls eine 90-tägige Frist zur Willensbildung. Im Weiteren werde das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, welches den Bürgern den Anspruch gewähre, selber über Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen, durch die Speicherung der Videos über 100 Tage erheblich beeinträchtigt. Wer täglich einen überwachten Ort passiere, müsse in Kauf nehmen, dass über ihn grosse Datenmengen angelegt und aufbewahrt würden, ohne dass ein konkreter Tatverdacht gegen ihn vorliege. Für eine kürzere Aufbewahrungsfrist spreche auch ein gewisses Missbrauchsrisiko, welches nicht restlos ausgeschlossen werden könne. Schliesslich zeige ein Vergleich mit anderen Regelungen, dass keine gesetzgebende Gewalt eine Aufbewahrungsfrist von 100 Tagen als erforderlich bzw. zumutbar erachte.

bb) Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, mit der Aufbewahrung während 100 Tagen wolle sichergestellt werden, dass Straftaten an Stellen des öffentlichen Grundes, die häufig als unsicher erachtet würden, möglichst umfassend aufgeklärt und geahndet werden könnten. Mit einer erhöhten Aufklärungsrate werde zugleich eine präventive Wirkung erzielt. Wenn die Aufbewahrungsdauer so festgelegt sei, dass sie grundsätzlich jene Frist abdecke, die – gerechnet ab dem Tag der Tat – für die Stellung eines Strafantrags vorgesehen sei, so gehe die gesetzliche Regelung nicht weiter, als es für die Erreichung des gesetzgeberischen Ziels erforderlich sei. Es verhalte sich mit der Verhältnismässigkeit der Aufbewahrungsfrist nicht anders als mit der Verhältnismässigkeit der Strafantragsfrist. Auch diese betrage drei Monate, auch wenn der Strafantrag wohl in den meisten Fällen weit früher eingereicht werde. Die Aufbewahrung während 100 Tagen erreiche das im öffentlichen Interesse liegende Ziel besser als eine Aufbewahrung während lediglich 30 Tagen. Die Aufbewahrungsfrist von 100 Tagen sei darüber hinaus notwendig, weil die Videoaufnahmen lediglich permanent und lückenlos erstellt, nicht aber permanent und lückenlos überprüft würden. Ob das aufgezeichnete Material für ein Strafverfahren benötigt werde, hänge daher in zahlreichen Fällen vom Verhalten der betroffenen Personen ab, wobei zu berücksichtigen sei, dass gerade Anzeigen wegen Verletzung der sexuellen Integrität oder wegen Übergriffen gegen Jugendliche aus Scham oder Furcht oft erst nach längerer Zeit erfolgten. Auch diene die Aufbewahrungsfrist von 100 Tagen nicht nur der Ahndung von Antragsdelikten, sondern auch von Officialdelikten. Schliesslich ziele die Videoüberwachung darauf ab, die Sicherheit an neuralgischen Stellen des öffentlichen Grundes und das Sicherheitsempfinden der Bevölkerung zu verbessern, um die Stadt als Begegnungs- und Lebensraum für alle Einwohner zu erhalten. Es bestehe ein erhebliches und durch eine Bevölkerungsbefragung nachgewiesenes öffentliches Interesse daran, eine «Verslumung» der Stadt, wie sie sich an einzelnen neuralgischen Orten

abzeichne, zu verhindern. Deshalb würden die mit der Aufbewahrung der Videoaufzeichnungen während 100 Tagen verbundenen Beschränkungen keineswegs in einem Missverhältnis zur Bedeutung des verfolgten öffentlichen Interesses stehen. Die Überwachung würde nur an bestimmten, örtlich begrenzten Stellen des öffentlichen Grundes erfolgen, bei denen eine besondere Gefährdungslage bestehe. Die Massnahme betreffe mithin Orte, bei denen eine Vielzahl von unbescholtenen Bürgern ohne die vorgesehene Videoüberwachung in ihrer Freiheit, sich im öffentlichen Raum zu bewegen, wegen Furcht vor strafbaren Handlungen eingeschränkt wäre. Zudem würden die Passanten auf die Videoüberwachung hingewiesen. Auch beinhalte das aufgezeichnete Material mit Ausnahme der Videoaufnahme keine zusätzlichen personenbezogenen Daten, insbesondere keine Namen. Schliesslich sei das Material nach der Aufzeichnung ausserhalb eines Ermittlungsverfahrens nicht mehr einsehbar und durch technische und organisatorische Vorkehren gegen eine missbräuchliche Verwendung geschützt.

cc) Der Beschwerdegegner bringt dagegen vor, dass eine Strafverfolgung auch bei einer Vernichtung des aufgezeichneten Materials nach 30 Tagen noch möglich sei. Unter Umständen würde sich lediglich die Beweislage verschlechtern. Dem Opfer eines Antragsdelikts sei es aber zuzumuten, innert 30 Tagen Strafanzeige zu erstatten, wenn es die Verwendung des aufgezeichneten Materials für Beweis-zwecke sichern wolle. Darüber hinaus möge es zutreffen, dass für die Beweissicherung bei der Verfolgung von Officialdelikten auch nach mehr als 30 Tagen ein Interesse am aufgezeichneten Material bestehe. Mit dieser Argumentation liesse sich allerdings auch eine Aufbewahrungsdauer von weit über 100 Tagen rechtfertigen, was aber im Hinblick auf das Übermassverbot als Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nicht mehr begründet werden könne. Dadurch, dass die Öffentlichkeit und somit auch potentielle Straftäter mit Hinweistafeln auf den Einsatz der Videokameras aufmerksam gemacht würden, sei ein markanter Rückgang der Delinquenz zu erwarten bzw. werde sich diese an nicht überwachte Orte verlagern. Unter diesen Umständen sei das im Zusammenhang mit der Aufbewahrung des Überwachungsmaterials vorgebrachte Strafverfolgungsinteresse von geringer Natur, was ebenfalls gegen eine lange Aufbewahrungsdauer spreche. Bei einer Aufbewahrung von 100 Tagen bestehe zudem die Gefahr, dass personenbezogene Daten in grossem Umfang akkumuliert würden und deshalb ganze Persönlichkeitsprofile erstellt werden könnten. Dabei zeige die Erfahrung, dass es gerade im polizeilichen Bereich trotz entsprechender Regulative immer wieder zu missbräuchlicher Verwendung von Daten komme.

d) aa) Der Stadtrat orientierte sich in seiner Vorlage an das Stadtparlament an der Strafantragsfrist von drei Monaten gemäss Art. 29 StGB. Er ging davon aus, dass die meisten Anzeigen bei Antragsdelikten innerhalb eines Monats erfolgen würden. Eine Aufbewahrungsfrist von 30 Tagen stelle einen Mittelweg zwischen den Interessen der verletzten Person und den Interessen des Datenschutzes dar. Stadtparlament und Bürgerschaft gewichteten die Interessen der Deliktprävention

und der Strafverfolgung höher. Sie wollten sicherstellen, dass an gewissen Örtlichkeiten Straftaten möglichst umfassend aufgeklärt und geahndet werden können und die öffentliche Sicherheit vermehrt gewährleistet wird. Diese Ausdehnung lag in der Kompetenz von Stadtparlament und Bürgerschaft. Dass der Stadtrat eine Frist von 30 Tagen vorschlug, stellt die Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit einer Frist von 100 Tagen nicht a priori in Frage. Im Übrigen waren Stadtparlament und Bürgerschaft in ihrer Entscheidung frei, auch andere Aspekte als die Beweissicherung in einem Strafverfahren zu berücksichtigen, insbesondere etwa die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit.

Sowohl die Frist von 30 Tagen als auch jene von 100 Tagen orientieren sich an der Strafantragsfrist von drei Monaten gemäss Art. 29 StGB. Das Gesundheitsdepartement wie auch der Beschwerdegegner halten dafür, dass bei näherer Betrachtung kein Zusammenhang zwischen der Strafantrags- und der Aufbewahrungsfrist bestehe, zumal der Beginn der beiden Fristen nicht identisch sei. Das Gesundheitsdepartement qualifizierte es gar als «unsachlich», bei der Aufbewahrungsfrist auf die Strafantragsfrist von drei Monaten abzustellen und diese um eine zusätzliche Frist von zehn Tagen zu ergänzen, um sicherzustellen, dass die Polizei bis zum Lösungszeitpunkt Kenntnis von einem Strafantrag erhält. Das Verwaltungsgericht kann diesen Standpunkt nicht teilen. Es ist legitim, dass die Beweiserleichterung mittels Videoüberwachung möglichst allen Opfern von Straftaten zuteil wird, und zwar nicht nur jenen, die innert eines Monats Strafantrag stellen, sondern auch jenen, welche die gesetzliche Strafantragsfrist voll ausschöpfen. Ohnehin ist nicht genau bekannt, wieviele Strafanträge bereits im ersten Monat nach der Tat und wieviele erst im zweiten oder dritten Monat gestellt werden.

Das Strafgesetzbuch gewährt bei Antragsdelikten den Verletzten ausdrücklich das Recht, die Bestrafung des Täters innerhalb von drei Monaten zu verlangen (Art. 29 StGB). Soweit sich die Aufbewahrungsfrist an die Strafantragsfrist anlehnt, erscheint die Frist von 100 Tagen sowohl sachgerecht wie auch erforderlich, und zwar unabhängig davon, dass diese Frist bereits mit dem Zeitpunkt der Erstellung der Videoaufnahme zu laufen beginnt und nicht erst nach erfolgtem Strafantrag. Hinzu kommt, dass bei Antragsdelikten entgegen der Ansicht der Vorinstanz ein Strafantrag auch gegen Unbekannt möglich ist (Chr. Riedo, in: Basler Kommentar, StGB I, N 39f. zu Art. 28 StGB mit Hinweisen).

Wenn das Opfer den Täter kennt, beginnen die beiden Fristen gleichzeitig zu laufen. Die Aufbewahrungsfrist von 100 Tagen gewährleistet somit, dass nicht nur ein erheblicher Teil, sondern möglichst alle Antragsberechtigten in die Lage versetzt werden, bei der Wahrnehmung ihrer Rechte als Opfer einer Straftat auf die Aufzeichnungen zurückzugreifen. Namentlich in jenen Fällen, in denen sich Täter und Opfer kennen, wird das Opfer häufig längere Zeit für den Entscheid benötigen, ob es überhaupt Strafantrag stellen will oder nicht. Dies kann auf verschiedenen Motiven beruhen. Möglicherweise will das Opfer eine ihm bekannte Person nicht mit einem Strafverfahren belasten, oder aber es befürchtet Repressionen des ihm

bekanntem Täter. Wenn ein Täter weiss, dass eine Aufzeichnung vor Ablauf der Strafantragsfrist gelöscht wird, dürfte dies vermehrt zu Repressalien gegenüber einem Opfer führen. Im Übrigen trifft es zwar zu, dass die Strafantragsfrist und die Aufbewahrungsfrist nicht gleichzeitig zu laufen beginnen, wenn ein Opfer den bzw. die Täter nicht kennt. Dies berechtigt aber nicht zur Folgerung, die Frist von 100 Tagen sei unsachgemäss festgelegt. Die Frist deckt jenen Bereich ab, in dem die Täterschaft dem Opfer bekannt ist, und in den übrigen Fällen gewährleistet sie den Rückgriff auf die Aufzeichnungen, wenn ein Opfer nach der Tat innert der gesetzlichen Frist Strafantrag gegen Unbekannt stellt. Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass die Anknüpfung an die Strafantragsfrist unsachlich ist. Das Stadtparlament beabsichtigte, eine möglichst weitgehende Beweissicherung bei Antragsdelikten wie auch bei anderen Straftaten zu gewährleisten. Die Stimmberechtigten bestätigten diese Entscheidung mit einer überwiegenden Mehrheit von 15437 Ja-Stimmen gegen 8037 Nein-Stimmen. Die Frist von 100 Tagen ist daher erforderlich, um das vom Gesetzgeber gesteckte Ziel zu erreichen. Mit einer kürzeren Frist wäre dies nicht gewährleistet. Somit ist die Massnahme sowohl geeignet als auch erforderlich, um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen.

In präventiver Hinsicht anerkennt im Übrigen auch der Beschwerdegegner, dass an den überwachten Orten ein massiver Rückgang der Delinquenz zu erwarten ist.

bb) Zu prüfen bleibt, ob das Kriterium der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn gewahrt ist, das heisst ob kein Missverhältnis zwischen dem gesteckten gesetzgeberischen Ziel und dem zu seiner Erreichung erforderlichen Eingriff in das Grundrecht besteht. Das Gesundheitsdepartement hat diesen Aspekt nicht geprüft, da es bereits die Erforderlichkeit bzw. Notwendigkeit der Massnahme im engeren Sinn verneint hat.

Beim Erlass der streitigen Massnahme berücksichtigte der Gesetzgeber unter anderem die Tatsache, dass das Sicherheitsempfinden erheblicher Teile der Bevölkerung in den letzten zwei Jahren vor dem Erlass des PR abgenommen hatte. Dabei gaben über die Hälfte der Befragten an, bestimmte Orte oder Ortstypen in der Stadt St.Gallen aus Sicherheitsgründen zu meiden. Sodann gab jede zehnte befragte Person an, in den letzten fünf Jahren an einem öffentlichen Ort in St.Gallen körperlich bedroht, angegriffen, überfallen oder beraubt worden zu sein.

Die streitige Massnahme bezweckt neben der Beweissicherung zur Strafverfolgung auch die Steigerung der öffentlichen Sicherheit und des subjektiven Sicherheitsempfindens der Bevölkerung. Dazu ist die Massnahme geeignet, weil sie den Betroffenen erlaubt, die neuralgischen Orte zu passieren, im Wissen darum, dass diese Bereiche überwacht werden und die gespeicherten Aufzeichnungen in einem Strafverfahren zur Verfügung stehen werden.

Gemäss Art. 3 Abs. 2 PR ist die Überwachung mit Videokameras, welche die Personenerkennung ermöglichen, nur örtlich begrenzt zulässig. Diese Einschränkung mildert den Eingriff in das geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Wird die Überwachung auf solche Orte beschränkt, wo die öffentliche Ord-

nung besonders gefährdet ist und welche von der Bevölkerung als besonders unsicher wahrgenommen werden, so stellt ausserdem die Überwachung nicht nur eine Einschränkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung dar, vielmehr ermöglicht sie erst breiten Kreisen den Aufenthalt an Orten, welche sonst wegen der gefährdeten öffentlichen Sicherheit und Ordnung gemieden werden. Die Überwachung hat somit nicht nur Eingriffscharakter; sie gewährleistet auch das Recht auf Bewegungsfreiheit im öffentlichen Raum, welches ebenfalls zu den von der Verfassung geschützten Grundrechten gehört (Art. 10 Abs. 2 BV). Hinzu kommt, dass die Bevölkerung mittels Hinweistafeln auf die Überwachung aufmerksam gemacht wird. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Aufzeichnungen keiner Echtzeitkontrolle unterliegen; vielmehr werden sie erst bei Einleitung eines Ermittlungsverfahrens verwendet. Schliesslich sind technische und organisatorische Massnahmen vorgesehen, welche eine missbräuchliche Verwendung der Aufzeichnungen ausschliessen (Art. 3 Abs. 4 PR). Damit wird sichergestellt, dass die Aufzeichnungen grundsätzlich ohne jegliche Bearbeitung gespeichert werden. Selbst wenn über bestimmte Personen grosse Datenmengen aufgezeichnet werden, weil sie die überwachten Örtlichkeiten regelmässig passieren, erwiese sich aufgrund der konkreten Umstände die Intensität des Eingriffs als gering. Ob und welches Bildmaterial zu einer bestimmten Person aufgezeichnet wurde, wäre zudem erst in demjenigen Zeitpunkt ersichtlich, in welchem das Material aufgrund eines Ermittlungsverfahrens überprüft wird. Sodann sind zusätzliche Ermittlungen, insbesondere zu den Personalien der betroffenen Person, notwendig, da die Aufzeichnungen lediglich Bildmaterial enthalten.

All diese Vorkehrungen mindern die Schwere des Eingriffs in den grundrechtsgeschützten Bereich der Betroffenen. Des Weiteren sind die Aufnahmen – deren Verwendung in einem Strafverfahren vorbehalten – zwingend nach Ablauf von 100 Tagen zu löschen, weshalb stets nur eine beschränkte Datenmenge vorhanden ist. Schliesslich erweist sich auch die von der Vorinstanz und vom Beschwerdegegner geltend gemachte Missbrauchsgefahr als unbegründet. Das Polizeireglement hält ausdrücklich fest, dass das Bildmaterial durch technische und organisatorische Massnahmen vor missbräuchlicher Verwendung zu schützen ist (Art. 3 Abs. 4 PR). Daran ist die Verhältnismässigkeit zu messen, nicht an einem bei jedem staatlichen Eingriff in Grundrechte bzw. bei jedem Zwangsmittel theoretisch bestehenden Missbrauchspotential.

Die Vorinstanz hat im Sinne einer ergänzenden Erwägung auf andere Überwachungsregelungen auf Bundes- und Kantonsebene sowie auf ausländische Erlasse verwiesen und kam zum Schluss, bis anhin habe keine gesetzgebende Gewalt eine Aufbewahrungsfrist von 100 Tagen als erforderlich bzw. zumutbar erachtet. Diese Überlegungen sind nicht schlüssig. Auf Bundesebene befinden sich die besagten Regelungen ausschliesslich in Verordnungen, nicht in Gesetzen. In welcher Form die angeführten ausländischen Regelungen erlassen wurden, legt die Vorinstanz nicht im Einzelnen dar. Lediglich in einem Fall wird auf ein Gesetz im for-

mellen Sinn verwiesen. Auch machte die Vorinstanz keine näheren Angaben, ob bei den zum Vergleich herangezogenen Regelungen ähnliche Restriktionen bestehen, wie sie in Art. 3 PR verankert sind. Bei einzelnen Erlassen ist jedenfalls ausdrücklich vorgesehen, dass eine Sichtung des Bildmaterials vorgeschrieben ist. Demgegenüber wird im vorliegenden Fall das Bildmaterial erst anlässlich eines konkreten Verfahrens geprüft. Es ist geradezu eines der bezeichnenden Merkmale der streitigen Regelung, dass die Videoaufnahmen nicht ohne Anlass bzw. permanent visioniert werden, sondern dies erst im Falle eines Verfahrens geschieht. Darin unterscheiden sich die von der Vorinstanz herangezogenen Regelungen des Bundes oder anderer Kantone oder gar des Auslandes zumindest teilweise.

e) Die Beschwerdeführerin macht abschliessend geltend, die Vorinstanz habe im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle entschieden. Dabei gelte der Grundsatz, dass eine Norm nur aufzuheben sei, wenn ihr nach den anerkannten Auslegungsregeln kein Sinn beigemessen werden könne, der sich mit der Verfassung vereinbaren lasse. Die Vorinstanz habe ungeachtet der Bestimmung, wonach eine missbräuchliche Verwendung des Bildmaterials durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen auszuschliessen sei, ohne weitere Begründung angenommen, dass ein gewisses Missbrauchsrisiko nicht auszuschliessen sei. Dies widerspreche nicht nur den Grundsätzen der abstrakten Normenkontrolle, sondern sei auch in der Sache selber einem öffentlichen Gemeinwesen gegenüber inakzeptabel.

Im Rahmen des Kassationsbeschwerdeverfahrens ist die abstrakte Normenkontrolle bei Erlassen von Gemeinden zulässig (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 578). Im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle gilt der Grundsatz, dass eine angefochtene Bestimmung nicht aufgehoben wird, wenn ihr nach den anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigelegt werden kann, der sie mit den angerufenen verfassungsrechtlichen oder staatsvertraglichen Rechten vereinbar erscheinen lässt. Nur wenn sie sich jeder verfassungsmässigen Auslegung entzieht, wird sie aufgehoben (vgl. statt vieler BGE 130 I 86 mit Hinweisen). Von Bedeutung sind dabei die Tragweite des Grundrechtseingriffs sowie die Möglichkeit, bei einer späteren konkreten Normenkontrolle, d. h. im Anwendungsfall, einen hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutz zu erhalten. Es ist deshalb zu beachten, unter welchen Umständen die betreffende Bestimmung zur Anwendung gelangen wird. Der Verfassungsrichter hat die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nicht nur abstrakt zu untersuchen, sondern auch die Wahrscheinlichkeit verfassungstreuer Anwendung miteinzubeziehen. Dabei dürfen die Erklärungen der Behörde über die künftige Anwendung der Vorschrift mitberücksichtigt werden (BGE 130 I 86).

Nach Art. 3 Abs. 2 PR setzt die Überwachung mit Personenidentifikation voraus, dass der Stadtrat einen entsprechenden Beschluss fasst, welche Örtlichkeit zu überwachen ist. Dabei hat er mit Bezug auf die konkrete Örtlichkeit zu prüfen, ob der Einsatz solcher Kameras zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

geeignet und erforderlich ist, und es sind entsprechende Hinweistafeln anzubringen. Wie ein solcher Beschluss zu charakterisieren ist, muss im vorliegenden Fall nicht abschliessend geprüft werden. Es dürfte sich wohl um eine Allgemeinverfügung handeln (vgl. etwa BGE 126 II 300 ff.). Als solche wäre sie anfechtbar, da die Möglichkeit der Prüfung der Erforderlichkeit und Geeignetheit der Anordnung und die Zweckmässigkeit der Orientierung der Betroffenen auch im konkreten Anwendungsfall gegeben sein müssen. Auch muss der Stadtrat Anordnungen über die geeigneten technischen und organisatorischen Massnahmen gemäss Art. 3 Abs. 4 PR erlassen. Diese können in der Form einer Verwaltungsverordnung bzw. Dienst-anweisung verfasst werden. Da diese einen Eingriff bzw. einen Einzelaspekt eines Eingriffs in einen grundrechtsgeschützten Bereich berührt, wird ihr zweifellos Aussenwirkung zukommen, weshalb sie wiederum mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann (Häfelin/Haller, a. a. O., Rz. 1947 mit Hinweisen). Standort und Handhabung der Überwachung mit Personenidentifikation unterliegen daher einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Überprüfungsmöglichkeit.

Im Weiteren ist aufgrund der Äusserungen des Stadtrates davon auszugehen, dass die Überwachung mit Personenidentifikation an neuralgischen Stellen des öffentlichen Grundes zum Einsatz kommt, welche eine hohe Rate von Delikten aufweisen oder an denen das subjektive Sicherheitsempfinden bei einer relativ grossen Zahl von Personen beeinträchtigt ist. Ausserdem darf anerkannt werden, dass der Stadtrat bei der Umsetzung der Überwachung hinreichend wirksame technische und organisatorische Massnahmen erlässt, welche einen Missbrauch ausschliessen.

f) Zusammenfassend gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass eine Aufbewahrungsfrist von 100 Tagen aufgrund der im formellen Gesetz selbst geregelten Rahmenbedingungen zumindest im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nicht zu einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung führt, welcher mit den vom Gesetzgeber angestrebten Zielen in einem Missverhältnis steht. Die Verhältnismässigkeit von Art. 3 PR ist daher zu bejahen. Die Bestimmung lässt sich zudem in einer verfassungskonformen Art und Weise anwenden, was zweifelsohne auch dem Willen der Stimmbürgerschaft entsprach, welche das revidierte Polizeireglement mit 15 437 Ja-Stimmen gegen 8 037 Nein-Stimmen angenommen hat. Das Gesundheitsdepartement hat daher zu Unrecht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle die gesetzliche Regelung der Stadt St.Gallen als verfassungswidrig qualifiziert. Folglich ist die Beschwerde der Stadt St.Gallen gut-zuheissen, und der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben.

Der beteiligte Stimmbürger erhob gegen dieses Urteil staatsrechtliche Beschwerde, die vom Bundesgericht mit Entscheid vom 14. Dezember 2006 abge-wiesen wurde (1P.358/2006).

3

Art. 27 und 36 BV (SR 101); Art. 12 lit. a und lit. i BGFA (SR 935.61); Art. 30, 31 und 42 Abs. 1 lit. b AnwG (sGS 963.70); Art. 2 Abs. 1 und 3 HonO (sGS 963.75). Eine von den Bestimmungen der HonO abweichende Honorarvereinbarung setzt voraus, dass der unkundige Klient zumindest mündlich über das konkrete Verhältnis der Honorarvereinbarung zu den Bestimmungen der HonO aufgeklärt und ihm dargelegt wird, wie das Honorar ohne Vereinbarung zu ermitteln wäre. Diese Auslegung von Art. 2 Abs. 1 und 3 HonO ist mit dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit vereinbar. Ein Verstoss gegen diese kantonale rechtliche Aufklärungspflicht ist als Verstoss gegen das Gebot der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a. BGFA zu ahnden.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 7. September 2006

Aus den Erwägungen:

1. In materieller Hinsicht wirft die Anwaltskammer dem Beschwerdeführer zunächst einen Verstoss gegen die vorliegend als *lex specialis* zur allgemeinen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung nach Art. 12 lit. a BGFA verstandene Berufsregel des Art. 12 lit. i BGFA vor, wonach der Rechtsanwalt bei Mandatsübernahme über die Grundsätze der Rechnungsstellung zu informieren hat. Diese Verpflichtung hat der Beschwerdeführer nach Ansicht der Anwaltskammer verletzt, weil er entgegen Art. 2 Abs. 3 HonO mit seiner Klientin eine Honorarvereinbarung abgeschlossen habe, ohne vorher schriftlich auf die davon abweichenden Bestimmungen der ansonsten anwendbaren HonO hinzuweisen. (...) Der Beschwerdeführer ortet in den kantonalen Bestimmungen zum Honorar eine Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit (...).

c) Die Wirtschaftsfreiheit ist in Art. 27 BV gewährleistet. Sie beinhaltet unter anderem das Recht auf die freie Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Einschränkungen sind nach Art. 36 BV grundsätzlich zulässig, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden können und sich als verhältnismässig erweisen. Soweit eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bezweckt ist, bedarf es nach Art. 94 Abs. 4 BV einer Verfassungsgrundlage. In diesem Zusammenhang ist in Lehre und Praxis allgemein anerkannt, dass auf genügender gesetzlicher Grundlage beruhende kantonale Anwaltstarife eine zulässige Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit aus polizeilichen bzw. sozialpolitischen Motiven darstellen; es geht um die allgemeine Erschwinglichkeit der Rechtspflege und damit um den Zugang zum Recht, die Vermeidung von Ausbeutung und des Ausnützens von Notlagen (F. Wolffers, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, Diss. Bern 1986, Zürich 1986, 158 f.; L. Höchli, *Das Anwaltshonorar*, Diss. Zürich 1991, 50 und 51 ff., je mit Hinweisen auf Lehre und

Praxis). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bedeutet, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse stehenden Ziels geeignet und erforderlich ist sowie im Hinblick auf die Schwere der Grundrechtseinschränkung eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation besteht. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 132 I 49 E. 7.2 S. 62 mit Hinweisen).

Unbestrittenermassen ging es beim Mandat des Beschwerdeführers zumindest im Wesentlichen um die gerichtliche Vertretung der Anzeigerin vor der Verwaltungsrekurskommission in einem Verfahren auf Aufhebung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung. Nach st.gallischem Recht ist der Rechtsanwalt in einem solchen Fall nicht frei in der Aushandlung seines Honorars. (...) Die Regelung der HonO ist für den Rechtsanwalt im Grundsatz bindend (Art. 2 Abs. 1 HonO). Davon abgewichen werden kann nur, wenn Rechtsanwalt und Mandant durch Einzelabrede und unter Hinweis auf die Bestimmungen der Honorarordnung die Bemessung des Honorars nach Zeitaufwand zu einem bestimmten Stundenansatz vereinbaren (Art. 2 Abs. 3 HonO). Gemeint ist damit zunächst die Anbringung eines spezifischen, und nicht einfach in vorformulierten Bestimmungen enthaltenen Hinweises, dass mit der Honorarvereinbarung von den Bestimmungen der HonO abgewichen wird (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 3b zu Art. 263).

Der von Art. 2 Abs. 3 HonO verlangte Hinweis stellt einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, indem dem Rechtsanwalt öffentlich-rechtlich eine vorvertragliche Informationspflicht auferlegt wird. Der Eingriff beruht jedoch mit Art. 30 f. und Art. 42 Abs. 1 lit. b AnwG i.V. m. Art. 2 HonO auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage und kann sich nach dem Gesagten auf ein ebenso ausreichendes öffentliches Interesse stützen. Hinsichtlich der Beurteilung der Verhältnismässigkeit des Eingriffs ist grundsätzlich zunächst auf dem Weg der Auslegung von Art. 2 Abs. 3 HonO zu ermitteln, welche genaue Tragweite die vorgesehene Informationspflicht haben soll. Der Wortlaut der Bestimmung erlaubt dazu keine genauen Schlüsse. Unter dem Gesichtspunkt des Zwecks der Bestimmung – dieser besteht in der Sicherstellung der generellen Funktionsfähigkeit der HonO und damit der Einhaltung der angesprochenen öffentlichen Interessen sowie spezifisch in der Verhinderung der Übervorteilung des Klienten – spricht immerhin einiges für die Auffassung des Beschwerdeführers, wonach, was die Form betrifft, eine mündliche Mitteilung genügt und bei kundigen Klienten kein Hinweis gemacht werden muss. Inhaltlich muss aber angesichts des Zwecks der Informationspflicht verlangt sein, dass die Aufklärung über die Bestimmungen der HonO eine konkrete Vergleichbarkeit zwischen Honorarvereinbarung und Honorar nach HonO ermöglicht, d. h. dass dargelegt wird, wie das Honorar ohne Vereinbarung zu ermitteln wäre. Ein nur pauschaler Hinweis, dass ohne Honorarvereinbarung die HonO anwendbar wäre, genügt folglich nicht. Geht man von dieser Auslegung aus, ist die Verhältnismässigkeit des Eingriffs gegeben. Zur Erreichung der angeführten öffentlichen Interessen ist es

zumindest notwendig, erforderlich und für den Rechtsanwalt zumutbar, dass der unkundige Klient mündlich über das konkrete Verhältnis der Honorarvereinbarung zu den Bestimmungen der HonO aufgeklärt wird. Kundig ist ein Klient in diesem Sinn umgekehrt, wenn der Rechtsanwalt aufgrund der Umstände annehmen darf, dass er über die konkrete Berechnung des Honorars nach der HonO Bescheid weiss. Das kann einmal bei dauerhaften Mandatsverhältnissen der Fall sein. Bei einer erstmaligen Mandatierung wird aber im Allgemeinen und unter Vorbehalt spezieller Gegebenheiten nicht auf die Aufklärung verzichtet werden können, weil dies eine gesicherte Kenntnis des Informationsstandes des Gegenübers voraussetzt. (...)

d) Das BGFA enthält eine abschliessende Regelung der von Rechtsanwälten zu befolgenden Berufsregeln (BGE 130 II 270 E. 3.1.1 S. 275). Es vereinheitlicht auch die Vorschriften des Disziplinarwesens, indem es in Art. 17 einen abschliessenden und bindenden Katalog an Disziplinar massnahmen aufstellt und für die Anordnung einer dieser Massnahmen die Verletzung von Normen des BGFA selber voraussetzt (T. Poledna, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 1 und 3 zu Art. 17 BGFA). Die festgestellte Verletzung von Art. 2 Abs. 3 HonO kann somit nur disziplinarisch geahndet werden, wenn damit zugleich eine Verletzung von Regeln des BGFA gegeben ist, was vor allem bei den Berufsregeln der Fall ist (Poledna, a. a. O., N 3 zu Art. 17 BGFA). Ob mit der Verletzung von Art. 2 Abs. 3 HonO eine Verletzung der bundesrechtlichen Aufklärungspflicht über die Grundsätze der anwaltlichen Rechnungsstellung verbunden ist, wie die Anwaltskammer annimmt, erscheint als fraglich, führt eine solche Betrachtungsweise doch zur Anwendung von kantonal unterschiedlichen Massstäben, was dem mit dem Erlass des BGFA verfolgten Harmonisierungsziel zuwiderläuft (vgl. dazu im Hinblick auf den Einbezug kantonaler Landesregeln in die Auslegung des BGFA BGE 130 II 270 E. 3.1 S. 274 ff.). Es erscheint insofern naheliegender, auf die auch von der Anwaltskammer angesprochene Generalklausel des Art. 12 lit. a BGFA Bezug zu nehmen. Unter dem Titel der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung ist hier die Verletzung ungeschriebener Berufsregeln zu ahnden, welche die Voraussetzung dafür bilden, dass der Anwalt seine gesetzliche Funktion als mit besonderen Rechten ausgestatteter Interessenvertreter vor Gericht und Behörden wirksam wahrnehmen kann. Eine solche Verletzung liegt vor, wenn ein zu beurteilendes Verhalten generell geeignet ist, das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Anwaltschaft als Teil der Rechtspflege zu stören (W. Fellmann, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 12 zu Art. 12 BGFA). Das ist beispielsweise der Fall bei groben Verstössen gegen die mandatsrechtliche Treuepflicht und in diesem Zusammenhang mit der Verletzung der resultierenden Aufklärungspflichten (Fellmann, a. a. O., Rz. 26 und 29 zu Art. 12 BGFA). Der Umstand, als im Kanton St. Gallen tätiger Anwalt die hier geltenden zusätzlichen Aufklärungspflichten bezüglich des Honorars zu verletzen und so den Klienten der Gefahr der Irreführung auszusetzen, ist ein schwerer Verstoss gegen die Treuepflicht. Der aus der Verletzung dieser Pflicht

resultierende Anschein, dass nicht das wohlverstandene Interesse des Klienten im Zentrum der auftragsrechtlichen Beziehung steht, ist geeignet, das Vertrauen in Funktionsfähigkeit und Integrität des Anwaltsstands als Teil der Rechtspflege bei entsprechender Duldung erheblich in Frage zu stellen.

Gegen diesen Entscheid wurde Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben.

4

Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101); Art. 4 lit. c KV (sGS 111.1); Art. 15 Abs. 2 VRP (sGS 951.1). Der Anspruch auf rechtliches Gehör im anwaltsrechtlichen Disziplinarverfahren beinhaltet nicht das Recht auf eine genaue vorgängige Bekanntgabe der in Aussicht genommenen Rechtsanwendung oder auf eine Mitteilung zur Sanktion, wenn der nachfolgende Disziplinarentscheid den Rahmen des nach den Umständen zu Erwartenden nicht verlässt.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 7. September 2006

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer sieht seinen Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs in zweifacher Weise verletzt. Seiner Auffassung nach muss die konkret in Aussicht genommene Sanktion vor dem Entscheid kommuniziert werden, damit auch dazu Stellung genommen werden kann. Ferner darf aus seiner Sicht unter dem Blickwinkel des rechtlichen Gehörs das Disziplinarverfahren nicht ohne entsprechende Mitteilung und Möglichkeit zur Stellungnahme auf eine weitere, ursprünglich nicht als Gegenstand des Verfahrens bezeichnete Berufspflicht ausgelehnt werden. (...)

(...) Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bezieht sich vor allem auf Tatfragen. Rechtsfragen können aber allgemein mitumfasst sein, wenn die entscheidende Behörde sich auf Rechtsnormen zu stützen beabsichtigt, mit deren Anwendung die Beteiligten vernünftigerweise nicht rechnen konnten, wenn die Rechtslage geändert hat oder wenn der Behörde ein besonders weites Ermessen zukommt. Der bundesrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet dagegen im Allgemeinen kein Recht auf Stellungnahme zu einem Verfügungsentwurf nach Abschluss eines Instruktionsverfahrens (BGE 129 II 497 E. 2.2 S. 504 f.; BGE 124 I 241 E. 2 S. 242; vgl. zum Äusserungsrecht bei Rechtsfragen auch BGer 4P.134/2004 vom 30.11.04, E. 2.4.2). Im Bereich des Strafprozessrechts ergibt sich aufgrund des dort nach Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK zusätzlich zu berücksichtigenden Anklagegrundsatzes, dass der Angeschuldigte nicht

nur hinsichtlich des Sachverhalts, sondern auch allgemein zur in Aussicht genommenen rechtlichen Einordnung zu orientieren ist (vgl. BGE 126 I 19 E. 2 S. 21 f.; Pra 2000 Nr. 92; H. Vest, in: St.Galler Kommentar zur BV, Zürich und Lachen 2002, N 17 zu Art. 32). Das Gericht ist an diese rechtliche Einschätzung zwar nicht gebunden, hat den Angeschuldigten aber aufgrund des Gehörsanspruchs entsprechend zu informieren, wenn es den eingeklagten Sachverhalt unter eine schärfere oder eine zusätzliche Strafbestimmung subsumieren und dies strafe erhöhend berücksichtigen will oder wenn sie einen anderen Straftatbestand heranzieht, mit dem nicht gerechnet werden musste (BGE 126 I 19 E. 2c/aa S. 22; N. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. A., Bern 2005, Rz. 732 f.). Eine vorgängige Information über eine nachher ausgefallte Strafe oder Massnahme ist strafprozessual aufgrund des Gehörsanspruchs dann verlangt, wenn damit aufgrund der Anklage, des Tatvorwurfs und der Beweiserhebung auch nicht zu rechnen ist (BGE 101 Ia 292 E. 1d S. 296; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 50 Rz. 12) Kantonalrechtlich sieht Art. 4 lit. c KV vor, dass ein Anspruch auf rechtliches Gehör in Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen nach Massgabe der Bundesverfassung besteht. Art. 15 Abs. 2 VRP hält im Einklang damit fest, dass Verfügungen, die erheblich belasten, nur zulässig sind, wenn die Betroffenen den wesentlichen Sachverhalt kennen und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten. Die angeführten strafprozessualen Grundsätze finden sich wieder in Art. 4 lit. g KV und daran anschliessend in Art. 188 und 218 StP.

Das anwaltliche Disziplinarrecht und demzufolge auch das zugrunde liegende Verfahren sind (...) internrechtlich dem Verwaltungsrecht zuzuordnen, und konventionsrechtlich fällt eine strafrechtliche Einordnung grundsätzlich ausser Betracht. Wendet man den Grundsatz des rechtlichen Gehörs dementsprechend an, sind die vom Beschwerdeführer formulierten Rügen unzutreffend. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet nach dem Gesagten im Rahmen des Verwaltungsverfahrens nicht das Recht, vorweg über die ins Auge gefasste Rechtsanwendung und Sanktion in Kenntnis gesetzt zu werden. Es kann ferner auch nicht gesagt werden, nach den in der Mitteilung über die Eröffnung des Verfahrens vom 10. Juni 2005 enthaltenen Informationen (Tatvorwürfe und Ankündigung der Prüfung der Verletzung von Berufsregeln und insbesondere der Verletzung von Art. 12 lit. a und i BGFA) hätte ausnahmsweise vorab über die zusätzlich in Aussicht genommene Anwendung des Art. 12 lit. c BGFA informiert werden müssen, weil damit nicht habe gerechnet werden können. Die Anwaltskammer gab in ihrem Schreiben nicht zu verstehen, dass sie sich auf die beiden konkret angeführten Berufsregeln beschränken würde. Zudem musste für eine Fachperson bereits aufgrund des mitgeteilten Sachverhalts klar sein, dass auch die Frage einer Interessenkollision im Raum stand. Die entsprechenden tatsächlichen Grundlagen der Verfügung waren bereits in der Eröffnungsmitteilung dargestellt.

Selbst wenn man mangels Vorliegens ausdrücklich als anwendbar erklärter Verfahrensvorschriften und einer gewissen Nähe zur strafrechtlichen Anklage zu einer

analogen Anwendung strafprozessualer Grundsätze greifen würde (vgl. allgemein die Hinweise bei F. Wolffers, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, Diss. Bern 1986, Zürich 1986, 175 FN 18 sowie neuerdings B. Hess, *Das Anwaltsgesetz des Bundes und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern*, ZBJV 2004, 129; spezifisch zur Information im Verfahren M. Sterchi, *Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz*, Bern 1992, N 8 zu Art. 31), ergäbe sich kein anderes Bild. Eine genauere Angabe der in Betracht kommenden Subsumtion ist unter dem Blickwinkel einer lediglich analogen Anwendung strafprozessualer Grundsätze erst dann erforderlich, wenn der Disziplinarbeklagte seine Verteidigung nicht unter diesem Gesichtspunkt vorträgt, weil er dazu gestützt auf die Ausführungen in der Beschwerde oder der entsprechenden Mitteilung über die Eröffnung gar keinen Anlass hat (vgl. Sterchi, a. a. O., N 8 zu Art. 31). Eine formalere Betrachtung erscheint als unzulässig, weil der unter staatlicher Aufsicht stehenden Fachperson aufgrund ihrer Ausbildung und Zulassung bei Vorhalt eines präzisen Sachverhalts grundsätzlich klar sein muss, welche Regeln zur Disposition stehen. Vorliegend musste der Beschwerdeführer angesichts des in der Eröffnungsmitteilung festgestellten Sachverhalts – die Anwaltskammer verwies klar auf die nachher im Hinblick auf das Vorliegen einer Interessenkollision herangezogenen Zessionen und deren Geltendmachung bei der Versicherung – und den eindeutig nur provisorisch und offen formulierten rechtlichen Ausführungen der Anwaltskammer Anlass haben, auch die Frage der Interessenkollision zu bedenken. Wenn dazu in der Stellungnahme keine Ausführungen erfolgten, so ist dies allein dem Beschwerdeführer zuzuschreiben. Schliesslich äusserte sich die Anwaltskammer auch bei strafprozessualer Betrachtung zu Recht nicht über die in Aussicht stehende Sanktion. Auch damit konnte angesichts der klaren gesetzlichen Vorgaben des abschliessenden Sanktionskatalogs von Art. 17 BGFA und den klar geäusserten Vorwürfen gerechnet werden.

Gegen diesen Entscheid wurde Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben.

5

Art. 29 Abs. 3 BV (SR 101); Art. 56 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Verlangt ein Angeschuldigter die amtliche Verteidigung, hat er seine Bedürftigkeit zumindest glaubhaft darzutun.

Präsident des Verwaltungsgerichts, 26. September 2006

Aus den Erwägungen:

Grundsätzlich obliegt der Nachweis der Bedürftigkeit dem Gesuchsteller. Dieser hat seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen. Dabei dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer diese Verhältnisse sind (R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallicischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St.Gallen 2004, S.234 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Auch wenn der Gesuchsteller seine Mittellosigkeit nicht strikte nachzuweisen braucht, sondern Glaubhaftmachen genügt, soll aus den eingereichten Belegen der aktuelle Grundbedarf hervorgehen, und die Unterlagen sollen Aufschluss über sämtliche finanziellen Verpflichtungen sowie über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse geben (Hirt, a. a. O., S. 226 f.).

Auch im Gesuchsverfahren für die amtliche Verteidigung kommt der Untersuchungsgrundsatz zum Tragen. Wenn zur Wahrung des öffentlichen Interesses keine besonderen Erhebungen nötig sind, sind indes nur die von den Beteiligten angebotenen und die leicht zugänglichen Beweise über erhebliche Tatsachen aufzunehmen (Art. 12 Abs. 2 VRP).

Der Beschwerdeführer deklarierte im Beschwerdeverfahren monatliche Erwerbseinkünfte von rund Fr. 1000.– und bezifferte das Nettoeinkommen der Ehegattin auf monatlich Fr. 5156.50 zuzüglich Ausbildungs- und Familienzulagen von Fr. 494.40. Die Auslagen für Miete, Krankenkasse, Fahrt zur Arbeit und auswärtige Verpflegung sowie für den Unterhalt der in Ausbildung befindlichen Kinder gab er mit insgesamt Fr. 7040.95 an. Diese Angaben sind offensichtlich unvollständig bzw. falsch, denn es ist nicht ersichtlich, wie der Beschwerdeführer bzw. seine Ehefrau den Lebensunterhalt (Lebensmittel, Kleidung etc.) bestreiten, zumal nach den Angaben in der Beschwerde aus der Veräusserung des Hauses der Ehefrau kein Gewinn erzielt wurde, sondern der Erlös gerade ausgereicht habe, um die Bankschulden und die Verschreibungskosten zu begleichen.

Der Beschwerdeführer ist als freischaffender Journalist tätig. In der Strafuntersuchung wurde ihm vorgehalten, in den Jahren 2002 bis 2005 beträchtliche Einnahmen erzielt zu haben, nämlich Fr. 219 810.86 im Jahr 2002, Fr. 100 518.– im Jahr 2003, Fr. 50 704.30 zuzüglich € 12 750.– im Jahr 2004 und Fr. 50 000.– zuzüglich € 24 968.75 im Jahr 2005. Der Beschwerdeführer hielt fest, es handle sich keinesfalls um sein Salär, es handle sich um Umsätze. Von solchen Zahlungen müssten Fremdaufträge, Bildrechte etc. finanziert werden. Dies sei Branchenusanz.

Belege über entsprechende Zahlungen legte der Beschwerdeführer nicht vor. Inwiefern er aufgrund seiner Erwerbstätigkeit Berufsauslagen hatte und wie hoch diese waren, geht auch aus den im Beschwerdeverfahren eingereichten Akten nicht hervor. Jedenfalls steht fest, dass der Beschwerdeführer in den Jahren 2002 bis 2005 erhebliche Einkünfte erzielte und die Angaben über Einnahmen und Ausgaben unvollständig sind. Zu Recht ging daher die Vorinstanz davon aus, eine Bedürftigkeit sei nicht glaubhaft dargetan. Insbesondere vermögen auch die im Beschwerdeverfahren eingereichten Unterlagen keine hinreichende Klarheit über die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers zu schaffen. Die Verweigerung der amtlichen Verteidigung erweist sich daher als zulässig.

6

Art. 35 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 lit. b KV (sGS 111.1); Art. 23 ZGB (SR 210). Der Präsident eines Primar- und Oberstufenschulrates hat zur Ausübung seiner Ämter in der betreffenden Gemeinde Wohnsitz zu nehmen. Bei der Feststellung des Wohnsitzes sind die Kriterien des zivilrechtlichen Wohnsitzes massgebend, insbesondere der Mittelpunkt der Lebensinteressen.

Verwaltungsgericht, 12. April 2006

Im Mai 2003 wurde X. Y. zum Präsidenten der Primar- und Oberstufenschulgemeinde A. gewählt. Damals wohnte er mit seiner Lebenspartnerin in S. Anfang 2004 erwarb er eine Liegenschaft in G., in welcher seine Partnerin und die gemeinsame Tochter wohnen. Seit 1. August 2004 hat X. Y. eine 2-Zimmer-Wohnung in A. gemietet. Aufgrund einer aufsichtsrechtlichen Anzeige eines Schulbürgers stellte das Erziehungsdepartement fest, der zivilrechtliche Wohnsitz von X. Y. befinde sich in G. Gleichwohl wurde ihm die Ausübung der Ämter vom auswärtigen Wohnsitz aus bis zum 31. Dezember 2005 bewilligt. X. Y. erhob Rekurs, der von der Regierung abgewiesen wurde. Auch seine Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

3. In materieller Hinsicht ist umstritten, wo der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen des Beschwerdeführers liegt resp. wo dieser seinen Wohnsitz begründet hat.

a) aa) Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, unterscheidet die Verfassung des Kantons St.Gallen zwischen der Wählbarkeit in eine Behörde und den Vorausset-

zungen, unter denen das Amt ausgeübt werden darf. Wählbar ist, wer stimmbfähig ist, d. h. wer das 18. Altersjahr zurückgelegt hat und nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt wurde (Art. 33 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 31 KV). Zur Ausübung des Amtes bedarf es der Stimmberechtigung, welche einem Stimmbfähigen in Gemeindeangelegenheiten zukommt, sofern er in der betreffenden Gemeinde wohnt (Art. 35 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 lit. b KV). Das Gesetz kann vom Wohnsitzerfordernis im Hinblick auf die Ausübung eines Amtes Ausnahmen vorsehen (Art. 35 Abs. 2 KV). Art. 128 Abs. 1 GG hält diesbezüglich fest, dass ein Gewählter sein Amt nur ausüben kann, wenn er in der Gemeinde wohnt. Nimmt er nicht innert dreier Monate nach der Wahl in der Gemeinde Wohnsitz, ist die Wahl verwirkt, wobei das zuständige Departement für eine beschränkte Zeit Ausnahmen bewilligen kann, sofern wichtige Gründe vorliegen und die Erfüllung der Amtsgeschäfte gewährleistet ist (Art. 128 Abs. 2 und 3 GG).

Verbindet das öffentliche Recht Rechtsfolgen mit der Wohnsitznahme, so bestimmt es den Begriff des «Wohnsitzes» grundsätzlich autonom. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen knüpft die Stimmberechtigung als Voraussetzung zur Ausübung eines öffentlichen Amtes an den Wohnsitz an; es handelt sich mithin um den politischen Wohnsitz. Der Begriff des politischen Wohnsitzes lehnt sich an den zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff gemäss Art. 23 ZGB an (A. Kölz, Probleme des kantonalen Wahlrechts, in: ZBI 1987 S. 7 f. mit weiteren Hinweisen), weshalb dessen Voraussetzungen im vorliegenden Fall zu prüfen sind.

bb) Gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Diese Bestimmung stellt auf zwei Kriterien ab, die kumulativ erfüllt sein müssen: objektiv physischer Aufenthalt und subjektive Absicht dauernden Verbleibens, wobei der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen massgeblich ist (BGE 125 V 77 f.; D. Staehelin, in: Basler Kommentar, ZGB Bd. I, Basel 1996, N 5 zu Art. 23 mit weiteren Hinweisen). Fallen Arbeitsort und Wohnort einer Person auseinander, prävaliert in der Regel der Wohnort als Wohnsitz, sofern die Person mehr oder weniger regelmässig aus familiären Gründen dorthin zurückkehrt; der Wochenaufenthaltsort hingegen stellt grundsätzlich keinen Wohnort dar (Bucher, in: Berner Kommentar zu den Art. 11–26 ZGB, Bern 1976, N 48 zu Art. 23 mit weiteren Hinweisen). Der Arbeitsort wird dagegen dann als Wohnsitz betrachtet, wenn die persönliche Bindung zu diesem Ort grösser ist als diejenige zu einem zufällig gewählten Wohnort, insbesondere bei einem Alleinstehenden, der nach einem Domizilwechsel auch seine meiste Freizeit am Arbeitsort verbringt und nur noch in den Ferien an den alten Wohnsitzort zurückkehrt (Bucher, a. a. O., N 49 zu Art. 23). Niemand kann an mehreren Orten zugleich seinen Wohnsitz haben (Art. 23 Abs. 2 ZGB).

b) aa) Wie soeben ausgeführt, befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Ort, wo sich diese mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält und den sie zum Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen gemacht hat. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt es dabei auf den inneren Willen nicht ent-

scheidend an; ausschlaggebend ist vielmehr, ob die Person den Ort, an dem sie weilt, in einer für Dritte erkennbaren Weise zum Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen gemacht hat oder zu machen beabsichtigt (BGE 127 V 238). Hält sich eine Person wie im vorliegenden Fall an mehreren Orten auf, ist für die Wohnsitzbestimmung festzustellen, zu welchem Ort die engste Beziehung besteht, d. h. zum Beispiel, wo die familiären Beziehungen bestehen oder wo der Betroffene nicht in gemieteten Räumen, sondern im eigenen Heimwesen logiert (Bucher, a. a. O., N 52 zu Art. 23 ZGB).

Unstreitig ist, dass der Beschwerdeführer bis 31. Juli 2004 zusammen mit seiner Partnerin in S. wohnte. Diese Form des Zusammenlebens wird als Konkubinat bezeichnet. Zwar wurde bis anhin auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Konkubinats verzichtet, doch nimmt es der Gesetzgeber in verschiedenen Bestimmungen implizit als soziologische Erscheinung wahr (Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, S. 168). Das Konkubinat ist gekennzeichnet durch eine Wohn- und Geschlechtsgemeinschaft, die in den meisten Fällen auch in eine wirtschaftliche Gemeinschaft mündet. Die Beziehungen werden dabei in der Regel zum kleineren Teil durch ausdrückliche oder stillschweigende vertragliche Vereinbarungen beherrscht (Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, a. a. O., S. 168 f.) und grundsätzlich selbst durch längere Abwesenheit des einen Partners nicht zwingend aufgelöst (BGE 108 II 206).

Der Beschwerdeführer hält ausdrücklich daran fest, dass er mit seiner bisherigen Partnerin nach wie vor in einer festen Partnerschaft lebt. Insoweit er in diesem Zusammenhang vorbringt, ein Konkubinatsverhältnis bestehe nicht, da nie ein Konkubinatsvertrag abgeschlossen worden sei und die beiden Partner voneinander finanziell unabhängig seien, ist er nicht zu hören. Zum einen ist das Konkubinatsverhältnis wie eben ausgeführt nicht gesetzlichen Voraussetzungen unterworfen, sondern knüpft grundsätzlich an tatsächliche Begebenheiten an. Zum andern bringt er in seiner Duplik vor, dass er seiner Partnerin gegenüber, die sich auf einen Berufswiedereinstieg vorbereite, unterhaltspflichtig sei und einen Teil dieser Unterhaltspflicht dadurch erfülle, dass seine Partnerin in seiner Liegenschaft in G. wohnen könne. Dies steht der Behauptung, die Partner seien voneinander finanziell unabhängig, diametral entgegen. Des Weiteren fällt in Betracht, dass der Beschwerdeführer und seine Partnerin eine gemeinsame Tochter haben, welche zusammen mit der Mutter in G. wohnt. Hinzu kommt, dass die vom Beschwerdeführer beherrschte und geleitete F. GmbH ihren Sitz in G. hat. Wohl ist dem Beschwerdeführer darin zuzustimmen, dass der Sitz einer juristischen Gesellschaft keinen Wohnsitz des beherrschenden Gesellschafters begründet; aufgrund der Tatsache, dass (wie dem aktuellen Handelsregisterauszug zu entnehmen ist) die Gesellschaft nach wie vor nicht nur ihren Sitz, sondern auch ihre Geschäftsadresse in G. führt und die Partnerin des Beschwerdeführers deren Administration leitet sowie den Beschwerdeführer in Fragen rund um das Personalwesen unterstützt, ist indes davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer regelmässig Zeit in G. und somit

bei seiner Partnerin und seiner Tochter verbringt und dort, ohne einer Bewilligung seiner Partnerin zu bedürfen, verkehren kann. Dieser Eindruck wird dadurch verstärkt, dass der Beschwerdeführer einen auf seinen Namen lautenden Telefonanschluss mit entsprechendem Telefonbucheintrag nur in seiner Liegenschaft in G., nicht aber in der gemieteten Wohnung in A. besitzt; einer Drittperson gegenüber signalisiert er damit offenkundig, dass er in G. (und nicht in A.) telefonisch und auch postalisch zu erreichen ist. Schliesslich liegt G. lediglich knapp 30 Autominuten von A. entfernt. Es ist deshalb davon auszugehen und wird vom Beschwerdeführer auch nicht anders behauptet, dass er regelmässig und auch während der Arbeitswoche zu seiner Partnerin und Tochter in G. resp. zum Geschäftsort seiner Gesellschaft zurückkehrt. Diese Indizien sprechen insgesamt eindeutig dafür, dass sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen, insbesondere der familiären Beziehungen, des Beschwerdeführers in G. befindet.

Daran nichts zu ändern vermögen die Beziehungen des Beschwerdeführers zu A., wo er eine kleine Wohnung gemietet hat. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass er dort zu 80 Prozent als Schulratspräsident arbeite, Mitglied im D.-Verein A. sei, regelmässig im örtlichen Hallen- oder Freibad schwimme, wöchentlich mehrmals an Sitzungen mit Bürgern, Parteivertretern und Schulräten teilnehme und zu verschiedenen Anlässen eingeladen werde; er sei somit in A. nicht nur beruflich, sondern auch gesellschaftlich, kulturell und privat verankert. Dies würde insbesondere auch durch den bei den Akten liegenden Auszug aus seiner Agenda belegt, welcher überdies aufzeige, dass er bei Weitem nicht jedes Wochenende bei seiner Partnerin verbringe.

Insoweit diesem Auszug überhaupt Beweiswert zugesprochen werden kann, ist festzuhalten, dass ein Grossteil der Termine direkt mit der beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers als Schulratspräsident zusammenhängt und damit lediglich für die bestehende berufliche Beziehung zu A. spricht, unabhängig davon, ob diese Termine in der eigentlichen Arbeitszeit oder danach anfielen. Nicht ersichtlich ist, inwiefern der Auszug zu beweisen vermöchte, dass der Beschwerdeführer bei Weitem nicht jedes Wochenende in G. verbracht haben soll, fielen doch für das Jahr 2005 insgesamt lediglich elf der Termine auf einen Samstag oder Sonntag. Inwieweit der Beschwerdeführer über seine blosse Mitgliedschaft persönlich im D.-Verein involviert und tätig ist, ist nicht ersichtlich und wird von ihm auch nicht näher dargelegt, weshalb diese Mitgliedschaft zur Bestimmung der Lebensbeziehungen unberücksichtigt bleiben kann. Ebenso wenig vermag das Schwimmtraining eine massgebliche Lebensbeziehung zu A. zu begründen, zumal dieses weitgehend ortsunabhängig ausgeübt werden kann. Die quartalsweise stattfindenden Bürgergespräche des Beschwerdeführers vermögen alleine aufgrund ihrer zeitlichen Komponenten keine massgebliche Lebensbeziehung zu A. zu begründen und stehen darüber hinaus mit seiner beruflichen Tätigkeit als Schulratspräsident im Zusammenhang. Somit ergibt sich, dass die Beziehungen zu A. jene zu G. nicht zu überwiegen vermögen.

c) Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig und unrichtig ermittelt, weil sie entlastende Momente nicht berücksichtigt und aus den Stellungnahmen der Schulräte und der GPK der Schule A. falsche Schlüsse gezogen habe.

Unvollständig ist ein Sachverhalt, wenn entscheidrelevante Umstände nicht oder nicht ausreichend abgeklärt wurden; unrichtig ist ein Sachverhalt festgestellt, wenn aus den vorhandenen Beweismaterialien unrichtige oder gar aktenwidrige Schlüsse gezogen werden (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 587). Hinsichtlich der unvollständigen Sachverhaltsermittlung ist zu berücksichtigen, dass den Beschwerdeführer im Rechtsmittelverfahren eine Behauptungslast trifft, indem er zur Darstellung des Sachverhalts verpflichtet ist (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP) und hierzu allfällige Beweismittel beizulegen oder sie zu bezeichnen hat (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 50 Abs. 1 VRP; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 610 ff.).

Mit Schreiben des Verwaltungsgerichts wurde der Beschwerdeführer u. a. aufgefordert, innerhalb der Frist zur Beschwerdeergänzung auch allfällige Beweismittel beizulegen oder zu bezeichnen, andernfalls aufgrund der Akten entschieden würde (Art. 50 Abs. 3 VRP). Hinsichtlich der Unvollständigkeit der Sachverhaltsermittlung bringt der Beschwerdeführer lediglich vor, die Vorinstanz habe entlastende Momente nicht berücksichtigt. Da er es unterliess, solche selbst zu bezeichnen, erweist sich seine Rüge als unbegründet. Hinsichtlich der unrichtigen Sachverhaltsermittlung ist festzuhalten, dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die Vorbringen der Schulräte und der GPK würdigte und nachvollziehbar darlegte, weshalb sie hinsichtlich des Wohnsitzes zu einem anderen Schluss gekommen ist; eine aktenwidrige oder gar falsche Sachverhaltsermittlung ist darin nicht zu erblicken, zumal die Vorbringen der Schulräte und der GPK lediglich als Indiz für oder gegen eine Wohnsitznahme in A. zu sprechen vermögen, indes rechtlich nicht alleine massgeblich sind. Damit erweist sich auch diese Rüge als unbegründet.

d) Des Weiteren bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz stütze sich auf einen zu engen, heute nicht mehr zeitgemässen Wohnsitzbegriff ab. In der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei klar eine Lockerung des Wohnsitzbegriffs erkennbar, mit der sich die Vorinstanz indes überhaupt nicht auseinandersetze; er führt hierzu die Entscheide BGE 128 I 34 sowie 128 I 280 an.

Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich als aktenwidrig, setzt sich die Vorinstanz doch in ihrem Entscheid explizit mit den von ihm erwähnten bundesgerichtlichen Entscheiden auseinander. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, war Gegenstand dieser Entscheide die Frage, ob sich eine gesetzliche Wohnsitzpflicht für Mitglieder einer Behörde resp. für Personen mit hoheitlichen Beurkundungsbefugnissen sachlich rechtfertigen lässt und wie sich die bundesgerichtliche Praxis hierzu gewandelt hat (vgl. insbesondere BGE 128 I 283). Dagegen befasste sich das Bundesgericht nicht mit der hier relevanten Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Wohnsitz begründet wird. Hinzu kommt, dass der Beschwerde-

führer in seiner Beschwerdeergänzung selbst ausführt, dass die bundesgerichtlichen Entscheide BGE 128 I 34 und 128 I 280 mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar seien.

e) Der Beschwerdeführer verweist des Weiteren auf Bundesgerichtsentscheide zum Steuer- und Bürgerrecht. So habe das Bundesgericht in BGE 121 I 14 den Fall eines in leitender Stellung tätigen Vaters zu entscheiden gehabt, der am Arbeitsort besteuert wurde (richtigerweise ging es um die Frage der Teilung der Steuerhoheit bei einem kinderlosen, in Zürich selbständig erwerbstätigen Mann, dessen nicht erwerbstätige Ehefrau in einer von ihm im Kanton Tessin gemieteten Wohnung lebte). In BGE 125 I 54 sei festgehalten worden, dass ledige Steuerpflichtige grundsätzlich am Arbeitsort besteuert würden.

Der Beschwerdeführer verkennt, dass im Bereich des Steuerrechts der Wohnsitz selbständig, d. h. ohne generellen Verweis auf das ZGB, definiert und insbesondere die Eigenständigkeit des steuerrechtlichen Wohnsitzes betont wird; auch wenn der steuerrechtliche Wohnsitz oftmals mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz zusammenfällt, kennt das Steuerrecht bestimmte Abweichungen von Letzterem (vgl. hierzu Bauer-Balmelli/Robinson, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Basel 2000, Bd. I 2a, N 7 ff. zu Art. 3 DBG). Vorliegend ist indes der zivilrechtliche Wohnsitz des Beschwerdeführers zu beurteilen, weshalb die Verweise auf das Steuerrecht unbehelflich sind. Nicht einschlägig erweist sich zudem der Hinweis auf BGE 121 II 49, wo das Bundesgericht die Frage zu entscheiden hatte, ob eine eheliche Gemeinschaft als Voraussetzung für eine erleichterte Einbürgerung im Sinne des Bürgerrechtsgesetzes auch bei getrenntem Wohnsitz der Ehegatten Bestand habe; vorliegend ist der selbständige Wohnsitz des nicht in einer ehelichen Gemeinschaft lebenden Beschwerdeführers zu beurteilen.

f) Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, es zeuge von einem gewissen Zynismus, wenn die Vorinstanz sich weigere darzulegen, welche Voraussetzungen er zu erfüllen habe, um Wohnsitz in A. begründen zu können.

Der Beschwerdeführer verkennt bei diesem Einwand, dass es nicht im Ermessen der Behörde liegt zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen an einem bestimmten Ort ein zivilrechtlicher Wohnsitz begründet wird; die Voraussetzungen finden sich in Art. 23 Abs. 1 ZGB und umfassen wie bereits ausgeführt den Aufenthalt an einem bestimmten Ort sowie die Absicht des dauernden Verbleibens an diesem Ort. Massgeblich ist daher der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen, wobei Letztere in jedem zu beurteilenden Fall gesondert zu eruieren und zu bewerten sind. Die Vorinstanz hat einlässlich dargelegt, weshalb sich der zivilrechtliche Wohnsitz des Beschwerdeführers in G. befindet. Möchte der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz in A. begründen, so hat er den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen dorthin zu verlegen. Der Beschwerdeführer kann, wie er zutreffend ausführt, hierzu nicht verpflichtet werden; verzichtet er indes freiwillig darauf, hat er sich die damit verbundenen Rechtsfolgen gefallen zu lassen.

g) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass ihm gleich mehrere Grundrechte einen Anspruch auf häufigen und regelmässigen Besuch seiner Lebenspartnerin und Tochter garantieren würden, ohne dass daraus gleich sein Lebensmittelpunkt abgeleitet werden könne.

Die vom Beschwerdeführer angerufenen, in Art. 8 EMRK, Art. 10 und 13 BV statuierten Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens sind klassische Freiheitsrechte. Der Beschwerdeführer missversteht die Funktion solcher Freiheitsrechte, die den Einzelnen in seiner Freiheitssphäre gegenüber Eingriffen des Staates schützen (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 209). Vorliegend wird der Beschwerdeführer weder in der Art, wie er seine Beziehung zu seiner Lebenspartnerin und seiner Tochter gestaltet, behindert, noch wird er in seinem Recht eingeschränkt, diese nach Belieben zu besuchen. Der Beschwerdeführer wird auch nicht indirekt, d. h. dadurch, dass an den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen der zivilrechtliche Wohnsitz als Rechtsfolge geknüpft wird, in der Ausübung dieser Rechte behindert, weshalb sich die Rüge als unbegründet erweist. Der Beschwerdeführer kann zudem nach wie vor seinen Wohnsitz selbständig begründen resp. sich irgendwo in der Schweiz niederlassen, weshalb auch keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 24 BV gegeben ist. Inwiefern der Beschwerdeführer in der Ausübung seiner politischen Rechte beschnitten sein soll, wie er geltend macht, ist nicht ersichtlich. Weder wird er zur Wohnsitznahme an einem bestimmten Ort verpflichtet, noch wird er an der Ausübung seiner politischen Rechte in G. gehindert. Hinzu kommt, dass es ihm nach wie vor frei steht, seinen Wohnsitz nach A. zu verlegen, wenn ihm daran gelegen ist, dort seine politischen Rechte wahrzunehmen. Unbehelflich erweist sich des Weiteren die Rüge, die Vorinstanz verletze die Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV. Die F. GmbH wird durch die Feststellung des Wohnsitzes des Beschwerdeführers nicht in ihrem Recht behindert, ihren Sitz frei wählen zu dürfen. Im vorliegenden Fall wurde der Sitz bzw. insbesondere das Geschäftsdomizil der Gesellschaft des Beschwerdeführers als ein Indiz bei der Feststellung des Wohnsitzes herbeigezogen, womit der Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit nicht berührt wurde. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz unterstelle ihm, in seiner Liegenschaft in G. zu wohnen, weshalb die Eigentumsfreiheit im Sinne von Art. 26 BV verletzt sei, da dies bedeute, dass er keine Liegenschaft erwerben dürfe, in der er auch seine Partnerin wohnen lasse. Diese Überlegungen sind nicht nachvollziehbar und eine Verletzung der Eigentumsfreiheit ist nicht ersichtlich. Des Weiteren sieht der Beschwerdeführer eine Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darin, dass die Vorinstanz die Lebensform zwischen ihm und seiner Partnerin nicht akzeptiere. Explizit werde unterstellt, dass der Lebensmittelpunkt nur dort sein könne, wo sich auch seine Partnerin mit Kind aufhalte und wo er rein theoretisch die Möglichkeit habe, jeden Abend hinzufahren. Diese Ausführungen erweisen sich als nicht zutreffend: Die Vorinstanz hat aufgrund mehrerer Kriterien erwogen, weshalb sich der zivilrechtliche Wohnsitz

des Beschwerdeführers in G. befindet; dass sie dabei der familiären Beziehung des Beschwerdeführers unter Berücksichtigung weiterer Indizien vorrangige Stellung zugesprochen hat, erscheint sachgerecht und entspricht auch herrschender Lehre und Praxis (Staeelin, a.a.O., N 11 f. zu Art. 23 ZGB; Bucher, a.a.O., N 48 zu Art. 23 ZGB; BGE 115 II 121). Die Vorinstanz behauptet entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers indes nicht, dass sein Wohnsitz nur dort liegen könne, wo sich seine Partnerin und seine Tochter aufhalten.

h) Der Beschwerdeführer rügt schliesslich eine Verletzung des Gebots der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV sowie des Willkürverbots gemäss Art. 9 BV. Die Vorinstanz habe es in der Vergangenheit wie auch in der Gegenwart mit der Auslegung des Wohnsitzbegriffs nicht so genau genommen, wenn sie es nicht für opportun gehalten habe. So habe in den 80er und 90er Jahren des vorherigen Jahrhunderts noch das alte Eherecht gegolten und sich der Wohnsitz der Ehefrau grundsätzlich von jenem des Ehemannes abgeleitet. Dies habe indes nicht für das Ehepaar Dr. Kurt Bigler und Dr. Margrith Bigler-Eggenberger gegolten, weil Letztere seinerzeit als erste Frau ans Bundesgericht in Lausanne gewählt worden sei und dort Wohnsitz genommen habe, währenddem ihr Ehegatte weiterhin in Rorschach gewohnt und dort am Lehrerseminar unterrichtet habe. Niemand würde ernsthaft behaupten, dass Dr. Margrith Bigler-Eggenberger aufgrund ihres beruflichen Pensums und den gesellschaftlichen Verpflichtungen nicht einen selbständigen Wohnsitz in Lausanne begründet habe. Der Beschwerdeführer übersieht, dass sich der Wohnsitz von Dr. Margrith Bigler-Eggenberger nach ihrer Wahl zur Bundesrichterin im Jahr 1974 gemäss dem damals geltenden Garantiesgesetz an ihrem Heimatort befunden hatte (sogenannter «selbständiger gesetzlicher Wohnsitz»; Tuor/Schnyder/Schmid: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, S. 93 FN 9). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hatte sie somit trotz der Geltung des alten Eherechts an ihrem Heimatort einen selbständigen Wohnsitz begründet. Der Vergleich des Beschwerdeführers geht zum vornherein an der Sache vorbei.

Als zweites Beispiel benennt der Beschwerdeführer den heutigen Gemeindepräsidenten von Jona. Vor und nach seiner Wahl habe der ursprünglich in Mörschwil wohnhafte Gemeindepräsident weiterhin für den Bezirk Rorschach im Kantonsrat gesessen. Streng rechtlich habe er aber nicht mehr die seinerzeitige Voraussetzung des zivilrechtlichen Wohnsitzes erfüllt, um im Bezirk Rorschach weiterhin sein Kantonsratsmandat ausüben zu können, da er zwischenzeitlich seinen Wohnsitz nach Jona und somit in einen anderen Wahlbezirk verlegt habe. Die Vorinstanz legt zutreffend dar, dass die Wählbarkeit in den Kantonsrat lediglich die Stimmberechtigung im Kanton St. Gallen voraussetzt, indes nicht die Stimmberechtigung in einer Gemeinde des Wahlkreises, in welcher die Person gewählt wird. Dementsprechend konnte Kantonsrat W. sein Mandat auch nach dem Wechsel seines zivilrechtlichen Wohnsitzes weiterhin rechtmässig ausüben. Damit erweist sich auch dieses Beispiel für den vorliegenden Fall als unbehelflich.

Das dritte Beispiel des Beschwerdeführers betrifft den ersten Staatsanwalt des Kantons St.Gallen, der in Schaffhausen wohnhaft ist. Die Vorinstanz führt auch hierzu zutreffend aus, dass der erste Staatsanwalt keiner zwingenden Wohnsitzpflicht untersteht. Daran ändert entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch Art. 87 StVG nichts. Diese Bestimmung besagt, dass die Wahlbehörde bei der Wahl, sofern es für die Amtsausübung wichtig ist, verlangen kann, dass der Wohnsitz in St.Gallen oder an einem Ort begründet wird, von wo aus der Arbeitsort in kurzer Zeit erreichbar ist. Die Wohnsitzpflicht gilt somit nur, sofern explizit eine solche verlangt und entsprechend begründet wird, weshalb der Beschwerdeführer aus diesem Fall nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

i) Der Hinweis auf die Entwicklung der Wohnsitzpflicht für Behördenmitglieder im Kanton Schwyz erweist sich aufgrund der Souveränität der Kantone (Art. 3 BV) ebenfalls als unbehelflich.

j) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass sich der Wohnsitz des Beschwerdeführers in G. befindet. Hinsichtlich seines Eventualbegehrens, es sei ihm zu bewilligen, sein Amt während mindestens sechs Monaten nach Entscheiderlass ausüben zu dürfen, ist festzuhalten, dass das zuständige Departement diesbezügliche Ausnahmen verfügen kann (Art. 128 Abs. 3 GG). Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheiddispositiv festgelegt, dass der Beschwerdeführer während vier Monaten nach Rechtskraft des Rekursentscheids sein Amt vom auswärtigen Wohnsitz ausüben darf. Die gesetzlich vorgesehene Dreimonatsfrist (Art. 128 Abs. 2 GG) für die Verlegung des Wohnsitzes im Anschluss an die Wahl vom 18. Mai 2003 ist bereits am 18. August 2003 abgelaufen. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Ansetzung einer viermonatigen Frist im Sinne des vorinstanzlichen Entscheids ohne Weiteres als verhältnismässig. Im Übrigen ist nicht einzusehen, weshalb die vom Beschwerdeführer angeführten Projekte nicht von anderen Personen weiter betreut und zu Ende geführt werden können sollten. Dies gilt um so mehr, als der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der F.GmbH der Schulgemeinde A. sein Fachwissen – falls erwünscht – auch künftig als externer Berater zur Verfügung stellen kann. Dementsprechend ist auch dem Eventualantrag des Beschwerdeführers nicht stattzugeben. Anders zu entscheiden wäre allenfalls dann gewesen, wenn die Amtszeit per 31. Dezember 2006 geendet hätte; dies ist indes erst per 31. Dezember 2008 der Fall. Die Beschwerde ist demnach als unbegründet abzuweisen.

Das Bundesgericht hat eine staatsrechtliche Beschwerde von X. Y. gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts abgewiesen, soweit es darauf eintrat (BGE 2P.133/2006 vom 3. August 2006).

2. Staatsverwaltung

7

Art. 83 StVG (sGS 140.1); Art. 65 Abs. 1 VStD (sGS 143.20); Art. 7 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 VRP (sGS 951.1). Entscheidet die Vorsteherin des Gesundheitsdepartements einen Rekurs gegen eine vor dem 1. Januar 2006 ergangene Verfügung einer Spitalregion, verletzt sie die Ausstandsvorschriften nicht. Wird einer Angestellten gekündigt, die eine halbe IV-Rente bezieht und der im Arzzeugnis eine Arbeitsfähigkeit von rund vier bis viereinhalb Stunden pro Tag inkl. Arbeitsweg bescheinigt wird, so erfolgt die Kündigung nicht während einer Krankheit. Die Umstrukturierung eines Spitals ist ein triftiger Grund für die Auflösung eines Angestelltenverhältnisses.

Verwaltungsgericht, 14. September 2006

X. war seit 1983 als Operationsgehilfin im Spital A. tätig. Sie bezieht seit 2004 eine halbe IV-Rente und war seither mit einem Pensum von 50 Prozent tätig. Im Sommer 2005 wurde sie von der Spitalregion orientiert, dass ihre Stelle aufgehoben werden solle, und wurde dazu angehört. Darauf verfügte der Verwaltungsrat der Spitalregion die Auflösung des Anstellungsverhältnis per 31. Dezember 2005. Dagegen erhob X. Rekurs, der vom Gesundheitsdepartement abgewiesen wurde. X. zog den Rekursentscheid an das Verwaltungsgericht weiter und machte geltend, die Vorsteherin des Gesundheitsdepartements hätte in den Ausstand treten müssen. Zudem sei sie teilweise arbeitsunfähig gewesen, als ihr gekündigt worden sei, weshalb die Kündigung nichtig sei. Ausserdem wäre der Spitalverbund bei pflichtgemässer Ermessensausübung und bei Beachtung der ihm obliegenden Fürsorgepflicht nicht berechtigt gewesen, das Anstellungsverhältnis aufzulösen. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Zu prüfen ist zunächst, ob die Vorinstanz mit dem angefochtenen Rekursentscheid Ausstandsvorschriften missachtet hat.

a) Nach Art. 7 Abs. 1 VRP treten Behördemitglieder in den Ausstand, wenn sie Vertreter, Beauftragte, Angestellte oder Organe einer an der Angelegenheit beteiligten Person sind oder in der Sache Auftrag erteilt haben (lit. b) oder wenn sie aus anderen Gründen befangen erscheinen (lit. c). Nach Art. 7 Abs. 2 VRP sind Behördemitglieder, die in einer Streitsache bereits bei einer Vorinstanz mitgewirkt haben, nicht stimmberechtigt.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorsteherin des Gesundheitsdepartements habe über einen Streitfall des Spitalverbunds entschieden. Seit dem 1. Januar 2006 sei sie Vorsitzende des Verwaltungsrats unter anderem dieses Spitalver-

bunds, womit sie einen Rekursentscheid in eigener Sache gefällt habe. Deshalb hätte sie in den Ausstand treten müssen.

b) Nach Art. 5 Abs. 1 des Nachtragsgesetzes vom 22. November 2005 zum Gesetz über die Spitalverbunde (sGS 320.2, nGS 41–7) wählt die Regierung einen Verwaltungsrat, der für die vier Spitalverbunde zuständig ist. Die Vorsteherin des zuständigen Departements hat den Vorsitz im Verwaltungsrat (Art. 5 Abs. 2). Dieser Nachtrag ist ab 1. Januar 2006 in Vollzug. Die Vorsteherin des Gesundheitsdepartements wurde somit per 1. Januar 2006 Präsidentin des Verwaltungsrates der Beschwerdegegnerin.

c) Im Rahmen der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege gelten nicht dieselben Ausstandsregeln wie für die gerichtlichen Verfahren. In der verwaltungsinternen Rechtspflege entscheiden als Rekursbehörden des öftern Instanzen, welche gleichzeitig Aufsichtsorgan der verfügenden Behörde sind. Die Vorsteherinnen und Vorsteher der Departemente entscheiden über Rekurse gegen Verfügungen von Ämtern des eigenen Departements und über Rekurse gegen Verfügungen von politischen Gemeinden und von Schulgemeinden (Art. 43bis VRP). Obwohl in diesen Fällen die Rekursinstanz gleichzeitig auch Aufsichtsbehörde der verfügenden Instanz ist, besteht in der Regel keine Befangenheit im Sinn von Art. 7 Abs. 1 lit. b oder c VRP.

Im vorliegenden Fall wurde die Auflösung des Anstellungsverhältnisses erstinstanzlich vom Verwaltungsrat der Spitalregion verfügt. Anders als im Verhältnis eines Departementes zu einem Amt oder zu einer Gemeinde ist die Vorsteherin des Gesundheitsdepartements gleichzeitig Vorsitzende des Verwaltungsrates der Spitalregionen. Gegen Verfügungen von Verwaltungsbehörden, die von einem Regierungsmitglied präsiert werden, steht in der Regel nicht der Rekurs an ein Departement offen, sondern die Beschwerde an das Verwaltungsgericht (Art. 59bis Abs. 1 VRP). Gemäss Art. 7 Abs. 2 VRP ist die Vorsteherin des Gesundheitsdepartements bei der Behandlung eines Rekurses gegen eine Verfügung des Verwaltungsrates nicht stimmberechtigt, wenn sie bereits bei der Beschlussfassung des Verwaltungsrates mitgewirkt hat. Rekurse gegen Verfügungen des Verwaltungsrates der Spitalregionen sind somit vom stellvertretenden Departement zu behandeln. Der Ausstandsgrund gilt auch dann, wenn der Verwaltungsrat der Spitalregion gestützt auf Art. 40 VRP einen Rekurs gegen eine Verfügung der Geschäftsleitung entscheidet und dieser Rekursentscheid weitergezogen wird. Auch in einem solchen Fall könnte die Vorsteherin des Gesundheitsdepartements gemäss Art. 7 Abs. 2 VRP nicht über einen Rekurs gegen einen Rekursentscheid des Verwaltungsrates entscheiden.

Im vorliegenden Fall steht aber fest, dass die angefochtene Verfügung des Verwaltungsrates noch vor Vollzugsbeginn des Nachtragsgesetzes zum Gesetz über die Spitalverbunde erging und die Departementvorsteherin somit nicht im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VRP am Entscheid ihrer Vorinstanz mitgewirkt hat. Da die Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes bis Ende 2005 nicht Mitglied des Verwal-

tungsrates der Spitalregion war, diese als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt konstituiert ist und keine allgemeine Aufsicht des Gesundheitsdepartements über die Spitalregionen bestand, kann im vorliegenden Fall nicht von einer Voreingenommenheit bzw. von einer Entscheidung in eigener Sache gesprochen werden. Hinzu kommt, dass das Ausstandsbegehren als verspätet betrachtet werden muss. Das Nachtragsgesetz zum Gesetz über die Spitalverbände wurde vom Kantonsrat am 28. September 2005 erlassen. Der Vertreter der Beschwerdeführerin reichte den Rekurs mit Eingaben vom 7. Oktober und 4. November 2005 aber beim Gesundheitsdepartement ein, ohne ein Ausstandsbegehren zu stellen. Selbst wenn er bei der Einreichung des Rekurses hätte davon ausgehen dürfen, dass dieser noch vor Ende 2005 entschieden würde, so war dies spätestens am 28. Februar 2006, als ihm der Beizug der Rentenverfügung der Sozialversicherungsanstalt zur Kenntnis gebracht wurde, nicht mehr der Fall. In jenem Zeitpunkt musste der Vertreter der Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass das Gesundheitsdepartement, bei dem er das Verfahren anhängig gemacht hatte, über den Rekurs entscheiden würde. Indem er auch nach Kenntnisnahme dieses Umstands kein Ausstandsbegehren stellte, wurde das Recht auf Geltendmachung von Ausstandsgründen verwirkt (vgl. BGE 117 Ia 322 ff.).

3. Zu prüfen ist weiter, ob die Kündigung infolge Krankheit der Beschwerdeführerin nichtig ist.

a) Nach Art. 83 StVG werden die Bestimmungen über den Kündigungsschutz des Schweizerischen Obligationenrechts sachgemäss angewendet, soweit durch Verordnung keine weitergehenden Kündigungsschutzbestimmungen vorgesehen sind.

Gemäss Art. 65 Abs. 1 VStD kann während Krankheit oder Unfall das Dienstverhältnis erst nach Ablauf des Besoldungsanspruchs gekündigt werden. Vorbehalten bleiben die Kündigung während der Probezeit und die fristlose Auflösung des Dienstverhältnisses nach Art. 78 und 82 StVG (Art. 65 Abs. 2 VStD).

b) Streitig ist, ob bei der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Kündigung eine Krankheit bestand, die nach Art. 65 Abs. 1 VStD die Kündigung ungültig erscheinen liesse. Nach dem ärztlichen Zeugnis der Klinik Y., Dr. med. Z., vom 20. September 2005 bestand eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit vom 19. bis 26. September 2005 und eine Arbeitsunfähigkeit zu 50 Prozent ab 27. September 2005. Das Zeugnis des Hausarztes vom 3. Oktober 2005 bescheinigte eine Arbeitsunfähigkeit von 75 Prozent vom 3. Oktober 2005 bis auf Weiteres. Im Bericht vom 4. Oktober 2005 hielt die Klinik Y., Dr. med. Z., fest, aufgrund der Depression und der therapeutischen Massnahmen sei es aus medizinischer Sicht nicht zu empfehlen, mehr als vier bis viereinhalb Stunden täglich zu arbeiten, inkl. Reisezeit.

c) Die Vorinstanz ging davon aus, dass die 50-prozentige Arbeitsunfähigkeit, die der Beschwerdeführerin ab 27. September 2005 bescheinigt wurde, die invaliditätsbedingte Arbeitsunfähigkeit betreffe, nicht die teilweise verbleibende (Rest-)Arbeitsfähigkeit. Dies gehe aus der ärztlichen Bescheinigung vom 4. Oktober 2005 deut-

lich hervor. Die Beschwerdeführerin sei deshalb im Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung am 27. September 2005 nicht an der Arbeitsleistung verhindert gewesen. Die Kündigung sei daher nicht während der Krankheit erfolgt.

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei am 27. September 2005 nur teilweise arbeitsfähig gewesen. Nach ihrer Auffassung beziehe sich die Arbeitsfähigkeit von 50 Prozent nicht auf die Gesamt-, sondern auf die Restarbeitsfähigkeit. Sie wendet ein, die Vorinstanz habe das Arztzeugnis vom 20. September 2005 falsch interpretiert. Auch habe sie zusätzliche Abklärungen unterlassen, beispielsweise die Einvernahme von Dr. med. Y. als Zeugen, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wäre.

d) Das Verwaltungsgericht kann der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht folgen. Diese war im Zeitpunkt der Kündigung mit einem Anstellungspensum von 50 Prozent tätig. Am 7. April 2005 war ihr eine 50-prozentige Invalidität bescheinigt und eine entsprechende IV-Rente zugesprochen worden. Würde allein das Arztzeugnis vom 20. September 2005 berücksichtigt, könnte sich die Frage stellen, ob die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit von 50 Prozent per 27. September 2005 von der gesamten Arbeitsfähigkeit von 100 Prozent ausging oder von der Restarbeitsfähigkeit von 50 Prozent unter Berücksichtigung der Teilinvalidität. Der Umstand, dass ein Arzt nicht ohne Weiteres darüber orientiert ist, wie hoch das jeweilige Anstellungspensum einer Patientin ist, spricht dafür, dass die Arbeitsfähigkeitsquote von der Basis eines vollen Pensums von 100 Prozent ausgeht. Bestätigt wird dies durch das Schreiben von Dr. med. Y. vom 4. Oktober 2005, worin dieser eine tägliche Arbeitszeit inkl. Reisezeit von nicht mehr als vier bis viereinhalb Stunden empfiehlt. Daraus ergibt sich, dass der Arzt die Restarbeitsfähigkeit auf 50 Prozent einschätzte und somit die Beschwerdeführerin im Umfang eines 50 Prozent-Pensums als arbeitsfähig erachtete. Hätte der Arzt die Beschwerdeführerin im Umfang ihrer Restarbeitsfähigkeit vollumfänglich krankschreiben wollen, wäre es nicht nachvollziehbar, wenn er gleichzeitig eine Beschränkung der Arbeitstätigkeit auf vier bis viereinhalb Stunden pro Tag empfohlen hätte. Der Umstand, dass der Arzt die Beschränkung der Arbeitstätigkeit nur als Empfehlung äusserte, verdeutlicht dies noch. Aufgrund der unmissverständlichen Aussage in der ärztlichen Bescheinigung vom 4. Oktober 2005 war es nicht erforderlich, weitere Beweise zu erheben oder den Verfasser des Arztzeugnisses zu befragen. Somit steht fest, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Kündigung im Rahmen ihres ordentlichen Pensums arbeitsfähig war. Von einer Nichtigkeit der Kündigung kann daher nicht gesprochen werden. Die Beschwerde erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet.

4. Im Weiteren bestreitet die Beschwerdeführerin das Vorliegen eines triftigen Grundes für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

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.

Dieser muss nicht in der Person der Angestellten liegen. Als triftige bzw. sachliche Gründe für die Auflösung des öffentlichen Angestelltenverhältnisses gelten unter anderem auch betriebliche oder wirtschaftliche Gründe. Die Aufhebung einer Stelle wird sogar als sachlicher Grund für die vorzeitige Auflösung eines Beamtenverhältnisses betrachtet (vgl. GVP 2005 Nr. 5 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin bestreitet denn auch grundsätzlich nicht, dass veränderte Verhältnisse Anlass für Stellenaufhebungen und damit auch für Kündigungen sein können.

b) Die Kündigung der Beschwerdeführerin erfolgte im Rahmen der Reduktion des Bereitschafts- und Notfalldienstes in den Kliniken für Chirurgie und Orthopädie und der Aufhebung der Abteilung für Gynäkologie und Geburtshilfe am Spital A. Dies wurde in der Mitteilung vom 22. August 2005 an die Beschwerdeführerin über die vorgesehene Aufhebung ihrer Stelle festgehalten und ausgeführt, von den Massnahmen seien Mitarbeitende verschiedener Abteilungen betroffen.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, den Arbeitgeber treffe bei langjährigen Mitarbeitern eine besondere Treuepflicht. Dies gelte insbesondere auch in ihrem Fall, da sie wegen ihrer Tätigkeit für ihren Arbeitgeber erkrankt sei. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass die Arbeit Ursache für die Krankheit ist. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie sei am Arbeitsplatz von Kolleginnen und Vorgesetzten gemobbt worden, was ihr enorm zugesetzt und ihre Gesundheit stark beeinträchtigt habe, ist nicht belegt. Im Arztbericht vom 12. Juni 2001 findet sich ein Hinweis auf die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Mobbing-Situation am Arbeitsplatz, wobei nähere Angaben fehlen, inwiefern diese Behauptung ärztlicherseits als zutreffend qualifiziert wurde. Im Arztbericht vom 30. April 2002 ist festgehalten, dass Eifersüchteleien und schikanöses Verhalten einiger Frauen am Arbeitsplatz «offenbar eine wesentliche Rolle» spielten. Jedenfalls ist nicht schlüssig belegt, dass das Verhalten von Mitarbeitenden oder Vorgesetzten für die gesundheitlichen Schwierigkeiten ursächlich war. Wie es sich damit verhält, kann aber offen bleiben. Weitere Abklärungen sind daher nicht erforderlich. Selbst wenn eine erhöhte Treuepflicht des Arbeitgebers bejaht würde, wäre eine solche im vorliegenden Fall nämlich erfüllt worden. In der angefochtenen Verfügung vom 26. September 2005 wurde ausführlich dargelegt, welche Vorkehrungen unternommen wurden, um der Beschwerdeführerin eine neue Stelle zu verschaffen. Es wurden Anfragen bei der Leitung Pflege sowie bei der Leitung Hotellerie über Einsatzmöglichkeiten für die Beschwerdeführerin ab Anfang 2006 sowie Anfragen in den Spitälern .. und .. betr. Vakanzten sowie eine Mitteilung für die Aufnahme der Beschwerdeführerin im Bewerberpool beim Leiter des Personaldienstes des Gesundheitsdepartements gemacht. Am 17. Juli 2005 bestand eine Vakanz für eine Pflegehilfe im Spital .. mit einem Beschäftigungsgrad von 40 Prozent. Im Juli 2005 fand ein Gespräch mit dem Leiter Fachbereich Pflege und MTT über die aktuelle Situation mit Hinweis auf eine aktive Vermittlung in .. oder .. statt. Auch wurden anhand der internen Stellenbörse Bemühungen für eine Anstellung getroffen. Die Beschwerdeführerin legt nicht konkret dar, in welchem Punkt die entsprechenden

Feststellungen in der angefochtenen Verfügung unzutreffend sind. Sie beantragt die Edition der Unterlagen über die Bemühungen des Spitalverbunds, ihr eine neue Stelle zu vermitteln. Über diese Bemühungen liegen offenbar keine schriftlichen Belege vor. Solche Anfragen und Gespräche werden in der Regel mündlich geführt, ohne dass schriftliche Unterlagen angefertigt werden. Es wäre ein unverhältnismässiger Aufwand, wenn solche Vorkehrungen schriftlich dokumentiert werden müssten. Aufgrund der detaillierten Auflistung in der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin bzw. in der Begründung der angefochtenen Kündigungsverfügung und des Fehlens jeglicher Anhaltspunkte für eine unzutreffende Sachdarstellung ist davon auszugehen, dass die vom Spitalverbund dargelegten Anstrengungen bei der Unterstützung der Stellensuche unternommen wurden. Die Einwendungen der Beschwerdeführerin, sie müsse mit Nichtwissen bestreiten, dass die Aktivitäten des Spitalverbunds für die Suche eines neuen Arbeitsplatzes über allgemeine Bemühungen hinausgingen, sind nicht stichhaltig. Es wurden verschiedene Vorkehrungen getroffen, und die Beschwerdeführerin hat zwei konkrete Angebote nicht weiter verfolgt. Ihre Erklärung, sie habe sich in den Ferien befunden, als eine Pflegehilfe im Spital .. gesucht worden sei, ist nicht belegt. Nicht überzeugend ist auch ihr Einwand, sie könne wegen ihrer Krankheit bzw. wegen ihrer gesundheitlichen Probleme und wegen der Medikamente, die sie einnehmen müsse, zurzeit nicht mit dem Auto nach .. oder .. fahren, um dort zu arbeiten. Eine ärztliche Bescheinigung, dass die Beschwerdeführerin nicht autofahren kann bzw. darf, liegt jedenfalls nicht vor. Ausserdem ist es widersprüchlich, wenn der Arzt eine teilweise Arbeitsfähigkeit als Operationsgehilfin inkl. Reisezeit bescheinigt, die Beschwerdeführerin aber aufgrund einer Medikamenteneinnahme nicht einmal fähig sein will, Distanzen zum Arbeitsort zu überwinden. Da die Beschwerdeführerin konkrete Angebote der Arbeitgeberin für eine neue Stelle ohne stichhaltigen Grund nicht weiter verfolgt hat, geht es nicht an, gegenüber der Arbeitgeberin den Vorwurf einer Verletzung der Treuepflicht oder mangelnder Anstrengungen bei der Unterstützung der Stellensuche zu erheben. Eigene Bemühungen, eine neue Arbeitsstelle zu suchen, legt die Beschwerdeführerin im Übrigen nicht dar.

c) Weiter behauptet die Beschwerdeführerin, sie müsse davon ausgehen, dass ihr bei der internen Stellenvermittlung jüngere, besser qualifizierte und leistungsfähigere Mitarbeiter vorgezogen worden seien und sie nur deshalb entlassen worden sei, weil der Spitalverbund aus wirtschaftlichen Gründen lieber solche Mitarbeitende beschäftigen wolle.

Die Wahl der aufzuhebenden Stellen lag im Ermessen der Spitalregion. Es besteht nicht der geringste Anhaltspunkt, dass dieses Ermessen missbräuchlich gehandhabt oder die Beschwerdeführerin in irgend einer Art und Weise diskriminierend behandelt wurde. Es ist auch nicht von entscheidender Bedeutung, ob es bei einer anderen Ausgestaltung des Stellenplans und/oder einer entsprechenden Festlegung der Beschäftigungsgrade anderer Mitarbeiter möglich gewesen wäre, von einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses abzusehen und die Beschwerdefüh-

rerin weiter zu beschäftigen. Gegen eine aus betrieblichen Gründen ausgesprochene Kündigung kann nicht eingewendet werden, es hätte ebenso gut eine andere Abteilung geschlossen oder eine andere Angestellte entlassen werden können. Die Spitalregion legte in der Vernehmlassung an die Vorinstanz ausführlich dar, dass die Zahl der Stellen für Personen mit den Qualifikationen der Beschwerdeführerin sehr gering sei, aus rein betriebswirtschaftlicher Sicht noch weitere Stellen hätten abgebaut werden müssen und die Personalfuktuation sehr gering sei. Auch in diesen Punkten sind daher keine weiteren Beweise zu erheben. Entscheidend ist, dass ein triftiger Grund für die Aufhebung der Stelle der Beschwerdeführerin vorlag. Im Übrigen besteht keine Rechtspflicht, beim Entscheid über die Reduktion des Personals bestimmte Personenkategorien zu privilegieren. Im Streitfall liegen auch keine Anhaltspunkte vor, dass eine bestimmte Personalkategorie übermässig von der Stellenreduktion betroffen wurde.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

3. Öffentliches Dienstrecht

8

Art. 63 ff. VSG (sGS 213.1). Die Kündigung des Dienstverhältnisses einer Lehrperson wegen Rückgangs der Schülerzahlen ist rechtmässig und kann nicht mit dem Argument angefochten werden, es hätte einer anderen Angestellten gekündigt werden können.

Verwaltungsgericht, 30. November 2006

X. Y., geboren 1960, wurde 1991 von der Schulgemeinde A. als Kindergärtnerin angestellt. Seit dem Schuljahr 2003/04 war sie im Rahmen eines unbefristeten Lehrauftrags mit insgesamt 13 Lektionen im Jobsharing mit der Kindergärtnerin K. im Kindergarten D. tätig. Im November 2005 orientierte der Schulrat alle Kindergärtnerinnen und Schulleitungspersonen über Stellenplanung und Organisation der Kindergärten im Hinblick auf die rückläufige Zahl neu eintretender Kinder. Anfang 2006 teilte der Schulrat X. Y. mit, er beabsichtige, ihr Dienstverhältnis auf Ende des laufenden Schuljahres (31. Juli 2006) aufzulösen. Mit Schreiben vom 31. Januar 2006 nahm X. Y. dazu Stellung. An seiner Sitzung vom 14. Februar 2006 beschloss der Schulrat, das Dienstverhältnis per Ende Juli 2006 aufzulösen. Dagegen erhob X. Y. Rekurs, der vom Erziehungsrat abgewiesen wurde. Auch ihre Beschwerde an das Verwaltungsgericht wurde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

4. Das st.gällische Personalrecht und insbesondere auch das Lehrerdienstrecht, das nach Art. 28bis KGG für Kindergärtnerinnen sachgemäss anwendbar ist, enthalten keine Regelungen über die allgemeinen materiellen Anforderungen an eine Kündigung. Art. 72 und 73 VSG regeln lediglich die Auflösung des Dienstverhältnisses aus wichtigen und aus gesundheitlichen Gründen. Allgemein gilt der Grundsatz, dass im öffentlichen Dienst eine Kündigung nur aus triftigem Grund ausgesprochen werden darf. Dieser muss nicht in der Person der Angestellten liegen. Als triftige bzw. sachliche Gründe für die Auflösung des öffentlichen Angestelltenverhältnisses gelten unter anderem auch betriebliche oder wirtschaftliche Gründe oder der Wegfall bzw. die Reduktion öffentlicher Aufgaben (vgl. GVP 2005 Nr. 5 mit Hinweis). Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin haben die massgebenden Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze ausführlich und zutreffend dargelegt. Die Beschwerdeführerin stellt denn auch nicht in Frage, dass die Reduktion der Kindergartenstellen aufgrund der sinkenden Kinderzahlen in der Gemeinde sachlich abgestützt ist. Sie rügt aber die Begründung der Auflösung ihres Dienstverhältnisses als sachlich unhaltbar.

a) Die Beschwerdeführerin beanstandet, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Schulgemeinde nicht sämtliche Kindergärtnerinnen der Schulgemeinde in ihre Überlegungen bezüglich der Auflösung des Dienstverhältnisses einbezogen habe. Sie habe es zudem unterlassen, einen sachlichen und nichtdiskriminierenden Kriterienkatalog aufzustellen, in dem sämtliche Kindergärtnerinnen einander gegenübergestellt worden seien. Die vorliegend ausgearbeiteten Kriterien seien in höchstem Mass diskriminierend.

Gegen die Auflösung eines Dienstverhältnisses aus betrieblichen Gründen oder zufolge Rückgangs staatlicher Aufgaben bzw. Stellenaufhebung lässt sich nicht einwenden, es hätte ebenso gut einem anderen Mitarbeiter oder einer anderen Mitarbeiterin gekündigt werden können (vgl. GVP 2006 Nr. 7). Ausschlaggebend ist einzig, dass die Reduktion der Kinderzahlen und der damit verbundene Rückgang an benötigten Pensen einen triftigen bzw. sachlichen Grund für die Auflösung eines Dienstverhältnisses darstellt. Der Schulrat erachtete es als zweckmässig, aufgrund der aktuellen Klassenlisten und der zu erwartenden Kinderzahlen auf Beginn des Schuljahres 2006/07 den Personalbestand im Kindergarten S. beizubehalten und eine Stelle im Kindergarten D. aufzuheben. Ausschlaggebend war für den Schulrat die Zuteilung der Kinder aufgrund ihres Wohnorts und die Absicht, die personellen Verhältnisse im Kindergarten S. beizubehalten. Dies waren sachliche Gründe, um im Kindergarten D. eine Stelle aufzuheben. Der Schulrat war nicht gehalten, die Kinder nach anderen Kriterien zuzuteilen, damit am Kindergarten S. anstatt am Kindergarten D. eine Stelle aufgehoben werden konnte. Auch war es nicht zwingend, einen Wechsel der Beschwerdeführerin in den Kindergarten S. in Betracht zu ziehen oder die Kindergärtnerinnen beider Kindergärten in die Überlegungen betr. Stellenreduktion einzubeziehen. Die entsprechenden Einwendungen in der Be-

schwerde laufen nämlich auf das Argument hinaus, dass anstelle der Beschwerdeführerin einer anderen Kindergärtnerin hätte gekündigt werden müssen. Dieser Einwand erweist sich wie oben dargelegt als unbegründet. Hinzu kommt, dass der Schulrat durchaus weitere Kindergärten bzw. die Lehrpersonen weiterer Kindergärten in seine Überlegungen einbezogen hat, indem er entschied, im Kindergarten K. ab Schuljahr 2006/07 die Klassenorganisation den sinkenden Kinderzahlen anzupassen.

b) Fest steht, dass die Unterrichtsführung der Beschwerdeführerin nicht beanstandet wurde. Die Beschwerdegegnerin durfte aber den Umstand in ihre Überlegungen einbeziehen, dass die Kindergärtnerinnen im Kindergarten S. mit den dort bestehenden speziellen Gegebenheiten besonders vertraut und an einem Projekt im Bereich der Integration fremdsprachiger Kinder beteiligt sind. Dies bedeutet nicht, dass die Beschwerdeführerin nicht oder nur ungenügend befähigt wäre, auch dort zu unterrichten. Es war der Beschwerdegegnerin aber nicht verwehrt, bei gleichermassen qualifizierten Lehrpersonen am einen Kindergarten an der bestehenden personellen Zusammensetzung festzuhalten und am anderen Kindergarten eine Stelle aufzuheben. Weitere Abklärungen über die genauen Details des erwähnten Projekts sind deshalb nicht notwendig.

c) Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Beschwerdegegnerin habe bei der Personalplanung einen gravierenden Fehler begangen, als sie auf das Schuljahr 2005/06 das befristete Anstellungsverhältnis mit Z. in eine unbefristete Anstellung umgewandelt habe. Aufgrund der Geburtenstatistik und der vorausschauenden Planung bezüglich Kindergarten grösse habe der Schulrat bereits im Sommer 2005 gewusst, dass er im nächsten Schuljahr eine Stelle abbauen müsse. Ansonsten wäre das Dienstverhältnis mit Z. nicht während dreier Jahre befristet gewesen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdegegnerin zu jenem Zeitpunkt eine befristete und damit problemlos aufzuhebende Stelle in ein unbefristetes Dienstverhältnis umgewandelt habe.

Aufgrund des Protokolls vom 13. Dezember 2005 wurde das befristete Dienstverhältnis mit Z. auf Beginn des Schuljahres 2006/07 in eine unbefristete Anstellung umgewandelt. Dieser Entscheid stand im Zusammenhang mit der Absicht des Schulrates, die personelle Konstellation am Kindergarten S. beizubehalten. Diese Absicht war wie erwähnt sachlich begründet, weshalb die Umwandlung des befristeten Lehrauftrags von Z. in eine feste Anstellung die Kündigung der Beschwerdeführerin nicht als rechtswidrig erscheinen lässt. Von einer fehlerhaften Personalplanung kann daher nicht gesprochen werden. Zudem liegen auch keine Anhaltspunkte vor, wonach der Grund für die Festanstellung von Z. darin liegt, dass sie wesentlich jünger ist als die Beschwerdeführerin.

d) Die Beschwerdeführerin wendet weiter ein, die Beschwerdegegnerin habe an ihrer Sitzung vom 24. Januar 2006 die Reduktion der Jobsharings im Kindergarten als strategisches Ziel genannt. Dies bedeutet aber nicht, dass die Kündigung der Beschwerdeführerin deshalb erfolgte, weil sie im Jobsharing tätig war. Aus der

Übersicht über die Schülerzahlen an den Kindergärten im Schuljahr 2005/06 geht hervor, dass von sieben Klassen deren fünf im Jobsharing unterrichtet wurden. Bei dieser Sachlage ist es nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin bei einer Stellenreduktion auch der Absicht Rechnung trägt, die Zahl der Jobsharing-Anstellungen zu verringern. Aufgrund der Vielzahl von Jobsharings war es naheliegend, dass bei einer Stellenreduktion ein solches Anstellungsverhältnis betroffen wurde. Hinzu kommt, dass die Pensen unter Umständen zweckmässiger und den konkreten Umständen besser entsprechend reduziert werden können, wenn eine Teilzeitanstellung aufgehoben wird.

e) Unbegründet ist sodann der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Überlegungen des Verbands der st.gallischen Volksschulträger und des KLV vom Mai 2006 zum Stellenabbau an der Volksschule. Diese Überlegungen waren für die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin nicht verbindlich. Es fragt sich überdies, ob es zulässig wäre, wie in den Überlegungen festgehalten ist, generell jüngere Lehrkräfte gegenüber älteren zu benachteiligen. Die Beschwerdegegnerin war jedenfalls nicht verpflichtet, beim Entscheid über die Reduktion des Personals bestimmte Personalkategorien zu privilegieren. Im Streitfall liegen denn auch keine Anhaltspunkte vor, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Alters oder ihres Wohnsitzes bzw. ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert wurde. Die Beschwerdegegnerin hat zwar in ihrer Verfügung festgehalten, dass die Beschwerdeführerin seit ihrer Anstellung nie in der Gemeinde, sondern in .. gewohnt habe und daher in der Schulgemeinde weniger integriert und mit den Besonderheiten nicht in gleichem Masse vertraut sei. Dies bedeutet aber nicht, dass der ausländische Wohnsitz als Grund für die Kündigung zu betrachten ist. Die Erwägungen der Beschwerdegegnerin beziehen sich im Wesentlichen darauf, dass bei der Beschwerdeführerin keine Gründe bestanden, welche die grosse Erfahrung des Personals im Kindergarten S. aufwiegen bzw. überwiegen würden und eine Kündigung jenes Teams gegenüber einer Kündigung der Beschwerdeführerin vorzuziehen wäre. Der Wohnsitz der Beschwerdeführerin war aber beim Entscheid über die Kündigung nicht ausschlaggebend. Von einer Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots und des Willkürverbots sowie der Niederlassungsfreiheit nach Art. 8, 9 und 24 BV und der bilateralen Verträge der Schweiz mit der EU kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden.

f) Die Beschwerdeführerin rügt weiter als nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz Ausführungen zu ihrer kürzlich erfolgten Heirat und zu ihren Zusatzausbildungen in Atemtherapie und Lymphdrainage gemacht habe.

Die Beschwerdeführerin hatte im Rekurs geltend gemacht, sie sei ledig und auf ein Erwerbseinkommen zwingend angewiesen, weshalb die Auflösung des Dienstverhältnisses für sie eine überaus grosse Härte darstelle. Aufgrund dieser Argumentation durfte die Vorinstanz ohne Weiteres darauf hinweisen, dass die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich geheiratet hat und ihr Ehemann zivilrechtlich zur Unterstützung verpflichtet ist. Zudem hatte die Beschwerdeführerin während ihrer

Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin mehrmals Pensenreduktionen bzw. ein Urlaubsgesuch mit ihren Zusatzausbildungen begründet, obwohl sie dabei mitunter das für eine Klassenlehrkraft notwendige Pensum nicht erreichen konnte. Auch im Gesuch um Bewilligung des Jobsharings führte sie an, sie arbeite schon seit einiger Zeit nebenbei als Atemtherapeutin. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdegegnerin bzw. die Vorinstanz im Rahmen der Auflösung des Dienstverhältnisses nicht auf die Nebentätigkeit und die Heirat hätten hinweisen dürfen.

g) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Schulrat aufgrund der personellen und organisatorischen Gegebenheiten ohne Rechtsverletzung das Anstellungsverhältnis mit der Beschwerdeführerin auflösen durfte. Der Umstand, dass auch andere personelle Lösungen möglich gewesen wären und andere Kriterien in die Überlegungen des Schulrates hätten einbezogen werden können, lässt die Kündigung nicht als rechtswidrig erscheinen. Der Erziehungsrat hat daher die Rechtmässigkeit der Kündigung zutreffend bejaht. Folglich ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

9

Art. 67bis VSG (sGS 213.1); Art. 336c OR (SR 220). Die obligationenrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen sind im Dienstrecht der Volksschullehrkräfte nicht anwendbar.

Verwaltungsgericht, 21. März 2006

Aus den Erwägungen:

4. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, das öffentliche Dienstrecht sei lückenhaft, soweit es für Lehrkräfte an Volksschulen keinen Kündigungsschutz bei Krankheit vorsehe. Es seien deshalb die obligationenrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen sachgemäss anwendbar. Zur Begründung verweist er im Wesentlichen auf seine vorinstanzlichen Eingaben. Ergänzend führt er aus, indem die Beschwerdegegnerin die Regeln eines fairen Verfahrens nicht eingehalten habe, habe sie dem Beschwerdeführer die Möglichkeit entzogen, vom angeblich besseren Kündigungsschutz im öffentlichen Recht zu profitieren. Zudem habe die Vorinstanz die Anforderungen an einen triftigen Kündigungsgrund so weit herabgesetzt, dass nicht mehr ersichtlich sei, inwieweit der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz besser sei als der privatrechtliche.

b) In seiner Rekurschrift macht der Beschwerdeführer geltend, dass das VSG keine eigenen Kündigungsschutzbestimmungen enthalte, weshalb von einer ech-

ten Lücke auszugehen sei. Somit seien die von ihm angerufenen Bestimmungen (Art. 336 und 336c OR), welche zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts seien und eine öffentliche Funktion erfüllten, im vorliegenden Fall anzuwenden, andernfalls die Volksschullehrkräfte gegenüber den Staatsangestellten und den privatrechtlich Angestellten schlechter gestellt wären. Es müssten daher triftige Gründe vorliegen, um die Lehrkräfte von diesen Kündigungsschutzbestimmungen auszunehmen.

Die Vorinstanz hält hierzu zutreffend fest, dass Art. 6 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 342 Abs. 1 lit. a OR die bundesrechtliche Anwendung obligationenrechtlicher Bestimmungen im Geltungsbereich des öffentlichen Dienstrechts der Kantone und Gemeinden grundsätzlich ausschliesst. Das mit der Begründung des Dienstverhältnisses entstehende Sonderstatusverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Körperschaft bewirkt eine im Vergleich zu privatrechtlichen Arbeitnehmern unterschiedliche Rechtsposition: Der privatrechtliche Arbeitsvertrag kann unter Vorbehalt der Missbräuchlichkeit frei gekündigt werden (Art. 335 OR). Das öffentliche Dienstrecht setzt triftige Gründe zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses voraus. Insofern ist der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz besser als der privatrechtliche (vgl. auch BGE 124 II 56). Sodann garantiert Art. 336c OR lediglich, dass dem Arbeitnehmer der Arbeitsplatz vorerst erhalten bleibt, nicht jedoch, dass er während der gesamten Sperrfrist auch weiterhin Lohn erhält. Der Lohn ist im ersten Dienstjahr nur für drei Wochen und danach für eine angemessene längere Zeit geschuldet (Art. 324a Abs. 2 OR). Im öffentlichen Dienstrecht gilt hingegen eine weitreichende Lohnfortzahlungspflicht. So sieht Art. 11bis LBG vor, dass der Lehrkraft bei Dienstaussetzung wegen Krankheit oder Unfalls die Besoldung bis zur Auflösung des Dienstverhältnisses, längstens für ein Jahr, auszurichten ist. Zudem stellt die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses einen Verwaltungsakt dar, in dessen Rahmen dem Betroffenen vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren ist. Schliesslich kann die Kündigung im Rechtsmittelverfahren auf ihre Angemessenheit überprüft werden und ist bei Rechtswidrigkeit aufzuheben, was im Gegensatz zum privatrechtlich begründeten Arbeitsverhältnis den Fortbestand des Dienstverhältnisses zur Folge hat. Wie die Vorinstanz aus ihren Ausführungen zutreffend schliesst, beruht damit die unterschiedliche Regelung der Kündigung auf sachlichen Gründen und eine analoge Anwendung von Art. 336c OR drängt sich nicht auf. Insbesondere ist nicht von einer echten Gesetzeslücke auszugehen. So wurde einerseits bereits beim Erlass des Volksschulgesetzes die Kündigung aufgrund von Krankheit geregelt, dabei aber auf eine Regelung der Kündigung aus anderen Gründen während eines Krankheitsfalles verzichtet (Art. 73 VSG). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Problematik Kündigung und Krankheit abschliessend behandelt und die einschlägige Gesetzgebung für Kündigungen während einer Krankheit als genügend betrachtet hat. Andererseits ist die Sperrfrist bei Krankheit mit der Revision des Arbeitsvertragsrechts im Jahr 1971 im Obligationenrecht verankert worden (Art. 336e Abs. 1 lit. b aOR). Die gel-

tende Fassung des privatrechtlichen Kündigungsschutzes bei Krankheit und Unfall (Art. 336c OR) ist seit dem 1. Januar 1989 in Kraft (AS 1988 1478; BBl 1984 II 551). Art. 67bis VSG, welcher die Kündigung auf Semesterende für Volksschullehrkräfte regelt, stammt dagegen aus dem Jahr 1998 (III. Nachtrag vom 18. Juni 1998, nGS 33–57). Es hätte somit im Jahr 1998 Gelegenheit bestanden, einen grundsätzlichen Kündigungsschutz während eines Krankheitsfalles in der Volksschulgesetzgebung zu verankern, sofern dies gewollt gewesen wäre.

c) Die Tatsache, dass die Regierung in der Botschaft zum III. Nachtragsgesetz zum Volksschulgesetz (nGS 33–57) vom 1. Juli 1997 ausgeführt hatte, dass keine Gründe dafür ersichtlich seien, den dienstrechtlichen Status der Lehrkräfte anders als denjenigen der grossen Mehrheit des Verwaltungspersonals zu definieren, steht einer unterschiedlichen Behandlung von Volksschullehrkräften und Staatsangestellten im Einzelfall – entgegen der vom Beschwerdeführer geäusserten Ansicht – ebenfalls nicht entgegen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, handelt es sich hierbei um eine Aussage grundsätzlicher Art, welche vor dem Hintergrund der damals aktuellen Abschaffung des Beamtenstatus resp. der weitgehenden Abschaffung der Amtsdauer zu verstehen ist (so explizit ABl 1997, S. 1603). Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Volksschullehrkräfte eigenständige Kündigungsbestimmungen erlassen und weder auf die allgemeinen Vorschriften des StVG noch die spezifische Bestimmung von Art. 65 VStD verwiesen hat, wonach das Dienstverhältnis mit öffentlich-rechtlichen Angestellten bei Krankheit erst nach Ablauf des Besoldungsanspruchs gekündigt werden kann.

d) Auch erweisen sich die Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach die Beseitigung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses im vorliegenden Fall nicht zum Tragen komme, weil Verfahrensvorschriften verletzt und die Anforderungen an triftige Kündigungsgründe herabgesetzt worden seien, als unbegründet. Wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, wurde der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit der Anordnung der «Freistellung» zwar verletzt, indes wurde dieser Verfahrensfehler in einem frühen Verfahrensstadium geheilt, weshalb auch der Kündigungsschutz des Beschwerdeführers nicht beeinträchtigt wurde. Sodann ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz die Anforderungen, welche an das Vorliegen triftiger Gründe zu stellen sind, herabgesetzt haben soll. Die Vorinstanz hat sich hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen, welche an das Vorliegen triftiger Kündigungsgründe zu stellen sind, an der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung orientiert. Ob tatsächlich ein triftiger Kündigungsgrund gegeben ist, ist Gegenstand der materiellen Prüfung.

10

Art. 51 Abs. 1 VRP (sGS 951.1); Art. 64 OR (SR 220). Ein freigestellter öffentlich-rechtlich Angestellter hat während der gesamten Kündigungsfrist Anspruch auf Lohnfortzahlung. Während des Rechtsmittelverfahrens besteht Anspruch auf provisorische Weiterzahlung des Lohnes über das Entlassungsdatum hinaus. Wird die Kündigung im Rechtsmittelverfahren bestätigt, kann der öffentliche Arbeitgeber den nach Ablauf der Kündigungsfrist bezahlten Lohn im Umfang von Art. 64 OR zurückfordern.

Verwaltungsgericht, 6. Juli 2006

Da der Unterricht eines Oberstufenlehrers verschiedentlich Anlass zu Kritik gegeben hatte, kündigte der Schulrat das Dienstverhältnis per Ende des laufenden Semesters, nachdem er die Lehrkraft zuvor mit sofortiger Wirkung und bis auf Weiteres von ihrem Lehrauftrag entbunden hatte. Gegen die Kündigung erhob der Oberstufenlehrer Rekurs beim Erziehungsrat. Dieser wies den Rekurs in der Hauptsache ab; in einem Nebenpunkt hiess er ihn gut und entschied, dass die Anstellung nicht an dem vom Schulrat verfügten, sondern erst am nächstmöglichen Kündigungstermin nach dem Rekursentscheid endet. Die Schulgemeinde erhob Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Der Oberstufenlehrer machte als Beschwerdegegner unter anderem geltend, die Kündigungsfrist verlängere sich als Folge der aufschiebenden Wirkung des Rekurses ohnehin bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde der Schulgemeinde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

4. a) Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich entsprechend der Auffassung des Beschwerdegegners die Kündigungsfrist als Folge der aufschiebenden Wirkung des Rekurses ohnehin bis 31. Juli 2006 verlängert.

b) Dem Rekurs kommt von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zu. Etwas anderes gilt nur, wenn die Vorinstanz wegen Gefahr die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung anordnet (Art. 51 Abs. 1 VRP). Der Suspensiveffekt bedeutet, dass der angefochtene Entscheid während der Dauer des Verfahrens noch keine Wirkung entfalten kann. Es soll für die Dauer des Verfahrens der bestehende Zustand privilegiert werden. Die aufschiebende Wirkung verhindert einerseits den sofortigen Vollzug einer Anordnung; andererseits wird dadurch nach herrschender Lehre auch deren Wirksamkeit überhaupt aufgeschoben (F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 243; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 1799 ff.). Die aufschiebende Wirkung hat zum Ziel, einen umfassenden und wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten. Sie verhindert, dass durch den vorzeitigen Vollzug einer Anordnung rechtliche und tatsäch-

liche Präjudizien geschaffen werden, welche den Entscheid in der Hauptsache vorwegnehmen oder das Rechtsmittel illusorisch werden lassen. Der Streitgegenstand soll während der Dauer des Verfahrens nicht verändert oder gar zerstört werden, und die Rechtsmittelinstanz soll ihren Entscheid ungehindert fällen und diesen auch durchsetzen können. Die aufschiebende Wirkung schützt mithin sowohl die Interessen des einzelnen Rechtssuchenden als auch jene der entscheidberufenen Rechtsmittelbehörde (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 2 zu § 35 mit weiteren Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gibt es keine einheitliche, für alle Fälle gültige Lösung in Bezug auf die Frage, ob ein die ursprüngliche Verfügung bestätigender Beschwerdeentscheid die rückwirkende Aufhebung des Suspensiveffekts bewirkt oder ob die aufschiebende Wirkung zur Folge hat, dass die Vorinstanz erst ex nunc ab dem Zeitpunkt der Bestätigung durch die Rechtsmittelinstanz Wirksamkeit erlangen kann. Es muss vielmehr in jedem einzelnen Fall untersucht werden, welche Tragweite einer aufschiebenden Wirkung vernünftigerweise zuzumessen ist und welchen Zwecken sie legitimerweise dienen soll. Es kommt somit auf die Besonderheiten des Einzelfalls und auf die jeweiligen Interessenlagen an (vgl. BGE 106 Ia 158 f., BGE 112 V 76 f. je mit Hinweisen und Beispielen; Kölz/Bosshart/Röhl, a. a. O., N 1 zu § 25 mit Hinweisen auf die gegensätzlichen Literaturmeinungen). Grundsätzlich soll dabei vermieden werden, dass sich die Rechtsmitteleinlegung trotz Unterliegens dadurch bezahlt macht, dass die Verfügung erst mit Rechtskraft wirksam wird (I. Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 386, Rz. 180; G. Steinmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: ZBI 1993, S. 149; BGE I 393/2004 vom 7. Dezember 2004).

c) Die Kündigung wird, wenn sie im Rechtsmittelverfahren bestätigt wird, mit Ablauf der Kündigungsfrist rechtswirksam (GVP 2005 Nr. 5). Dabei steht ausser Frage, dass ein gekündigter öffentlich-rechtlich Angestellter während der gesamten Kündigungsfrist Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, unabhängig davon, ob er während dieser Zeit weiterhin seine Arbeit verrichtet oder durch den Arbeitgeber freigestellt worden ist. Sodann steht fest, dass im Fall, wo keine Freistellung erfolgt ist und der Angestellte seinen Dienst aufgrund der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsmittels während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens über den ursprünglich anvisierten Kündigungstermin hinaus leistet, der Besoldungsanspruch für die geleisteten Dienste nachträglich nicht wegfällt, wenn das Rechtsmittel in der Sache erfolglos bleibt. Anders verhält es sich hingegen in Fällen, wo der Arbeitnehmer aufgrund einer Freistellung während des Rechtsmittelverfahrens keine Arbeitsleistung mehr erbringt. Zwar besteht auch hier mit Blick auf die aufschiebende Wirkung während des Rechtsmittelverfahrens Anspruch auf provisorische Weiterbezahlung des Lohnes über das Entlassungsdatum hinaus (vgl. GVP 1996 Nr. 107). Die Einstellung der Lohnfortzahlung während des Rechtsmittelverfahrens

ist dem Rechtsmittelkläger mit Blick auf die von diesem zu erfüllenden existenzsichernden Verpflichtungen nicht zuzumuten (vgl. GVP 2005 Nr. 104). Hingegen führt die definitive Lohnfortzahlung nach Ablauf der Kündigungsfrist trotz fehlender Arbeitsleistung zu stossenden Resultaten, wenn die Kündigung im Rechtsmittelverfahren bestätigt wird. Diesfalls kann deshalb der Arbeitgeber den nach Ablauf der Kündigungsfrist bezahlten Lohn im Umfang von Art. 64 OR zurückfordern. Auch im öffentlichen Recht gilt, dass Zuwendungen, die aus einem nachträglich weggefallenen Grund erfolgen, zurückzuerstatten sind (*conditio ob causam finitam*; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1, 5. Aufl., Basel 1976, Nr. 32, B I). Eine andere Rechtsauffassung würde dazu führen, dass sich die Rechtsmitteleinlegung für den Gekündigten trotz Unterliegens bezahlt macht. Dies soll nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung indes vermieden werden.

d) Aus dem Gesagten folgt, dass die aufschiebende Wirkung entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners nicht bewirkt, dass die Kündigungsfrist erst nach Rechtskraft des Rechtsmittelentscheids zu laufen beginnt. Nachdem die Vorinstanz im Entscheid vom 9. Februar 2006 die Kündigung bestätigt hat und deren Rechtmässigkeit vom Beschwerdeführer nicht angefochten wurde, wurde die Kündigung rückwirkend per 31. Januar 2006 rechtswirksam. Dies bedeutet, dass die Beschwerdeführerin allfällige Lohnzahlungen, die sie über dieses Datum hinaus geleistet hat, nach Massgabe von Art. 64 OR zurückfordern kann. Der Einwand des Beschwerdegegners erweist sich als unbegründet. Im Übrigen kann das Dilemma zwischen der aufschiebenden Wirkung und der Rechtswirkung einer Kündigung nur durch einen gesetzgeberischen Akt aufgelöst werden, indem der grundsätzliche Anspruch auf Weiterbeschäftigung abgeschafft wird.

4. Gesundheit, Arbeit und Soziales

11

Art. 8 Abs. 3 ATSG (SR 830.1); Art. 5 Abs. 1; Art. 28 Abs. 2bis IVG (SR 831.20); Art. 27 IVV (SR 831.201). Bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades im Haushalt tätiger versicherter Personen darf die Mithilfe von Familienmitgliedern bei der Haushaltbesorgung nicht berücksichtigt werden, da die Invalidität ausschliesslich auf der Einschränkung der persönlichen Leistungsfähigkeit der versicherten Person beruht. Es gibt keine Schadenminderungspflicht in der Form einer zumutbaren Mithilfe von Familienangehörigen.

Versicherungsgericht, 26. September 2006

Aus den Erwägungen:

4. a) Wäre die Invalidität der Beschwerdeführerin nach der sogenannten gemischten Methode zu ermitteln, könnte für den Haushaltanteil nicht auf den Betätigungsvergleich im Bericht über die Abklärung vom 7. April 2005 abgestellt werden. Diesem Betätigungsvergleich liegt nämlich ein falsches Verständnis der Schadenminderungspflicht im Aufgabenbereich tätiger behinderter Personen zugrunde. Allerdings kann die Beschwerdegegnerin darauf verweisen, dass ihre Vorgehensweise der höchstrichterlichen Praxis entspricht. Das Eidgenössische Versicherungsgericht geht davon aus, dass es zur Schadenminderungspflicht gehöre, die behinderungsbedingt fehlende Leistungsfähigkeit im Haushalt soweit als möglich und zumutbar durch die Mithilfe von Familienangehörigen zu kompensieren (vgl. Ulrich Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, S. 222 f.). Die Beschwerdegegnerin hat diese Praxis noch weitergeführt, indem sie nicht nur die Mithilfe des Ehemannes und der beiden erwachsenen Söhne berücksichtigt, sondern auch noch der Tatsache Rechnung getragen hat, dass der Beschwerdeführerin dank dieser Mithilfe, welche sie von einzelnen Verrichtungen befreit, mehr Zeit für jene anderen Verrichtungen habe, die sie zwar noch selbst, aber nur mit einem deutlich höheren Zeitaufwand vornehmen kann. Die Mithilfe des Ehemannes und der beiden Söhne wirkt sich also nach der Ansicht der Beschwerdegegnerin doppelt schaden- bzw. invaliditätsmindernd aus, direkt durch die Übernahme nicht mehr möglicher Verrichtungen, indirekt durch die Möglichkeit, in der dadurch frei werdenden Zeit ohne Nachteil jene Verrichtungen vorzunehmen, die nur noch mit einem höheren Zeitaufwand möglich sind. Allerdings hat die Beschwerdegegnerin dies nicht ganz konsequent umgesetzt. Sie hat nämlich nicht den dreifachen Einsatz (Ehemann und zwei Söhne), sondern nur den Einsatz eines einzigen Familienmitgliedes (45–60 Min. täglich) angerechnet.

b) Die von der Beschwerdegegnerin zur Anwendung gebrachte höchstrichterliche Praxis zur Schadenminderungspflicht in der Form der Mithilfe von Familienangehörigen im Haushalt führt im Ergebnis dazu, dass nicht die Invalidität der behinderten Person, sondern die Leistungsfähigkeit der Familie, zu der die behinderte Person gehört, gemessen wird. Im Extremfall könnte die zumutbare Mithilfe einer vielköpfigen Familie im Haushalt so gross sein, dass selbst eine bettlägerige Person im Haushalt als nicht invalid betrachtet werden müsste. Dies zeigt deutlich, dass die höchstrichterliche Praxis zur Schadenminderungspflicht in der Form der Mithilfe von Familienangehörigen im Haushalt dem – in Anlehnung an das Haftpflichtrecht (vgl. etwa Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Rz 263) als normativ zu betrachtenden – Invaliditätsbegriff nicht gerecht wird. Die Invalidität besteht in der behinderungsbedingten Einbusse an *persönlicher* Leistungsfähigkeit. Sie muss deshalb ganz unabhängig von der Verfügbarkeit mithelfender Familienangehöriger bemessen werden. Die Schadenminderungspflicht hat sich also auf jene Vorkehren zu beschränken, welche die persönliche Leistungsfähigkeit der behinderten Person erhalten oder verbessern. Im Fall der Beschwerdeführerin bestünde diese Schadenminderungspflicht beispielsweise in der Montage der Waschmaschine auf einem hohen Sockel, so dass sich die Beschwerdeführerin beim Füllen und Entleeren nicht mehr bücken müsste. Der im Bericht über die Haushaltabklärung vom 7. April 2005 enthaltene Betätigungsvergleich wäre demnach in Bezug auf die Bereiche Ernährung, Wohnungspflege, Einkauf und Besorgungen und Wäsche- und Kleiderpflege falsch, denn in all diesen Bereichen ist die Mithilfe des Ehemannes und/oder der Söhne direkt oder indirekt angerechnet worden. Ein korrekter Betätigungsvergleich würde eine Wiederholung der Haushaltabklärung erfordern, so dass die Streitsache auch bei einer Anwendung der gemischten Methode zur weiteren Abklärung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen werden müsste.

12

Art. 27 ATSG (SR 830.1). Wird einer arbeitslosen Person die Vermittlungsfähigkeit abgesprochen, hat sie das RAV darauf aufmerksam zu machen, dass sie die Kontrollpflichten trotzdem weiterhin wahrzunehmen und das Formular «Angaben der versicherten Person» auszufüllen hat, um während der Dauer eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens anspruchsberechtigt zu bleiben. Erfolgt die Geltendmachung des Anspruchs (Einreichen des Formulars) wegen mangelnder Aufklärung zu spät, ist die Versäumnis entschuldbar und die Frist ist wiederherzustellen.

Versicherungsgericht, 4. Juli 2006

Sachverhalt:

B. ___ meldete sich am 23. Dezember 2003 zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an. Am 30. November 2005 verfügte die Arbeitslosenkasse des Kantons St.Gallen, dass der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 1. Dezember 2004 bis zum 31. März 2005 verwirkt sei, da der Versicherte den Anspruch nicht innert dreier Monate nach Ablauf der jeweiligen Kontrollperiode geltend gemacht habe. Der Versicherte macht demgegenüber geltend, er sei weder vom RAV noch von der Arbeitslosenkasse darauf hingewiesen worden, dass er bis zum definitiven Entscheid über seine Vermittlungsfähigkeit weiterhin seine Pflichten erfüllen müsse.

Aus den Erwägungen:

1. a) Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erlischt, wenn er nicht innert dreier Monate nach dem Ende der Kontrollperiode, auf die er sich bezieht, geltend gemacht wird (Art. 20 Abs. 3 Satz 1 AVIG). Als Kontrollperiode gilt jeder Kalendermonat, für den die arbeitslose Person Entschädigungsansprüche geltend macht (vgl. Art. 27a AVIV in Verbindung mit Art. 18a AVIG). Die in Art. 20 Abs. 3 Satz 1 AVIG gesetzte Frist ist eine Verwirkungsfrist, die weder einer Erstreckung noch einer Unterbrechung, aber einer Wiederherstellung zugänglich ist. Eine Fristwiederherstellung kann gewährt werden, wenn die gesuchstellende Person für ihre Fristversäumnis entschuldbare Gründe vorbringen kann (BGE 114 V 123; ARV 1993/94 Nr. 33 S. 234 E. 1b; ARV 2000 Nr. 6 S. 31 E. 2a; vgl. auch Art. 41 Abs. 1 ATSG).

b) ...

c) 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. Die zu beratende Person ist über die massgebenden Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art zu informieren, damit sie ihre Rechte und Pflichten zutreffend wahrnehmen kann (U. Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003,

Art. 27, Rz 13). Die Beratung erfolgt grundsätzlich auf Begehren der betreffenden Person. Auch ohne Antrag hat der Versicherungsträger jedoch die betreffende Person zu beraten, wenn er einen entsprechenden Bedarf feststellt (U. Kieser, a. a. O. Rz 19; Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, Rz 406). 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 (U. Kieser, a. a. O., Rz 17 mit Hinweis auf BGE 112 V 124 und 121 V 34f). Eine falsche Auskunft der Behörden kann in Nachachtung des in Art. 9 BV verankerten Vertrauensschutzprinzips zur Wiederherstellung einer Verwirkungsfrist führen, wenn der Versicherte auf Grund der falschen Auskunft nicht tätig wurde (ARV 2000 Nr. 6 S. 31 E. 2a, vgl. zum Ganzen auch Urteil C 192/04 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 14. September 2005, E. 4 und 5).

2. a) ...

b) Der Beschwerdeführer hat seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für die Monate Dezember 2004 bis März 2005 nicht innert der Dreimonatsfrist geltend gemacht. Zu prüfen ist, ob für seine Fristversäumnis entschuld bare Gründe vorliegen mit der Folge, dass die versäumte Frist wiederhergestellt werden kann. Der Beschwerdeführer wurde offenbar vom RAV A.____ nie darauf aufmerksam gemacht, dass er die Kontrollpflichten während des Verfahrens um seine Vermittlungsfähigkeit weiterhin wahrzunehmen hat. Er erhielt auch die Formulare «Angaben der versicherten Person» ab Dezember 2004 nicht mehr. Auf explizite Anfrage der neuen RAV-Beraterin im RAV B.____, ob der Beschwerdeführer darauf hingewiesen worden sei, weiterhin erscheinen und die AvP's ausfüllen zu müssen, führte die damalige RAV-Beraterin lediglich in allgemeiner Weise aus, der Beschwerdeführer sei «jederzeit über seine Pflichten informiert» gewesen. Gegenüber der Beschwerdegegnerin hielt sie fest, dass sie dem Beschwerdeführer die Formulare mit Sicherheit abgegeben habe. Dies trifft nach ihren eigenen Notizen im Personalstammblatt lediglich für die Monate Januar bis November 2004 zu; ab Dezember 2004 wurden dem Beschwerdeführer nach diesen Notizen keine Formulare mehr abgegeben. Aus den Angaben im Personalstammblatt ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer in irgendeiner Weise darauf hingewiesen worden wäre, seinen Kontrollpflichten weiterhin nachkommen zu müssen. Es wurde am 11. November 2004 lediglich vermerkt, dass die Unterlagen dem Rechtsdienst zur Prüfung der «Vermittelbarkeit» übergeben würden. Schliesslich fehlen in den Akten auch Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer zu weiteren Kontroll- oder Beratungsgesprächen eingeladen worden wäre. Vielmehr herrscht der Eindruck, dass das RAV A.____ die Angelegenheit stillschweigend «einschlafen» liess, zumal der Beschwerdeführer nie offiziell von der Arbeitsvermittlung abgemeldet wurde.

c) Nachdem das RAV A.____ dem Beschwerdeführer die Vermittlungsfähigkeit mit Verfügung vom 25. November 2004 abgesprochen und dies mit Einspracheent-

scheid vom 20. Dezember 2004 noch bestätigt hatte, erscheint nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer davon ausging, keinen Anspruch mehr zu haben und deshalb die Kontrollpflichten nicht mehr weiter beachtete. Weiter erscheint auf Grund der Aktenlage ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer vom RAV A.____ nie darauf hingewiesen wurde, dass er seinen Kontrollpflichten auch während der laufenden Rechtsmittelverfahren weiterhin nachkommen müsse, um seine Ansprüche zu wahren. In Anwendung von Art. 27 ATSG wäre es aber die Pflicht des RAV A.____ gewesen, ihn genau darauf aufmerksam zu machen und ihm weiterhin Formulare «Angaben der versicherten Person» abzugeben. Wenn der Beschwerdeführer in dieser Situation – fehlende Aufklärung/Beratung und fehlende Abgabe der Formulare durch das RAV – die AvP-Formulare der Kontrollperioden Dezember 2004 bis März 2005 erst im November 2005, als ihn die Beschwerdegegnerin auf den Fehler hinwies, einreichte, ist das entschuldbar. Rechtsfolge ist die Wiederherstellung der Verwirkungsfrist zur Vornahme der versäumten Handlung. Da die erforderlichen Formulare am 25. November 2005 bei der Beschwerdegegnerin eingegangen sind, erweist sich eine neue Fristansetzung als unnötig. Vielmehr wird die Beschwerdegegnerin den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung für die Kontrollperioden Dezember 2004 bis März 2005 zu prüfen haben.

13

Art. 43 Abs. 1 ATSG (SR 830.1), Art. 55 Abs. 1 ATSG Art. 12 ex. c und e VwVG (SR 172.021), Art. 19 VwVG, Art. 59 Abs. 1 BZP (SR 273). Die Berichte und Angaben behandelnder Ärzte über den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit von Patienten, die eine Leistung der Invalidenversicherung beanspruchen, sind nicht Gutachten medizinischer Sachverständiger, sondern Auskünfte von Drittpersonen.

Versicherungsgericht, 25. April 2006

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass ihre vollständige Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Angaben des behandelnden Psychiaters X.____, des Hausarztes Y.____ und der psychiatrischen Klinik Z.____ ausreichend nachgewiesen sei, so dass eine ganze Rente zuzusprechen sei. Sie wehrt sich gegen die Auffassung der Beschwerdegegnerin, diesen Arbeitsfähigkeitsschätzungen sei die notwendige Objektivität abzusprechen, mit dem Argument, die Beschwerdegegnerin postuliere eine unzulässige, pauschalierte Beweiswürdigung, weil sie auf die Herkunft und nicht auf den Inhalt von Beweismitteln abstellen wolle. Erstatte behandelnde

Ärzte (und dazu gehören im vorliegenden Fall auch die Ärzte der psychiatrischen Klinik Z.____) – unaufgefordert oder im Auftrag der IV-Stelle – einen Bericht über die Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person, so treten sie verfahrensrechtlich nicht als Sachverständige, sondern als Auskunftspersonen mit besonderer Sachkenntnis auf. Als Sachverständige unterstünden sie nämlich der Ausstandspflicht. Aufgrund der naturgemäss engen Beziehung zu der von ihnen behandelten versicherten Person müssten sie immer – zumindest dem äusseren Anschein nach – als befangen betrachtet werden, d. h. ihre Berichte müssten als Beweismittel unberücksichtigt bleiben. Auf Auskunftspersonen trifft dies nicht zu, d. h. ihre Aussagen müssen nicht aus formalen Gründen unberücksichtigt bleiben. Einer allfälligen Befangenheit kann bei der Würdigung, bei der Bemessung der Überzeugungskraft ihrer Aussagen Rechnung getragen werden. Kann sich ein behandelnder Arzt bei der Berichterstattung aus seiner Rolle als Vertragspartner und Therapeut lösen und sich wie ein unabhängiger Sachverständiger äussern, so ist seinen Angaben eine beachtliche Überzeugungskraft beizumessen. Die Aussage eines behandelnden Arztes, die in hohem Masse objektiv ist, kann durchaus eine Überzeugungskraft entfalten, die der Überzeugungskraft eines gut begründeten Gutachtens eines unabhängigen Sachverständigen entspricht. In der Regel lässt sich nur anhand des Berichtes beurteilen, wie weit sich der behandelnde Arzt der Funktion eines Sachverständigen angenähert hat. Indizien für eine objektive Berichterstattung sind etwa eine kritische Auseinandersetzung mit der Selbsteinschätzung der versicherten Person, eine objektive und einlässliche Auseinandersetzung mit einer abweichenden Einschätzung, eine medizinisch breit abgestützte Begründung für die eigene Einschätzung oder eine klar kommunizierte Bereitschaft, die eigene Einschätzung durch einen unabhängigen Sachverständigen überprüfen zu lassen. Die Berichte von X.____, von Y.____ und der psychiatrischen Klinik Z.____ weisen keine Elemente auf, die für eine besondere Objektivität der Berichterstattung sprechen würden. Es fehlt eine kritische Distanz zur Selbsteinschätzung der Beschwerdeführerin, insbesondere eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob es der Beschwerdeführerin bei Aufbietung aller ihr zur Verfügung stehenden Willenskraft möglich und zumutbar wäre, einer Teilerwerbstätigkeit nachzugehen oder einen nicht unerheblichen Teil des Haushaltes zu erledigen. Es fehlt auch eine detaillierte Begründung der eigenen Auffassung im Lichte der abweichenden Auffassung der MEDAS A.____. Die immer wieder für die Überzeugungskraft der Angaben behandelnder Ärzte ins Feld geführte lange Vertrautheit mit der versicherten Person spricht erfahrungsgemäss sogar gegen die Objektivität dieser Angaben, denn die lange Erfolglosigkeit der Therapiebemühungen, die konstante Konfrontation mit der Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung des Patienten und dessen konsequenter Umsetzung dieser Überzeugung im erwerblichen und häuslichen Bereich führen dazu, dass die Hausärzte dazu neigen, die pessimistische Einstellung ihrer Patienten zu übernehmen und als objektiv ausgewiesen zu betrachten. Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, dass die vorliegenden Berichte der behandelnden Ärzte entgegen der Auffassung

der Beschwerdeführerin nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit belegen, dass die psychisch bedingte Arbeitsunfähigkeit die als Folge der somatischen Beeinträchtigung vorbestehende Arbeitsunfähigkeit von 50 Prozent überschreitet.

14

Art. 52 AHVG (SR 831.10). Der Gesellschafter einer GmbH, der nicht formell als Geschäftsführer eingesetzt war, ist nur dann für nicht bezahlte AHV/IV/EO und ALV-Beiträge schadenersatzpflichtig, wenn er faktisch die Geschäftsführung ausgeübt hat.

Versicherungsgericht, 25. Oktober 2006

Aus den Erwägungen:

3. a) Streitig und zu prüfen ist vorliegend insbesondere die Frage, ob der Beschwerdeführer materielles bzw. faktisches Organ der konkursiten GmbH war.

b) Gemäss der Rechtsprechung des EVG haften bei der GmbH der formell eingesetzte Geschäftsführer wie auch Personen, die faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausüben, für den der Ausgleichskasse zufolge nicht bezahlter Bundessozialversicherungsbeiträge entstandenen Schaden nach den gleichen Grundsätzen wie Organe einer Aktiengesellschaft. Dagegen besteht für den blossen Gesellschafter einer GmbH vorbehaltlich einer abweichenden statutarischen Regelung keine Pflicht zur Kontrolle oder Überwachung der Geschäftsführung, weshalb ihm das Fehlverhalten der Gesellschaft auch nicht angerechnet werden darf (BGE 126 V 237).

c) Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Beschwerdeführer mit öffentlicher Urkunde vom 26. Februar 2004 eine Stammeinlage von Fr. 19 000.– der B.____ GmbH übernommen hat und am 10. Juni 2004 als Gesellschafter mit Einzelunterschrift ins Handelsregister eingetragen worden ist. Gleichzeitig wurde H.____ als neuer Geschäftsführer mit Einzelunterschrift ins Handelsregister eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag war somit der Beschwerdeführer formell nicht für die Geschäftsführung der GmbH zuständig. Allein aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung an der Gesellschaft kann daher nicht auf eine faktische Geschäftsführung geschlossen werden. Damit von einer faktischen Geschäftsführung und damit von einer materiellen Organstellung des Beschwerdeführers gesprochen werden könnte, müsste die Beschwerdegegnerin den Nachweis erbringen, dass der Beschwerdeführer faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausgeübt hat, indem er diesem vorbehaltene Entscheide getroffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt

und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflusst hat. Von einer faktischen Geschäftsführung und damit materiellen Organschaft könnte insbesondere auch gesprochen werden, wenn der Beschwerdeführer dem formell eingesetzten Geschäftsführer Weisungen über die Geschäftsführung erteilt hätte, insbesondere auch Weisungen betreffend die Zahlung ausstehender Rechnungen.

d) Im vorliegenden Fall bestehen gewisse Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer faktisch die Geschäftsführung besorgt haben könnte. So war er für die Buchführung zuständig. Zudem wurde er zu einem Zeitpunkt Mehrheitsgesellschafter, als erste Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft sich bereits abzeichneten. Da gleichzeitig auch ein neuer Geschäftsführer bestellt wurde, ist es möglich, dass der Beschwerdeführer angesichts der bestehenden finanziellen Schwierigkeiten dessen Geschäftsführung genauer überwacht und kontrolliert hat. Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht festhält, kann hierbei nicht von Belang sein, ob der Beschwerdeführer die Gesellschaftsanteile treuhänderisch oder auf eigene Rechnung übernommen hat. Auch eine treuhänderische Übernahme kann eine Kontrolle und Überwachung der Geschäftsführung beinhalten. Unter den gegebenen Umständen kann eine faktische Geschäftsführung des Beschwerdeführers nicht ausgeschlossen werden. Um eine Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers für nicht bezahlte AHV/IV/EO und ALV-Beiträge zu begründen, muss die faktische Geschäftsführung jedoch mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden. Zu Unrecht hat die Beschwerdegegnerin hier auf weitere Abklärungen verzichtet und ist allein aufgrund des Handelsregistereintrags des Beschwerdeführers als Mehrheitsgesellschafter von einer faktischen Organstellung ausgegangen. Sie wird daher noch abzuklären haben, ob der Beschwerdeführer selbst die Geschäftsführung besorgt hat oder den Geschäftsführer überwacht und diesem effektiv auch Weisungen bezüglich der Bezahlung offener Rechnungen erteilt hat. Hiefür kann die Beschwerdegegnerin den im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer befragen und weitere Unterlagen wie die Statuten der Gesellschaft (bei den Vorakten befinden sich lediglich die am 29. Oktober 2004 neu beurkundeten Statuten), den Treuhandvertrag des Beschwerdeführers sowie den Arbeitsvertrag des Geschäftsführers beiziehen. Sollte sich aufgrund dieser Abklärungen eine faktische Geschäftsführung des Beschwerdeführers bestätigen, wäre im Übrigen die Frage, ab wann der Beschwerdeführer Mehrheitsgesellschafter gewesen ist, von untergeordneter Bedeutung. Gemäss Lehre und Rechtsprechung besteht – vorbehaltlich einer die Kausalität ausschliessenden Zahlungsunfähigkeit der Unternehmung – kein Grund, für die Schadenersatzpflicht zwischen Beitragszahlungen, die bei Eintritt als (faktisches) Organ bereits ausstehend waren, und solchen, die erst während der Tätigkeit fällig wurden, zu unterscheiden (vgl. Thomas Nussbaumer, Das Schadenersatzverfahren nach dem Art. 52 AHVG in: Schaffhauser/Kieser, Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St.Gallen 1998, S. 107 mit Hinweisen).

15

Art. 25 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 lit. d und Art. 32 KVG (SR 832.10).
Zur Frage der Kostengutsprache für einen Rehabilitationsaufenthalt wegen Burnout in der Klinik X. AG (Erw. 1 und 2). Kompetenzen bei der Beurteilung des Kostengutsprachege suchs (Erw. 3).

Versicherungsgericht, 8. August 2006

Aus den Erwägungen:

1. Streitig und zu beurteilen war die Frage, ob die Beschwerdegegnerin Kostengutsprache für einen drei- bis vierwöchigen stationären Rehabilitationsaufenthalt der Beschwerdeführerin in der Klinik X. AG hätte erteilen müssen oder nicht. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung deckt grundsätzlich u. a. Kosten für die Leistungen, die der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen, wobei dazu auch die ärztlich durchgeführten oder angeordneten Massnahmen der medizinischen Rehabilitation gehören (Art. 25 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 lit. d des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG; SR 832.10]). Voraussetzung für die Kostenübernahme ist, dass die erbrachte oder zu erbringende Leistung wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich ist. Die Wirksamkeit muss nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein (Art. 32 Abs. 1 KVG). Die Beschwerdegegnerin hat anerkannt, dass die Beschwerdeführerin im hier interessierenden Zeitraum (Herbst/Winter 2005/06) an einer behandlungsbedürftigen psychischen Krankheit gelitten hat. Die Kostengutsprache für den Rehabilitationsaufenthalt in der Klinik X. AG hat sie dennoch abgelehnt, im Wesentlichen aus zwei Gründen. Zum einen ist sie der Auffassung, dass zur Bewältigung eines psycho-physischen Erschöpfungszustandes eine ambulante Behandlung grundsätzlich ausreichend sei, weshalb es für einen stationären Rehabilitationsaufenthalt am Erfordernis der Wirtschaftlichkeit gebreche. Zum andern vertritt sie die Ansicht, dass – sollte im Einzelfall tatsächlich ein stationärer Rehabilitationsaufenthalt indiziert sein – dieser in einer psychiatrischen Klinik durchzuführen wäre. Da die Klinik X. AG keinen Leistungsauftrag im psychiatrischen Bereich habe, fehle es für den dortigen Rehabilitationsaufenthalt auch am Erfordernis der Zweckmässigkeit. Es ist zu prüfen, wie es sich mit diesen Einwänden gegen die Kostenübernahme verhält.

2. Was das Erfordernis der Wirtschaftlichkeit anbelangt, ist festzuhalten, dass mit der Diagnose psychisch-physischer Erschöpfungszustand oder Burnout-Syndrom (ICD-10: Z73.0) oder Chronic fatigue syndrome (CFS) ein Krankheitsbild bezeichnet wird, das sich in einer chronischen Erschöpfung mit Müdigkeit, allgemeiner Leistungsinsuffizienz, auch Konzentrationsschwäche, verschiedenen körperlichen (vegetativen) Beschwerden und anderen Störungen manifestiert, ohne dass diese auf eine körperliche oder psychische Krankheit zurückzuführen wären (Rainer Tölle/Klaus Windgassen, Psychiatrie, 14. Aufl. Heidelberg 2005, S. 76). Die schwere Abgeschla-

genheit dauert über Monate an, die Krankheit ist immer als Prozess zu verstehen und lässt sich in Phasen unterteilen. Sie bricht meist unerwartet ins Leben ein, beginnt mit kleinen unspezifischen Symptomen, die sich summieren und nicht besser werden. Als solche sind zu nennen erhebliche, vormals nicht erlebte Erschöpfung nach einer Anstrengung, Muskelschwäche, Muskelschmerzen, Kopfschmerzen, Gelenkschmerzen, Rachenentzündung, Fieber und/oder Frösteln, empfindliche Lymphknoten, Magen-Darm-Krämpfe, Schlafstörungen, sowohl Schlaflosigkeit wie auch gesteigertes Schlafbedürfnis, neuropsychiatrische Beschwerden wie Lichtscheue, Gesichtsfeldausfall, Vergesslichkeit, Denk- und Konzentrationsschwäche, Reizbarkeit, Depressionen, Verwirrheitszustände usw. Betroffene können nicht mehr ihr normales Leben weiterführen und ziehen sich zunehmend aus ihren Aktivitäten zurück (www.onmeda.de/krankheiten/burnout_syndrom.html?tid=2&p=2 [Stand: 5. Juli 2006]). Die Symptome sind demnach vielfältig und sie können in Bezug auf Auftreten und Ausmass individuell sehr verschieden sein. Deswegen kann es keine standardisierte Therapie geben. Diese muss sich vielmehr nach der individuellen Diagnose richten. Die Frage, ob eine ambulante Therapie ausreicht oder eine stationäre Therapie angezeigt sei, ist deshalb einzelfallabhängig zu beantworten. Davon scheinen bei der Beurteilung des Kostengutsprachegesuchs auch die Vertrauenspsychiater der Beschwerdegegnerin ausgegangen zu sein, hält Letztere in ihrem Schreiben vom 27. September 2005 an Dr. A.____ doch fest, dass die Behandlung im Rahmen einer ambulanten psychiatrischen oder eventuell auch psychologischen Therapie durchgeführt werden könne; zudem sei auch eine stationäre Therapie in einer psychiatrischen Klinik möglich. Nachdem die Beschwerdeführerin den Wunsch zum Eintritt in die psychiatrische Klinik Y.____ geäußert hatte, beantragte der Vertrauensarzt Dr. B.____ am 13. Oktober 2005, die Kostengutsprache sei zu gewähren (vgl. act. G 3.1.5: «Zusage» für stationäre Psychiatrie Y.____, ja, 4 Wochen). Unter diesen Umständen kann nicht behauptet werden, die beantragte Rehabilitationsbehandlung des psycho-physischen Erschöpfungszustandes sei nicht wirtschaftlich, nur weil sie stationär durchgeführt werden sollte. Mit dieser Begründung konnte die Kostengutsprache folglich nicht verweigert werden.

Damit ist zu prüfen, ob sich die Verweigerung unter dem Aspekt der mangelnden Zweckmässigkeit der Behandlung rechtfertigte. In diesem Zusammenhang hat Dr. B.____ ausgeführt, die Behandlung sei, wenn das «ambulante setting» nicht ausreiche, in einer psychiatrischen Fachklinik durchzuführen. Da die Klinik X.____ AG keinen psychiatrischen Leistungsauftrag habe, sondern nur einen psychosomatischen, empfahl er, wie bereits erwähnt, die Zusage für einen vierwöchigen Rehabilitationsaufenthalt in der Psychiatrischen Klinik Y.____ abzugeben. Wieso für die stationäre Behandlung des psycho-physischen Erschöpfungszustandes, wie er sich bei der Beschwerdeführerin präsentierte, lediglich eine Klinik mit psychiatrischem Leistungsauftrag und nicht auch eine solche mit psychosomatischem Leistungsauftrag in Frage kommen sollte, liess er indessen unbegründet. Die Beschwerdeführerin gibt an, dass sie im Gespräch mit anderen Burnout-Patienten und den Klinik-

ärzten erfahren habe, dass andere Krankenkassen die Rehabilitationsbehandlung in der Klinik X.____ AG ohne weiteres übernehmen würden. Es besteht grundsätzlich kein Anlass, an der Richtigkeit dieser Aussage zu zweifeln, handelt es sich bei der Klinik X.____ AG doch um einen anerkannten Leistungserbringer, welcher auf kardiologische und psychosomatische Rehabilitation spezialisiert ist. Als Indikation für die psychosomatische Abteilung wird auf der Homepage der Klinik an erster Stelle das Burnout-Syndrom genannt (www.rheuma.ch/klinik1/deutsch/content/psycho-somatik.html [Stand: 31. Mai 2006]). Der die Behandlung verschreibende Arzt, Dr. A.____, zählt im ärztlichen Einweisungszeugnis verschiedene Symptome psychosomatischer Natur auf, welche im Rahmen der stationären Rehabilitation angegangen werden sollten. Nachdem er früher selbst Chefarzt dieser Klinik war, kann ausgeschlossen werden, dass er sich in Bezug auf deren Eignung zur Behandlung der Beschwerdeführerin in einem Irrtum befunden hätte. Auch der während des Einspracheverfahrens zugezogene Vertrauenspsychiater Dr. C.____ räumt in seinem Bericht vom 7. Februar 2006 ein, dass dem ärztlichen Zeugnis der Klinik X.____ AG vom 31. Oktober 2005 psychosomatische Symptome entnommen werden könnten wie eine psychovegetative Erregung des kardiovaskulären Systems, Palpitationen, kardiales Druckgefühl, ein Brennen der gesamten Haut, daneben als depressiv zu interpretierende Symptome wie Stimmungsschwankungen, innere Unruhe, Konzentrations- und Aufmerksamkeitseinbussen. Es habe somit ein gemischtes Krankheitsbild vorgelegen mit depressiven und psychosomatischen Anteilen, weshalb die Voraussetzungen für eine psychosomatische Rehabilitation, wie sie von der Klinik X.____ AG angeboten werde, grundsätzlich durchaus erfüllt gewesen seien. Nach dem Gesagten lässt sich der Einwand mangelnder Zweckmässigkeit ebenfalls nicht halten. Das Kostengutsprachege such hätte also auch unter diesem Blickwinkel nicht verweigert werden dürfen.

3. Nachdem ohne Weiteres davon auszugehen und es im Übrigen grundsätzlich unbestritten ist, dass die therapeutische Behandlung des psycho-physischen Erschöpfungszustandes oder des Burnout-Syndroms, wie sie in der hierfür spezialisierten Fachklinik X.____ AG praktiziert wird, auch das Kriterium der mit wissenschaftlichen Methoden nachgewiesenen Wirksamkeit erfüllt, hätte die Kostengutsprache demnach seitens der Beschwerdegegnerin bewilligt werden müssen. Zur Frage, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich in den Genuss der entsprechenden Therapie gelangte oder ob sie, wie Vertrauenspsychiater Dr. C.____ mutmasst, viel eher eine Art Wellness-Kur absolvierte, kann zweierlei gesagt werden: Gemäss ärztlichem Zeugnis der Klinik X.____ AG vom 31. Oktober 2005 erfolgte eine rehabilitative Behandlung mit regelmässigen psychotherapeutischen Einzel- und Gruppengesprächen, psychiatrischer Abklärung und Behandlung, aktiven und passiven Entspannungsverfahren, Atem- und Physiotherapie sowie einem leistungsorientierten Bewegungsprogramm. Damit wurde eine Situation angegangen, die sich gegenüber dem Einweisungszeugnis unter der weiterhin durchgeführten ambulanten psychiatrisch/psychotherapeutischen Behandlung bei Dr. A.____ zwar zweifellos gebessert

hatte, indem – u. a. medikamentös bewirkt – eine wesentlich ausgeglichene Stimmungslage erreicht worden war, welche aber trotzdem psychopathologisch beherrscht war von einer ausgeprägten inneren Unruhe, subjektiv erlebten Konzentrations- und Aufmerksamkeitseinbußen, Symptomen der somatoformen autonomen Funktionsstörung mit psychovegetativer Erregung des kardiovaskulären Systems, Palpitationen und kardialem Druckgefühl sowie einem unangenehm empfundenen Brennen der gesamten Haut. Unter den erwähnten Massnahmen sei es zu einer leichten Besserung der somatischen Symptome gekommen. Dass der Beschwerdeführerin damit primär ein der Wellness dienendes körperliches Aufbauprogramm appliziert worden wäre, kann somit nicht gesagt werden. Sodann gilt es beim Instrument der Kostengutsprache Folgendes zu beachten: Es ist systemimmanent, dass sich die medizinische Ausgangslage, wie sie sich dem behandelnden Arzt, der für eine bestimmte therapeutische Massnahme optioniert, präsentiert, unter wochenlang fortgeführter Grundbehandlung verändern und auch bessern kann. Dies festzustellen und den Therapieversuch zu modifizieren oder allenfalls den Rückzug des Kostengutsprachegebens zu veranlassen, fällt primär dem behandelnden Arzt zu. Macht er das nicht, hat der Leistungserbringer, welcher die therapeutische Massnahme durchführen soll, diese Aufgabe. Es ist an ihm, diese gegebenenfalls in zeitlicher und/oder inhaltlicher Hinsicht einzuschränken oder allenfalls ganz darauf zu verzichten. Dagegen kann es nicht dem – häufig mit zeitlicher Verzögerung – beigezogenen Vertrauensarzt der betroffenen Krankenpflegeversicherung zustehen, aufgrund späterer medizinischer Verlaufs- oder Austrittsberichte die Zweckmässigkeit bzw. Erforderlichkeit der verordneten, bereits laufenden oder abgeschlossenen therapeutischen Massnahme zu hinterfragen. Vielmehr hat sich der Vertrauensarzt dazu zu äussern, ob die vom behandelnden Arzt anvisierte therapeutische Massnahme im Zeitpunkt der Verordnung bei der sich ihm bietenden medizinischen Ausgangslage vor den Kriterien der Wirtschaftlichkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit Stand gehalten hat. Alles andere würde dazu führen, dass namentlich bei therapeutischen Massnahmen, deren Beginn nach Auffassung des behandelnden Arztes keinen Verzug duldet oder die aus anderen Gründen vor dem definitiven Entscheid über das Kostengutsprachegebens durchgeföhrt oder begonnen werden, das Kostenrisiko gänzlich der versicherten Person, mithin in aller Regel dem medizinischen Laien überbürdet würde. Dies verträgt sich nicht mit dem Konzept der obligatorischen und sozialen Krankenpflegeversicherung nach geltendem Recht.

16

Art. 25 Abs. 2 lit. g KVG (SR 832.10); Art. 26 und 27 KLV (SR 832.112.31). Anspruch auf die Vergütung von Transportkosten durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung. Zumutbarkeit des Transports mit dem Rettungsschlitten. Ein Unfall mit Schulterluxation im Skigelände begründet nicht zwingend einen Anspruch auf Helikoptertransport.

Versicherungsgericht, 20. Januar 2006

Sachverhalt:

Am 30. Januar 2004 stürzte der bei der CSS Krankenversicherung AG (CSS) unter anderem im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung versicherte A.____ beim Abbügeln aus dem Skilift und verletzte sich an der rechten Schulter. Durch den zuständigen Pistendienst wurde die Rega (Schweizerische Rettungsflugwacht) aufgeboden, welche den Versicherten ins Spital Z.____ flog. Die CSS weigerte sich, die Kosten für den Rega-Transport zu übernehmen, da dieser medizinisch nicht indiziert gewesen sei. In Anwendung von Art. 26 KLV gewährte sie aber den maximal möglichen Beitrag von Fr. 500.– an die Transportkosten. Daran hielt sie im Einspracheentscheid fest.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen. Diese umfassen unter anderem einen Beitrag an die medizinisch notwendigen Transportkosten sowie an die Rettungskosten (Art. 25 Abs. 2 lit. g KVG). Der Versicherer übernimmt dabei 50 Prozent der Kosten von medizinisch indizierten Krankentransporten zu einem zugelassenen, für die Behandlung geeigneten und im Wahlrecht des Versicherten stehenden Leistungserbringer, wenn der Gesundheitszustand des Patienten oder der Patientin den Transport in einem anderen öffentlichen oder privaten Transportmittel nicht zulässt. Maximal wird pro Kalenderjahr ein Betrag von 500 Franken übernommen (Art. 26 Abs. 1 KLV). Der Transport hat in einem den medizinischen Anforderungen des Falles entsprechenden Transportmittel zu erfolgen (Art. 26 Abs. 2 KLV). Für Rettungen in der Schweiz übernimmt die Versicherung 50 Prozent der Rettungskosten. Dabei wird pro Kalenderjahr maximal ein Betrag von 5000 Franken übernommen (Art. 27 KLV). Rettung im Sinn von Art. 27 KLV bedeutet Hilfe, wenn eine versicherte Person sich in einer Lage befindet, die für ihre Gesundheit oder ihr Leben eine ernsthafte Gefahr bedeutet, selbst wenn eine Gesundheitsschädigung noch gar nicht eingetreten ist (vgl. A. Maurer, Transport- und Rettungskosten in der Krankenversicherung und anderen Zweigen der Sozialversicherung, in: *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, 2001,

S. 185). Ein Rettungstatbestand wird von der Lehre im Weiteren auch bei notfallmässiger Zuführung zur medizinischen Versorgung (Beispiel: Herzinfarkt) als erfüllt angesehen (G. Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 77 Rz 151). Die Frage, ob eine Rettung mit einem Helikopter gerechtfertigt war, beurteilt sich aufgrund der Situation, wie sie sich den an der Rettung beteiligten Personen im Moment der Anordnung des Einsatzes präsentiert hat (BVR 2002, 421 E. 3c). Eine bloss vermeintliche Bedrohung ist beachtlich, wenn das scheinbare Opfer aufgrund der Umstände eine tatsächliche Bedrohung annehmen durfte. Es kann auch Rettungen ohne Notwendigkeit medizinischer Versorgung geben wie etwa gewisse Bergnotfälle. Das versicherte Risiko und der Bezug zur Krankenpflegeversicherung zeigt sich in der konkret drohenden Gefahr für Gesundheit und Leben. Dabei ist das Wirtschaftlichkeitsgebot nach Art. 32 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 KVG auch im Rahmen von Rettungsmassnahmen und bei den Transportmitteln zu beachten. Der Krankenversicherer hat sich somit nur an den Kosten verhältnismässiger Aufwendungen zu beteiligen. Massgebend für die Beurteilung dieses Aspektes ist ebenfalls eine Betrachtung ex ante (G. Eugster, a. a. O., S. 77, Rz 151).

2. a) Im vorliegenden Fall ist streitig, ob die Beschwerdegegnerin den von der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers aus dem Rega-Einsatz vom 30. Januar 2004 geforderten Betrag von Fr. 903.40 (50 Prozent der Rettungskosten von Fr. 1806.80) unter dem Titel von Art. 27 KLV (Rettung) zu übernehmen hat. Die der Rega laut Einsatzprotokoll über die Kapo SZ vom Pistendienst gemeldete Alarm- bzw. Verdachtsdiagnose lautete «Schulterluxation». Gemäss den Angaben der Rega-Ärztin, Dr. med. Y.____, welche in Zürich-Flughafen über den Rega-Einsatz entschied, wurde als Diagnose eine Schulterverletzung gemeldet. Unter der Rubrik «Begründung der Notwendigkeit des Einsatzes» notierte sie den Vermerk «schwer zugängliches Gelände». Im medizinischen Rapport hielt Dr. Y.____ sodann wiederum eine Schulterverletzung als Diagnose fest. Daneben beschrieb sie die Atmung und den Herz-/Kreislauf des Beschwerdeführers als suffizient, eine Bewusstlosigkeit, eine Amnesie oder eine Kopf- und HWS-Verletzung liege nicht vor. Laut medizinischem Rapport wurde dem Beschwerdeführer vor Ort eine Infusion gelegt und ein Schmerzmittel injiziert. Im Spital Z.____ stellte sich letztlich heraus, dass sich der Beschwerdeführer beim Sturz eine Schlüsselbeinfraktur zugezogen hatte.

b) Die Beschwerdegegnerin stellt sich im Einspracheentscheid zutreffenderweise auf den Standpunkt, dass mit der Schulterluxation – diese lässt sich grundsätzlich unter die von Dr. Y.____ jeweils notierte Diagnose einer Schulterverletzung subsumieren – keine Verdachtsdiagnose bzw. Verletzung vorlag, durch welche eine ernsthafte Gefahr für Gesundheit und Leben des Beschwerdeführers bestanden hätte. Der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers vor Ort war zudem stabil. Von dieser Einschätzung ging offensichtlich auch die Rega-Ärztin Dr. Y.____ aus, begründete sie doch den Rega-Einsatz nicht mit der Notwendigkeit medizinischer Versorgung, sondern mit der Lage des Unfallorts. Auch aus den vor Ort vorgenomme-

nen medizinischen Massnahmen lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten. Die Akten enthalten keinerlei Hinweise dafür, dass der Beschwerdeführer einer Stabilisierung bedurft hätte (Atmung und Herz-/Kreislauf stabil) oder ein lebensbedrohlicher Kreislaufkollaps in Erwägung zu ziehen gewesen wäre. Dies wird von der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers in der Replik denn auch nicht mehr geltend gemacht. Der Beschwerdeführer litt zwar unter starken Schmerzen (vgl. Beschwerdebeilage 6: Rubrik «Weitere Befunde/Bemerkungen»). Schmerzen sind jedoch nicht zwingend auch ein Anzeichen für das Vorliegen einer schweren Verletzung. Der von Dr. Y.____ im medizinischen Rapport angeführte NACA-Index 3 befindet sich unter dem Mittelwert der Skala, womit jedenfalls nicht von einem erheblichen Verletzungsgrad ausgegangen werden kann.

c) Wie von der Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid richtig festgehalten, rechtfertigt das Kriterium Schmerzen allein noch keinen Transport per Helikopter. Der Transport mittels Rettungsschlitten wäre sonst in den meisten Fällen ausgeschlossen, was Sinn und Zweck des Krankenversicherungsrechts (Art. 32 Abs. 1 und Art. 56 KVG; Art. 27 KLV) widersprechen würde. Dass eine Person mit einer schmerzhaften Verletzung durch einen Schlittentransport nochmals verstärkte Schmerzen erleidet, lässt sich zwar nicht völlig vermeiden, entspricht aber nicht bereits dem Rettungs-Tatbestand des Bergnotfalls (vgl. dazu auch E. 2c). Dem Beschwerdeführer wurde vor Ort eine Infusion gelegt und ein Schmerzmittel injiziert. Unbestrittenermassen durfte diese medizinische Massnahme nicht durch den Pistendienst vorgenommen werden. Angesichts des in E. 2a beschriebenen Gesundheitszustandes erscheint die Legung einer Infusion jedoch keinesfalls zwingend. Der Vertrauensarzt der Beschwerdegegnerin, Dr. X.____, stellte in seiner Stellungnahme vom 5. Juli 2005 seinerseits fest, dass mit einer Schulterluxation ein Abtransport mit einem Rettungsschlitten möglich gewesen wäre. Auszugehen ist damit davon, dass die Rega-Ärztin wohl gewohnheitsmässig bzw. mit Blick auf eine allfällig durchzuführende Operation präventiv eine Infusion gelegt und dem Beschwerdeführer auf diesem Weg Schmerzmittel verabreicht hat. Der Pistendienst selbst wäre im Übrigen grundsätzlich ebenfalls befähigt gewesen, wirkungsvolle Schmerzmittel abzugeben, auch wenn stärkere Schmerzmittel nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen (vgl. dazu Arzneimittelverordnung [VAM; SR 812.212.21]).

d) Selbst wenn von der Notwendigkeit der am Unfallort getroffenen medizinischen Massnahmen ausgegangen würde, liesse sich daraus nicht automatisch auch die Notwendigkeit eines Rega-Einsatzes ableiten. Nachdem sich der Beschwerdeführer hinsichtlich Gesundheit und Leben nicht in einer bedrohenden Lage befunden hatte – auffallend waren einzig die Schmerzen – wäre es vor der Alarmierung der Rega zumutbar gewesen, zunächst die dem Rettungsdienst zur Verfügung stehenden medizinischen Massnahmen zur Schmerzbekämpfung durchzuführen oder allenfalls einen Arzt beizuziehen, der wohl innert vergleichbarer Frist wie die Rega aus Zürich an der Unfallstelle hätte eintreffen können. Im Sinn der

vorstehenden Erwägungen kann mithin nicht davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdeführer der Transport auf einem Rettungsschlitten medizinisch unzumutbar gewesen wäre.

3. a) Ebenfalls nicht erfüllt ist vorliegend ein Rettungs-Tatbestand, der auch ohne Notwendigkeit medizinischer Versorgung bzw. Vorliegens einer lebensbedrohlichen Situation einen Transport mit der Rega rechtfertigte. Die von Dr. Y.____ für die Notwendigkeit des Einsatzes angeführte Begründung «schwer zugängliches Gelände» überzeugt nicht. Der Beschwerdeführer stürzte am Ende eines Skilifts auf der regulären Piste und war damit für den Rettungsschlitten ohne Weiteres erreichbar. Das Skigebiet B.____ ist klein und die Talstation ist vom Skilift C.____ aus gut erreichbar. Bis zum Helikopter musste der Beschwerdeführer ebenfalls auf dem Rettungsschlitten transportiert werden. Angesichts seines – abgesehen von den starken Schmerzen – stabilen Gesundheitszustandes und der damaligen Verdachtsdiagnose hätte er damit auch ins Tal hinuntergeführt und anschliessend im Ambulanzwagen von einem Arzt medizinisch versorgt werden können. Weshalb im konkreten Fall von einem schwer zugänglichen Gelände gesprochen werden müsste, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

b) Laut Absprache zwischen dem ärztlichen Dienst der SUVA und dem ärztlichen Dienst der Rega betreffend «Helikoptereinsatz auf Skipisten» wird eine Rettung per Helikopter bei Vorliegen einer Schulterluxation nicht uneingeschränkt als medizinisch indiziert erachtet, sondern nur falls ein Schlittentransport unzumutbar ist. Im vorliegenden Fall lässt sich eine solche Unzumutbarkeit weder mit den starken Schmerzen des Beschwerdeführers noch mit dem Unfallort begründen.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei der geschilderten Sachlage der Einsatz des Rega-Helikopters als unverhältnismässig anzusehen ist. Der Beschwerdeführer hätte mit dem Rettungsschlitten und anschliessend mit einem Ambulanzwagen der notwendigen medizinischen Versorgung zugeführt werden können. Demgemäss hat die Beschwerdegegnerin für den Helikopter-Einsatz vom 30. Januar 2004 lediglich nach Massgabe von Art. 26 KLV, d. h. im konkreten Fall mit dem Betrag von Fr. 500.–, aufzukommen.

17

Art. 65 KVG (SR 832.10); Art. 10 Abs. 1 und Art. 11 EG zum KVG (sGS 331.11); Art. 9 und 12 zum KVG; (sGS 331.111). Anspruch auf individuelle Prämienverbilligung für geschiedene Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht.

Versicherungsgericht, 5. September 2006

Aus den Erwägungen:

1. a) Nach Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) haben die Kantone den Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen zu gewähren. Dazu haben sie nach Art. 97 Abs. 1 KVG Ausführungsbestimmungen zu erlassen, bei deren Ausgestaltung die Bedingungen von Art. 66 KVG sowie Art. 65 Abs. 3 KVG zu beachten sind (Art. 65 Abs. 2 KVG). Der Kanton St.Gallen ist dieser Verpflichtung durch die Art. 9–16 des Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung (EG-KVG; sGS 331.11) und die dazugehörigen Vollzugsvorschriften in Art. 9–38 zum KVG nachgekommen, wobei er insbesondere die persönlichen (Art. 10 EG-KVG) und die einkommensmässigen (Art. 11 EG-KVG) Voraussetzungen sowie die Höhe der Prämienverbilligung (Art. 12 EG-KVG) festgesetzt hat.

2. In Bezug auf die einkommensmässigen Voraussetzungen bestimmt Art. 11 EG-KVG, dass das die Prämienverbilligung auslösende Einkommen unter teilweiser Berücksichtigung des steuerbaren Vermögens von der Regierung durch Verordnung festgesetzt wird (Art. 1). Grundlage bildet in der Regel die letzte definitive Steuerveranlagung (Abs. 2). Entspricht das ermittelte Einkommen offensichtlich nicht der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wird auf diese abgestellt (Art. 3). Eine Prämienverbilligung wird nach Art. 10 Abs. 1 EG-KVG Personen gewährt, die im Kanton St.Gallen steuerrechtlichen Wohnsitz haben (lit. a) und ein die Prämienverbilligung auslösendes Einkommen erzielen (lit. b). Massgebend für die Anspruchsberechtigung auf Prämienverbilligung sind für Personen mit zivilrechtlichem Wohnsitz im Kanton die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Jahres, für das die Prämienverbilligung beansprucht wird (Art. 9 Abs. 1 Vo-EG). Für definitiv veranlagte Personen wird das massgebende Einkommen dabei auf der Basis des nach kantonalem Steuerrecht ermittelten Reineinkommens des vorletzten Jahres unter Berücksichtigung verschiedener Zuschläge und Abzüge berechnet (Art. 12 Abs. 1 Vo-EG in der ab 1. Januar 2006 geltenden Fassung gemäss XII. Nachtrag vom 13. Dezember 2005, nGS 41–9).

3. Das massgebende Einkommen für die Berechnung der Prämienverbilligung für Personen mit zivilrechtlichem Wohnsitz im Kanton entspricht gemäss Art. 12 Abs. 2 Vo-EG des XII. Nachtrags dem Reineinkommen, zuzüglich eines Zehntels des steuerbaren Vermögens (Ziff. 1), zuzüglich der Beiträge an die gebundene Selbstvorsorge Säule 3a (Ziff. 2) und des Liegenschaftsaufwands, soweit dieser den Pau-

schalabzug von 20 Prozent der Mieteinnahmen übersteigt (Ziff. 3), sowie abzüglich des Kinderabzugs nach Art. 14 (Ziff. 4).

4. Für jedes in der Schweiz wohnhafte Kind, für das ein Abzug nach Art. 49 des St.Galler Steuergesetzes (StG; sGS 811.1) gewährt wird, vermindert sich das massgebende Einkommen gemäss Art. 14 Abs. 1 Vo-EG um Fr. 10 000.–. Art. 49 StG sieht einen dreistufigen Kinderabzug vor. Diese Bestimmung wurde als Ersatzlösung ins totalrevidierte StG aufgenommen für den Fall, dass sich am Ende der Übergangsfrist gemäss Art. 72 am 1. Januar 2001 der Ausbildungskostenabzug als harmonisierungswidrig herausstellt. Da kein entsprechender allgemeiner Abzug für Ausbildungskosten ins StHG aufgenommen wurde, ist seit 1. Januar 2001 Art. 49 StG als Ersatz für Art. 46 lit. b und anstelle von Art. 48 Abs. 1 lit. a StG anwendbar (St.Galler Steuerbuch StB 49 Nr. 1 S. 1). Der Abzug von Fr. 5500.– des Art. 48 Abs. 1 lit. a StG wurde somit ersetzt durch den nach dem Ausbildungsgrad des Kindes abgestuften Abzug des Art. 49 Abs. 1 StG. Dieser dreistufige Kinderabzug nach Art. 49 StG gelangt zur Anwendung, wenn der Steuerpflichtige für den Unterhalt des Kindes zur Hauptsache aufkommt und er keinen Abzug gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. c StG beansprucht. Gemäss letztgenannter Bestimmung werden u. a. an einen Elternteil geleistete Unterhaltsbeiträge für die unter dessen elterlicher Sorge oder Obhut stehenden Kinder von den Einkünften abgezogen. Den hauptsächlichen Unterhalt gemäss Art. 49 StG leistet derjenige Elternteil, der mehr als die Hälfte der Unterhaltskosten des Kindes übernimmt (StB 49 Nr. 1 S. 2).

5. Gemäss St.Galler Steuerbuch ist der Kinderabzug des Art. 49 StG mit der Besteuerungsregelung für Kinderalimente nach Art. 45 Abs. 1 lit. c StG verknüpft. Er kann nur von demjenigen Elternteil geltend gemacht werden, der – ohne die entsprechenden Aufwendungen abziehen zu können – für den Unterhalt der Kinder zur Hauptsache aufkommt. Abzugsberechtigt ist demnach der Elternteil, der den Unterhalt des Kindes aus eigenen oder vom anderen Elternteil beigesteuerten, steuerlich aber bei ihm nicht abziehbaren Mitteln überwiegend bestreitet, in der Regel also der Empfänger oder die Empfängerin der Kinderalimente. Für den Fall gemeinsamer elterlicher Sorge nicht gemeinsam besteuerten Eltern sieht Art. 48 Abs. 1 lit. a StG diese Abzugsregelung ausdrücklich vor. Fliessen bei gemeinsamer elterlicher Sorge und alternierender Obhut keine Unterhaltsbeiträge von einem Elternteil zum anderen und teilen die Eltern die Kosten genau hälftig auf, kann der Kinderabzug in der Praxis auch alternierend – in diesem Jahr dem einen, im nächsten Jahr dem anderen Elternteil – gewährt werden (StB 49 Nr. 1 S. 3).

6. a) Der Rekurrent kommt gemäss Scheidungsurteil für die Krankenkassenprämien der Kinder auf und bezahlt seiner geschiedenen Frau Fr. 300.– pro Kind und Monat als Anteil an ihre Ausgaben während der Kinderbetreuung. Zudem bezahlt er die Kosten für Bekleidung sowie die Ausgaben für Schule, Lager und Freizeit. Aus Zivilrecht besteht also eine rechtskräftige Verpflichtung des Rekurrenten, für die Krankenkassenbeiträge der Kinder aufzukommen. Das Ehe- und Scheidungsrecht ist – wie das Familienrecht (vgl. dazu BGE 121 V 127, E. 2c/aa und cc)

– eine Ordnung, die vom Sozialversicherungsrecht und mithin auch vom Prämienverbilligungsrecht vorausgesetzt wird und diesen daher grundsätzlich vorgeht. Mit dieser Konzeption ist es offensichtlich nicht vereinbar, die Frage der Prämienverbilligung unter Berücksichtigung der Kinder auf der Seite des neuen Ehemanns der Kindsmutter zu prüfen. Vielmehr hat die gesamte Prüfung beim Rekurrenten zu erfolgen, wie nachfolgend dargelegt wird. Die Kinder leben gemäss Konvention von Montagabend bis Mittwochmorgen und von Freitagmittag bis Samstagabend sowie jedes zweite Wochenende auch sonntags beim Vater und während der restlichen Zeit bei der Mutter. Jeder Elternteil hat sich in der Konvention verpflichtet, die für das Zusammenleben mit den Kindern notwendigen Kosten sowie auch jene Kosten, die während der Betreuung anfallen (Essen, Ferien etc.) zu übernehmen. Das zuständige Steueramt hat dem Rekurrenten unbestrittenermassen den von ihm für die hier massgebende Steuerperiode 2004 geltend gemachten Kinderabzug gemäss Art. 49 StG nicht gewährt; die entsprechende Veranlagungsverfügung wurde offenbar rechtskräftig.

7. Die Regelungen des Art. 45 Abs. 1 lit. c StG und des Art. 49 Abs. 1 StG scheinen für den Fall des erst seit dem Jahr 2000 bestehenden Instituts der gemeinsamen elterlichen Sorge mit hälftig aufgeteilter Obhut im Ergebnis nicht angemessen zu sein, wenn ein Elternteil aufgrund seiner eigenen z. B. hälftigen Betreuungspflichten nur einen verhältnismässig kleinen Kinderunterhaltsbeitrag an den geschiedenen Partner bezahlt. Diesfalls kann er nämlich nur die eher tiefen Kinderalimenter nach Art. 45 Abs. 1 lit. c StG in Abzug bringen, während der alimentenberechtigte Elternteil den Pauschalabzug des Art. 49 Abs. 1 StG geltend machen kann, sich aber nur die (tieferen) tatsächlich geleisteten Alimenter als Einkommen nach Art. 36 lit. f. StG anrechnen lassen muss. Vorliegend hat der Rekurrent jedoch die Steuerveranlagung 2004 akzeptiert; diese ist offenbar rechtskräftig. Ob die geschiedene Ehefrau des Rekurrenten die Voraussetzungen für den Kinderabzug des Art. 49 Abs. 1 StG tatsächlich erfüllt (zumal zweifelhaft ist, ob sie den Kinderunterhalt [auch unter Einrechnung der Alimenter des Rekurrenten] zur Hauptsache bestreitet), ist somit in diesem Verfahren nicht zu überprüfen.

8. Nach Art. 14 Abs. 1 Vo-EG vermindert sich das für die Prämienverbilligung massgebende Einkommen für jedes in der Schweiz wohnhafte Kind, für das ein Abzug nach Art. 49 StG gewährt wird, um Fr. 10 000.–. Dieser Verweis auf Art. 49 StG sollte in den Fällen geschiedener oder aus anderen Gründen getrennt veranlagter Eltern verhindern, dass der Abzug von Fr. 10 000.– pro Kind doppelt, also bei beiden Elternteilen, vorgenommen würde. Der Abzug des Art. 49 StG ist grundsätzlich pro Kind einmal zulässig, also bei einem Steuerpflichtigen bzw. einem zusammen veranlagten Ehepaar. Für den vorliegenden Fall ist entscheidend, dass die drei Kinder des Rekurrenten die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 1 Vo-EG erfüllen. Die Kinder fallen in den Anwendungsbereich von Art. 49 StG; der steuerliche Abzug von zurzeit Fr. 6000.– pro Kind gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. b StG muss einem der Elternteile gewährt werden. Der Anspruch auf den Kinderabzug des Art. 14 Abs. 1

Vo-EG ist an das Kind und die Voraussetzungen gebunden, dass dieses in der Schweiz wohnhaft ist und einen Steuerpflichtigen grundsätzlich zum Kinderabzug nach Art. 49 StG berechtigt. Art. 14 Abs. 1 Vo-EG nimmt aber keine feste Zuweisung der Abzugsberechtigung vor. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz fällt der Kinderabzug in der IPV also nicht zwingend bei demjenigen Elternteil an, dem die Steuerbehörde den Abzug des Art. 49 Abs. 1 StG effektiv gewährt. Eben so wenig steht der Kinderabzug nicht zwingend demjenigen Elternteil zu, bei dem die Kinder ihren Wohnsitz haben. Diese beiden Kriterien würden den tatsächlichen Verhältnissen im vorliegenden Fall nicht gerecht. Wie erläutert ist der Rekurrent aus Zivilrecht zur Bezahlung der Krankenkassenprämien für die Kinder verpflichtet, weshalb die Kinder vernünftigerweise auch nur bei ihm in der Berechnung der individuellen Prämienverbilligung berücksichtigt werden können. Dem steht Art. 14 Abs. 1 Vo-EG, der lediglich gewährleisten will, dass der Abzug von Fr. 10 000.– pro Kind nicht doppelt vorgenommen wird, nach dem Gesagten nicht entgegen. Bei der Ermittlung des Anspruchs auf Prämienverbilligung für das Jahr 2006 hat die Vorinstanz somit den Abzug von insgesamt Fr. 30 000.– nach Art. 14 Abs. 1 Vo-EG vom massgebenden Einkommen des Rekurrenten gemäss Steuerveranlagung 2004 zuzulassen.

9. Aufgrund dieser Erwägungen ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, und es ist festzuhalten, dass der Rekurrent Anspruch auf den Abzug des Art. 14 Abs. 1 Vo-EG begründet. Die Vorinstanz hat den Anspruch des Rekurrenten auf IPV neu zu prüfen und entsprechend neu zu verfügen. Zudem wird sie zu prüfen haben, ob sie wiedererwägungsweise auf die Verfügung betreffend IPV zuhanden des neuen Ehemanns der Mutter der Kinder des Rekurrenten zurückkommen kann, da ersteren keine Verpflichtung zur Bezahlung der Krankenkassenprämien der Kinder seiner Ehefrau trifft und der Abzug der Fr. 30 000.– grundsätzlich nur einmal gewährt werden kann.

18

Art. 7 Abs. 2 lit. c und Art. 9a Abs. 1 KLV (SR 832.112.31). Krankenpflege zu Hause, allgemeine Grundpflege. Ein stabiler Verlauf während längerer Zeit macht aus einer komplexen Pflegesituation keine einfache Situation im Sinn von Art. 9a Abs. 1 lit. a KLV.

Versicherungsgericht, 18. August 2006

Sachverhalt:

L.____ wurde seit Oktober 1998 bis zu ihrem Tod im Jahr 2006 im eigenen Heim unter anderem durch die Spitex X.____ betreut. Ab April 2001 erbrachte die Helsana Versicherungen AG (Helsana) im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung Leistungen für die Krankenpflege zu Hause; bis 31. August 2004 zum Tarif für komplexe und instabile Grundpflege und ab 1. September 2004 für einfache und stabile Grundpflege. Daran hielt sie mit Verfügung vom 15. September 2005 fest. Die dagegen gerichtete Einsprache hiess die Helsana mit Entscheid vom 3. März 2006 insoweit teilweise gut, dass ab 24. Dezember 2005 bis zum Tod der Versicherten die Grundpflegeleistungen nach dem Tarif für komplexe und instabile Grundpflege vergütet würde. Die Angehörigen der Versicherten machten dagegen geltend, die Pflegesituation habe sich nach dem 1. September 2004 nicht verändert. Die Kasse habe daher während der ganzen Pflegezeit Leistungen zum Tarif für komplexe und instabile Grundpflege zu erbringen.

Aus den Erwägungen:

1. ...

2. a) Streitig zwischen den Parteien ist ausschliesslich, ob es sich bei den (Grund-)Pflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV, die von der Spitex X.____ im Zeitraum vom 1. September 2004 bis 23. Dezember 2005 gegenüber der Versicherten geleistet werden mussten, um Leistungen in einer einfachen und stabilen Situation (Art. 9a Abs. 1 lit. a KLV) oder in einer instabilen und komplexen Situation (Art. 9a Abs. 1 lit. b KLV) handelt, da davon die Höhe der von der Beschwerdegegnerin zu erbringenden Entschädigung abhängt. Unbestritten und mithin auch nicht Streitgegenstand ist dagegen der eigentliche Leistungsumfang (vgl. Beschwerdeantwort).

b) Nach Art. 9 Abs. 3 KLV legen Versicherer und Leistungserbringer für die Leistungen der Krankenschwestern und Krankenpfleger oder der Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause Tarife fest, die nach Art und Schwierigkeit der notwendigen Leistungen abzustufen sind. Art. 9a Abs. 1 KLV gibt dabei (vorläufige) Rahmentarife vor, die bei der Tariffestsetzung nicht überschritten werden dürfen, solange die Leistungserbringer nach Art. 7 Abs. 1 lit. a und b KLV nicht über mit den Versicherern gemeinsam erarbeitete Kostenberechnungsgrundlagen verfügen. Für

die Massnahmen der Grundpflege (Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV) betragen diese Rahmentarife 30–45 Franken für Leistungen in einfachen und stabilen Situationen sowie 45–65 Franken für Leistungen in instabilen und komplexen Situationen. Im Vertrag zwischen dem Spitex Verband Kanton St.Gallen (SVSG) und santésuisse – Die Schweizer Krankenversicherer betreffend Spitex-Pflichtleistungen nach KVG vom 3. Februar 2004 (Spitex-Vertrag SG) sind für die Abgeltung der Massnahmen der Grundpflege Stundenansätze von Fr. 35.35 bei einfachen/stabilen Gesundheitssituationen und von Fr. 62.– bei komplexen/instabilen Situationen festgesetzt.

c) Der Ordnungsgeber hat die Unterscheidung zwischen einfachen/stabilen und komplexen/instabilen Situationen nicht näher umschrieben. Hingegen findet sich eine derartige Umschreibung in den Richtlinien des Spitex Verbandes Schweiz über die Mindestanforderungen an das Personal in der Grundpflege vom 19. November 1998. Danach sind einfache Situationen dadurch definiert, dass die Entwicklung der Situation der zu pflegenden Person zu Hause in der Regel voraussehbar ist und sowohl im physischen/psychischen als auch im sozialen Bereich einen kontinuierlichen Verlauf aufweist. Als komplex gelten Situationen, bei denen die Situation der zu pflegenden Person zu Hause nicht eindeutig und voraussehbar ist und sich im physischen/psychischen und/oder sozialen Bereich verändert bzw. bei denen der chronische Verlauf, verbunden mit einer schwierigen, unveränderbaren Situation für alle an der Pflege Beteiligten belastend ist (Ziff. 2). In Ziff. 3 der Richtlinien werden zusätzlich Pflegesituationen anhand von erforderlichen Leistungen und Indikatoren in vier verschiedene Kategorien (A = einfach, B und C = komplex und D = sehr komplex) näher umschrieben. Als einfach (Kat. A) gelten dabei ausschliesslich Situationen mit Grundpflege in einfachen Situationen (Kunde) und in einem stabilen sozialen Umfeld. Ist dagegen entweder beim Kunden oder im sozialen Umfeld von einer komplexen Situation bzw. instabilen Verhältnissen auszugehen, liegt eine komplexe Situation vor (Kat. B und C). Als sehr komplex (Kat. D) gelten Situationen, wenn sowohl eine komplexe Pflegesituation beim Kunden und ein komplexes stabiles oder instabiles Umfeld vorliegen. Der Spitex Verband des Kantons St.Gallen hat in einem Merkblatt vom 30. März 2005 Kriterien zur Einstufung der Pflegesituationen festgelegt. Dabei handelt es sich um eine Arbeitshilfe für die Einstufung im Rahmen der Bedarfsabklärung (Art. 7 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 KLV), die sich insbesondere an die eigenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter richtet und bei der die Beschreibung der Kriterien ausdrücklich als Beispiel zu verstehen ist. Rechtliche Verbindlichkeit hat dieses Merkblatt weder für die mit der Bedarfsabklärung beauftragten Personen, noch für Dritte. Dennoch ist es für die Abgrenzung der Tarifpositionen gemäss Art. 9a Abs. 1 lit. a und b KLV bzw. Art. 6 Abs. 2 Spitex-Vertrag SG dienlich, weshalb sowohl die involvierten Krankenversicherer als auch in einem allfälligen Prozess der Sozialversicherungsrichter analog wie bei vergleichbaren Richtlinien in anderen Sozialversicherungsbereichen nicht ohne Not davon abweichen. Als komplex werden nach diesem Merkblatt Pflegesituationen eingestuft, wenn 3–4 der aufgeführten Kriterien – Planbarkeit ist erschwert/Pflegesitua-

tion wechselt häufig (A), Voraussehbarkeit ist gering (B), Ressourcen sind wenig oder nicht vorhanden (C), soziales Umfeld ist instabil und/oder die interdisziplinäre Zusammenarbeit ist erschwert (D), medizinische Erkrankung/Krankheitsbild ist komplex (E), jeweils mit zusätzlicher Beschreibung – erfüllt sind.

3. a) Grundlage für die Leistungspflicht des Krankenversicherers aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für die Krankenpflege zu Hause durch Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b KLV bildet der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung (Art. 8 Abs. 1 KLV). Diese sind auf Grund der Bedarfsabklärung (Art. 7 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 KLV) und der gemeinsamen Planung der notwendigen Massnahmen näher zu umschreiben. Die Bedarfsabklärung umfasst dabei einerseits die Beurteilung der Gesamtsituation des Patienten oder der Patientin und andererseits die Abklärung des Umfeldes und des individuellen Pflege- und Hilfebedarfs (Art. 8 Abs. 2 KLV). Sie erfolgt aufgrund einheitlicher Kriterien, ihr Ergebnis wird auf einem Formular festgehalten, wobei insbesondere auch der voraussichtliche Zeitbedarf anzugeben ist (Art. 8 Abs. 3 KLV). Der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung sind zu befristen, bei Akutkranken auf maximal drei Monate, bei Langzeitpatienten und -patientinnen auf maximal sechs Monate (Art. 8 Abs. 6 KLV), sie können wiederholt werden (Art. 8 Abs. 7 KLV).

b) Im vorliegenden Fall sind sowohl im Bedarfsmeldeformular/ärztliche Anordnung vom September 2004 (act. G 3.1/6, gültig für den Zeitraum vom 20. September 2004 bis 30. März 2005) als auch in jenem vom Dezember 2004 (gültig ab 21. Dezember 2004) Pflegeleistungen für Grundpflege in komplexen Situationen aufgeführt. Dabei hat es der Arzt im Formular vom September 2004 zwar unterlassen, den Auftrag für Pflegeleistungen anzukreuzen. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass er die Pflegesituation bei der Versicherten im Gegensatz zur Spitex X.____ als einfach eingeschätzt hätte oder gar von der Anordnung von Grundpflegeleistungen generell absehen wollte (was – wenn schon – die konsequentere Interpretation des unterlassenen Ankreuzens wäre); vielmehr hat er mit seiner Unterschrift auf dem Formular das Ergebnis der Bedarfsabklärungen durch die Spitex X.____ für den Zeitraum 20. September 2004 bis 20. März 2005 ausdrücklich bestätigt, und damit offensichtlich auch die Einstufung der Pflegesituation als komplex. In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin die Pflegesituation bei der Versicherten offensichtlich bis Ende August 2004 ohne Weiteres als komplex im Sinn von Art. 9a Abs. 1 lit. b KLV betrachtete und dafür auch die entsprechenden Entschädigungen ausrichtete. Aufgrund welcher ärztlichen oder pflegerischen Unterlagen dann – offenbar rückwirkend am 2. März 2005 (vgl. Verfügung vom 15. September 2005) – per 1. September 2004 eine Änderung der Einstufung in eine einfache und stabile Situation gemäss Art. 9a Abs. 1 lit. a KLV erfolgte, ist den Akten nicht zu entnehmen. Das Zeugnis von Dr. Z.____ vom 13. Mai 2005 kann dafür schon aus zeitlichen Gründen nicht herhalten, ganz abgesehen davon, dass allein ein stabiler Verlauf während sechs Monaten eine komplexe Pflegesituation noch nicht zu einer einfachen Pflege-

gesituation macht. Ebenso ist aktenmässig nicht erstellt, was sich zwei Wochen vor dem Tod der Versicherten an der Pflegesituation geändert hat, so dass ab diesem Zeitpunkt wiederum von einer komplexen und instabilen Grundpflege auszugehen war (vgl. Einspracheentscheid vom 3. März 2006). Die Annahme, dass sich die Pflegesituation in den beiden letzten Wochen vor dem Tod der Versicherten geändert habe, ist aktenmässig ebenso unbegründet und damit willkürlich wie jene, dass per 1. September 2004 gegenüber der bisher anerkannten Situation eine Änderung im Sinn einer Vereinfachung der Pflegesituation eingetreten sei. Demgegenüber gehen sowohl die Spitex X.____, welche die Versicherte über die ganze Dauer der Pflege zu Hause betreut hat, wie der Hausarzt für die gesamte Dauer dieser Pflege von einer unveränderten komplexen Pflegesituation aus. Unter diesen Umständen erscheint es nicht gerechtfertigt, für den Zeitraum vom 1. September 2004 bis 23. Dezember 2005 von Grundpflegeleistungen in einer einfachen und stabilen Situation auszugehen. Vielmehr ist auch nach den Kriterien der Richtlinien des Spitex Verbandes Schweiz und den Kriterien gemäss Merkblatt des Spitex Verbandes des Kantons St.Gallen das Vorliegen einer komplexen Pflegesituation zu bejahen, womit die Beschwerdegegnerin verpflichtet ist, auch für diesen Zeitraum die vertragliche Tagespauschale von Fr. 62.– zu erbringen.

4. Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, für die Krankenpflege der Versicherten zu Hause durch die Spitex X.____ im streitigen Zeitraum vom 1. September 2004 bis 23. Dezember 2005 (vgl. Erw. 2a vorne) die vertraglichen Leistungen gemäss Art. 6 des Spitexvertrages SG für komplexe/instabile Leistungen (Fr. 62.– pro Stunde) zu vergüten.

19

Art. 14 Abs. 2 AVIG (SR 837.0). Ist eine geschiedene Person auf Grund des (teilweisen) Wegfalls von Unterhaltszahlungen gezwungen, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, stellt dies einen «ähnlichen Grund» im Sinn von Art. 14 Abs. 2 AVIG dar, da dieses Ereignis in Auswirkung und Tragweite den in Art. 14 Abs. 2 AVIG ausdrücklich genannten Ereignissen entspricht und sachlich auf der gleichen Ebene liegt.

Versicherungsgericht, 14. September 2006

Sachverhalt:

E.____ stellte Antrag auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung ab 8. November 2005. Mit Verfügung vom 18. November 2005 wies die Arbeitslosenkasse den

Antrag ab, da die Versicherte in der vom 8. November 2003 bis zum 7. November 2005 dauernden Rahmenfrist für die Beitragszeit über keine Beitragszeiten verfüge und auch nicht von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sei.

Aus den Erwägungen:

1. Zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung gehört unter anderem, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit von Versicherten, die sich der Erziehung ihrer Kinder gewidmet haben, beträgt vier Jahre, sofern zu Beginn der einem Kind unter zehn Jahren gewidmeten Erziehung keine Rahmenfrist für den Leistungsbezug lief (Art. 9b Abs. 2 AVIG). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 AVIG). Von der Erfüllung der Beitragspflicht ist gemäss Art. 14 Abs. 1 AVIG befreit, wer innerhalb der Rahmenfrist während mehr als zwölf Monaten unter anderem wegen einer Umschulung oder Weiterbildung (lit. a) nicht in einem Arbeitsverhältnis stand und deshalb die Beitragszeit nicht erfüllen konnte. Dabei ist dieser Befreiungstatbestand nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nur dann gegeben, wenn es der versicherten Person auch nicht möglich war, mit einer Teilzeitbeschäftigung die Beitragszeit zu erfüllen (BGE 121 V 342 f. Erw. 5b, Besprechung dieses Urteils durch Jürg Scheidegger in AJP 1996, 1150 ff.). Ebenfalls von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sind Personen, die unter anderem wegen Trennung oder Scheidung der Ehe oder aus ähnlichen Gründen gezwungen sind, eine unselbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder zu erweitern. Diese Regel gilt nur dann, wenn das betreffende Ereignis nicht mehr als ein Jahr zurückliegt und die betroffene Person beim Eintritt dieses Ereignisses ihren Wohnsitz in der Schweiz hatte (Art. 14 Abs. 2 AVIG).

2. a) ...

b) ...

c) Eventualiter bringt die Beschwerdeführerin vor, sie sei auf Grund von Art. 14 Abs. 2 AVIG von der Erfüllung der Beitragszeit zu befreien. Dazu macht sie geltend, sie habe ab Januar 2006 nur noch einen reduzierten Anspruch auf Alimente ihres geschiedenen Mannes, weshalb sie gezwungen sei, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Dies sei als «ähnlicher Grund» im Sinn der genannten Bestimmung zu werten. Gemäss geltender Rechtsprechung ist eine Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit nach Art. 14 Abs. 2 AVIG nur möglich, wenn zwischen dem geltend gemachten Grund und der Notwendigkeit der Aufnahme oder Erweiterung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit ein Kausalzusammenhang gegeben ist. Dabei ist kein strikter Kausalitätsnachweis im naturwissenschaftlichen Sinn zu verlangen.

Der erforderliche Kausalzusammenhang ist vernünftigerweise bereits zu bejahen, wenn es glaubwürdig und nachvollziehbar erscheint, dass der Entschluss der versicherten Person, eine unselbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, in dem als Befreiungsgrund in Frage kommenden Ereignis mitbegründet liegt (EVGE vom 4. August 2004 [C.369/01], Erw. 2.3, mit Hinweisen auf BGE 125 V 125 Erw. 2a, 121 V 344 Erw. 5c/bb, 119 V 55 Erw. 3b und ARV 2002 Nr. 25 S. 176 Erw. 2). Vorliegend wurde die Ehe der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen im Januar ... geschieden. Der Beschwerdeführerin wurden sodann mit Urteil der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts St.Gallen vom ... nacheheliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 6200.– bis Ende Dezember 2005 und von Fr. 3500.– von Januar 2006 bis Ende Juli 2013 zugesprochen. Dies entspricht in Bezug auf den Unterhalt lediglich einer Verlängerung der Wirkungen der Ehe über deren eigentliche Auflösung hinaus, weshalb der Wegfall dieser Unterhaltsleistungen – bzw. die dadurch bedingte Aufnahme einer Erwerbstätigkeit – grundsätzlich unter das namentlich aufgeführte Ereignis «Scheidung der Ehe» fällt. Selbst wenn man die Reduktion von Alimentenzahlungen – wie die Beschwerdegegnerin – nicht unter den Titel «Scheidung der Ehe» subsumieren will, ist jedenfalls von einem «ähnlichen Grund» auszugehen, da dieses Ereignis in Auswirkung und Tragweite den in Art. 14 Abs. 2 AVIG ausdrücklich genannten Ereignissen entspricht und sachlich auf der gleichen Ebene liegt (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Rz 200). Zumindest unter der Annahme, dass die Beschwerdeführerin berechtigt war, ihren gewohnten Lebensstandard aufrecht zu erhalten, war sie somit ab Januar 2006 gezwungen, den wegfallenden Teil der materiellen Versorgung durch eigene Erwerbstätigkeit auszugleichen. In Bezug auf den «ähnlichen Grund» (teilweiser Wegfall der Unterhaltszahlungen) ist sodann die Einjahresfrist gewahrt und die Beschwerdeführerin hatte bei Eintritt des Ereignisses ihren Wohnsitz in der Schweiz (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 2).

d) Nach dem Gesagten ist die Beschwerdeführerin wegen eines «ähnlichen Grundes» im Sinn von Art. 14 Abs. 2 AVIG von der Erfüllung der Beitragszeit befreit. Nachdem dieses Ereignis unbestrittenermassen per 1. Januar 2006 eingetreten ist, ist der Leistungsanspruch der Beschwerdeführerin – vorbehaltlich der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen – ab diesem Datum gegeben.

20

Art. 9, 12 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 EG zum KVG (sGS 331.11); Art. 3a Abs. 1 und Art. 3b Abs. 3 lit. d ELG (SR 831.30). Die nachträgliche Zusprache von Ergänzungsleistungen zur AHV hat die Rückforderung von individuellen Prämienverbilligungen zur Folge.

Versicherungsgericht, 24. März 2006

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 13 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung (EG-KVG; sGS 331.11) wird eine zu Unrecht bezogene Prämienverbilligung zurückgefordert. Der Rekurrent hat gestützt auf die formell rechtskräftige Verfügung vom 6. Mai 2005 eine Prämienverbilligung für das Jahr 2005 in der Höhe von Fr. 3803.30 bezogen. Sind Leistungen nicht irrtümlich, sondern auf der Grundlage einer (rechtskräftigen) Verfügung ausgerichtet worden, so beschränkt sich deren formelle Rechtskraft auf den Sachverhalt und die Rechtslage zur Zeit des Erlasses der Verfügung über das Rechtsverhältnis (vgl. BGE 115 V 308). Insbesondere durch die Entdeckung neuer vorbestandener Tatsachen oder Beweismittel kann sich nachträglich zeigen, dass der Sachverhalt, welcher Grundlage dieser ursprünglichen Verfügung bildete, zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung unrichtig festgestellt worden ist (ursprünglich unrichtige Sachverhaltsfeststellung), was durch eine prozessuale Revision (ex tunc) zu beheben ist (vgl. BGE 122 V 134, 112 V 371 f.). Als neu gelten Tatsachen, welche sich bis zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung oder des Einspracheentscheids verwirklicht haben, jedoch der Person, welche das Revisionsgesuch stellt, oder der Verwaltung, welche den Verwaltungsakt in Revision zieht, trotz hinreichender Sorgfalt nicht bekannt waren (BGE 122 V 273 E. 4). Die neuen Tatsachen müssen ferner erheblich sein, d. h. sie müssen geeignet sein, die Sachverhaltsgrundlage der Verfügung bzw. des Einspracheentscheids zu verändern und bei zutreffender rechtlicher Würdigung zu einer anderen Entscheidung führen (Th. Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 467). Im Antragsformular für die individuelle Prämienverbilligung 2005 bestätigte der Rekurrent am 19. Januar 2005 wahrheitsgetreu, keine Ergänzungsleistungen zu beziehen, worauf ihm mit Verfügung vom 6. Mai 2005 eine Prämienverbilligung für das Jahr 2005 zugesprochen wurde. Dem ebenfalls am 19. Januar 2005 gestellten Antrag auf Ergänzungsleistungen ab 1. Januar 2005 wurde erst mit Verfügung vom 8. September 2005 entsprochen. Grundsätzlich bestand jedoch die Anspruchsberechtigung auf Ergänzungsleistungen bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung betreffend Prämienverbilligung, womit das Vorhandensein einer neuen vorbestandenen Tatsache angenommen werden kann.

Die Rekursbeklagte legt zutreffenderweise dar, dass der Rekurrent als EL-Bezüger nach den geltenden Gesetzes- bzw. Verordnungsbestimmungen keinen Anspruch mehr auf eine Prämienverbilligung ausserhalb der Ergänzungsleistungen hat. Die jährliche Ergänzungsleistung entspricht dem Betrag, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 3a Abs. 1 ELG). Als Ausgabe ist gemäss Art. 3b Abs. 3 lit. d ELG auch ein jährlicher Pauschalbetrag in Höhe der kantonalen Durchschnittsprämie für die obligatorische Krankenpflegeversicherung zu berücksichtigen. Bei dem in der EL-Berechnung berücksichtigten «IPV-Anteil» handelt es sich formal um eine Ergänzungsleistung. Dem Wesen nach muss dieser Teil der Ergänzungsleistung aber als individuelle Prämienverbilligung betrachtet werden, denn Art. 65 Abs. 1 KVG definiert den Kreis der Personen, die einen Anspruch auf eine individuelle Prämienverbilligung begründen, so weit, dass die EL-Bezüger ebenfalls darunter zu subsumieren sind. So finden sich denn auch im EG-KVG sowie in der V zum KVG die entsprechenden Gesetzes- bzw. Verordnungsbestimmungen. Nach Art. 9 EG-KVG gewährt der Staat Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen eine Prämienverbilligung. Für Bezüger von Ergänzungsleistungen entspricht die Verbilligung den anrechenbaren Krankenversicherungsprämien (Art. 12 Abs. 2 EG-KVG). Ihnen wird die vom Eidgenössischen Departement des Innern festgelegte kantonale Durchschnittsprämie erstattet (Art. 17 Vo-EG). Das EG-KVG sieht also in seinen Art. 9 ff. keine Ausnahme von der Anspruchsberechtigung auf Prämienverbilligung für EL-Bezüger vor. Die EL-Bezüger erfahren nur in Bezug auf die Höhe des «IPV-Anteils» eine besondere Behandlung (vgl. Art. 12 Abs. 2 EG-KVG; vgl. VSGE vom 6. April 2005 i. S. M. St. [EL 2004/34]). In die EL-Berechnung des Rekurrenten vom 8. September 2005 wurde als Ausgabe eine «Prämienverbilligung Krankenversicherung» im Betrag von Fr. 5448.– aufgenommen. Für den Wohnort E. ___ des Rekurrenten betrug die kantonale Durchschnittsprämie im Jahr 2005 Fr. 2724.– (Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV [WEL], Anhang I, Tabelle 5, Prämienregion 3, SG). Weil der Rekurrent mit seiner Ehegattin zusammenlebt, wurde auch ihr Pauschalbetrag für die obligatorische Krankenpflegeversicherung in die fragliche EL-Berechnung aufgenommen, womit sich vorgenannter Betrag ergab. Aufgrund der Verfügung vom 6. Mai 2005 über die individuelle Prämienverbilligung für das Jahr 2005 verfügt nun aber der Rekurrent neben der gestützt auf das ELG in die EL-Berechnung aufgenommenen Ausgabe eines «IPV-Anteils» zusätzlich über eine individuelle Prämienverbilligung, berechnet nach den Bestimmungen des EG-KVG und der Vo-EG. Beide Sozialversicherungsleistungen dienen der Bezahlung der Krankenversicherungsprämie, womit ein unrechtmässiger Doppelbezug vorliegt. Die Argumentation des Rekurrenten, die Ergänzungsleistungen würden ihm durch die Rückforderung der Prämienverbilligung wieder weggenommen, geht damit fehl. Weggenommen wird ihm lediglich die Prämienverbilligung, durch deren Belassung dieselbe Ausgabe des Rekurrenten doppelt abgedeckt würde.

21

Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG (sGS 331.11). Nur tiefgreifende und dauerhafte Änderungen der Verhältnisse rechtfertigen es, bei der Ermittlung des Prämienverbilligungsanspruchs von der letzten definitiven Steuerveranlagung abzuweichen.

Verwaltungsgericht, 21. März 2006

Die Sozialversicherungsanstalt wies ein Gesuch von K. um individuelle Prämienverbilligung für 2004 ab mit der Begründung, ihr Reineinkommen der Steuerveranlagung 2002 übersteige das für den Anspruch massgebende Einkommen. K. erhob Einsprache und machte geltend, ihre Verhältnisse hätten sich seit 2002 grundlegend geändert. Sie sei seit Dezember 2002 mit einem Unterbruch arbeitslos und nicht vermittlungsfähig gewesen und habe sich von März 2003 bis Ende August 2004 in einem Therapiezentrum aufgehalten. Im Oktober 2004 habe sie ein Studium an der Fachhochschule W. begonnen. Die Einsprache wurde abgewiesen. Das Versicherungsgericht hiess den Rekurs von K. gut und wies die Sache an die Sozialversicherungsanstalt zurück, damit diese aufgrund der Einkommensverhältnisse des Jahres 2003 über den Anspruch auf Prämienverbilligung für 2004 neu verfüge. Das Verwaltungsgericht hat eine von der Sozialversicherungsanstalt erhobene Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 11 Abs. 2 EG zum KVG bildet in der Regel die letzte definitive Steuerveranlagung die Grundlage für die Festsetzung des die Prämienverbilligung auslösenden Einkommens. Entspricht das ermittelte Einkommen offensichtlich nicht der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, so wird auf diese abgestellt (Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG).

Nach Art. 12 Abs. 4 V zum EG zum KVG in der ab 1. Januar 2003 geltenden Fassung (nGS 38–8) wird auf die Steuerveranlagung abgestellt, die am 31. Dezember des vorletzten Jahres massgeblich ist. Liegt keine definitive Veranlagung vor, wird auf die vorläufige Rechnungstellung des vorletzten Jahres abgestellt. Nach Vorliegen der rechtskräftigen Veranlagung kann die anspruchsberechtigte Person innert dreissig Tagen die Neuberechnung der Prämienverbilligung verlangen (Art. 12 Abs. 5 V zum EG zum KVG).

b) Art. 65 KVG bestimmt, dass die Kantone dafür sorgen, dass bei der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere auf Antrag der versicherten Person, die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse berücksichtigt werden.

Wenn die Verhältnisse einer Person am 1. Januar des Jahres massgebend sind, für welches die Prämienverbilligung beansprucht wird, so handelt es sich dabei in der Regel um die aktuellsten Daten. Art. 65 Abs. 3 KVG ist vor dem Hintergrund zu

beurteilen, dass zahlreiche Kantone in früheren Jahren aufgrund des Systems der Vergangenheitsbemessung bei den Staats- und Gemeindesteuern keine aktuellen Steuerdaten zur Verfügung hatten (vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision des KVG, BBl 1999, S. 844 f.). Einzig bei der Geburt eines Kindes wird das massgebende Einkommen ab dem Geburtsmonat neu festgelegt (Art. 13 Abs. 1 V zum EG zum KVG). Die Berücksichtigung von Einkommensänderungen während des Anspruchsjahres würde hingegen einem Verzicht auf die Massgeblichkeit der Steuerdaten gleichkommen. Einen solchen wollte der Bundesgesetzgeber aber gerade nicht vornehmen (vgl. BBl 1999, S. 844). Würde auf den Beizug der Steuerdaten und auf die Massgeblichkeit der persönlichen und familiären Verhältnisse zu Beginn des Anspruchsjahres verzichtet, müsste ein gesondertes Veranlagungsverfahren durchgeführt werden. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er eine Regelung für die Festlegung der Anspruchsvoraussetzungen erlassen und insbesondere auch die Ausrichtung von Zulagen während der schwebenden Anspruchsberechtigung sowie die Revision rechtskräftiger Verfügungen geregelt (vgl. GVP 2004 Nr. 11).

c) Nach Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG wird nur dann von der letzten definitiven Steuerveranlagung abgewichen, wenn das ermittelte Einkommen offensichtlich nicht der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entspricht. Wann dies der Fall ist, hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Das Verwaltungsgericht hat in einem kürzlich gefällten Urteil (VerwGE B 2005/23 vom 10. Mai 2005) festgehalten, der Gesetzgeber habe mit der Verwendung des Begriffs «offensichtlich» zum Ausdruck gebracht, dass nicht jede Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse massgebend sein dürfe, um von den Steuerdaten abzuweichen. Die Diskrepanz zwischen der früheren und der neuen wirtschaftlichen Lage müsse geradezu in die Augen springen. Nur grundlegende und tiefgreifende Änderungen der Verhältnisse rechtfertigten ein Abweichen von der letzten definitiven Steuerveranlagung. Anders wäre der Vollzug der Prämienverbilligung in einem einfachen und raschen Verfahren gar nicht zu bewerkstelligen. Die Diskrepanz von Einkünften und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sei weder nach rein quantitativen Kriterien noch aufgrund eines der Vergangenheitsbemessung des früheren Steuergesetzes nachempfundenen Systems zu beurteilen. So vermöge allein eine Reduktion des Reineinkommens um 38 Prozent eine offensichtliche Diskrepanz zwischen aktueller wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und den Verhältnissen während des massgebenden Jahres noch nicht zu begründen. Im konkreten Fall wurde ein Rückgang des Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit von rund Fr. 35 000.– auf rund Fr. 2700.– als weitgehender Wegfall von Einkünften qualifiziert, wobei dieser altershalber erfolgte und als dauerhaft zu betrachten war.

d) Im Streitfall wies die Gesuchstellerin bei der Veranlagung 2002 ein Bruttoeinkommen von Fr. 24 380.– und ein Reineinkommen von Fr. 18 321.–, bei der Veranlagung 2003 ein Bruttoeinkommen von Fr. 10 073.– und ein Reineinkommen von Fr. 516.– und bei der Veranlagung 2004 ein Bruttoeinkommen von Fr. 30 288.– und ein Reineinkommen von Fr. 11 176.– auf. Der Rückgang des Reineinkommens im Jahr 2003 erweist sich damit als einmalige, nicht dauerhafte Reduktion, welche

weitgehend auf den Aufenthalt der Gesuchstellerin in einem Therapiezentrum zurückzuführen ist. Diese vorübergehende Reduktion wird sich bei der Anwendung der ordentlichen Bemessungsregel im Rahmen der Anspruchsvoraussetzungen für die Prämienverbilligung im Jahr 2005 auswirken. Auch kann nicht gesagt werden, die Diskrepanz zwischen dem Reineinkommen 2002 und den wirtschaftlichen Verhältnissen im Jahr 2004 sei offensichtlich und in die Augen springend. Im Jahr 2004 waren die Bruttoeinkünfte mit rund Fr. 30 000.– höher als im Jahr 2002. Der Rückgang des Reineinkommens von Fr. 18 321.– auf Fr. 11 176.– stand im Wesentlichen mit den Ausbildungskosten im Zusammenhang und kann nicht als Merkmal einer erheblichen, in die Augen springenden Änderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit qualifiziert werden.

Das Verwaltungsgericht hielt im Urteil vom 10. Mai 2005 fest, falls die Verhältnisse zu Beginn des Anspruchsjahres bzw. im Zeitpunkt des Gesuchs auf eine grundlegende Veränderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit deuten würden, könnten sie Berücksichtigung finden. Dies bedeute nicht, dass sämtlichen Änderungen während des gesamten Anspruchsjahres noch Rechnung getragen und der Grundsatz der Soforthilfe aufgegeben werden solle. Dass Änderungen während des Anspruchsjahres grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden dürften, wie die Vorinstanz festhält, erwog es aber nicht. Wie erwähnt, hat der Vollzug der Gesetzgebung über die Prämienverbilligung in einem einfachen und raschen Verfahren zu erfolgen. Nur tiefgreifende und dauerhafte Änderungen der Verhältnisse, welche ein Abstellen auf die letzte rechtskräftige Steuerveranlagung als stossend erscheinen lassen, sind gestützt auf Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG zu korrigieren. Im Übrigen bezog die Gesuchstellerin bereits Ende 2003 Leistungen der Arbeitslosenversicherung, weshalb diese bei der Würdigung der Verhältnisse zu Beginn des Jahres 2004 berücksichtigt werden durften.

e) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Rekursentscheid ist aufzuheben und der Einspracheentscheid zu bestätigen.

22

Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG (sGS 331.11). Individuelle Prämienverbilligung. Der Lehraabschluss bewirkt eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, so dass auf die aktuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abzustellen ist und von dem nach Massgabe von Art. 12 V zum KVG ermittelten Einkommen abgewichen werden kann.

Versicherungsgericht, 27. März 2006

Sachverhalt:

Der Gesuchsteller meldete sich am 31. Januar 2005 bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St.Gallen (SVA) zum Bezug einer individuellen Prämienverbilligung (IPV) für das Jahr 2005 an, nachdem er im Jahr 2004 seine Lehre als Informatiker abgeschlossen hatte und von einem anderen Kanton in den Kanton St.Gallen zugezogen war. Die SVA legte ihrer Berechnung der Prämienverbilligung nicht das Reineinkommen der definitiven Steuerveranlagung für das Jahr 2003 aus dem früheren Wohnkanton zugrunde, sondern dasjenige gemäss Selbstdeklaration 2004 im Kanton St.Gallen. Der Gesuchsteller beharrte auf der Berechnung der Prämienverbilligung gemäss Reineinkommen 2003.

Aus den Erwägungen:

1. Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz das Gesuch des Rekurrenten um eine Prämienverbilligung für das Jahr 2005 zu Recht abgelehnt hat. Einkommensmässige Basis für die Prüfung dieses Gesuchs bilden grundsätzlich die definitiven Steuerwerte des Jahres 2003, insbesondere das in diesem Jahr nach kantonalem Steuerrecht ermittelte Reineinkommen (vgl. Art. 12 Abs. 1 und 4 der V zum KVG) in der ab 1. Januar 2004 geltenden Fassung gemäss IX. Nachtrag vom 9. Dezember 2003, nGS 39–15). Da der Rekurrent erst im Januar 2004 in den Kanton St.Gallen zugezogen ist, liegen für das Jahr 2003 nur Steuerdaten vor, die nach dem Steuerrecht des früheren Wohnkantons ermittelt wurden. Das Prämienverbilligungsrecht des Kantons St.Gallen – das EG zum KVG und die V zum KVG – gibt auf die Frage, ob in dieser Situation auf die nach kantonalem Steuerrecht ermittelten Steuerdaten für das Jahr 2004 abgestellt werden darf bzw. muss, wie dies die Vorinstanz getan hat, oder ob eine Umrechnung der ausserkantonalen Steuerdaten auf st.gallische Verhältnisse vorzunehmen ist, wie dies der Rekurrent offensichtlich möchte, keine konkrete Antwort. Diese Frage kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, da der Anspruch des Rekurrenten auf Prämienverbilligung für das Jahr 2005 aus einem anderen Grund verneint werden muss.

2. a) Gemäss Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG wird von dem nach Massgabe von Art. 12 Vo-EG ermittelten Einkommen abgewichen, wenn dieses offensichtlich nicht (mehr) der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entspricht, und auf diese abge-

stellt wird. Mit dieser Ausnahmebestimmung hat der Kanton St.Gallen eine Regelung getroffen, die Art. 65 Abs. 3 des KVG entspricht. Danach haben die Kantone nämlich dafür zu sorgen, dass bei der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere auf Antrag der versicherten Person, die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse berücksichtigt werden. In der Regel sind das die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, die der rechtskräftigen Steuerveranlagung des vorletzten Jahres entsprechen. Erfolgt jedoch im Vorjahr des Jahres, für das um IPV nachgesucht wird, eine wesentliche Veränderung in den persönlichen oder einkommensmässigen Verhältnissen eines Gesuchstellers, so geben die Steuerdaten des vorletzten Jahres nicht mehr die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse wieder, weshalb im Sinn von Art. 65 Abs. 3 KVG bzw. Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG darauf nicht mehr abgestellt werden kann. Zwar sieht Art. 65 Abs. 3 KVG ein solches Abstellen auf die aktuellsten Daten insbesondere auf Antrag der versicherten Person vor und erfolgt offensichtlich auch im Kanton St.Gallen die Anwendung von Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG in der Regel ebenfalls (nur) auf Antrag der versicherten Person. Allerdings sieht Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG für das Abstellen auf die aktuellen Verhältnisse, wenn das nach Art. 12 Vo-EG ermittelte Einkommen diesen nicht mehr entspricht, keine solche Einschränkung vor. Dies bedeutet, dass auch die Verwaltung selbst, wenn sie eine solche Veränderung feststellt, die quantitativ und qualitativ den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien entspricht, von Amtes wegen aktiv werden muss und anstelle der nicht mehr den wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechenden Zahlen der Steuerveranlagung des vorletzten Jahres auf die Verhältnisse am 1. Januar des Jahres, für das eine Prämienverbilligung beantragt wird, abzustellen hat (vgl. dazu auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St.Gallen (VerwGE) vom 10. Juni 2004 i. S. P. A., vom 10. Mai 2005 i. S. J. M. und vom 21. März 2006 i. S. St. K.). In diesem Zusammenhang könnte, um Hinweise auf eine solche Veränderung zu erhalten, beispielsweise im Antragsformular für die individuelle Prämienverbilligung die Frage aufgenommen werden, ob im Vorjahr des Bezugsjahres eine grössere Veränderung in den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Gesuchstellers erfolgt sei, beispielsweise durch die Beendigung der Lehre oder des Studiums und des Antritts einer festen Arbeitsstelle.

b) Soweit die Vorinstanz bei der Ermittlung des Anspruchs auf IPV einzig auf die definitive Veranlagung bzw. die Selbstdeklaration des vorletzten Jahres abstellt und grössere Veränderungen in den Einkommensverhältnissen nicht aktiv verfolgt oder bei einmal ausbezahlten Prämienverbilligungen aufgrund von Selbstdeklarationen keine nachträglichen Überprüfungen anstellt und Leistungen zurückfordert (vgl. Art. 13 Abs. 1 EG zum KVG), kann es zu Ungleichbehandlungen unter Antragstellern auf IPV kommen. Eine solche will auch der Rekurrent darin sehen, dass Kollegen, welche ebenfalls im Jahr 2004 die Lehre abgeschlossen haben, jedoch keinen Wohnsitzwechsel vornehmen mussten, aufgrund der Verhältnisse im Jahr 2003 beurteilt würden, während für ihn andere Regeln gälten. Wenn eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das

anderen Personen, die sich in der gleichen Lage befinden, grundsätzlich (noch) keinen Anspruch darauf, ebenfalls von der Norm abweichend behandelt zu werden (BGE 126 V 390, 392; 124 IV 44, 47; 122 II 446, 451 f.). Umso weniger gilt dies, wenn sich die Verhältnisse zwischen zwei Gesuchstellern unterscheiden, auch wenn dies wie vorliegend «lediglich» der im Januar 2004 erfolgte Wohnsitzwechsel ist. Dafür, dass von der Vorinstanz in vergleichbaren Fällen ausserkantonale Steuerdaten für die Ermittlung des Anspruchs auf IPV verwendet wurden, hat der Rekurrent keine konkreten Hinweise oder Anhaltspunkte geliefert, so dass auf diesen Einwand nicht weiter einzugehen ist.

c) Wann das nach Art. 12 Vo-EG ermittelte Einkommen nicht (mehr) der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Sinn von Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG entspricht, hat der Gesetzgeber nicht konkret geregelt. Er hat aber mit der Verwendung des Begriffs «offensichtlich» zum Ausdruck gebracht, dass nicht jede Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse massgebend sein kann, damit von den Steuerdaten abgewichen werden darf bzw. muss. Die Diskrepanz muss vielmehr geradezu ins Auge springen. Nur grundlegende und tiefgreifende Änderungen der Verhältnisse rechtfertigen ein Abweichen von der definitiven Steuerveranlagung des vorletzten Jahres. Anders wäre der Vollzug der Prämienverbilligung in einem einfachen und raschen Verfahren gar nicht zu bewerkstelligen. Nur tiefgreifende und zusätzlich die eigentliche Einkommensgrundlage beschlagende bzw. dauerhafte Änderungen der Verhältnisse, welche ein Abstellen auf die letzte rechtskräftige Steuerveranlagung als stossend erscheinen lassen, sind gestützt auf Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG zu korrigieren (vgl. VerwGE vom 21. März 2006 i. S. St.K.).

d) Im vorliegenden Fall haben sich die einkommensmässigen Verhältnisse des Rekurrenten im Verlauf des Jahres 2004 insoweit geändert, als er im August die Lehre abgeschlossen und eine feste Stelle als Informatiker angetreten hat. Damit entsprechen die Einkommensverhältnisse des Jahres 2003, bei denen lediglich der Lehrlingslohn berücksichtigt wurde (steuerbares Einkommen: Fr. 9000.-), offensichtlich nicht mehr denjenigen am 1. Januar 2005 des Jahres, für das eine Prämienverbilligung beantragt wird. Bereits im Jahr 2004, für welches das Einkommen als ausgebildeter Informatiker erst ab August oder September 2004 berücksichtigt wurde, hat der Rekurrent ein steuerbares Einkommen erzielt, das keinen Anspruch auf Prämienverbilligung mehr gibt (Fr. 17 833.-), weil der daraus resultierende Selbstbehalt (Fr. 1426.25; Ansatz von 8 Prozent für Alleinstehende ohne Kinder mit einem Einkommen von mehr als Fr. 15 001.-) über dem Betrag der im Jahr 2005 für erwachsene Personen bis zum vollendeten 25. Altersjahr geltenden Referenzprämie von Fr. 1300.- entspricht. Umso mehr muss dies für das Jahr 2005 gelten, in dem während des ganzen Jahres mit dem höheren Einkommen als ausgebildeter Informatiker gerechnet werden kann. In den finanziellen Verhältnissen des Rekurrenten ist damit eine dauerhafte Veränderung im Sinn der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes eingetreten, die auch quantitativ ein entsprechendes Ausmass angenommen hat, so dass sie im Sinn von Art. 11 Abs. 3 EG zum KVG für die Prä-

mienverbilligung 2005 berücksichtigt werden muss. Ob dabei, wie dies die Vorinstanz getan hat, auf die Steuerdaten des Jahres 2004 oder auf die auf das ganze Jahr 2005 hochgerechneten Verhältnisse am 1. Januar dieses Jahres abzustellen ist, kann vorliegend ebenfalls offen bleiben, da in beiden Fällen das massgebende Einkommen bzw. der daraus resultierende Selbstbehalt über dem Anspruch auf Prämienverbilligung gebenden Betrag liegt. Die Vorinstanz hat daher das Begehren des Rekurrenten um IPV für das Jahr 2005 zu Recht abgewiesen. Entsprechend ist der dagegen erhobene Rekurs abzuweisen.

23

Art. 17 lit. c und d SHG (sGS 381.1). Es ist zulässig, im Rahmen der Ausrichtung finanzieller Sozialhilfe eine alleinstehende Mutter aufgrund besonderer Umstände erst zwei Jahre nach der Geburt des zweiten Kindes zur Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit zu verpflichten. Dies statuiert keinen generellen Rechtsanspruch auf Sozialhilfe während zwei Jahren nach einer Geburt.

Verwaltungsgericht, 14. September 2006

Die alleinerziehende X.Y. hat zwei Kinder, A. (geboren 10. November 1998) und B. (geboren 6. Juli 2004). A.'s Vater lebt im Ausland und bezahlt keinen Unterhalt. Aufgrund der Geburt von B. kündigte X.Y. ihre Stelle als Sachbearbeiterin. Am 6. Dezember 2004 ersuchte sie um Sozialhilfe. Das Sozialamt sprach ihr Leistungen ab 1. Januar 2005 zu und wies sie an, sich umgehend nach einer geeigneten Kinderbetreuung umzusehen, sich beim RAV zur Stellenvermittlung und bei der Arbeitslosenkasse zum Bezug von Taggeldern zu melden, sich ab sofort intensiv um die Aufnahme einer existenzsichernden Tätigkeit zu bemühen und jede verfügbare bzw. zugewiesene Arbeit anzunehmen. Weiter verfügte das Sozialamt, dass die Leistungen bei Nichterfüllung der Auflagen ab 1. Februar 2005 für die Dauer von mindestens sechs Monaten um 15 Prozent des Grundbetrags gekürzt würden. Auf Rekurs hin bestätigte der Gemeinderat diesen Entscheid. X.Y. erhob Rekurs und verlangte, sie sei frühestens ab August 2006 und im Umfang von maximal 50 Prozent zu einer Erwerbstätigkeit zu verpflichten. Das Departement des Innern hiess den Rekurs gut und hielt fest, in Anbetracht des Alters der Kinder und der persönlichen Situation von X.Y. sei es sinnvoll und angemessen, dass diese das Kleinkind bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres selber betreue. Daher sei X.Y. bis Ende Juli 2006 grundsätzlich nicht verpflichtet, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Gegen den Rekursentscheid erhob die Politische Gemeinde Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht abgewiesen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. Im Sozialhilferecht wird nicht nur die verbindliche Regelung von Leistungen als anfechtbare Verfügung behandelt; auch die Anordnung von Auflagen und Bedingungen im Zusammenhang mit der Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen gilt als anfechtbare Verfügung (vgl. VerwGE B 2004/137 vom 9. November 2004, E. 2c). Das Sozialamt hat in der angefochtenen Verfügung die Kürzung der Leistungen ab 1. Februar 2005 für den Fall der Nichtbefolgung der in derselben Verfügung enthaltenen Auflagen angeordnet und die Kürzung nach dem besagten Datum umgehend vollzogen. Ob im vorliegenden Fall für die Kürzung eine weitere förmliche Verfügung erforderlich gewesen wäre, kann offen bleiben. Der umgehende Vollzug der Kürzung war jedenfalls unzulässig, da der am 24. Januar 2005 dagegen erhobene Rekurs aufschiebende Wirkung hatte.

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

Im Sozialhilfegesetz sind nicht nur Ansprüche statuiert, sondern auch Pflichten verankert. 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).

a) Die Vorinstanz entschied, die Beschwerdegegnerin sei bis Ende Juli 2006 nicht verpflichtet, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Die von der Beschwerdeführerin angeordnete Auflage sei unverhältnismässig. Die Beschwerdegegnerin sei seit 1. November 2005 mit einem 40-Prozent-Pensum für ihren früheren Arbeitgeber tätig. Es sei daher auch unverhältnismässig und unzweckmässig, eine Erhöhung des Pensums auf 60 Prozent für einen fixen Zeitpunkt anzuordnen. Zweckmässig sei es, die Beschwerdegegnerin anzuhalten, ihr Pensum bei ihrem derzeitigen Arbeitgeber wenn möglich zu erhöhen und parallel dazu für eine dauerhafte Lösung für die Kinderbetreuung besorgt zu sein.

Das Verwaltungsgericht übt eine Rechtskontrolle aus; die Überprüfung des Ermessens der Verwaltung steht ihm dagegen nicht zu (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Eingriffe in den Anspruch auf finanzielle Sozialhilfe sind dahingehend zu prüfen, ob sie verhältnismässig sind. Die Verhältnismässigkeit eines Eingriffs in einen gesetzlichen Anspruch wird als Rechtsfrage vom Verwaltungsgericht mit voller Kognition überprüft. Die Beschwerdeführerin macht nun aber nicht geltend, das Departement habe in unverhältnismässiger Weise die Ansprüche der Beschwerdegegnerin eingeschränkt. Sie bemängelt jedoch sinngemäss, die von ihr verfügte Leistungskürzung sei rechtmässig gewesen und von der Vorinstanz zu Unrecht als unverhältnismässig aufgehoben worden.

b) Die Vorinstanz hat die persönliche Situation der Beschwerdegegnerin einer eingehenden und sorgfältigen Prüfung unterzogen. Sie zog in Betracht, dass die Beschwerdegegnerin zwei Kinder hat, die im Zeitpunkt, ab welchem diese zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet wurde, rund sechs Jahre bzw. knapp sieben Monate alt waren und diese sehr unterschiedlichen Alters- bzw. Betreuungsstadien zusätzlichen Betreuungsaufwand erfordern. Weiter berücksichtigte sie, dass die Väter der Kinder keine Betreuungsaufgaben wahrnehmen und deshalb die Kinder nur zu einem ihrer Elternteile eine gefestigte Beziehung aufbauen können. Ausserdem hielt sie fest, dass namentlich Kleinkinder in den ersten Lebensmonaten empfindlich auf Wechsel von Pflegepersonen reagieren würden. Auch zog sie in Betracht, dass die Beschwerdegegnerin bereits ab 1. November 2005 bei ihrer ehemaligen Arbeitgeberin mit einem Pensum von 40 Prozent tätig war. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz den Zeitpunkt der Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit ab 1. August 2006 unrichtig beurteilt hat. Es wäre trotz der verschiedenen Fremdbetreuungsangebote verfehlt, die Beschwerdegegnerin mit einer zwingenden Verpflichtung zu einem Pensum von mindestens 60 Prozent zu veranlassen, ihre angestammte Stelle zu kündigen oder den Wohnort zu wechseln. Vielmehr erscheint es aufgrund der konkreten Umstände zweckmässig, die Beschwerdegegnerin anzuhalten, bei ihrem derzeitigen Arbeitgeber auf eine Erhöhung des Pensums ab August 2006 hinzuwirken, wobei sie vom Sozialamt bei der Lösung der Kinderbetreuung zu unterstützen sei. Von einer unverhältnismässigen Auflage kann unter den gegebenen Umständen nicht gesprochen werden.

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Sozialamt verlange gemäss gefestigter Praxis von einer alleinerziehenden Mutter nach Ablauf der gesetzlichen Bezugsdauer von Mutterschaftsbeiträgen von sechs Monaten im Regelfall bzw. von höchstens zwölf Monaten im Härtefall dann keine teilweise Erwerbsaufnahme, wenn eine solche der Mutter aus psychischen oder physischen Gründen nicht zugemutet werden könne oder aus besonderen Gründen ausnahmsweise nur eine persönliche Betreuung der Kinder durch die Mutter und damit keine familienergänzende Betreuung in Frage komme. An diese Praxis des Sozialamts war die Vorinstanz nicht gebunden. Die Praxis wurde zudem erst im Hinblick auf den vorliegenden Streitfall schriftlich festgehalten; eine allgemeine Dienstanweisung, die beim Erlass der angefochtenen Verfügung Bestand hatte, liegt jedenfalls nicht vor.

Das Departement hat entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keinen allgemeinen Rechtsanspruch statuiert, dass alleinstehende Mütter generell erst nach Vollendung des zweiten Lebensjahres des Kindes eine Erwerbstätigkeit aufnehmen müssen. Der angefochtene Entscheid beruht wie erwähnt auf einer Würdigung der konkreten Umstände des vorliegenden Falles, ohne dass damit generelle Ansprüche anerkannt oder allgemeine Regeln erlassen werden.

Im Weiteren sieht zwar Art. 7 GMB eine Beitragsdauer von sechs Monaten, in Härtefällen von einem Jahr vor. Daraus könnte allenfalls ein allgemeiner Richtwert

für die Dauer der persönlichen Betreuung abgeleitet werden. Die Beitragsdauer des GMB schliesst aber nicht aus, im Rahmen der Ausrichtung von Sozialhilfe anhand der konkreten Umstände die Wiederaufnahme der Arbeit erst nach zwei Jahren seit der Geburt des zweiten Kindes anzuordnen. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Erwägungen in der Beschwerdevernehmlassung der Vorinstanz verwiesen werden. Dieser kann nicht vorgehalten werden, sie habe eine dem Gesetzgeber vorbehaltene generelle Ausdehnung der im GMB statuierten Ansprüche vorgenommen. Sie hat auch keinen auf die SKOS-Richtlinien abgestützten Rechtsanspruch begründet, sondern lediglich unter Hinweis auf einen früheren Entscheid ausgeführt, welche Kriterien bei der Abwägung zwischen Erwerbs- und Betreuungstätigkeit zu berücksichtigen sind.

Wie lange einer Mutter nach der Geburt eine Erwerbstätigkeit im Interesse des Kindes nicht zugemutet werden kann, hängt in erheblichem Mass von den konkreten Umständen ab und kann nicht generell festgelegt werden. Das Bundesgericht hielt fest, je jünger ein Kind sei, desto besser müsse gesichert sein, dass eine geeignete und voraussichtlich nicht wechselnde Person ganztags zur persönlichen Betreuung zur Verfügung stehe. Die vom Bundesgericht angeführte Literatur geht von einer Zeitspanne von 18 bzw. 24 bis 30 Monaten, längstens drei Jahren aus, während der die ganztätige Betreuung eines Kleinkindes durch die Mutter oder eine ebenbürtige, nicht wechselnde Person zu besorgen ist (BGE 121 III 443). In einem anderen Urteil hielt das Bundesgericht fest, die Halbtagsarbeit einer Adoptivmutter schade einem weniger als zweijährigen Kind nicht (BGE 125 III 161). Aus diesen Urteilen lässt sich jedenfalls nichts zugunsten des Standpunkts der Beschwerdeführerin ableiten, wonach eine persönliche Betreuung während zwei Jahren im Lichte der persönlichen Situation unverhältnismässig ist. Auch das Bundesgericht hat die Bedeutung der konkreten Umstände des Einzelfalles hervorgehoben, und es hat auch keine generelle Frist festgelegt, nach welcher die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ungeachtet der konkreten Umstände des Einzelfalles zumutbar ist.

Fehl geht im Weiteren das unter Berufung auf Studien und Literatur vorgebrachte Argument der Beschwerdeführerin, die familienergänzende Tagesbetreuung weise im Hinblick auf das Kindeswohl Vorzüge gegenüber der elterlichen Betreuung auf. Darüber bestehen keine allgemeingültigen Erkenntnisse. Es liegt auch nicht am Sozialamt, bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit die ausserhäusliche Kinderbetreuung generell als vorteilhafter für das Kind einzustufen als die persönliche Betreuung durch die Mutter. Dazu bietet das Gesetz keine Handhabe.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund des damals ausgetrockneten Arbeitsmarktes (gemeint ist wohl entgegen dem allgemeinen Begriffsverständnis eine geringe Zahl von offenen Stellen) mit einer länger dauernden Arbeitslosigkeit hätte rechnen müssen, während der sie die Betreuung ihres jüngeren Kindes weiterhin persönlich hätte gewährleisten können. Der Bezug von Arbeitslosengeld setzt voraus, dass die Bezüger vermittlungsfähig

sind. Es geht daher nicht an, eine wegen Betreuungsaufgaben nicht vermittelbare Sozialhilfebezügerin nur deshalb zur Anmeldung beim RAV zu veranlassen, weil nicht damit gerechnet wird, dass sie eine Stelle findet. Dies wäre geradezu missbräuchlich.

An der Sache vorbei gehen sodann die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu den Anteilen erwerbstätiger bzw. alleinerziehender Mütter in der Schweiz. Aus solchen statistischen Unterlagen lassen sich keine zuverlässigen Erkenntnisse für die Beurteilung des konkreten Einzelfalls entnehmen. Dies gilt auch für die Tatsache, dass die Vorinstanz die familienergänzende Betreuung von Kleinkindern bereits ab einem Alter von drei bzw. sechs Monaten bewilligt. Die Beschwerdeführerin legt im Übrigen nicht dar, inwiefern die Vorinstanz in ähnlich gelagerten Fällen abweichende Entscheide getroffen hat. Deshalb geht auch der Hinweis auf den Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 8 BV fehl.

d) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die von der Vorinstanz geänderten Auflagen verhältnismässig sind und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist.

24

Art. 24 Abs. 1 SHG (sGS 381.1); Art. 11 ff. und Art. 33 f. ZUG (SR 851.1). Die Zuständigkeit der Gemeinden für die Unterstützung Bedürftiger richtet sich nach den sachgemäss anwendbaren Bestimmungen des Bundesrechts; Art. 3 VRP ist bei solchen Kompetenzkonflikten nicht anwendbar. Beim Fehlen eines Unterstützungswohnsitzes begründet der tatsächliche Aufenthalt die Zuständigkeit der Gemeinde für die Leistung von Sozialhilfe.

Verwaltungsgericht, 8. Juni 2006

Der italienische Staatsangehörige A. ist seit Jahren drogenabhängig. Am 11. März 2005 heiratete er in St.Gallen die ebenfalls drogenabhängige B. Diese hatte am 2. Februar 2005 ihre Wohnung in St.Gallen per 31. März 2005 gekündigt. Am 13. April 2005 meldete sich A. rückwirkend per 7. April 2005 an der Adresse der Eltern seiner Ehefrau in St.Gallen an. Am 18. April 2005 trat er in der Psychiatrischen Klinik Wil einen stationären Drogenentzug an. Am 20. Juni 2005 ersuchte er das Sozialamt St.Gallen um Unterstützung bzw. um Kostengutsprache für die Nebenkosten während des Drogenentzugs in der Klinik Wil sowie für eine Langzeittherapie in der Sozialtherapeutischen Gemeinschaft X. Das Sozialamt St.Gallen teilte A. mit, er habe sich zwar rückwirkend per 7. April 2005 in St.Gallen angemeldet, damit aber keinen Unterstützungswohnsitz begründet. Sein letzter Aufent-

haltsort vor dem Klinikeintritt sei Rorschach gewesen, weshalb das Gesuch um finanzielle Unterstützung dort einzureichen sei. Nach einem Briefwechsel zwischen den Sozialämtern St.Gallen und Rorschach trat das Sozialamt St.Gallen auf das Gesuch von A. um Unterstützung mangels Zuständigkeit nicht ein. A. stellte hierauf auch in Rorschach ein Unterstützungsgesuch, auf welches ebenfalls mangels Zuständigkeit nicht eingetreten wurde. Gegen beide Nichteintretensverfügungen erhob A. Rekurs. Die Stadträte St.Gallen und Rorschach wiesen die Rekurse ab. Gegen diese Entscheide gelangte A. an das Departement des Innern. Dieses wies den Rekurs gegen den Entscheid der Gemeinde Rorschach ab und hiess denjenigen gegen den Entscheid der Gemeinde St.Gallen gut und stellte fest, A. habe im Zeitpunkt seines Eintritts in die Klinik Wil seinen Unterstützungswohnsitz in St.Gallen gehabt. Dagegen erhob der Stadtrat St.Gallen Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde im Ergebnis abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

a) Das Verwaltungsgericht entschied in Urteilen vom 5. März und 24. September 1998 sowie vom 24. März 2003 (vgl. GVP 2003 Nr. 12), dass die Entscheidung des Departements des Innern über eine Streitigkeit zwischen zwei Gemeinden über einen Unterstützungswohnsitz ein Rechtsmittelentscheid und keine (erstinstanzliche) Verfügung ist. Ausschlaggebend für die ersten beiden Urteile war Art. 32 Abs. 1 des früheren Fürsorgegesetzes (nGS 28–48). Das SHG enthält keine detaillierten Verfahrensvorschriften mehr. Nach Art. 24 Abs. 1 SHG richtet sich Kostentragung und Kostenersatzpflicht sachgemäss nach dem ZUG. Danach werden Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz vom Wohnsitzkanton unterstützt, soweit es dessen Gesetzgebung, das Bundesrecht oder völkerrechtliche Verträge vorsehen (Art. 20 Abs. 1 ZUG). Wenn ein Kanton den Anspruch auf Kostenersatz oder Richtigstellung oder die Abrechnungen nicht anerkennt, so muss er gemäss Art. 33 Abs. 1 ZUG binnen 30 Tagen beim fordernden Kanton unter Angabe der Gründe Einsprache erheben. Anerkennt der fordernde Kanton die Einsprache nicht und wird diese nicht zurückgezogen, so muss er sie unter Angabe der Gründe und ausdrücklicher Anrufung von Art. 34 Abs. 1 ZUG abweisen (Art. 34 Abs. 1 ZUG). Dieser Beschluss wird rechtskräftig, wenn der einsprechende Kanton nicht binnen 30 Tagen beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement Beschwerde erhebt (Art. 34 Abs. 2 ZUG).

b) Wie das Verwaltungsgericht mehrfach entschieden hat, sind diese Verfahrensbestimmungen in Anwendung von Art. 3 Abs. 2 SHG sachgemäss auf das Verfahren zwischen Gemeinden anzuwenden. Dies bedeutet, dass die fordernde Gemeinde ihren Anspruch bei der ins Recht gefassten Gemeinde zunächst formlos geltend zu machen und erst, wenn diese den Anspruch nicht anerkennt und demzufolge Einsprache erhebt, einen formellen abweisenden Beschluss zu erlassen hat. Diesen Beschluss kann die ins Recht gefasste Gemeinde mit Beschwerde an die übergeordnete Behörde weiterziehen (vgl. GVP 2003 Nr. 12). Aufgrund dieser

spezialgesetzlichen Regelung, und weil die Zuständigkeit für Sozialhilfe jeweils im Einzelfall geklärt werden muss, kommt als übergeordnete Behörde sodann nicht die oberste Verwaltungsbehörde einer Gemeinde, sondern einzig das Departement des Innern in Frage, in dessen Geschäftsbereich die Aufsicht über die Gemeinden und die Sozialhilfe fällt, soweit nicht andere Departemente zuständig sind (vgl. Art. 22 lit. c und h des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei, sGS 141.3). Kompetenzkonflikte sind somit nicht nach der Vorgabe von Art. 3 Abs. 1 VRP zu entscheiden.

Im vorliegenden Fall ist das Sozialamt St.Gallen auf das Unterstützungsgesuch von A. mangels Zuständigkeit nicht eingetreten. Diese Verfügung ist sowohl dem Gesuchsteller als auch dem Sozialamt Rorschach eröffnet worden. Das Sozialamt Rorschach hat diese Verfügung indessen nicht angefochten, sondern seinerseits entschieden, auf das Unterstützungsgesuch von A. werde mangels Zuständigkeit nicht eingetreten. Es hat diese Verfügung dem Gesuchsteller und dem Sozialamt St.Gallen eröffnet, das die Angelegenheit auf sich beruhen liess. Mit diesem Vorgehen haben die beiden Sozialämter A. entgegen der verfahrensrechtlichen Regelung des ZUG gezwungen, den Zuständigkeitskonflikt zu klären. A. hat sowohl in St.Gallen als auch in Rorschach erfolglos je ein gemeindeinternes Rechtsmittelverfahren durchlaufen. Nachdem seine Rekurse abgewiesen worden waren, musste er beide Rekursentscheide beim Departement des Innern anfechten. Dieses hat über den Zuständigkeitskonflikt schliesslich zugunsten der Politischen Gemeinde Rorschach entschieden und festgestellt, der Beschwerdebeteiligte habe im Zeitpunkt seines Eintritts in die Klinik Wil Unterstützungswohnsitz in St.Gallen gehabt.

c) Aufgrund der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des SHG und insbesondere des ZUG hat die fordernde Gemeinde die Kompetenz, ihren Anspruch auf Einsprache der ins Recht gefassten Gemeinde hin mittels Verfügung durchzusetzen. Damit macht das Gesetz eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach ein Gemeinwesen keine hoheitliche Anordnung gegenüber einem auf der gleichen Ebene stehenden Gemeinwesen erlassen kann (vgl. GVP 2003 Nr. 12 mit Hinweis auf Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 937). Deshalb ist die ins Recht gefasste Gemeinde berechtigt, beim Departement des Innern Rekurs im Sinn von Art. 43bis VRP zu erheben, um die Zuständigkeitsfrage klären zu lassen. Die Zuständigkeitsordnung erweist sich im Wesentlichen gleich wie vor dem Inkrafttreten des SHG; der Gesetzgeber wollte denn auch in diesem Bereich keine Änderung vornehmen, sondern die Grundsätze des ZUG sachgemäss anwenden (vgl. GVP 2003 Nr. 12 mit Hinweis auf ABl 1997, S. 1796 f.). Auch wenn im vorliegenden Fall unverständlicherweise nicht die fordernde Gemeinde das Rekursverfahren vor dem Departement des Innern anhängig gemacht hat, ist die Politische Gemeinde St.Gallen somit zur Beschwerde berechtigt.

...

3. Gegenstand des angefochtenen Entscheids ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin oder die Gemeinde Rorschach die nicht anderweitig gedeckten Kosten

für die Unterbringung von A. in der Klinik Wil zu tragen hat und ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht angewiesen hat, über das Gesuch um Übernahme der Kosten für die Langzeittherapie materiell zu entscheiden. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin für B. und deren Kind zuständig ist und dass sie sowohl die Nebenkosten für den Aufenthalt in der Klinik Wil als auch die Kosten für die Therapie übernimmt.

a) Unbestritten geblieben sind die Ausführungen der Vorinstanz zu den Rechtsgrundlagen des angefochtenen Entscheids. Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz werden vom Wohnkanton unterstützt, soweit es dessen Gesetzgebung, das Bundesrecht oder völkerrechtliche Verträge vorsehen (Art. 20 Abs. 1 ZUG). Ist ein Ausländer ausserhalb seines Wohnkantons auf sofortige Hilfe angewiesen, so gilt Art. 13 ZUG sinngemäss. Danach hat der Aufenthaltskanton sofortige Hilfe zu leisten, wenn ein Schweizer Bürger ausserhalb des Wohnkantons darauf angewiesen ist.

Auch bei Ausländern bestimmt sich der Wohnkanton nach Art. 4 bis Art. 10 ZUG (vgl. W. Thomet, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger, 2. Aufl., Zürich 1994, N. 225). Nach Art. 4 Abs. 1 ZUG hat der Bedürftige seinen Unterstützungswohnsitz in dem Kanton, in dem er sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Die Wendung «mit der Absicht dauernden Verbleibens» stimmt mit dem Wohnsitzbegriff von Art. 23 Abs. 1 ZGB überein und bedeutet, dass sich der Wohnsitz dort befindet, wo jemand sich tatsächlich niedergelassen und sich in der erkennbaren Absicht eingerichtet hat, hier seinen Lebensmittelpunkt zu haben. Aus diesem Grund kann bei der Beurteilung der Frage, ob ein Unterstützungswohnsitz begründet worden sei, grundsätzlich auf die Lehre und Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff abgestellt werden (vgl. Thomet, a. a. O., N. 95 mit Hinweisen). Der Unterstützungswohnsitz beginnt mit der tatsächlichen Niederlassung, wobei weder an die Absicht noch an die Dauer des Verbleibens zu strenge Anforderungen gestellt werden; massgebend ist vielmehr, dass sich der Lebensmittelpunkt wirklich am neuen Ort befindet, und zwar auch dann, wenn der Aufenthalt nur von kurzer Dauer ist (vgl. Thomet, a. a. O., N. 100 mit Hinweisen). Unterhält eine bedürftige Person zu mehreren Orten gleichzeitig persönliche Beziehungen, so ist der Ort der intensivsten Beziehungen zu ermitteln und massgebend, d. h. der Mittel- oder Schwerpunkt der Lebensbeziehungen (vgl. Thomet, a. a. O., N. 98 mit Hinweis). Ein Indiz für die Wohnsitzbegründung von unsteten Personen ist der länger andauernde Aufenthalt. In der Praxis wird oft eine Dauer von sechs und mehr Monaten verlangt. Eine kürzere Dauer genügt jedoch, wenn andere Elemente auf Stabilität hinweisen (vgl. Thomet, a. a. O., N. 108 mit Hinweis auf BGE 92 I 221).

Bei Ausländern gilt die Ausstellung einer Anwesenheitsbewilligung nach Art. 4 Abs. 2 ZUG als Wohnsitzbegründung, wenn nicht nachgewiesen ist, dass der Aufenthalt schon früher oder erst später begonnen hat oder nur vorübergehender Natur ist. Diese Vorschrift besagt, dass bei der Ausstellung einer Anwesenheitsbe-

willigung für Ausländer die Wohnsitzbegründung unter bestimmten Voraussetzungen vermutet wird. Diese Vermutung kehrt die Beweislast um. Der Wohnkanton muss beweisen, dass der Aufenthalt des zu Unterstützenden erst nach der Anmeldung beziehungsweise der Ausstellung der ausländerrechtlichen Bewilligung begonnen hat oder dass er gar nicht zur Wohnsitzbegründung führen konnte, sei es, dass der Zugezogene sich nur zu einem seiner Natur nach vorübergehenden Zweck im Kanton aufhält, sei es, dass sich eine Person trotz Anmeldung in einem anderen Kanton aufhält beziehungsweise dort niedergelassen hat (vgl. Thomet, a. a. O., N. 106). Weil indessen in jedem Fall geprüft werden muss, ob die beiden Wohnsitzvoraussetzungen, der tatsächliche Aufenthalt und die Absicht dauernden Verbleibens, gegeben sind, kann der Besitz einer ausländerrechtlichen Anwesenheitsbewilligung nur als Indiz für einen bestehenden Wohnsitz betrachtet werden. Bei Ausländern, die im Besitz einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung sind, kann am ehesten von der Absicht des dauernden Verbleibens und damit von der Wohnsitzbegründung ausgegangen werden (vgl. Thomet, a. a. O., N. 107).

b) Nach Art. 9 Abs. 1 ZUG verliert der Bedürftige seinen bisherigen Unterstützungswohnsitz, wenn er aus dem Wohnkanton wegzieht. «Wegziehen» bedeutet, dass er dort nicht mehr wohnhaft oder niedergelassen sein will und den Ort nach Aufgabe der Unterkunft mit dem Gepäck oder mit dem gesamten Hausrat verlässt (vgl. Thomet, a. a. O., N. 146). Solange die betreffende Person weder in einem anderen Kanton noch im bisherigen Wohnkanton einen neuen Wohnsitz begründet, besitzt sie in der Regel keinen Unterstützungswohnsitz mehr (vgl. BGE vom 2. Mai 2000, 2A.420/1999 mit Hinweis auf Thomet, a. a. O., N. 144 und 148). Das Vorhandensein eines Unterstützungswohnsitzes ist somit nicht zwingend. Im Gegensatz zum Zivilrecht kennt das ZUG keinen fiktiven Wohnsitz. Es steht mündigen und entmündigten Personen frei, zeitweise oder dauernd nirgends zu wohnen, keinen festen Wohnsitz und damit auch keinen Unterstützungswohnsitz zu haben (vgl. Thomet, a. a. O., N. 89 und BGE vom 2. Mai 2000, 2A.420/1999). Dass eine Person auf die Dauer keinen Unterstützungswohnsitz hat, ist nach der Konzeption des ZUG zwar grundsätzlich möglich, darf aber nicht leichthin angenommen werden. Dies würde nicht nur Sinn und Zweck der Sozialhilfegesetzgebung, sondern auch den richtig verstandenen Interessen des Bedürftigen und den Interessen der betroffenen Gemeinwesen widersprechen (BGE vom 2. Mai 2000, 2A.420/1999). Ist der Zeitpunkt des Wegzugs zweifelhaft, so gilt nach Art. 9 Abs. 2 ZUG derjenige der polizeilichen Abmeldung. Sodann beenden der Eintritt in ein Heim, ein Spital oder eine andere Anstalt sowie die behördliche oder vormundschaftliche Versorgung einer mündigen oder entmündigten Person in Familienpflege einen bestehenden Unterstützungswohnsitz nicht (Art. 9 Abs. 3 ZUG).

c) Hat ein bedürftiger Schweizer Bürger keinen Unterstützungswohnsitz, so wird er vom Aufenthaltskanton unterstützt (Art. 12 Abs. 2 ZUG). Diese Regelung, in Vollzug seit dem 1. Juli 1992 (AS 1991 1328, 1332, BBl 1990 I 49), hat sich als notwendig erwiesen, weil die Zahl der Bedürftigen, die umherziehen und keinen festen

Wohnsitz haben, zugenommen hat. Die neue Bestimmung wurde vor allem mit Rücksicht auf die Sucht- und Aidskranken geschaffen, die in vielen Fällen keinen Unterstützungswohnsitz haben und denen mit einer notdürftigen Unterstützung im Allgemeinen nicht geholfen ist. Gerade sie benötigen eine besonders intensive Betreuung und oft auch kostspielige Unterstützung (vgl. Thomet, a. a. O., N. 178). Nach Art. 11 Abs. 1 ZUG gilt die tatsächliche Anwesenheit in einem Kanton als Aufenthalt; dieser gilt als Aufenthaltskanton. Als unterstützungsrechtlicher Aufenthalt gilt u. a. die Anwesenheit ohne Niederlassungsabsicht, sei es die blossе Durchreise oder die vorübergehende Anwesenheit zu einem bestimmten Zweck (vgl. Thomet, a. a. O., N. 167 mit Hinweis auf N. 168 und 170).

d) Unbestritten geblieben ist, dass sich A. vor seinem Eintritt in die Klinik Wil rückwirkend auf den 7. April 2005 in St. Gallen angemeldet hat. Er verfügt über eine Niederlassungsbewilligung C, die am 15. April 2005 ausgestellt worden ist und wonach er «c/o B., ..., St. Gallen» wohnt. A. hatte somit die erklärte Absicht, seinen Wohnsitz nach St. Gallen zu verlegen. Derartige Erklärungen sind als Indizien für die subjektive Absicht zu würdigen, einen neuen Wohnsitz zu begründen bzw. «dauernd» am neuen Ort zu bleiben (vgl. BGE vom 2. Mai 2000, 2A.420/1999 mit Hinweis auf Thomet, a. a. O., N. 101). Die Beschwerdeführerin bestreitet denn auch nicht, dass sie den Nachweis zu erbringen hat, dass A. in St. Gallen dennoch keinen Unterstützungswohnsitz begründet hat. Andernfalls trägt sie, wie dargelegt, die Folgen der Beweislosigkeit.

aa) Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Ergebnis, A. habe seinen Unterstützungswohnsitz, wenn nicht im Herbst 2004, so spätestens im Februar 2005 in St. Gallen begründet. Sodann habe er diesen Wohnsitz nicht dadurch aufgegeben, dass er zum Zeitpunkt seiner rückwirkenden Anmeldung in St. Gallen, am 13. April 2005, bei seiner Mutter in Rorschach gewohnt bzw. jeweils dort übernachtet habe und dass er am 18. April 2005 in die Klinik Wil eingetreten sei. Sie begründet dies wie folgt: A. habe sich in der Zeit vom 14. September 2004 bis 30. September 2004, damals offenbar ohne eigene Wohnung, in der Klinik Wil einem Drogenentzug unterzogen. Bei dieser Gelegenheit habe er seine spätere Ehefrau B. kennengelernt. In der Folge sei er in deren Wohnung an der L-strasse in St. Gallen gezogen. Wann genau, könne aufgrund der Akten nicht festgestellt werden. Im Unterstützungsgesuch nenne A. den Monat September 2004. In einem Schreiben vom 11. Juli 2005 führe er aus, mangels eigener Wohnung sei er (nach dem Klinikaufenthalt) zu B. gezogen und habe bei ihr gewohnt, bis er nach Italien gegangen sei. Anlässlich einer Anhörung beim Sozialamt Rorschach habe er sodann ausgeführt, er habe seine persönlichen Sachen am 4. Oktober 2004 aus der Wohnung seiner Mutter in Rorschach in die Wohnung von B. gebracht und sei dort eingezogen. Seine Mutter wiederum habe diesbezüglich ausgesagt, ihr Sohn habe im August, spätestens Anfang September, seine Sachen geräumt und sei zu B. gezogen. Der angefochtene Entscheid beruht weiter auf der unbestritten gebliebenen Annahme, A. habe sich in der Zeit von Ende November 2004 bis 11. Februar

2005 in Italien aufgehalten. Nach seiner Rückkehr sei er offensichtlich wieder zu seiner Freundin gezogen, entweder unverzüglich, wie er und seine Mutter geltend machten, oder doch nach einer gewissen Zeit, wie selbst die Beschwerdeführerin einräume. Am 11. März 2005 habe A. B. sodann in St. Gallen geheiratet. In der Folge, am 28. März 2005, hätten sich A. und seine Ehefrau bei der therapeutischen Leiterin der Entzugsstation der Klinik Wil telefonisch zum Entzug angemeldet. Am 6. April 2005 sei vereinbart worden, dass B. am 11. April 2005 und A. am 18. April 2005 in die Klinik Wil eintreten. Offen sei, ob die Wohnung von B. in St. Gallen gekündigt worden sei, weil das Paar vorübergehend (Aussage von A.) oder endgültig (Aussage von B.) nach Italien habe ausreisen wollen. Dies sei indessen nicht von entscheidender Bedeutung, weil B. schwanger geworden sei und sich das Paar deshalb entschlossen habe, nicht nach Italien zu reisen und hier eine Therapie zu machen. Unbestritten sei, dass A. zumindest nach dem 31. März 2005 aus Platzgründen, und weil die Schwiegermutter erkrankt sei, nicht bei seinen Schwiegereltern in St. Gallen gewohnt habe. Aus Angst vor einem vollständigen Absturz habe er nicht in der Unterkunft für Obdachlose, sondern bei seiner Mutter in Rorschach übernachtet. B. habe indessen bis zum 11. April 2005 bei ihren Eltern in St. Gallen gewohnt, und A. habe sich tagsüber bei ihr aufgehalten. Sodann habe sich A. unter der Adresse seiner Schwiegereltern angemeldet. All diese Umstände würden die Folgerung zulassen, A. habe sich und seine Ehefrau als Familie betrachtet und aus seiner Sicht sei sein Lebensmittelpunkt in St. Gallen gewesen.

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig bzw. unvollständig festgestellt. Sie stelle im angefochtenen Entscheid wesentlich auf die Ausführungen von A. in den drei Rekursverfahren ab und nehme praktisch keinen Bezug auf den Lebenslauf vom 17. Juni 2005, den er mit dem Gesuch um Sozialhilfe am 20. Juni 2005 beim Sozialamt St. Gallen eingereicht habe. Dieser Lebenslauf sei besonders aussagekräftig und glaubwürdig, weil er zeitlich am nächsten zu den Ereignissen zwischen September 2004 und April 2005 liege und weil er nicht vor dem Hintergrund der Auseinandersetzung zwischen ihr und der Gemeinde Rorschach verfasst worden sei. In seiner Vernehmlassung bestätige A. sodann seine Darstellung im Lebenslauf vom 17. Juni 2005. Auch habe die Vorinstanz den Sachverhalt willkürlich beurteilt. A. habe im massgeblichen Zeitraum von September 2004 bis April 2005 äusserst unruhig gelebt und er habe mit der polizeilichen Anmeldung am 13. April 2005 keinen Unterstützungswohnsitz in St. Gallen begründet. Er sei in der Zeit vom 16. Oktober 2002 bis 7. April 2005 in Rorschach angemeldet gewesen und es sei auffällig, dass er in schwierigen Zeiten immer wieder dorthin bzw. zu seiner Mutter zurückgekehrt sei.

c) Unbestritten ist, dass A. im Oktober 2004 zu der an der L-strasse in St. Gallen wohnhaften B. gezogen ist, die er kurz zuvor, während seines vom 14. bis 30. September 2004 dauernden Aufenthalts in der Klinik Wil, kennengelernt hatte. Die Tatsache, dass A. die Wohnung seiner Mutter in Rorschach verlassen hat, um mit seiner neuen Bekannten in St. Gallen zu wohnen, spricht dafür, dass er von

Rorschach weggezogen ist und seinen Unterstützungswohnsitz aufgegeben hat. Hinzu kommt, dass er am 11. August 2005 gegenüber dem Sozialamt Rorschach ausgesagt hat, er habe bereits zu diesem Zeitpunkt keine Absicht mehr gehabt, in Rorschach zu verbleiben. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass A., der gemäss eigenen Angaben vom 10. März 2006 vor seinem Eintritt in die Klinik Wil ein typisches Leben unter Einfluss von Drogen geführt hatte, in Rorschach vorerst angemeldet blieb.

dd) Eine andere Frage ist, ob A. in der Folge in St.Gallen einen Unterstützungswohnsitz begründet hat, wie die Vorinstanz annimmt. Fest steht, dass er bereits Ende November 2004 nach Italien reiste, wo er sich bis 11. Februar 2005 aufhielt. Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin gehen übereinstimmend davon aus, er habe Abstand gewinnen und seine persönliche Situation überdenken wollen. Aus der Rekurschrift geht denn auch hervor, dass es Schwierigkeiten in der Beziehung gegeben hatte und dass das Paar in der Nacht vor der Abreise im Streit auseinander gegangen war. Dem Lebenslauf vom 17. Juni 2005 und einem Schreiben von A. vom 11. Juli 2005 an die Beschwerdeführerin kann des Weiteren entnommen werden, dass A. die Beziehung zu B. Ende November 2004 beendet hatte. Fest steht, dass A. und B. den Kontakt telefonisch aufrechterhalten haben und dass B. A. ab Silvester 2004 für drei Wochen in Italien besucht hat, wo es zur Versöhnung kam. Dort stimmte gemäss Angaben im Lebenslauf von A. vom 17. Juni 2005 «einfach alles». Das Paar plante, für immer nach Italien auszuwandern. B. kehrte Ende Januar 2005 in die Schweiz zurück; A. folgte am 11. Februar 2005 nach. Das Paar organisierte die Hochzeit, die am 11. März 2005 in St.Gallen stattfand, «um am 2. April die Schweiz verlassen zu können». A. führt dazu aus: «Den Job hätte ich wieder aufnehmen können und auch finanziell wären wir vorerst versorgt gewesen. Auch Methadon hätte ich in Italien bekommen, was ich dort abbauen wollte.» Er hat in seiner Stellungnahme bestätigt, dass die Absicht bestand, in Italien ein neues Leben aufzubauen. Für dieses Vorhaben spricht auch, dass die Wohnung von B. in St.Gallen per Ende März aufgelöst worden ist, wie A. ebenfalls ausführt. Zur Frage, wo das Paar wohnte, nachdem es in die Schweiz zurückgekehrt war, liegen unterschiedliche Angaben vor. Gemäss Lebenslauf vom 17. Juni 2005 lebten A. und B. vorerst bei der Mutter von A. in Rorschach, bevor sie erneut nach St.Gallen in die Wohnung an der L-strasse zogen, die zu diesem Zeitpunkt bereits per Ende März 2005 gekündigt war. In seiner Stellungnahme und im Anhörungsprotokoll erklärte A. demgegenüber, er habe mit seiner Freundin und späteren Ehefrau unmittelbar nach seiner Rückkehr aus Italien bis Ende März 2005 in St.Gallen gelebt. Unbestritten ist indessen, dass das Paar Ende Februar, somit vor der Heirat am 11. März 2005 in St.Gallen, in die Wohnung von B. an der L-strasse in St.Gallen gezogen und bis Ende März 2005 dort wohnhaft geblieben ist.

Es ergibt sich somit, dass A. die feste Absicht hatte, mit seiner Ehefrau nach Italien auszuwandern und dort gemeinsam ein neues Leben zu beginnen. Zutreffend ist zwar, dass B. einige Tage nach der Hochzeit feststellte, dass sie schwanger war

und dass das Paar im Interesse des ungeborenen Kindes entschied, vorerst nicht nach Italien wegzuziehen, sondern gemeinsam einen Drogenentzug zu machen, um anschliessend ein drogenfreies Leben führen zu können. Gemäss Stellungnahme von A. war dem Ehepaar indessen «beim Eintritt in die Klinik Wil» am 11. bzw. 18. April 2005 nicht klar, wie das Leben nach dem Drogenentzug weitergehen sollte. Danach wollten beide die Heroinsubstitution abbauen und sich anschliessend als Familie niederlassen. Erst als sich herausstellte, dass das Neugeborene nach der Geburt ebenfalls einen Drogenentzug würde durchmachen müssen, liessen A. und B. ihr Vorhaben, nach Italien auszuwandern, fallen und entschieden sich für eine stationäre Drogentherapie.

ee) In Anbetracht dieser Umstände ist somit davon auszugehen, dass A. seine intensivsten Lebensbeziehungen wohl spätestens seit Ende Februar 2005 in St.Gallen hatte, weil er erneut in die Wohnung von B. eingezogen war. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Wohnung in Anbetracht der bevorstehenden Auswanderung des Paares nach Italien per Ende März 2005 gekündigt worden war und dass A. deshalb gezwungen war, bis zum Klinikeintritt am 18. April 2005 bei seiner Mutter in Rorschach zu übernachten. Seine Ehefrau wohnte bis zu ihrem Klinikeintritt am 11. April 2005 bei ihren Eltern in St.Gallen, und A. besuchte sie in St.Gallen regelmässig tagsüber. Nachvollziehbar ist deshalb auch, dass sich A. – in Ermangelung eines ehelichen Domizils in St.Gallen, aber auch weil der gemeinsame Aufenthalt in der Klinik Wil bevorstand – am 13. April 2005 an der Adresse der Eltern seiner Ehefrau in St.Gallen angemeldet hat, obschon er dort aus Platzgründen nicht einziehen konnte und er nie die Absicht hatte, in St.Gallen zu verbleiben bzw. sich mit seiner künftigen Ehefrau hier niederzulassen.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin zwar den Beweis erbracht hat, dass A. vor seinem Eintritt in die Klinik Wil am 18. April 2005 in St.Gallen keinen Unterstützungswohnsitz hatte. Somit wäre die Beschwerde gutzuheissen. Es muss indessen als erwiesen gelten, dass A. zum massgebenden Zeitpunkt auch in Rorschach über keinen Unterstützungswohnsitz mehr verfügte. In Anbetracht aller Umstände ist davon auszugehen, dass A. seine intensivsten Lebensbeziehungen spätestens seit Ende Februar 2005 in St.Gallen hatte, als er erneut in die Wohnung von B. einzog, mit der er am 11. März 2005 in St.Gallen die Ehe schloss. Wie das Sozialamt St.Gallen in den Erwägungen zum Entscheid vom 25. Juli 2005 ausführt, begründet der tatsächliche Aufenthalt die Zuständigkeit für Sozialhilfe, wenn der Bedürftige über keinen Unterstützungswohnsitz verfügt. Dies trifft vorliegend zu. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen.

5. Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern

25

Art. 4 ANAG (SR 142.20); Art. 36 BVO (SR 823.21); Art. 8 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101). Kann sich eine Ausländerin während eines hängigen Verfahrens über die Unterbreitung ihres Gesuchs um Zulassung als Härtefall neu auf einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen, so ist die Sache zur Prüfung dieses Anspruchs an die Vorinstanz oder die verfügende Behörde zurückzuweisen.

Verwaltungsgericht, 14. September 2006

Die vietnamesische Staatsangehörige T. reiste 2001 mit einem Touristenvisum in die Schweiz und heiratete den Schweizer R. Aufgrund der Heirat erhielt T. eine Jahresaufenthaltsbewilligung. Das Ausländeramt widerrief diese im Jahr 2002 mit der Begründung, T. berufe sich in rechtsmissbräuchlicher Weise auf die Ehe mit einem Schweizer. Der Widerruf erwuchs in Rechtskraft. 2004 gebar T. ein Kind, dessen leiblicher Vater der Schweizer A. ist. Das Kreisgericht hob das Kindesverhältnis zum Ehemann auf, und die Ehe wurde geschieden. T. stellte daraufhin ein Gesuch um Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung bzw. einer Bewilligung wegen eines Härtefalls. Das Ausländeramt wies dieses ab und verweigerte die Unterbreitung an das Bundesamt für Migration. Dagegen erhob T. Rekurs. Das Justiz- und Polizeidepartement wies den Rekurs ab. T. erhob Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Während des Beschwerdeverfahrens gebar sie ein Kind, dessen Vater der Schweizer X. ist. Aufgrund dieser Geburt hat das Verwaltungsgericht die Sache zur Prüfung der neuen Sachlage an das Ausländeramt zurückgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 4 ANAG entscheidet die zuständige Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Erteilung von Aufenthalt und Niederlassung. Die Aufenthaltsbewilligung ist stets befristet (Art. 5 Abs. 1 ANAG). Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, es sei denn, der betroffene Ausländer könne sich auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags berufen (BGE 130 II 389 f. mit Hinweisen).

In der Beschwerde wird beantragt, das Gesuch um Unterbreitung als Härtefall sei zu bewilligen. Nach Art. 4 ANAG in Verbindung mit Art. 36 BVO können nicht-erwerbstätigen Ausländern humanitäre Aufenthaltsbewilligungen erteilt werden, wenn wichtige Gründe analog Art. 13 lit. f. BVO vorliegen (GVP 2002 Nr. 7). Davon zu unterscheiden ist die Zustimmung des Bundesamtes für Migration nach Art. 52 lit. b Ziff. 3 BVO, welche die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aufgrund eines

Härtefalls durch die kantonale Fremdenpolizei voraussetzt. Ferner entscheidet das Bundesamt für Migration, ob eine kantonale Aufenthaltsbewilligung nach Art. 13 lit. b, f. und l BVO an die zahlenmässige Begrenzung von erwerbstätigen Ausländern (Kontingentszahl) anzurechnen ist oder nicht (Art. 52 lit. a BVO). Kann sich die Beschwerdeführerin indessen mit Recht auf einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK berufen, erübrigt sich die Anwendbarkeit von Art. 36 BVO (P. Gremper, in: Übersax/Münch/Geiser/Arnold [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Band VIII, Basel 2002, Rz. 12.57).

Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV garantieren den Schutz des Familienlebens. Darauf kann sich im Rahmen eines ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens berufen, wer nahe Verwandte mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat. Soweit eine intakte familiäre Beziehung besteht und tatsächlich gelebt wird, ist das durch Art. 4 ANAG eingeräumte freie Ermessen der zuständigen Behörde eingeschränkt. In solchen Fällen bildet Art. 8 EMRK eine Grundlage für einen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung (BGE 116 Ib 155 E. 1 mit Hinweis). Die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung ist nur gerechtfertigt, wenn sich dies gemäss der nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK erforderlichen Abwägung zwischen dem privaten Interesse an der Erteilung des Aufenthalts und dem öffentlichen Interesse an der Verweigerung des Aufenthalts als verhältnismässig erweist.

a) Unter den Begriff der Familie im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK fällt grundsätzlich nicht nur die auf dem Fundament der Ehe ruhende, sondern auch die «natürliche» Familie. Dazu zählen namentlich unverheiratete Eltern bzw. Elternteile, die mit ihren Kindern zusammenleben. Im Verhältnis der Eltern oder eines Elternteils zu ihren Kindern besteht ein Familienleben überdies auch ohne Zusammenleben (Häfli/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 259; M. E. Villiger, Handbuch der EMRK, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 571 mit Hinweis).

b) Die Beschwerdeführerin beruft sich aufgrund der neuen Lebensgemeinschaft mit X. und der Geburt des gemeinsamen Kindes auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Aus den neu eingereichten Akten geht hervor, dass X. das im Juli 2006 zur Welt gekommene Kind anerkannt hat. Ausserdem wird geltend gemacht, dass die Beschwerdeführerin mit dem Kindsvater seit Dezember 2005 einen gemeinsamen Haushalt führe. Dem Schreiben von X. kann sodann entnommen werden, dass das Paar noch in diesem Jahr zu heiraten beabsichtige.

c) Die neuen Sachverhaltsumstände bewirken eine wesentliche Änderung der Rechtslage. Vorliegend stellt sich nicht mehr primär die Frage, ob die Vorinstanz zu Unrecht einen Härtefall ausgeschlossen hat, sondern ob der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK zusteht. Insbesondere sind im Streitfall neu die Interessen von X. und des gemeinsamen Kindes in die Abwägung einzubeziehen, da die Abweisung der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin grundsätzlich auch einen Eingriff in ihr nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschütztes Recht auf Familienleben darstellt. Es steht nicht

zum vornherein fest, dass es den Beteiligten – insbesondere X. und dem Neugeborenen – unter den neuen Voraussetzungen zumutbar ist, ihr Familienleben im Ausland zu führen. Würde das Verwaltungsgericht in Berücksichtigung der neuen Tatsachen entscheiden, unterbliebe eine Interessenabwägung durch eine Behörde mit umfassendem Ermessensspielraum, zumal sich die Vorinstanz auch in der Vernehmlassung nicht zur neuen Ausgangslage geäußert hat. Zudem wäre eine Überprüfung in einem Rechtsmittelverfahren ausgeschlossen (VerwGE B 2005/101 vom 22. Februar 2006 i. S. E.). Gleiches gilt bezüglich der Frage, ob allenfalls ein Härtefall vorliegt. Sollte sich die Berufung der Beschwerdeführerin auf Art. 8 EMRK als erfolglos erweisen, müssten auch im Zusammenhang mit der Prüfung des Vorliegens eines Härtefalls die geänderten Sachverhaltsumstände berücksichtigt werden. Dabei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Beurteilung durch eine Instanz mit umfassender Kognition. Der angefochtene Rekursentscheid ist demnach aufzuheben, und die Streitsache ist gestützt auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP im Sinne der Erwägungen zur ergänzenden Feststellung des Sachverhalts und zur Begründung sowie Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Vorinstanz steht es frei, ob sie die notwendigen Abklärungen selbst vornimmt oder die Streitsache ihrerseits an das Ausländeramt zurückweist. Näher zu prüfen sein werden dabei jedenfalls auch die Parteibehauptungen, die Beschwerdeführerin lebe mit ihren Kindern und X. zusammen und eine Heirat sei demnächst geplant. Im Ergebnis ist die Beschwerde somit teilweise gutzuheissen.

26

Art. 17 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG (SR 142.20); Art. 8 EMRK (SR 0.101). Der Familiennachzug der Ehefrau darf wegen Gefahr der fortgesetzten und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit verweigert werden, wenn die Einkünfte des Ehemannes aus einer Invalidenrente und Ergänzungsleistungen unter dem minimalen Bedarf der Ehegatten für den Lebensunterhalt liegen.

Verwaltungsgericht, 14. September 2006

Aus den Erwägungen:

2. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer über die Niederlassungsbewilligung verfügt. Damit hat seine Ehefrau Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zusammen wohnen (Art. 17 Abs. 2 ANAG). Sodann gewährleisten Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV die Achtung des Privat- und Familienlebens. Diese Garantien können verletzt sein,

wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige hier weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird. Voraussetzung ist, dass der sich hier aufhaltende Angehörige über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt. Dies ist der Fall, wenn ihm die Niederlassungsbewilligung erteilt worden ist (BGE 130 II 285 mit Hinweisen).

Nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein Eingriff in das Familienleben zulässig, soweit er gesetzlich vorgesehen ist 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.

a) Der Familiennachzug darf verweigert werden, wenn der Gesuchsteller umgehend wieder ausgewiesen werden dürfte, d.h. wenn ein Ausweisungsgrund nach Art. 10 Abs. 1 ANAG vorliegt. Dies ist nach Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG der Fall, wenn der Ausländer oder eine Person, für die er zu sorgen hat, der öffentlichen Wohlfahrt fortgesetzt und in erheblichem Mass zur Last fällt. Streitgegenstand ist die Frage, ob im Fall des Nachzugs der Ehefrau eine derartige Gefahr besteht.

Terminologisch ist die fortgesetzte und erhebliche Fürsorgeabhängigkeit ein unbestimmter Rechts- oder Gesetzesbegriff (vgl. Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 445 f.; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt 1990, Nr. 66 B II b). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügen bloss finanzielle Bedenken für die Abweisung eines Gesuches nicht. Es muss die konkrete Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit gegeben sein (vgl. BGE 125 II 641 E. 3c mit Hinweis auf BGE 122 II 1 E. 3c und 119 Ib 81 E. 2). Für die Beurteilung der Gefahr der Fürsorgeabhängigkeit ist von den aktuellen Voraussetzungen auszugehen; die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung ist aber auf längere Sicht abzuwägen. Weiter darf nicht einzig auf das Einkommen des hier anwesenden Familienangehörigen abgestellt werden, sondern es sind – dem Gesetzeszweck der Vereinigung der Gesamtfamilie entsprechend – die finanziellen Möglichkeiten aller Familienmitglieder über eine längere Sicht abzuwägen. Das Einkommen des Angehörigen, der an die Lebenshaltungskosten der Familie beitragen soll, ist daran zu messen, ob und in welchem Umfang es tatsächlich realisierbar ist. In diesem Sinn müssen die Erwerbsmöglichkeit und das damit verbundene Zusatzeinkommen konkret belegt und mit gewisser Wahrscheinlichkeit sowie, soweit möglich, auf mehr als nur kurze Frist erhärtet sein, um Berücksichtigung zu finden (vgl. BGE 122 II 8 E. 3c mit Hinweis).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zählen Sozialversicherungsleistungen wie Invalidenrenten und Ergänzungsleistungen, auf welche der invalide Beschwerdeführer einen gesetzlichen Anspruch hat (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a ELG), nicht zu den Fürsorgeleistungen im Sinn von Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG. Die jährliche Ergänzungsleistung hat dem Betrag zu entsprechen, um den die anerkannten Aus-

gaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 3a Abs. 1 ELG). Abgesehen davon, dass Art. 12 BV einer Person, die in Not gerät und nicht selbst in der Lage ist, für sich zu sorgen, ebenfalls einen individuellen und allenfalls richterlich durchsetzbaren Anspruch auf Hilfe und Betreuung in Notlagen einräumt (vgl. Bigler-Eggenberger, in: St.Galler Kommentar zu Art. 12 BV, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 13), führt die Unterscheidung zwischen bedarfsdeckenden Ergänzungsleistungen und ebenfalls bedarfsabhängigen Fürsorgeleistungen bei der Beurteilung von Gesuchen um Bewilligung des Familiennachzugs gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ANAG unter dem Gesichtspunkt der Gefahr der fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit zu einer stossenden Ungleichbehandlung. Gesuchsteller die, wie der Beschwerdeführer, eine volle Invalidenrente und Ergänzungsleistungen beziehen und deren anerkannte Ausgaben somit durch Leistungen aus Sozialversicherung gedeckt sind, werden gegenüber Gesuchstellern privilegiert, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen und deren Einkommen nicht ausreicht, um die Alltagsbedürfnisse in der Schweiz zu decken und die deshalb regelmässig auf Sozialhilfeleistungen angewiesen sind (sogenannte working poor). Es fragt sich deshalb, ob in jedem Fall an dieser rechtlichen Ungleichbehandlung festzuhalten ist, zumal der Zweck beider Leistungen in der Gewährung der Existenzsicherung besteht (Art. 112 BV und Art. 115 BV).

b) Ohne Weiteres als «erheblich» hat das Bundesgericht Unterstützungsleistungen angesehen, welche einem Ehepaar in Höhe von insgesamt Fr. 80 000.– im Zeitraum von rund 5 Jahren geleistet wurden (vgl. BGE 119 Ib 6). Sodann hat es die Verweigerung des Familiennachzugs in einem Fall als unzulässig erachtet, wo der Ehemann erhebliche voreheliche Schulden hatte, die Ehegatten indessen beide ein Erwerbseinkommen erzielten, welches das Existenzminimum der Familie deckte und ihnen darüber hinaus – in begrenztem Umfang – die Sanierung der aufgelaufenen Schulden erlaubte (vgl. BGE 125 II 641). Weiter hat das Bundesgericht festgestellt, die Tatsache, dass ein Ehepartner gemäss bei den Akten liegendem Arbeitsvertrag eine Arbeitsstelle gehabt hätte, die er mangels Bewilligung nicht habe antreten können, sei zu berücksichtigen. Auch wenn die Verdienstmöglichkeit nicht frankenmässig genau ausgewiesen sei, müsste die zu erwartende Entlastung der öffentlichen Fürsorge, die sich daraus ergebe, zugunsten der Beschwerdeführerin gewertet werden (vgl. BGE 122 II 9).

c) Nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen des angefochtenen Entscheids bezieht der Beschwerdeführer eine volle Invalidenrente von Fr. 1136.25 je Monat. Weil diese Rente die von der Sozialversicherung anerkannten Ausgaben nicht abzudecken vermag, werden ihm Ergänzungsleistungen ausgerichtet. Seit 1. Januar 2005 erhält er monatlich Fr. 1151.–. Damit stehen dem Beschwerdeführer für seinen Lebensunterhalt Fr. 2287.25 je Monat zur Verfügung, wobei die Ergänzungsleistungen höher sind als die Invalidenrente. Der vom Ausländeramt berechnete finanzielle Bedarf des Beschwerdeführers im Fall des Familiennachzugs seiner Ehefrau beträgt Fr. 2531.40 je Monat. Es ergibt sich somit ein Fehlbetrag von Fr. 244.– je Monat.

d) Der Beschwerdeführer macht vorab geltend, selbst wenn der finanzielle Bedarf – mangels Zusatzeinkommens der Ehefrau – im Umfang von jeweils Fr. 244.– je Monat nicht gedeckt sein sollte, sei die Verweigerung des Familiennachzugs nicht rechtmässig, weil die Abhängigkeit von Sozialhilfe im Umfang von weniger als Fr. 3000.– je Jahr wohl als fortgesetzt, nicht aber als erheblich bezeichnet werden könne. Hinzu komme, dass nach den Ausführungen im Urteil des Bundesgerichts vom 16. Mai 2006 (2P.101/2006) ohnehin zweifelhaft sei, ob bei einem auf Art. 17 Abs. 2 ANAG gestützten Familiennachzug auf das nach den SKOS-Richtlinien errechnete soziale Existenzminimum abgestellt werden dürfe.

Zutreffend ist, dass das Bundesgericht in den Erwägungen zum Urteil 2P.101/2006 vom 16. Mai 2006 mit Hinweis auf BGE 122 II 9 E. 3c, 119 Ib 81 E. 2e und Urteil 2A.397/2001 vom 17. Januar 2002 E. 3 erneut zum Ausdruck gebracht hat, es sei zweifelhaft, ob für die Beurteilung eines auf Art. 17 Abs. 2 ANAG gestützten Familiennachzugs auf das nach den SKOS-Richtlinien berechnete soziale, d. h. fürsorgerische Existenzminimum abgestellt werden dürfe. Unabhängig davon, ob auf den nach den SKOS-Richtlinien berechneten Lebensbedarf abgestellt wird, ergibt sich indessen ohne Weiteres, dass ein Betrag von lediglich Fr. 2287.25 je Monat nicht ausreicht, um den Lebensunterhalt von zwei in der Schweiz lebenden erwachsenen Personen zu bestreiten, selbst dann nicht, wenn sie im gleichen Haushalt wohnen und wenn keine ausserordentlichen Vorkommnisse zusätzliche Ausgaben bedingen. Damit muss indessen immer wieder gerechnet werden, zumal der Beschwerdeführer, der eine Invalidenrente bezieht, schwerwiegende gesundheitliche Probleme hat. Im Zusammenhang mit der Konkretisierung von Art. 39 Abs. 1 lit. c BVO, wonach der Familiennachzug bewilligt werden kann, wenn der Ausländer genügend finanzielle Mittel für den Unterhalt seiner Familie hat, hat das Verwaltungsgericht entschieden, es rechtfertige sich, die in den SKOS-Richtlinien festgelegten Bedarfsgrössen nicht zu unterschreiten. Es bestehe eine erhöhte Gefahr der Fürsorgeabhängigkeit, wenn der Familiennachzug Personen bewilligt werde, die aus eigener Kraft ein genügendes Einkommen nur mit Mühe erreichten oder deren Einkommen die Grenze des Existenzminimums nur geringfügig übersteige. In diesem Fall bestehe die Gefahr, dass schon relativ kleine Schwankungen im Einkommen zur Folge hätten, dass der Unterhalt der Familie nicht mehr bestritten werden könne (vgl. VerwGE vom 20. August 2002 i. S. Y. D. mit Hinweis auf VerwGE vom 18. November 1999 i. S. M. S.). Der Beschwerdeführer bestreitet denn auch nicht, dass er und seine Ehefrau regelmässig und somit fortgesetzt von Sozialhilfe abhängig sein würden, wenn ihnen ein Betrag von lediglich Fr. 2287.25 je Monat oder weniger zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten zur Verfügung stünde. In Anbetracht dieser Tatsache ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ohne Weiteres davon auszugehen, der Umfang der Unterstützungsleistungen würde nach und nach einen erheblichen Umfang annehmen, zumal er gemäss Bestätigung des Einwohneramtes bereits Sozialhilfe im Umfang von Fr. 15 923.25 bezogen hat.

d) Der Beschwerdeführer wendet weiter ein, die konkrete Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit bestehe nicht, weil es möglich sei, die finanziellen Mittel von Fr. 2287.25, die heute monatlich zur Verfügung stehen, mit dem Nachzug der Ehefrau zu erhöhen. Die Vorinstanz habe ihr Ermessen überschritten bzw. missbraucht, weil sie nur vom schlechtesten aller denkbaren Szenarien ausgehe und annehme, seine Ehefrau bemühe sich nur ungenügend um eine Arbeitsstelle und finde deshalb auch keine, weshalb die heute ausgerichteten Ergänzungsleistungen wegen Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gekürzt werden müssten, was das Sozialhilferisiko erhöhen würde. Eine solche Prognose beruhe auf Mutmassungen und Bedenken, die weder aufgrund der Akten noch nach der allgemeinen Lebenserfahrung berechtigt seien. Denkbar sei, dass die Ehefrau innert angemessener Zeit eine Arbeitsstelle finde und ein eigenes Einkommen erziele. In diesem Fall könnten die heute ausgerichteten Ergänzungsleistungen gekürzt werden, und Sozialhilfe wäre nicht erforderlich. Auch wenn seine Ehefrau trotz intensiver Suche keine Arbeitsstelle finde, habe dies nicht zur Folge, dass die für ihn bestimmten Ergänzungsleistungen, die keine Sozialhilfe seien, gekürzt würden. Gegebenenfalls würden sie sogar erhöht.

aa) Zutreffend ist, dass die Voraussage, ob einem Ausländer im Fall des Nachzugs seiner Ehefrau monatlich mehr finanzielle Mittel zur Verfügung stehen bzw. ob die heute bestehende Gefahr einer fortgesetzten erheblichen Fürsorgeabhängigkeit durch zusätzliche Einkünfte auf längere Sicht gebannt werden kann, aufgrund aller massgebenden Umstände zum Zeitpunkt des zu fällenden Entscheids gemacht werden muss. Dies schliesst indessen nicht aus, dass die Behörde zum Ergebnis kommt, es müsse aller Wahrscheinlichkeit nach davon ausgegangen werden, dass die nachziehende Ehefrau kein regelmässiges Einkommen erziele, das es zusammen mit den Einkünften des Ehemannes erlaube, die Lebenshaltungskosten eines Zwei-Personen-Haushalts zu decken.

bb) Die Vorinstanz hat ein allfälliges Erwerbseinkommen der Ehefrau mit der Begründung unberücksichtigt gelassen, sie habe keinen Arbeitsvertrag eingereicht und sie könnte überdies nicht ohne Weiteres mit einer Stellenantrittsbewilligung rechnen. Der Beschwerdeführer wendet ein, seine Ehefrau sei zurzeit gar nicht berechtigt, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, weshalb die Tatsache, dass ein Arbeitsvertrag fehle, nicht als negatives Element herangezogen werden dürfe, um die Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Fürsorgeabhängigkeit zu belegen. Sodann gelte der Vorrang der inländischen Arbeitnehmer im Fall von Ehegatten von hier niedergelassenen Ausländern nicht. Die Ehefrau werde somit lediglich einer Lohnkontrolle unterliegen, weshalb die kantonale Arbeitsmarktbehörde ihren Eintritt ins Erwerbsleben entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht weiter behindern werde.

In Anbetracht der Tatsache, dass das Ehepaar offenkundig auf regelmässige zusätzliche Einkünfte angewiesen wäre, weil andernfalls die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit besteht, durfte die Vorinstanz verlangen, dass der Beschwerdeführer belege, dass seine Ehefrau nicht nur gewillt, sondern

aller Wahrscheinlichkeit nach auch objektiv in der Lage ist, regelmässig und auf längere Sicht in ausreichendem Ausmass an die Lebenshaltungskosten beizutragen. Denkbar ist, dass dieser Nachweis auch dann erbracht sein kann, wenn kein Arbeitsvertrag mit der Zustimmung der kantonalen Arbeitsmarktbehörde vorliegt. Es darf indessen erwartet werden, dass die Zusicherung eines Arbeitgebers beigebracht wird, aus der glaubhaft hervorgeht, dass er gewillt ist, die Ausländerin unter Vorbehalt der erforderlichen Bewilligungen in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zu beschäftigen, und dass diese bestätigt, die ihr angebotene Arbeit annehmen zu wollen. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Am 6. April 2006 hat das Spital W. auf den Eingang der Bewerbung der Ehefrau des Beschwerdeführers Bezug genommen und mitgeteilt, zurzeit sei keine Arbeitsstelle frei. Fest steht sodann, dass die Ehefrau seit 9. Juni 2006 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum als Stellensuchende angemeldet ist. Auf dem Formular «Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen» für den Monat Juni 2006 sind sechs Absagen verzeichnet, mehrheitlich mit dem Vermerk «keine freie Stelle» bzw. «kein Bedarf an Personal». Unabhängig von der Bewilligung des Aufenthalts der Ehefrau bestehen somit keine konkreten Anhaltspunkte, wonach in der näheren Umgebung des Wohnorts des Beschwerdeführers Arbeitskräfte in Bereichen gesucht werden, die für sie in Frage kommen bzw. dass ein potentieller Arbeitgeber ein konkretes Interesse hat, die Ehefrau des Beschwerdeführers anzustellen. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass sie gemäss eigenen Angaben dabei ist, die deutsche Sprache zu erlernen, und dass eine Verwandte bestätigt hat, sie bemühe sich, eine Arbeitsstelle zu finden, was ihr nach Erteilung der Aufenthaltsbewilligung gelingen werde. Somit kann nicht damit gerechnet werden, die Ehefrau könne in der Schweiz aus eigener Kraft für ihren Lebensunterhalt sorgen. Offen bleiben kann bei dieser Sachlage, inwieweit es ihr in zeitlicher Hinsicht überhaupt möglich wäre, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, zumal sie ihren invaliden Ehemann betreut.

cc) Zu prüfen ist weiter, ob die Vorinstanz in Anbetracht der prekären finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers positiv hätte in Rechnung stellen müssen, dass die für den Beschwerdeführer bestimmten Ergänzungsleistungen allenfalls erhöht werden können, wenn es der Ehefrau trotz intensiver Bemühungen nicht gelingen sollte, eine Arbeitsstelle zu finden, zumal es sich bei Ergänzungsleistungen nicht um Sozialhilfe handelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.101/2006 vom 16. Mai 2006 mit Hinweis auf Urteil 2A.495/2005 vom 13. Januar 2005).

Gemäss einer im Rahmen des Rekursverfahrens erteilten Stellungnahme der Sozialversicherungsanstalt müsste bei einem Nachzug der Ehefrau des Beschwerdeführers mit einer Kürzung der Ergänzungsleistungen gerechnet werden. Weil es der Ehefrau zumutbar wäre, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, würde ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Der Fehlbetrag von heute Fr. 244.– zwischen dem finanziellen Bedarf des Ehepaars und den effektiven Einkünften würde somit noch grösser bzw. das Sozialhilferisiko würde intensiviert. Auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens könnte gemäss Auskunft der Sozialversicherungs-

anstalt höchstens dann verzichtet werden, wenn die Ehefrau den Nachweis erbringen könnte, dass es ihr trotz intensiver Bemühungen nicht gelingt, eine Erwerbstätigkeit zu finden. Der Vorinstanz ist indessen beizupflichten, dass ein in Zukunft allenfalls mögliches Zusatzeinkommen des Ehepaars in Form von erhöhten Ergänzungsleistungen, die ausgerichtet würden, weil die Ehefrau unverschuldet keine Arbeit findet, nicht als Einkommen der nachzuziehenden Ehefrau angerechnet werden kann. Es handelt sich um hypothetische Einkünfte in unbekannter Höhe, die nicht belegt sind und nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgerichtet würden.

6. Umweltschutz

27

Art. 32a Abs. 1 USG (SR 814.01); Art. 25 Abs. 1 EG zum GSchG (sGS 752.1). Seit dem 1. Januar 2003 ist eine Bemessung der Kehrriechtabfuhrgebühr nach Zahl und Grösse der Wohnungen und Betriebe im Einzugsgebiet des Sammeldienstes nicht mehr zulässig. Die Benützungsgebühr ist entsprechend den bundesrechtlichen Vorgaben nach Art, Menge oder Gewicht der gelieferten Abfälle zu bemessen. Weiterhin zulässig ist eine mengenunabhängige Grundgebühr.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 8. März 2006

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist die Veranlagung der Kehrriechtabfuhrgebühr für das Jahr 2005.

a) Die Kehrriechtabfuhrgebühr gehört als Benützungsgebühr zu den öffentlichen Abgaben, welche einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. In der Regel hat der Gesetzgeber Subjekt, Objekt und Bemessungsgrundlage der Abgabe in einem formellen Gesetz zu verankern. Ist die Überprüfung der Rechtmässigkeit der Abgabe anhand des verfassungsrechtlichen Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips möglich, kann dieser Grundsatz gelockert werden. Wo es um die Finanzierung der kommunalen Abfallentsorgung mit offenem Benützerkreis und nicht klar abgrenzbaren Kosten geht, vermag indessen weder das Kostendeckungs- noch das Äquivalenzprinzip eine wirksame Begrenzung der Gebühren sicherzustellen. Einem formellen Gesetz sind kommunale Erlasse gleichgestellt, wenn sie von der nach dem kantonalen Recht ermächtigten Gemeindelegislative beschlossen wurden oder aber dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum unterstanden. Eine Blankodelegation an die Gemeindeexekutive zur Festsetzung von öffentlichen Abgaben vermag

hingegen dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage nicht zu genügen (vgl. BGE 120 I a 266 f. mit Hinweisen).

Die Kantone sorgen dafür, dass die Kosten für die Entsorgung der Siedlungsabfälle, soweit sie ihnen übertragen ist, mit Gebühren oder anderen Abgaben den Verursachern überbunden werden. Bei der Ausgestaltung der Abgaben werden insbesondere berücksichtigt: a. die Art und die Menge des übergebenen Abfalls; b. die Kosten für Bau, Betrieb und Unterhalt der Abfallanlagen; c. die zur Substanzerhaltung solcher Anlagen erforderlichen Abschreibungen; d. die Zinsen; e. der geplante Investitionsbedarf für Unterhalt, Sanierung und Ersatz, für Anpassungen an gesetzliche Anforderungen sowie für betriebliche Optimierungen (Art. 32a Abs. 1 USG in der seit dem 1. November 1997 gültigen Fassung; vgl. dazu BGE 129 I 290 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

Neben dieser bundesrechtlichen Norm regeln Art. 24 und 25 des kantonalen EG zum GSchG die Gebühren zur Abfallentsorgung näher. Danach ist die politische Gemeinde oder die öffentlich-rechtliche Korporation verpflichtet, für den Betrieb öffentlicher Abfalldeponien und Abfallbeseitigungsanlagen sowie für den Kehrichtsammeldienst von den Verursachern oder Grundeigentümern angemessene Gebühren zu erheben (Art. 24 EG zum GSchG). Das Reglement kann die Gebühren bemessen nach Art, Menge oder Gewicht der gelieferten Abfälle. Abweichungen sind im Rahmen des Bundesrechts zulässig (Art. 25 Abs. 1 EG zum GSchG). Die Bemessungsgrundlagen können miteinander verbunden werden (Art. 25 Abs. 2 EG zum GSchG). Diese kantonalen Regeln sind zwar in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten, überlassen es aber der politischen Gemeinde oder der öffentlich-rechtlichen Korporation, ob sie die Grundeigentümer oder die direkten Verursacher belasten und nach welchen Kriterien sie die Gebühren bemessen wollen. Die kantonalen Vorgaben sind mithin nicht derart bestimmt, dass die erforderliche Konkretisierung unmittelbar durch eine Verordnung der Gemeindeexekutive erfolgen könnte.

b) Der Gemeinderat X hat am 24. Oktober 2001 das Abfall-Reglement erlassen, das vom 31. Oktober bis 29. November 2001 dem fakultativen Referendum unterstellt und vom Baudepartement des Kantons St.Gallen am 10. Dezember 2001 genehmigt wurde. Es trat auf den 1. Januar 2002 in Kraft. Die Gebührenerhebung wird im Abfall-Reglement (im Folgenden: AR) wie folgt geregelt:

Art. 20 AR

Zur Finanzierung der Abfallbewirtschaftung und Abfallentsorgung werden von den Grundeigentümern kostendeckende Gebühren erhoben.

Art. 22 AR

Für die Bewirtschaftung und Entsorgung können je nach Art des Abfalls Gebühren erhoben werden, die nach folgenden Grundsätzen festzulegen sind:
Die Gebühren sind dem effektiven Aufwand der kommunalen Abfallentsorgung anzupassen. Sie werden aufgeteilt und berechnet nach:

1. Grundgebühr
2. Zuschlag nach:
 - a) Grösse und Art der Wohnung
 - b) Umfang des Abfallanfalls aus gewerblichen und industriellen Betrieben
 - c) Umfang und Art des Abfallanfalls der Direktanlieferer.

Für die Benützung der Separatsammlungen und den Betrieb öffentlicher Sammelstellen können von den Verursachern kostendeckende Gebühren erhoben werden.

Art. 23 AR

Die Grundgebühr gemäss Art. 22 Abs. 2 Ziff. 1 wird jährlich beim Grundeigentümer einer Liegenschaft erhoben.

Die Gebühr gemäss Art. 22 Abs. 2 Ziff. 2 lit. a und b wird jährlich beim Grundeigentümer einer Liegenschaft erhoben.

Die Gebühr gemäss Art. 22 Abs. 2 Ziff. 2 lit. c wird monatlich beim Inhaber, wo dieser nicht bekannt ist, beim Transporteur erhoben.

Art. 24 AR

Gebührenpflichtig sind die natürlichen und juristischen Personen, die zu Beginn des Kalenderjahres Eigentümer des Grundstücks sind, aus dem Abfall gemäss Art. 22 Abs. 2 Ziff. 2 lit. a und b anfällt.

Für die übrigen Abfälle gemäss Art. 22 Abs. 2 Ziff. 2 lit. c ist der Inhaber bzw. der Transporteur gebührenpflichtig.

Ebenfalls am 24. Oktober 2001 hat der Gemeinderat X den Gebührentarif zum Abfallreglement erlassen. Die Grundgebühr sowie der Zuschlag nach Art und Grösse der Wohnung gemäss Art. 22 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 AR werden im Gebührentarif wie folgt geregelt:

Art. 1

Mit der Grundgebühr sind folgende Kosten zu decken:

Information und Werbung, Bereitstellung und Unterhalt der durch die Allgemeinheit benutzten Infrastruktur, Einsammeln und Verwertung von Separatsammlungen, Kostenbeteiligungen an überregionalen Separatsammlungen und Beiträge für die Unterstützung von Institutionen der Abfallbeseitigung, Anteil an den Verwaltungs- und Bezugskosten, Anteil an den Abschreibungen und an den Verlusten von Gebühren.

Die Grundgebühr beträgt:

pro Wohnung Fr. 80.–

pro Betriebsstätte der Gewerbe- und Industriebetriebe Fr. 80.–

Für nicht dauernd bewohnte Gebäude und Ferienwohnungen besteht kein Anspruch auf Reduktion der Grundgebühr.

Art. 2

Mit dem Zuschlag sind folgende Kosten zu decken:

Sammel- und Transportkosten für Siedlungsabfälle aus den Haushaltungen, Entsorgungskosten des VFA für Siedlungsabfälle aus den Haushaltungen, Anteil an den Verwaltungs- und Bezugskosten, Anteil an den Abschreibungen und an den Verlusten von Gebühren.

Der Wohnungszuschlag beträgt:

| | |
|--------------------------------|-----------|
| 1- bis 2-Zimmer-Wohnungen | Fr. 70.– |
| 2,5- bis 4 Zimmer-Wohnungen | Fr. 90.– |
| 4,5- und mehr Zimmer-Wohnungen | Fr. 110.– |
| Einfamilienhäuser | Fr 130.– |

Der Ferienwohnungszuschlag beträgt für:

| | |
|--------------------------------|----------|
| 1 bis 2-Zimmer-Wohnungen | Fr. 40.– |
| 2,5- bis 4-Zimmer-Wohnungen | Fr. 60.– |
| 4,5- und mehr Zimmer-Wohnungen | Fr. 80.– |
| Einfamilienhäuser | Fr 100.– |

Die politische Gemeinde X verfügt damit grundsätzlich über eine hinreichende formelle gesetzliche Grundlage zur Erhebung von Kehrichtabfuhrgebühren.

c) Seit dem 1. Januar 2003 gilt die Neufassung von Art. 25 EG zum GSchG gemäss Nachtragsgesetz zum Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung vom 4. April 2002 (nGS 37–96). Die alte Fassung von Art. 25 EG zum GSchG, die eine Bemessung der Kehrichtabfuhrgebühr unter anderem nach Zahl und Grösse der Wohnungen und Betriebe im Einzugsgebiet des Sammeldienstes als zulässig erklärte (Art. 25 Abs. 1 lit. a aEG zum GSchG, nGS 14–106), wurde als bundesrechtswidrig aufgehoben.

Mit der Teilrevision des Gewässerschutzgesetzes vom 20. Juni 1997 (AS 1997, 2243, in Kraft seit 1. November 1997) wurde das USG durch Art. 32a ergänzt. Diese Bestimmung regelt die Finanzierung der Entsorgung von Siedlungsabfällen. Die Finanzierung hat hiernach grundsätzlich über kostendeckende und verursachergerechte Abgaben zu erfolgen. Der Spielraum der Gemeinden bei der Ausgestaltung der Abfallgebühren wird demnach durch Bundesrecht eingeschränkt. Art. 32a Abs. 1 USG schreibt ausdrücklich vor, dass dabei Art und Menge des übergebenen Abfalls berücksichtigt werden müssen. Als Masseinheiten für die Menge kommen grundsätzlich Gewicht, Volumen oder Anzahl in Frage. Die Erhebung eines Teils der Entsorgungskosten über eine – mengenunabhängige – Grundgebühr, etwa für die

Deckung des Aufwandes von Separatsammlungen (z. B. Grünabfälle, Altglas oder Altpapier), bleibt jedoch weiterhin möglich. Hingegen haben Abfallgebühren, die allein auf Grundlage von Anzahl und Grösse der Wohnungen und Betriebe im Einzugsgebiet des Sammeldienstes erhoben werden, keinen Bezug zur übergebenen Abfallmenge und sind somit nicht mehr zulässig. Abweichungen sind nur noch im Rahmen des Bundesrechts zulässig (vgl. Art. 32a Abs. 2 USG). Art. 25 Abs. 1 lit. a aEG zum GSchG stand daher in Widerspruch zu Art. 32a Abs. 1 USG und wurde auf den 1. Januar 2003 aufgehoben (vgl. ABI 2001, 1957 f. mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Praxis).

Die Bemessung des Zuschlages nach Art und Grösse der Wohnung nach Art. 22 Abs. 2 Ziff. 2 lit. a AR und Art. 2 Gebührentarif ist daher seit dem 1. Januar 2003 nicht mehr zulässig. Sie widerspricht dem seit 1. Januar 2003 gültigen übergeordneten kantonalen Recht, welches die bundesrechtlichen Vorgaben umsetzt. Dies gilt unabhängig davon, ob der Zuschlag – wie vom Rekurrenten beantragt – für eine 3 ½-Zimmer-Wohnung oder – wie von der Vorinstanz vertreten – für eine 5 ½-Zimmer-Wohnung berechnet wird. In beiden Fällen fehlt es am notwendigen direkten Bezug zu Art, Menge oder Gewicht der gelieferten Abfälle im Sinne von Art. 25 Abs. 1 EG zum GSchG.

Die notwendigen Konkretisierungen der Bemessungskriterien können nicht von der Verwaltungsrekurskommission im Rekursverfahren vorgenommen werden. Der Vorinstanz bleibt nichts anderes übrig, als eine Anpassung des seit dem 1. Januar 2002 gültigen Abfall-Reglementes sowie des ausführenden Gebührentarifes an die seit dem 1. Januar 2003 zu beachtenden Vorgaben des übergeordneten Rechts zu veranlassen.

Der für 2005 veranlagte Zuschlag von Fr. 110.– ist daher ersatzlos aufzuheben. Zulässig ist jedoch die Belastung der Grundgebühr im Ausmass von Fr. 80.– zuzüglich Mehrwertsteuer.

7. Strassenverkehr

28

Art. 3 Abs. 4 SVG (SR 741.01). Gewichtsbeschränkungen auf Brücken dürfen nur angeordnet werden, wenn sie notwendig sind.

Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006

Mit Verfügung vom 1. Dezember 2004 erliess das Polizeikommando für verschiedene Brücken im Toggenburg Gewichtsbeschränkungen auf 36 bzw. 38 Tonnen. Diese Verkehrsanordnungen wurden im Amtsblatt publiziert, und allfälligen Rekursen wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Die G. AG erhob Rekurs und beantragte, auf die Gewichtsbeschränkungen sei zu verzichten, allenfalls seien sie durch Kreuzungsverbote für Lastwagen zu ersetzen. Das Justiz- und Polizeidepartement wies den Rekurs ab. Es erwog, das Tiefbauamt habe für die Ermittlung der Tragfähigkeit der Brücken das Rechenprogramm «Truck» verwendet. Dieses beruhe auf dem Fachwissen und der Erfahrung der Brückenbaufachleute. Daher bestehe kein Anlass, an den Schlussfolgerungen des Tiefbauamtes in bezug auf die Tragfähigkeit der Brücken zu zweifeln, und auf die beantragte Einholung eines Gutachtens könne verzichtet werden. Das Verwaltungsgericht hiess eine Beschwerde der G. AG gut und wies die Angelegenheit zur Einholung eines Gutachtens an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 3 Abs. 4 SVG können Verkehrsanordnungen erlassen werden, soweit der Schutz der Bewohner oder gleichermassen Betroffener vor Lärm und Luftverschmutzung, die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern.

Die streitigen Verkehrsanordnungen bezwecken die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer sowie den Schutz der betroffenen Strassen bzw. Brücken. Die Beschwerdeführerin stellt die gesetzliche Grundlage der Anordnungen und das öffentliche Interesse an Gewichtsbeschränkungen zum Schutz von Verkehrsteilnehmern sowie Bauwerken bzw. Brücken grundsätzlich nicht in Frage. Sie rügt vielmehr, Vorinstanz und verfügende Behörde seien aufgrund unrichtiger bzw. unvollständiger Sachverhaltsfeststellungen zu Unrecht davon ausgegangen, die Gewichtsbeschränkungen seien zum Schutz der Brücken notwendig.

a) Das Polizeikommando als verfügende Behörde stellte vollumfänglich auf die Fachkunde des Tiefbauamtes ab. Dieses ermittelte die Grundlagen für die Gewichteinschränkungen mittels des Rechenprogramms «Truck». Die Vorinstanz übernahm die Charakterisierung dieses Rechenprogramms durch das Tiefbauamt und hielt fest, das Programm werde offenbar auch in anderen Kantonen und beim Bund ver-

wendet und beruhe auf dem Fachwissen und der Erfahrung der Brückenbaufachleute. Es bestehe daher kein Anlass, an den Schlussfolgerungen des Tiefbauamtes in bezug auf die Tragfähigkeit der fraglichen Brücken zu zweifeln, und auf die beantragte Einholung von Gutachten könne verzichtet werden, zumal dies mit erheblichen Kosten verbunden wäre.

b) Die Beschwerdeführerin beantragte im Rekurs ausdrücklich die Einholung eines Gutachtens. Die Einholung eines Gutachtens liegt im Ermessen der entscheidenden Behörde. Angezeigt ist der Beizug eines Sachverständigen vor allem dann, wenn der Behörde die zum Entscheid erforderliche Sachkunde über umstrittene Tatsachen fehlt, was insbesondere bei Fragen der Naturwissenschaft oder Technik der Fall ist (vgl. F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 276; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt am Main 1996, Rz. 1136; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 976). Zwar kann sich die Behörde auch auf die Fachkunde der Verwaltung stützen und auf den Beizug eines aussenstehenden Experten verzichten (GVP 2001 Nr. 12, GVP 1986 Nr. 43). Nicht alle Stellungnahmen fachkundiger Behörden sind jedoch Amtsberichte mit der Eigenschaft eines Sachverständigengutachtens. Insbesondere Vernehmlassungen in einem Rechtsmittelverfahren haben den Charakter von Parteiaussagen (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 974), weshalb der Beweiswert solcher Äusserungen gegenüber einem Gutachten gemindert ist (GVP 2001 Nr. 12).

c) Im vorliegenden Fall stützte sich die verfügende Behörde auf das Fachwissen einer Verwaltungsstelle. Diese wurde von der Rekursinstanz aufgefordert, das Rechenprogramm «Truck» zu erläutern. Die Vorinstanz hat die Beurteilung der fachkundigen Behörde übernommen. Für die Vorinstanz, aber auch für das Verwaltungsgericht, sind die Feststellungen und Schlussfolgerungen des Tiefbauamtes mangels Fachkunde nicht nachvollziehbar. Die Feststellungen und deren Würdigung erfordern spezifisches Fachwissen, insbesondere aus dem Bereich der Statik und/oder der Baukunde. Das Tiefbauamt befand sich zudem in einer ähnlichen Stellung wie eine Behörde, deren Entscheid angefochten ist, stützte sich das Polizeikommando bei der Verfügung der Gewichtsbegrenzungen doch auf ihre Fachkunde. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz selbst die Berechnungen mit dem Programm «Truck» in einzelnen Punkten als unzulänglich qualifiziert hat. Sie bemängelte, dass die Vergleichswerte für 36- bzw. 38-Tonnen-Einzelfahrzeuge nicht berücksichtigt worden seien, dass Einzelfahrzeuge auch ohne Ausnützung des höchstzulässigen Betriebsgewichts auf den Strassen zirkulieren würden und Diskrepanzen zwischen den den Berechnungen zugrundeliegenden Geschwindigkeiten und den vor Ort zulässigen Höchstgeschwindigkeiten bestünden.

Die Vorinstanz zog aus den Truck-Datenblättern somit auch eigene Schlüsse. Angesichts ihres fehlenden Fachwissens stehen diese Schlussfolgerungen allerdings auf einer unsicheren Grundlage. Sie vermögen jedenfalls die Notwendigkeit einer Gewichtseinschränkung auf den fraglichen Brücken nicht zu erhärten.

d) Die Beschwerdeführerin beanstandet, es gebe sonst nirgends Gewichtsbeschränkungen von 5 bzw. 10 Prozent unter der Sollnutzlast. Dieses Argument ist nicht von der Hand zu weisen. Jedenfalls muss davon ausgegangen werden, dass bei den Höchstgewichten eine gewisse Sicherheitsmarge einbezogen wird. Es ist nicht auszuschliessen, dass auf den fraglichen Brücken neben einem 36 bzw. 38 Tonnen schweren Lastwagen gleichzeitig noch eine gewisse Anzahl Personenwagen oder leichte Nutzfahrzeuge verkehren. Dies bedeutet, dass mit einer relativ grossen Sicherheitsmarge gerechnet werden muss, da ein Personenwagen bzw. ein Lieferwagen bis 3,5 Tonnen wiegen kann (Art. 11 Abs. 2 lit. a und lit. e in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 lit. d VTS). Sodann ist auf der Postbrücke in Wattwil und der Thurbrücke in Stein zwar ein Kreuzungsverbot bzw. ein Mindestabstand für Lastwagen signalisiert, doch ist es auf diesen Brücken von der Fahrbahnbreite her ohne Weiteres möglich, dass gleichzeitig zwei schwere Lastwagen die Brücke befahren. Jedenfalls kann auch bei signalisierten Kreuzungsverböten und Mindestabständen nicht ausgeschlossen werden, dass sich zwei Lastwagen gleichzeitig auf der Brücke befinden, und ausserdem wird es als zulässig erachtet, wenn sich gleichzeitig mit einem Lastwagen noch Personenwagen auf der Brücke befinden. Unter diesen Umständen überzeugt es nicht, dass bei den besagten Brücken das Befahren mit einem Lastwagen von 36 bzw. 38 Tonnen Gewicht noch als zulässig erachtet wird, das Befahren mit einem Lastwagen von 40 Tonnen aber nicht.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Mängel des Computerprogramms «Truck» zeigten sich darin, dass das Programm bei Brücken mit kürzerer Spannweite als die Fahrzeuge zum Ergebnis 38 t kommen könne, nachdem die Maximalbelastung des schwerstmöglichen Fahrzeuges bei 28 t liege. Bei den «Truck»-Datenblättern sind zwar Angaben zur Spannweite der Brücken vermerkt. Es finden sich Angaben zu «effektiven» und «reduzierten» Spannweiten. Ob die angeführten Zahlen die Länge in Metern zum Ausdruck bringen, ist wahrscheinlich, aber aufgrund der Akten nicht eindeutig. Einzelne Spannweiten liegen erheblich unter einem Wert von 10 (Metern ?). Unter diesen Umständen ist das Argument der Beschwerdeführerin nachvollziehbar, es sei bei der Anwendung des Programms fälschlicherweise gar nicht berücksichtigt worden, dass bei einzelnen Fahrzeugarten (Dreiachs- oder Vierachs-Lastwagen) gar nicht alle Achsen gleichzeitig auf einer Brücke mit geringer Spannweite stehen könnten. Nach den Grundlagen des Tiefbauamts für die Modellrechnungen beträgt der Radstand einzelner Fahrzeugtypen bzw. Fahrzeugkombinationen jedenfalls erheblich mehr als 10 Meter.

Die Art der Fahrzeuge, insbesondere auch die Achsanordnung, kann nach der plausiblen Darstellung der Beschwerdeführerin einen erheblichen Einfluss auf die Belastung einer Brücke haben. Daher ist zu prüfen, ob eine Gewichtsbeschränkung allenfalls nur für gewisse Fahrzeugarten anzuordnen ist. Das Tiefbauamt hält zwar in seiner Stellungnahme fest, es mache keinen Sinn, die Berechnungen (mit dem Programm Truck) für bestimmte Fahrzeugkategorien durchzuführen, zumindest solange nicht, als die Strassenverkehrsgesetzgebung entsprechende Verbotssignale

nicht vorsehe. Ob diese Ausführungen zutreffend sind, erscheint fraglich. Die Zulässigkeit einer entsprechenden Signalisation wäre vom Polizeikommando zu beurteilen. Art. 64 Abs. 5 SSV sieht jedenfalls vor, dass der Geltungsbereich von Signalen mittels einer Zusatztafel konkretisiert werden kann, wobei ein Symbol oder eine Aufschrift bedeutet, dass ein Signal nur für die auf der Tafel dargestellte Verkehrsart gilt (lit. a), oder dass mittels dem Wort «ausgenommen» oder «gestattet» ein Signal für eine entsprechende Verkehrsart nicht gilt (lit. b). Ob solche Ausnahmen für bestimmte Fahrzeugarten bzw. Lastwagenkategorien signalisiert werden können, ist wie erwähnt vom Polizeikommando zu beurteilen.

Die unbeschränkte Zufahrt der auf öffentlichen Strassen zugelassenen Lastwagen ist jedenfalls von erheblichem öffentlichen Interesse, weshalb Beschränkungen nur bei ausgewiesener Notwendigkeit gerechtfertigt sind. Allein der Umstand, dass das Tiefbauamt über Fachkunde verfügt, rechtfertigte im vorliegenden Fall den Verzicht auf die beantragte Einholung eines Gutachtens nicht. Nachdem die Beschwerdeführerin ausdrücklich die Einholung eines Gutachtens verlangt hatte, war es insbesondere auch nicht zulässig, ein solches unter Hinweis auf die Kosten zu verweigern. Die Rekurrentin hätte zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Barauslagen des Beweisverfahrens verpflichtet werden können (Art. 96 VRP).

e) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen die Feststellungen des Tiefbauamtes und die von diesem getroffenen Schlussfolgerungen mittels einer Expertise zu überprüfen sind. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör umfasste unter anderem den Anspruch, dass formrichtig angebotene Beweismittel abgenommen werden, soweit sie erhebliche Tatsachen betrafen und geeignet waren, über die streitige Tatsache Beweis zu erbringen (vgl. statt vieler BGE 117 Ia 268f.). Der Verzicht auf die beantragte Einholung eines Gutachtens verletzte den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör. Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, die Angelegenheit zur Einholung eines Gutachtens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Verwaltungsgericht verfügt zwar in Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz, was eine Heilung des Verfahrensfehlers im Beschwerdeverfahren grundsätzlich zuliesse (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 990). Die Expertise hat im Streitfall eine zentrale Bedeutung. Der Beschwerdeführerin ginge eine Rechtsmittelinstanz verloren, wenn das Gutachten im Beschwerdeverfahren eingeholt würde. Zudem handelt es sich um eine Materie, bei der der Verwaltung unter Umständen ein gewisser Beurteilungsspielraum zukommt. Dies rechtfertigt eine Rückweisung der Streitsache (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP). Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen. Der Rekursentscheid ist aufzuheben, und die Angelegenheit ist zur Einholung einer Expertise und zu neuer Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dem Rekurs ist die aufschiebende Wirkung gestützt auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 VRP allerdings weiterhin zu entziehen, bis eine allfällige Notwendigkeit einer Gewichtslimite definitiv geklärt ist.

29

Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG (SR 741.01). Kann die bei einer Auffahrkollision durch den Lenker verursachte Gefahr zufolge Nichtbeherrschens des Fahrzeuges nicht mehr als gering und das Verschulden nicht mehr als leicht bezeichnet werden, liegt zumindest eine mittelschwere Widerhandlung vor.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 19. April 2006

AX lenkte am 16. Oktober 2005, um 17.30 Uhr, seinen Personenwagen in Uzwil auf der Waldhofstrasse in Richtung Sonnenbergstrasse. Dabei schloss er auf einen vor ihm fahrenden Personenwagen auf, der in die gleiche Richtung fuhr. Dabei kam es beim Abbiegemanöver zu einer Auffahrkollision. An beiden Fahrzeugen entstand Sachschaden, zwei Personen wurden leicht verletzt. Das zuständige Untersuchungsamt büsste AX u. a. wegen einer einfachen Verkehrsregelverletzung im Sinn von Art. 90 Ziff. 1 SVG mit Fr. 360.–. Das Strassenverkehrsamt entzog ihm daraufhin den Führerausweis u. a. gestützt auf Art. 31 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG für die Dauer von einem Monat. Gegen diese Verfügung erhob der Betroffene Rekurs mit dem Antrag, anstelle eines Führerausweisentzugs sei eine Verwarnung auszusprechen.

Aus den Erwägungen:

4. Im Rekurs umstritten und zu prüfen ist die Frage, ob die Verkehrsregelverletzung als eine mittelschwere Widerhandlung im Sinn von Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG oder als eine leichte Widerhandlung im Sinn von Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG zu behandeln ist.

a) Die Vorinstanz hat dem Rekurrenten den Führerausweis gestützt auf Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG entzogen. Zur Begründung wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, die unsichere Fahrweise des Unfallbeteiligten infolge unnötiger Haltemanöver hätte den Rekurrenten zu besonderer Aufmerksamkeit verleiten sollen. Durch die Auffahrkollision seien zwei Fahrzeuginsassen leicht verletzt worden. Somit habe der Rekurrent konkret eine Gefahr für die Sicherheit anderer Verkehrsteilnehmer geschaffen, weshalb sein Verschulden nicht mehr leicht wiege.

Dem wird im Rekurs im Wesentlichen entgegengehalten, den Rekurrenten treffe nur bedingt ein Verschulden, weil das voranfahrende Fahrzeug auf der Verzweigung nach nur wenigen Metern und ohne jeden sichtbaren Anlass nicht voraussehbar und verkehrswidrig (Art. 14 Abs. 1 VRV) angehalten worden sei. Der Rekurrent habe höchstens eine geringe Gefahr geschaffen. Der Schaden beim voranfahrenden Fahrzeug habe Fr. 500.–, jener am Fahrzeug des Rekurrenten entgegen der Bewertung im Polizeirapport nur unwesentlich mehr betragen. Da das voranfahrende Fahrzeug nach der Darstellung dessen Lenkers nicht stillgestanden sei, sei die Auf-

fahrgeschwindigkeit unterhalb der Harmlosigkeitsgrenze einer Geschwindigkeitsdifferenz von 10 km/h gelegen.

b) 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 . . . (Für die nachfolgenden Ausführungen unter E. 4b/aa und bb/aaa kann auf die gleich lautenden Ausführungen in GVP 2005 Nr. 19 E. 4a, S. 98–100, verwiesen werden.)

bbb) Die Auffahrkollision hat im vorliegenden Fall nach der Darstellung im Polizeirapport zur leichten Verletzung von zwei Personen geführt. Die Beifahrerin des voranfahrenden Lenkers klagte über leichte Nackenschmerzen, die Beifahrerin des Rekurrenten prallte mit dem Kopf gegen die Windschutzscheibe. Im Rekurs wird dazu ausgeführt, zum einen sei die Verletzung der Ehefrau darauf zurückzuführen, dass sie möglicherweise nicht angegurtet gewesen sei, und zum anderen seien leichte Nackenschmerzen nicht mit einer Verletzung gleichzusetzen. Die Strassenverkehrs-gesetzgebung schützt indessen die körperliche Integrität und die Gesundheit anderer Personen. Eine Verletzung dieser Rechtsgüter muss deshalb nicht die Schwelle einer Körperverletzung im Sinn des Strafrechts erreichen. Vielmehr genügt jede Beeinträchtigung der Gesundheit.

Selbst wenn aber die Verkehrsregelverletzung des Rekurrenten – entsprechend der Auffassung im Rekurs – nicht zu einer Verletzung der durch Art. 16 ff. SVG geschützten Rechtsgüter geführt haben sollte, blieb es jedenfalls nicht bei deren abstrakten Gefährdung. Mit der Auffahrkollision konkretisierte sich die Gefahr, und sie zeigte, dass das Verhalten des Rekurrenten jedenfalls geeignet war, andere Verkehrsteilnehmer zu verletzen. Aus den äusserlich erkennbaren Folgen der Kollision ergibt sich, dass sie hinsichtlich der Gefährdung keine Bagatelle darstellte. Einerseits blieb es unabhängig von der frankenmässigen Bewertung im Polizeirapport nicht bei einem minimalen Sachschaden, indem an der Front des Fahrzeugs des Rekurrenten nicht nur die Stossstange, sondern auch die Motorhaube, beide Kotflügel und beide Blinkereinheiten beschädigt wurden. Andererseits erreichte die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung ein Ausmass, das dazu führte, dass die nicht angegurtete Beifahrerin des Rekurrenten aus dem Sitz gehoben und ihr Kopf mit einer Kraft gegen die Frontscheibe gestossen wurde, die einen spinnenartigen Bruch der Scheibe bewirkte. Hinsichtlich der typischen Gefährlichkeit unterscheidet sich damit die vorliegende Auffahrkollision klar von jener, die sich beispielsweise innerhalb einer sich mit Schrittempo vorwärtsbewegenden Fahrzeugkolonne ereignen kann. In der vorliegenden Konstellation ist eine Auffahrkollision typischerweise geeignet, auch bei angegurteten Personen Verletzungen mit langwierigen Folgen nach sich zu ziehen.

Unbehelflich ist der Hinweis im Rekurs auf die Harmlosigkeitsschwelle einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung von höchstens 10 km/h. Zunächst sind die Geschwindigkeiten beider Fahrzeuge nicht bekannt. In der durch die mangelnde Aufmerksamkeit des Rekurrenten verursachten Verkehrssituation ist jedoch

typischerweise mit Geschwindigkeitsdifferenzen von über 10 km/h – möglicher Stillstand des voranfahrenden Fahrzeuges, Beschleunigung des möglicherweise nicht zum völligen Stillstand abgebremsten nachfolgenden Fahrzeugs – und den entsprechenden Gefährdungen und Verletzungen zu rechnen. Zudem spricht nach der einschlägigen Rechtsprechung auch der klare Ausschluss einer unfallkausalen HWS-Verletzung aufgrund der geringen kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung aus technischer und biomechanischer Sicht nicht gegen die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs. Nach neueren wissenschaftlichen Studien findet bei Auffahrkollisionen mit niedriger Geschwindigkeit eine elastische und nicht eine plastische Kräfteübertragung (mit offenbar anderen Wirkungen) statt und sie können trotz geringster Beschleunigung mitunter erhebliche Folgen auslösen, so dass selbst bei scheinbar harmlosen Auffahrunfällen das Vorliegen einer für die Gesundheitsbeeinträchtigung ursächlichen HWS-Verletzung aus medizinischer Sicht nicht von vornherein verneint werden kann (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 24. Juni 2003, U 193/01, E. 2.3; vgl. zur Harmlosigkeitsgrenze auch J. Senn, Harmlosigkeitsgrenzen bei Unfällen mit HWS-/Hirnverletzungen?, in: AJP 11/2002 S. 274 ff.). Auch wenn der erwähnte Fall einer Auffahrkollision innerhalb einer sich mit Schritttempo vorwärtsbewegenden Fahrzeugkolonne möglicherweise auch im Licht dieser Rechtsprechung als typischerweise – Ausnahmen sind damit nicht ausgeschlossen – noch geringe Gefährdung im Sinn von Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG eingestuft werden kann, war die vorliegende Situation durch ein wesentlich höheres Gefährdungspotenzial geprägt.

ccc) Zusammenfassend erweist sich damit die vom Rekurrenten verursachte Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer nicht mehr als gering im Sinn von Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG.

Der Rekurrent hat zufolge ungenügender Aufmerksamkeit eine Auffahrkollision verursacht. Er macht unter Hinweis auf das «verkehrswidrige» Verhalten des voranfahrenden Lenkers geltend, sein Verschulden wiege höchstens leicht. Damit vertritt er sinngemäss die Auffassung, er habe auf ein regelkonformes Verhalten des Lenkers vertrauen dürfen.

Nach der verkehrsstrafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich auf den Vertrauensgrundsatz nur stützen, wer sich selbst verkehrsregelkonform verhalten hat. Wer gegen die Verkehrsregeln verstösst und dadurch eine unklare oder gefährliche Verkehrslage schafft, kann nicht erwarten, dass andere diese Gefahr durch erhöhte Vorsicht ausgleichen. Jedoch gilt diese Einschränkung dort nicht, wo gerade die Frage, ob der Verkehrsteilnehmer eine Verkehrsvorschrift verletzt hat, davon abhängt, ob er sich auf den Vertrauensgrundsatz berufen kann oder nicht. Denn es wäre zirkelschlüssig, in einem solchen Fall den Vertrauensgrundsatz nicht anzuwenden mit der Begründung, der Täter habe eine Verkehrsregel verletzt. Dies hängt ja gerade davon ab, ob und inwieweit er sich auf das verkehrsgerechte Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer verlassen darf (vgl. BGE 120 IV 252 E. 2d/aa). Wenn es der Verwaltungsbehörde angesichts ihrer grundsätzlichen Bin-

dung an die rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung auch nicht möglich ist, ein relevantes Verschulden des Rekurrenten ganz auszuschliessen (vgl. dazu BGE 119 Ib 158 ff.), ist sie immerhin in der Würdigung des Ausmasses des Verschuldens vom Strafrichter unabhängig.

Der Rekurrent geht davon aus, dass der voranfahrende Fahrzeuglenker Art. 14 Abs. 1 VRV verletzt hat. In der Bussenverfügung wird das Verhalten des voranfahrenden Fahrzeuglenkers nicht beschrieben. Der Darstellung im Polizeirapport ist nicht zu entnehmen, ob dieser sein Fahrzeug auf der Verzweigung bis zum Stillstand abgebremst hat. Bei der Beschreibung des Unfallhergangs werden die – abweichenden – Darstellungen der Unfallbeteiligten wiedergegeben. Im Rekurs wird im Zusammenhang mit dem verkehrswidrigen Verhalten davon ausgegangen, der voranfahrende Fahrzeuglenker habe sein Fahrzeug zum Stillstand gebracht. Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Gefährdung wird davon ausgegangen, das Fahrzeug sei lediglich abgebremst worden, so dass die Geschwindigkeitsdifferenz gering gewesen sei. Damit bleibt der Sachverhalt in diesem Punkt ungeklärt.

Art. 14 Abs. 4 VRV stellt eine Ausführungsbestimmung zu den Vortrittsregeln von Art. 36 Abs. 2 – 4 SVG dar. Sie verlangt vom vortrittsbelasteten Fahrzeuglenker, seine Geschwindigkeit frühzeitig zu mässigen und, wenn er warten muss, vor Beginn der Verzweigung zu halten. Dieser Vorschrift ist der dem Rekurrenten voranfahrende Fahrzeuglenker unbestrittenermassen nachgekommen. Da die Bestimmung einerseits nicht vorschreibt, mit welcher Geschwindigkeit in die Verzweigung einzufahren ist, und andererseits die in Art. 26 Abs. 1 und Art. 31 Abs. 1 SVG verankerte allgemeine Vorsichtspflicht unter entsprechenden konkreten Umständen auch ein weiteres Verzögern und Anhalten gebieten kann, kann sich der Rekurrent nicht auf ein verkehrswidriges Verhalten des voranfahrenden Fahrzeuglenkers berufen. Ob dessen Zögern verkehrsbedingt war oder nicht, konnte der Rekurrent im fraglichen Zeitpunkt nämlich nicht beurteilen, weil er nicht über das identische Blickfeld verfügte. Insbesondere hätte ihm der entsprechende Anlass verborgen bleiben können. Deshalb hat der Fahrzeugführer gemäss Art. 12 Abs. 1 VRV beim Hintereinanderfahren einen ausreichenden Abstand zu wahren, so dass er auch bei überraschendem Bremsen des voranfahrenden Fahrzeugs rechtzeitig halten kann. Damit hängt die Verkehrsregelverletzung des Rekurrenten jedenfalls nicht davon ab, ob sich der voranfahrende Fahrzeuglenker verkehrswidrig verhalten hat, indem er Art. 12 Abs. 2 VRV, wonach bruskes Bremsen und Halten nur gestattet sind, wenn kein Fahrzeug folgt und im Notfall, verletzt hat.

Inwieweit der Rekurrent seine Geschwindigkeit vor der Einfahrt in die Verzweigung reduziert und ob er insbesondere sein Fahrzeug zum Stillstand gebracht hat, steht ebenfalls nicht zweifelsfrei fest. Jedenfalls war er aufgrund der Signalisation nicht verpflichtet, sein Fahrzeug anzuhalten. In verschuldensmässiger Hinsicht fällt zunächst ins Gewicht, dass die Auffahrkollision nicht etwa darauf zurückzuführen war, dass der Rekurrent eine Verkehrssituation an sich richtig wahrgenommen, aber falsch eingeschätzt hat (vgl. dazu beispielsweise BGE 127 II 302). Auch wenn

seine Aufmerksamkeit zu Recht in erster Linie darauf gerichtet war, mögliche vortrittsberechtignte Verkehrsteilnehmer wahrzunehmen, durfte der Rekurrent entsprechend der oben dargestellten Regel von Art. 12 Abs. 1 VRV auch das unmittelbar vor ihm fahrende Fahrzeug, das ihm zudem durch eine unsichere und unberechenbare Fahrweise aufgefallen war, nicht völlig aus den Augen lassen. Da der Rekurrent nicht in einer komplexen Situation einen sich peripher abspielenden Vorgang nicht beachtete, sondern ein unmittelbar vor ihm sich abspielendes Bremsmanöver übersah, war seine Aufmerksamkeit in einem Ausmass ungenügend, das ihm nicht mehr lediglich als leichtes Verschulden angelastet werden kann.

c) Damit ergibt sich, dass die Vorinstanz dem Rekurrenten zu Recht den Führerausweis gestützt auf Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG entzogen hat.

30

Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG (SR 741.01). Das Lenken eines Motorfahrzeuges auf kurzer Strecke und bei langsamer Fahrt mit aussen vereister und innen beschlagener Frontscheibe, die zu einer stark eingeschränkten Sicht führte, stellt eine mittelschwere Widerhandlung dar.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 30. August 2006

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist, ob das Führen eines Fahrzeugs mit vereisten und innen beschlagenen Scheiben am 20. Januar 2006 als schwere oder mittelschwere Verkehrsregelverletzung zu qualifizieren ist.

a) Der Rekurrent macht zur Hauptsache geltend, er habe zu Hause vor Fahrtantritt die Front- und Seitenscheiben seines Fahrzeuges vom Eis befreit. Auf der anschliessenden Fahrt habe er wahrgenommen, dass sich die Frontscheibe während der Fahrt beschlagen habe. Dies habe sich unerwartet auf der geraden Strecke der H-strasse aufgrund der höheren Geschwindigkeit plötzlich ergeben. Er habe daher seine Fahrt verlangsamt, da ein sofortiges Anhalten auf der schneller befahrenen H-strasse nicht ohne Risiko gewesen wäre. Allerdings sei die Sicht nicht derart schlecht gewesen wie im Zeitpunkt der fotografischen Aufnahmen. Er habe deutlich mehr gesehen, als auf den Fotos zu erkennen sei. Offensichtlich habe die Kamera auf die Scheibe fokussiert. In rechtlicher Hinsicht liege keine schwere Widerhandlung im Sinn von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG vor. Die Scheibe habe sich schnell, unerwartet, von innen und nach sehr kurzer Fahrzeit beschlagen. Seine Entscheidung, an einem sicheren Ort anzuhalten, stelle kein grobes Fehlverhalten dar. Er habe nur noch wenige Meter bis zur A-Tankstelle weiterfahren wollen. Das

Bundesgericht sei in einem ähnlichen Fall von einer mittelschweren Widerhandlung ausgegangen. Sein automobilistischer Leumund sei trotz hoher privater und beruflicher Fahrleistung tadellos. Als Chauffeur sei er zudem stark sanktionsempfindlich.

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, dass bei einer bis auf ein Guckloch vollkommen beschlagenen Frontscheibe eine hohe Unfallgefahr bestehe. Weder die angeblich kurze Fahrstrecke noch der geplante Reinigungshalt vermöchten das Verschulden des Rekurrenten zu mildern. Auch auf einer geringen Fahrdistanz bestehe die Gefahr, einen Verkehrsunfall zu verursachen, weil man einen anderen Verkehrsteilnehmer nicht oder zu spät erkenne. Der Rekurrent habe mit seinem Verhalten eine grosse abstrakte Gefährdung begangen, womit ihm auch ein schweres Verschulden anzurechnen sei.

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). 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 auch bei einer erhöhten abstrakten Gefährdung gegeben. Die erhöhte abstrakte Gefahr setzt die nahe liegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung voraus (vgl. BGE 123 II 106 E. 2a und 37 E. 1b). 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) Es bedarf damit nach wie vor 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 (BGE 132 II 209 E. 3.2).

Gemäss Art. 29 SVG dürfen Fahrzeuge nur in betriebssicherem und vorschriftsgemäsem Zustand verkehren. Sie müssen so beschaffen und unterhalten sein, dass die Verkehrsregeln befolgt werden können und dass Führer, Mitfahrende und andere Strassenbenützer nicht gefährdet und die Strassen nicht beschädigt werden. In Konkretisierung dieser gesetzlichen Regel zur Betriebssicherheit des Fahrzeugs bestimmt Art. 57 Abs. 2 VRV unter anderem, dass Lichter, Rückstrahler, Scheiben und Rückspiegel sauber gehalten werden müssen. Gegen diese Bestimmung verstösst beispielsweise, wer mit vereister oder beschlagener Windschutz- und schneebedeckter Heckscheibe fährt (vgl. R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band I: Grundlagen, Verkehrszulassung und Verkehrsregeln, 2. Aufl. 2002, Rz. 474).

c) Die Verwaltungsbehörde darf von den tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil nur abweichen, wenn sie Tatsachen feststellt und ihrem Entscheid zugrunde legt, die dem Strafrichter unbekannt waren oder wenn sie zusätzliche Beweise erhebt sowie wenn der Strafrichter auf den Sachverhalt nicht sämtliche Rechtsfragen abgeklärt hat. Die Verwaltungsbehörde hat insbesondere dann auf die Tatsachen im Strafurteil abzustellen, wenn dieses im ordentlichen Verfahren mit öffentlicher Verhandlung unter Anhörung von Parteien und Einvernahme von Zeugen ergangen ist, es sei denn, es bestünden klare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Tatsachenfeststellung (BGE 124 II 103 E. 1c/aa; 119 Ib 158 E. 3c/aa). Die Verwaltungsbehörde ist aber unter bestimmten Voraussetzungen auch an einen Strafentscheid gebunden, der in einem Strafbefehlsverfahren gefällt wurde, selbst wenn er ausschliesslich auf einem Polizeirapport beruht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Beschuldigte wusste oder angesichts der Schwere der ihm vorgeworfenen Delikte voraussehen musste, dass gegen ihn ein Führerausweisentzugsverfahren eröffnet würde, und er es trotzdem unterlässt oder darauf verzichtet, im Rahmen des (summarischen) Strafverfahrens die ihm garantierten Verteidigungsrechte geltend zu machen. Unter diesen Umständen darf der Betroffene nicht das Verwaltungsverfahren abwarten, um allfällige Rügen vorzubringen und Beweisanträge zu stellen, sondern ist nach Treu und Glauben verpflichtet, dies bereits im Rahmen des (summarischen) Strafverfahrens zu tun, sowie allenfalls die nötigen Rechtsmittel zu ergreifen (BGE 123 II 97 E. 3c/aa; 121 II 214 E. 3a).

In Bezug auf die Rechtsanwendung ist die Verwaltungsbehörde grundsätzlich nicht an die rechtliche Qualifikation des Sachverhaltes durch das Strafurteil gebunden. Anders kann es sich verhalten, wenn die rechtliche Würdigung sehr stark von der Würdigung von Tatsachen abhängt, die der Strafrichter besser kennt als die Verwaltungsbehörde, was etwa der Fall sein kann, wenn der Strafrichter den Betroffenen persönlich einvernommen hat (BGE 124 II 103 E. 1c/bb; 119 Ib 158 E. 3c/bb, 104 Ib 358 E. 3).

d) Wie oben erwähnt, besteht in der Regel eine Bindung der Administrativmassnahmebehörden an die tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil, wenn dieses im ordentlichen Verfahren ergangen ist. Davon kann im vorliegenden Fall jedoch keine Rede sein. Es liegt lediglich ein kurzer Polizeirapport ohne unterschriebene Befragung des Rekurrenten vor. Der Strafrichter hat zum Sachverhalt keinerlei Ausführungen gemacht. Hinzu kommt, dass der fragliche Sachverhalt im Polizeirapport offensichtlich nicht korrekt wiedergegeben wird. Die Polizei schildert darin, dass der Rekurrent beim fraglichen Ereignis mit aussen leicht und innen vollkommen beschlagener Frontscheibe auf der Strasse unterwegs gewesen sei. Auf den entsprechenden Fotografien ist jedoch zu erkennen, dass der Rekurrent ein Guckloch von rund 25 cm Durchmesser vom Innenbeschlag befreit hatte. Die Aussage der Polizei mit der vollkommen beschlagenen Windschutzscheibe trifft daher nicht zu. Der Rekurrent hat also nicht gar nichts gesehen, vielmehr war die Sicht nach vorne stark eingeschränkt, während die Seitenfenster freie Sicht gewährten. Davon ist offenbar auch die Vorinstanz ausgegangen, nachdem in der angefochtenen Verfügung von einer Fahrt mit Guckloch die Rede ist. Aufgrund der im Rapport protokollierten Aussage des Rekurrenten sowie mangelndem Nachweis des Gegenteils hatte dieser vor der Abfahrt die Front- und Seitenscheiben zu Hause noch gereinigt. Bezüglich der Seitenscheiben ist dies auf den Fotos deutlich zu erkennen. Folglich ist die Frontscheibe erst im Verlauf der bis zur Anhaltung durch die Polizei zurückgelegten Strecke von rund 1000 m erneut angelaufen, weshalb von einer kurzen Fahrdistanz mit eingeschränkter Sicht ausgegangen werden muss. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz hat die Länge der gefahrenen Strecke sehr wohl einen Einfluss auf die Qualifikation von Verkehrsgefährdung und Verschulden. Zusätzliche erschwerende Umstände wie erhöhtes Verkehrsaufkommen, schlechte äussere Sicht- oder Strassenverhältnisse oder konkrete Gefährdungen sind nicht bekannt. In tatsächlicher Hinsicht ist also davon auszugehen, dass der Rekurrent auf einer kurzen Distanz einen Personenwagen mit stark eingeschränkter Sicht nach vorne gelenkt hat. Zweifellos hat er damit übrige Verkehrsteilnehmer in erhöhter Weise abstrakt gefährdet. Zu seinen Gunsten ist jedoch zu berücksichtigen, dass er wegen der eingeschränkten Sicht gemäss eigenen Angaben seine Geschwindigkeit verlangsamt hatte. Unter diesen Umständen kann in rechtlicher Hinsicht nicht zwingend von einer ernstlichen Gefahr für die Sicherheit anderer die Rede sein. Allerdings handelt es sich auch nicht um eine geringe Gefährdung. Eine Bindung an die rechtliche Qualifikation durch den Strafrichter besteht vorliegend

zwar nicht. Auch dieser hat offenbar keine schwere Gefährdung feststellen können, weshalb er lediglich von einer Übertretung ausging. Das Bundesgericht hat in einem aktuellen Urteil vom 6. April 2006 ebenfalls eine mittelschwere Verkehrsgefährdung angenommen. In jenem Fall war ein Automobilist sogar mitten in der Nacht auf einer Strecke von ca. 300 m unterwegs, ohne die Windschutzscheibe vollständig von Eis befreit zu haben. Er hatte lediglich ein Guckloch von 20 auf 30 cm auf der Höhe der Augen gereinigt (6A.16/2006).

Wer nicht freie Sicht auf die Strasse hat, ist nicht mehr in der Lage, Signale und Markierungen zu beachten (vgl. Art. 27 Abs. 1 SVG) und insbesondere Rücksicht zu nehmen auf andere Verkehrsteilnehmer wie Fussgänger oder Fahrradfahrer. Damit erweist sich das Gebot der freien Sicht auf das Verkehrsgeschehen als elementare Regel. Die bewusste oder unbewusste Verletzung elementarer Verkehrsregeln und der sich daraus ergebenden Sorgfaltspflichten darf nicht leicht genommen werden (vgl. AGVE 1992 S. 538 ff.). Das Verschulden des Rekurrenten kann deshalb nicht mehr als leicht oder mittelschwer eingestuft werden. Korrekterweise hätte der Rekurrent bereits bei den ersten Anzeichen beschlagener Scheiben entweder anhalten oder unverzüglich Gegenmassnahmen (entsprechende Betätigung der Lüftung/Heizung oder Öffnen der Fenster) ergreifen müssen. Seine Weiterfahrt, auch mit verlangsamter Geschwindigkeit und für eine kurze Strecke, stellt ein schweres Verschulden dar.

e) Mangels Hervorrufung einer ernstlichen Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer liegt jedoch unabhängig vom schweren Verschulden kein schwerer Fall im Sinn von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG, sondern ein mittelschwerer nach Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG vor. Die Mindestentzugsdauer dafür beträgt einen Monat (Art. 16b Abs. 2 lit. a SVG).

31

Art. 22 VZV (SR 741.51). Die Bewertung der an der Prüfungsfahrt gezeigten Leistungen wird von der Rekursinstanz nur mit beschränkter Kognition überprüft. Dem Prüfungsexperten steht das sogenannt technische Ermessen zu.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 18. Oktober 2006

AX bestand die erste praktische Führerprüfung der Kat. B am 25. April 2006 nicht. Am 30. Mai 2006 trat er erneut zur Prüfung an, die er wegen verschiedener Fehler bei der Fahrzeugbedienung, bei Fahrmanövern, beim Fahrverhalten und bei den Verkehrsvorgängen wiederum nicht bestand. Im Anschluss an die Fahrt eröffnete

der Prüfungsexperte das Prüfungsergebnis und händigte AX die Verfügung betreffend Führerprüfung, auf welcher die Mängel summarisch aufgeführt sind, aus. Mit dem Antrag, der Führerausweis sei ihm aufgrund der Führerprüfung vom 30. Mai 2006 zu erteilen, eventuell sei diese Prüfung als nichtig zu erklären und er nochmals zur zweiten Prüfung zuzulassen, erhob der Betroffene Rekurs.

Aus den Erwägungen:

3. Im Rekurs wird zunächst beantragt, die Prüfungsfahrt sei als bestanden zu werten.

a) ...

b) Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 SVG wird der Führerausweis erteilt, wenn die amtliche Prüfung ergeben hat, dass der Bewerber die Verkehrsregeln kennt und Fahrzeuge der Kategorie, für die der Ausweis gilt, sicher zu führen versteht. Mit der praktischen Führerprüfung stellt der Verkehrsexperte fest, ob der Gesuchsteller fähig ist, ein Motorfahrzeug der entsprechenden Kategorie unter Einhaltung der Verkehrsregeln auch in schwierigen Verkehrssituationen vorausschauend und mit Rücksicht auf die übrigen Verkehrsteilnehmer zu führen (Art. 22 VZV). Die Zulassungsbedingungen und der Prüfungsstoff richten sich nach Anhang 12 (Art. 22 Abs. 2 VZV).

c) Bei der Beurteilung von praktischen Führerprüfungen liegt eine Besonderheit darin, dass sich der Ablauf der Fahrt nachträglich in der Regel nicht mehr rekonstruieren lässt. Es ergeben sich deshalb Schwierigkeiten bei der Feststellung des für die Beurteilung des Entscheidenden massgeblichen Sachverhaltes. Obwohl für das Verfahren vor der Verwaltungsrekurskommission grundsätzlich die Untersuchungsmaxime, d. h. die Überprüfung des Sachverhaltes von Amtes wegen gilt (Art. 58 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 VRP), muss nach der Rechtsprechung bei der Feststellung des Sachverhaltes wegen der besonderen Natur von Prüfungsfahrten grundsätzlich auf die Wahrnehmungen des speziell ausgebildeten amtlichen Experten abgestellt werden. Von diesem Grundsatz ist indessen dann abzuweichen, wenn Umstände vorliegen, die an der Richtigkeit der Wahrnehmungen zweifeln lassen oder wenn z. B. mittels einer zufällig am Ort des Vorfalls anwesenden Person das Gegenteil bewiesen werden kann (vgl. GVP 1977 Nr. 54).

Auch zu beachten ist, dass die Überprüfung der korrekten Bewertung der durchgeführten Prüfungsfahrt für die Rekursinstanz im Einzelfall mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist. Soweit spezifische Fragen des Fahrverhaltens bzw. der Fahrtechnik zu beurteilen sind, ist eine Überprüfung durch die Verwaltungsrekurskommission nur in beschränktem Ausmass möglich, da dem speziell ausgebildeten amtlichen Sachverständigen bei der Qualifikation der vom Bewerber gezeigten Fähigkeiten ein Beurteilungsspielraum, das sogenannte technische Ermessen, zuzugestehen ist. Die Bewertung der an der Prüfungsfahrt gezeigten Leistungen wird daher nur mit beschränkter Kognition überprüft (GVP 1977 Nr. 54). Dem Gesamteindruck, welchen der Verkehrsexperte während der Prüfungsfahrt gewinnt, kommt

entscheidende Bedeutung zu. Bei der Prüfungsfahrt handelt es sich um eine Momentaufnahme, nur dieser Zeitpunkt ist – wie bei Prüfungen üblich – für die Beurteilung der Kenntnisse und Fertigkeiten zu beachten. Die verfügende Behörde entscheidet aufgrund eines unmittelbaren Eindrucks, indem der Verkehrsexperte selber im Anschluss an die Prüfungsfahrt den Entscheid fällt, ob der Kandidat die nötige Eignung zum Führen eines Fahrzeuges aufweist. Wird dieser Entscheid an eine Beschwerdeinstanz weitergezogen, entfällt die Möglichkeit, auf unmittelbare Wahrnehmungen abzustellen. Der entscheidende Gesamteindruck kann im Prüfungsprotokoll nur beschränkt festgehalten und in einem nachträglichen Rechtsmittelverfahren nicht mehr rekonstruiert werden. Hinzu kommt, dass der Verkehrsexperte über Vergleichswerte und über eine spezifische Erfahrung verfügt, welche der Rechtsmittelinstanz in der Regel abgehen. Der Experte verfügt bei der Frage, ob ein Lenker die erforderliche Eignung zum sicheren Führen eines Motorfahrzeuges aufweist, über einen Beurteilungsspielraum (das sogenannt technische Ermessen), welches von den Rechtsmittelinstanzen zu respektieren ist, so dass sie sich bei der Überprüfung der rechtlichen Fragen eine gewisse Zurückhaltung auferlegen. Die Rechtsmittelbehörde greift daher nur ein, wenn offensichtliche Fehler erkennbar sind (vgl. Entscheid des UVEK vom 21. Januar 2005 in Sachen M. H., E. 2).

d) Wie aus dem Prüfungsblatt ersichtlich, hat der Verkehrsexperte bei der Fahrzeugbedienung, bei Manövern, dem Fahrverhalten und den Verkehrsvorgängen viele Positionen beanstandet und mit Kreuzen markiert. Der Rekurrent hat offenbar während der ganzen Prüfungsfahrt etliche Fehler begangen (Gangwahl, Parkieren, Verkehrssehen, Erkennen der Gefahrenstellen, Anpassen der Geschwindigkeit, Spurgestaltung, Kurvenfahren, Rücksichtnahme auf andere Verkehrsteilnehmer, Befahren von Kreiseln, unmotivierter Verzicht auf den Vortritt, Abstände) und insgesamt ein unzulängliches Verkehrsverhalten gezeigt. Er hatte offensichtlich Mühe, eine den jeweiligen Situationen angepasste Fahrweise zu finden. Aus den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten geht hervor, dass er mehrmals die erlaubte Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h bei Überholmanövern um mindestens 10 km/h überschritten hat. Einerseits handelt sich dabei um eine Verkehrsregelverletzung (Art. 32 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 4a VRV) und andererseits kann dieses Fahrverhalten des Rekurrenten erfahrungsgemäss zu Situationen führen, in denen andere Verkehrsteilnehmer gefährdet werden. Es ist deshalb ohne Weiteres glaubhaft, dass der Rekurrent durch seine Fahrweise in einzelnen Fällen den Verkehr in zumindest erhöht-abstrakter Weise gefährdet hat. Auch die teilweise falsche Gangwahl bei Kreuzungen und in Kreiseln bestreitet der Rekurrent an sich nicht. Ebenfalls gesteht er ein, dass das durchgeführte Wendemanöver nicht dem Gelernten entsprochen habe. Aus den Akten lassen sich keine Hinweise entnehmen, die zu Zweifeln an den vom prüfenden Verkehrsexperten gemachten Tatsachenfeststellungen und Bewertungen führen könnten. ...

Insgesamt ergibt sich, dass der Experte die Prüfungsfahrt anhand der in Ziffer 2 des Anhangs 12 zur VZV genannten Kriterien bewertet und zu Recht als ungenü-

gend beurteilt hat. In deren Verlauf hat der Rekurrent eine Reihe von Fehlern begangen. Die Einschätzung des Experten erscheint glaubwürdig und ist frei von Widersprüchen. Bei einer Gesamtbeurteilung der genannten Umstände muss mit Blick auf das öffentliche Interesse an der Verkehrssicherheit die Eignung zum sicheren Führen eines Personenwagens verneint werden. Die festgestellten Beanstandungen zeigen die zurzeit noch fehlende Fahrtauglichkeit und die damit verbundene Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer auf. Sodann bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Experte seinen Beurteilungsspielraum missbraucht hätte. Es ist demnach der Bewertung durch den Verkehrsexperten zu folgen, zumal der Rekurrent keine stichhaltigen Argumente vorbringt, welche die Tatsachenfeststellung des Experten in Frage zu stellen vermögen. ...

8. Raumplanung und Baurecht

32

Art. 21 Abs. 2 RPG (SR 700); Art. 32 Abs. 1 und Art. 33 BauG (sGS 731.1); Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Ein Grundeigentümer, der Anspruch auf Überprüfung der Nutzungsplanung bestimmter Grundstücke hat, ist zur Anfechtung des Entscheids über die Änderung des Zonenplans legitimiert. Zur Anfechtung einer Baubewilligung ist der Eigentümer eines benachbarten Grundstücks legitimiert, wenn er direkt und in höherem Mass als irgend ein Dritter in seinen eigenen Interessen beeinträchtigt wird. Das Rechtsschutzinteresse ist in Bezug auf alle Vorbringen einzeln zu prüfen (Bestätigung der Rechtsprechung).

Verwaltungsgericht, 25. Oktober 2006

Die Mitglieder der Baugesellschaft M. sind Eigentümer der unüberbauten Parzelle Nr. xxx. S. ist Eigentümer des östlich angrenzenden Grundstücks Nr. yyy, das mit einem Einfamilienhaus überbaut ist. Die nördlich anschliessende, mit einem Zweifamilienhaus überbaute Parzelle Nr. zzz gehört D. Die Grundstücke befinden sich gemäss Zonenplan von 1978 in der dreigeschossigen Wohn-Gewerbe-Zone. Die Baugesellschaft M. stellte ein Baugesuch für ein Mehrfamilienhaus mit acht Wohnungen auf der Parzelle Nr. xxx. S. und D. erhoben Einsprache gegen das Baugesuch und beantragten ausserdem, es sei eine Umzonung durchzuführen. Der Gemeinderat wies die Einsprache ab und erteilte die Baubewilligung. S. und D. erhoben Rekurs und beantragten, die Bewilligung sei aufzuheben, das Grundstück

Nr. xxx sowie weitere Grundstücke seien der Wohnzone W2 zuzuteilen und für das Gebiet M. sei eine Planungszone zu erlassen. Die Regierung wies den Rekurs hinsichtlich der Begehren um Umzonung und Erlass einer Planungszone ab, und das Baudepartement wies den Rekurs gegen die Erteilung der Baubewilligung ab. S. und D. erhoben gegen diese Entscheide Beschwerde. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerden vereinigt und sie abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist.

Aus den Erwägungen:

3. Zu prüfen ist weiter, ob auf die Beschwerde eingetreten werden kann, mit welcher die Beschwerdeführer beantragen, die Grundstücke Nrn. xxx und weitere seien der Wohnzone W2, eventuell der Wohnzone W3 zuzuteilen.

a) 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 Zonenpläne 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. Das RPG überlässt es grundsätzlich den Kantonen, wie dieses Verfahren ausgelöst werden soll (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 190 mit Hinweis). Im Kanton St.Gallen kann der Grundeigentümer nach Ablauf von zehn Jahren seit Rechtsgültigkeit die Überprüfung von Zonenplänen verlangen (Art. 33 Abs. 1 BauG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat ein Privater gestützt auf Art. 21 Abs. 2 RPG ein Recht auf Überprüfung des gültigen Nutzungsplans, wenn er nachweist, dass die verschiedenen öffentlichen Interessen, die bei Erlass der kritisierten planerischen Massnahmen eine Rolle gespielt haben, nicht mehr gegenüber seinen Interessen als Grundeigentümer zu überwiegen vermögen (Pra 85 Nr. 7 E. 2d; vgl. auch Heer, a. a. O., Rz. 193 mit Hinweisen und Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl., Zürich 1999, Rz. 439 mit Hinweisen).

b) Die Vorinstanz hat den Anspruch der Beschwerdeführer auf Überprüfung des Zonenplans der Beschwerdebeteiligten aus dem Jahr 1978 bezüglich der in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke und der anderen ebenfalls nördlich der M-strasse gelegenen und ebenfalls der Zone WG3 zugeteilten Parzellen bejaht. Strittig ist, ob sie zu Unrecht davon ausgegangen ist, die Voraussetzungen für eine Änderung des Zonenplans seien nicht gegeben. Die Beschwerdeführer haben demnach gestützt auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Nach Art. 61 Abs. 3 VRP ist es indessen unzulässig, neue Begehren zu stellen. Das Novenverbot schliesst für das Beschwerdeverfahren neue Begehren aus. Es ist somit grundsätzlich nicht möglich, durch geänderte Anträge den Streitgegenstand zu ändern und dabei mehr oder etwas anderes zu verlangen als im vorinstanzlichen Verfahren (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 647 mit Hinweis). Im Rahmen des Rekursverfahrens hatten die Beschwerdeführer lediglich das Rechtsbe-

gehren gestellt, die zur Diskussion stehenden Grundstücke seien der Zone W2 zuzuteilen. Im Beschwerdeverfahren beantragen sie erstmals, sie seien eventuell der Zone W3 zuzuordnen. Dieses Begehren ist neu und erweist sich deshalb als unzulässig.

c) Auf die Beschwerde ist im Sinn der Erwägungen einzutreten.

4. Zu prüfen ist weiter, inwiefern die Beschwerde betreffend Baubewilligung für ein Mehrfamilienhaus auf der Parzelle Nr. xxx zulässig ist.

a) Was die Legitimation von Nachbarn zur Beschwerdeführung anbetrifft, ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts eine enge räumliche Beziehung zum Baugrundstück erforderlich. Sodann muss der Nachbar direkt und in höherem Mass als irgendjemand in den eigenen Interessen beeinträchtigt werden (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 414 mit Hinweisen; Heer, a. a. O., Rz. 933 f.).

Die Beschwerdeführer sind Eigentümer von Grundstücken, die unmittelbar an das zu überbauende Grundstück angrenzen. Die enge nachbarliche Raumbeziehung ist somit gegeben.

b) Der Nachbar hat das Rechtsschutzinteresse nach der st.gallischen Praxis für jede einzelne Rechtsbehauptung nachzuweisen. Er muss den eigenen Vorteil geltend machen, den er daraus zieht, oder den Nachteil, der abgewendet wird, wenn die Beschwerde gutgeheissen wird. In der Regel sind dies praktische, tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle, gleichsam handfeste Belange, um derentwillen der Nachbar die Verfügung oder den Entscheid anfecht. Das schutzwürdige Interesse besteht somit im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde der beschwerdeführenden Partei in ihrer rechtlichen oder tatsächlichen Situation eintragen würde (GVP 1996 Nr. 59 mit Hinweisen). Dieses Erfordernis ist kaum problematisch, wenn sich der Nachbar auf Bestimmungen beruft, denen eine nachbarschützende Funktion zukommt, wie insbesondere den Vorschriften über Gebäude- und Grenzabstände, die zulässige Ausnutzung, die Geschoszahl und Gebäudehöhe oder die zonenkonformen Immissionen. Nicht zugelassen wird der Nachbar aber, wenn er sich auf die Nichteinhaltung von Abstandsvorschriften auf der ihm abgewandten Seite beruft und er nicht nachzuweisen vermag, weshalb er von der Verletzung in höherem Mass betroffen ist als die Allgemeinheit (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 416 mit Hinweisen).

...

aa) Die Beschwerdeführer rügen erstmals, das Projekt sei nicht bewilligungsfähig, weil Art. 13 Abs. 5 des Baureglements (abgekürzt BauR) nicht eingehalten werde, wonach für jede Wohnung Abstellraum in einer bestimmten Grössenordnung zu schaffen sei. Diese Vorschrift will die Wohnqualität von Bewohnern von Mehrfamilienhäusern sicherstellen, indem ihnen ermöglicht werden soll, ausserhalb der Wohnung Hausrat und andere Gegenstände zu lagern. Es fehlt den Beschwerdeführern an der besonders engen Beziehung zum Streitgegenstand. Dementsprechend führen sie auch nicht näher aus, inwiefern eine Verletzung von Art. 13 Abs. 5 BauR für sie nachteilige Auswirkungen haben könnte. Die Beschwerde kann deshalb in dieser Hinsicht nicht an die Hand genommen werden.

bb) Die Beschwerdeführer bemängeln weiter, an der Nordseite des Gebäudes sei als einziger Zugang zum Kinderspielplatz eine einläufige Treppe mit integrierter Rampe geplant, die eine extreme Steigung aufweise. Diese Treppe sei gefährlich und erweise sich unter dem Gesichtspunkt der in Art. 9 BauR genannten Planungsgrundsätze deshalb als unzulässig. Auch diese Rüge ist neu, und es ist zudem nicht ersichtlich, inwiefern den Beschwerdeführern diesbezüglich ein Rechtsschutzinteresse zukommen sollte. Hinzu kommt, dass noch nicht feststeht, wo sich die Kinderspielplatzflächen befinden werden, zumal die Beschwerdegegnerin gemäss Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids diesbezüglich ein Korrekturgesuch einzureichen hat. Weil auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht eingetreten werden kann, erübrigt es sich sodann, das von den Beschwerdeführern beantragte Beweismittel bezüglich der Sicherheit der Treppe abzunehmen.

cc) Weiter bringen die Beschwerdeführer erstmals vor, das Projekt verletze Art. 15 Abs. 2 BauR. Danach sei bei jeder Garage ein Vorplatz von mindestens 5,0 m Länge so anzulegen, dass ein übliches Motorfahrzeug abgestellt werden könne, ohne Trottoir- oder Fahrbahnfläche zu beanspruchen. Bei Garagen für grössere Fahrzeuge sei die Vorplatztiefe entsprechend zu vergrössern. Die Beschwerdeführer begründen ihre Rüge damit, entlang der Begrenzungsmauer an der östlichen Grundstücksgrenze seien drei Parkfelder geplant. Zwischen diesen Parkplätzen und dem Vorplatz der Garagen von 5 m Länge verbleibe eine Restverkehrsfläche von lediglich 1,11 m, was nicht ausreiche, um einen geregelten Park- und Personenverkehr zu gewährleisten. Weil die Zu- und Wegfahrt blockiert sein könne, werde die Verkehrssicherheit auf der M-strasse beeinträchtigt.

Die Beschwerdeführer machen kein eigenes schutzwürdiges Interesse geltend bzw. sie behaupten nicht, die Grösse und Anordnung des Garagevorplatzes habe zur Folge, dass es ihnen erschwert werde, die M-strasse zu befahren. Fraglich ist deshalb, ob sie in dieser Hinsicht zur Beschwerde berechtigt sind (vgl. dazu Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 388 mit Hinweisen). Die Rüge erweist sich indessen ohnehin als unbegründet. Art. 15 Abs. 2 BauR will sicherstellen, dass ein übliches Motorfahrzeug vor der Garage abgestellt werden kann, ohne dass die öffentliche Verkehrsfläche beansprucht werden muss. Diese Zielsetzung entspricht Art. 100 Abs. 1 StrG, wonach der Bestand von Strassen und die Sicherheit ihrer Benützer nicht beeinträchtigt werden dürfen. Als mögliche Ursachen für Beeinträchtigungen fallen neben Hauptbauten, Zufahrten und Zugängen zu Strassen auch Parkplätze in Betracht (vgl. D. Gmür, in: G. Germann [Hrsg.], Kurzkomentar zum st. gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, Neue Reihe, Band 31, St. Gallen 1989, N 6 zu Art. 100 StrG). Eine derartige Beeinträchtigung ist zufolge der Anordnung der Garagen und der Parkfelder im vorliegenden Fall zum vornherein ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass ein geregelter Park- und Personenverkehr auf dem privaten Areal der Beschwerdegegner möglich ist, wenn auf den Garagevorplätzen, die gemäss Art. 16 Abs. 3 BauR nicht als Abstellplätze für Motorfahrzeuge gelten, keine Fahrzeuge parkiert werden. Was den Hinweis der Beschwerdeführer anbetrifft, die

VSS-Norm 640.291 werde in verschiedener Hinsicht nicht eingehalten, ist schliesslich zu bemerken, dass es sich bei VSS-Normen nicht um Rechtssätze handelt, sondern um Richtlinien, die allerdings ein anerkanntes Hilfsmittel bei der Abklärung der Frage bilden, ob eine Anlage den Anforderungen der Verkehrssicherheit genügt (VerwGE vom 18. Mai/2. Dezember 2004 i. S. M. E. mit Hinweis auf GVP 1990 Nr. 99). Sodann muss ihre Anwendung im Einzelfall dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten, weshalb sie einem Entscheid nicht ungeachtet der konkreten Verhältnisse zugrunde gelegt werden dürfen (VerwGE vom 18. Mai/2. Dezember 2004 i. S. M. E. mit Hinweis auf ZBI 80/1979, S. 223 f. und BGE 94 I 141).

dd) Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, der Kinderspielplatz sei infolge der höheren anrechenbaren Geschossflächen zu klein (vgl. Art. 73 Abs. 1 BauG), fehlt es ihnen ebenfalls an der besonders engen Beziehung zum Streitgegenstand. Kinderspielplätze sollen Bedürfnisse von Kindern und Jugendlichen des betreffenden Mehrfamilienhauses abdecken. Dementsprechend führen die Beschwerdeführer nicht näher aus, inwieweit ein zu kleiner Kinderspielplatz für sie nachteilig sein könnte. Sodann verhalten sie sich bezüglich der Grösse des Kinderspielplatzes widersprüchlich und somit treuwidrig. Mit Schreiben vom 25. Januar 2006 haben sie gegenüber der Vorinstanz unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, die für den Kinderspielplatz ausgewiesene Fläche entspreche der im BauR verlangten Mindestgrösse.

d) Auf die Beschwerde betreffend die Baubewilligung für ein Mehrfamilienhaus auf der Parzelle Nr. xxx ist im Sinn der Erwägungen einzutreten.

5. Was die Beschwerde betreffend Umzonung verschiedener Grundstücke nördlich der M-strasse anbetrifft, halten die Beschwerdeführer dafür, die Wohn-Gewerbe-Zohne WG3 habe ihren Zweck nicht erreicht und es bestehe ein öffentliches Interesse daran, dass die weit fortgeschrittene Entwicklung des Quartiers nicht durch einen Fremdkörper, wie ihn die geplante Baute ihrer Meinung nach darstellt, beeinträchtigt werde.

a) 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 das Verwaltungsgericht daher einen Entscheid der Regierung nur ändern oder aufheben, wenn Rechtsnormen oder Rechtsgrundsätze verletzt werden. Soweit es um die Ausübung des pflichtgemässen Ermessens geht, ist dem Verwaltungsgericht eine Korrektur des Planungsentscheids verwehrt. Ist ein solcher 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 (GVP 2005 Nr. 24 E. 3b mit Hinweisen).

b) Gemäss Art. 33 Abs. 2 BauG hat der Grundeigentümer Anspruch auf Änderung des Zonenplans, wenn die Voraussetzungen nach Art. 32 Abs. 1 BauG erfüllt

sind, d. h. wenn die Änderung aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten erscheint (lit. a), oder wenn der Zweck des Erlasses nicht erreicht wird und dem Grundeigentümer unzumutbare Nachteile erwachsen (lit. b). Art. 33 Abs. 2 BauG räumt dem Grundeigentümer somit einen rechtlich durchsetzbaren Änderungsanspruch ein. Nach Art. 33 Abs. 2 lit. a BauG kann er sich auf alle Gründe für eine Änderung im Sinn von Art. 32 Abs. 1 BauG berufen, wobei der zuständigen Gemeindebehörde beim Entscheid ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt. Ein persönlicher Rechtsanspruch des Grundeigentümers gemäss Art. 33 Abs. 2 lit. a BauG ergibt sich sodann nur, soweit die Überprüfung die Aufhebung des Planes oder Änderungen desselben nahe legt, die auch die Interessen des Grundeigentümers berühren (GVP 2005 Nr. 28 E. 3b mit Hinweis).

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 BV legt der Bund die Grundzüge 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 (GVP 2005 Nr. 24 E. 3c mit Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 sowie Art. 3 Abs. 2 und 3 RPG sowie auf P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 81 ff., und Haller/Karlen, a. a. O., S. 54 ff. und GVP 1996 Nr. 12).

Prüft die zuständige Gemeindebehörde auf das Gesuch eines Grundeigentümers hin, ob sich ein Anspruch auf Änderung des Zonenplans aus wichtigen öffentlichen Interessen ergibt, 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 Art. 3 RPG leiten lassen (GVP 2005 Nr. 28 E. 3b).

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 Bedeutung (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.).

...

e) Die Beschwerdeführer machen geltend, die Einteilung des Gebiets in die Wohn-Gewerbe-Zone WG3 sei gerechtfertigt gewesen, weil sich auf dem heutigen Grundstück Nr. xxx eine gewerblich genutzte Liegenschaft befunden habe, die im Jahr 1995 abgebrochen worden sei. Sodann habe es weitere Gewerbebauten gegeben. In den letzten 25 Jahren sei es indessen zu keiner Ansiedlung von Gewerbebetrieben gekommen, weshalb der Zonenplan seinen Zweck verfehlt habe. Im angefochtenen Entscheid werde sodann festgehalten, die Beschwerdebeteiligte habe angekündigt, sie werde die Zuteilung des Gebiets zur Wohn-Gewerbe-Zone WG3 im Zusammenhang mit der Erarbeitung des Verkehrsrichtplans überprüfen. Weil ein Überprüfungsbedarf anerkannt werde, sei es unzulässig, dem Umzonungsbegehren nicht zu entsprechen.

Der Zonenplan vom 5. Dezember 1978 verfolgt den Zweck, im Gebiet der M. eine verdichtete Bauweise mit bis zu dreigeschossigen Gebäuden und eine durchmischte Nutzung zu ermöglichen. Zutreffend ist zwar, dass im zur Diskussion stehenden Gebiet zweigeschossige Bauten vorherrschen. Unbestritten ist indessen die Feststellung der Vorinstanz, wonach das Haus des Beschwerdeführers D. nach den Höhen- und Ausnutzungsvorschriften der Wohn-Gewerbe-Zone WG3 gebaut worden ist. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführer einwenden, das Haus, das sich vorbildlich in die Umgebung einordne und auf der Seite der T-strasse als zweigeschossiges Gebäude in Erscheinung trete, sei mit Zustimmung der X.-Pensionskasse gebaut worden und habe verschiedene Planungsphasen durchlaufen. Ebenfalls unerheblich ist, dass der Beschwerdeführer D. im Fall der beantragten Umzonung seines Grundstücks in Kauf nimmt, dass das Gebäude baurechtswidrig wird. Hinzu kommt, dass drei der insgesamt acht Grundstücke noch nicht überbaut sind bzw. dass nicht feststeht, wie die Grundstücke Nrn. . . . und dereinst genutzt werden sollen. Des Weiteren steht auf der westlich anschliessenden Parzelle, die ebenfalls der Wohn-Gewerbe-Zone WG3 zugeteilt ist, ein dreigeschossiges Mehrfamilienhaus. In östlicher Richtung liegt eine Wohnzone W3, in der Bauten erstellt worden sind, welche die Regelbauvorschriften dieser Zone ausnützen. Die Wohn-Gewerbe-Zone WG3 hat ihren Zweck somit erreicht, auch wenn dort zurzeit wenig gewerbliche Nutzung stattfindet. Hinzu kommt, dass es nach der Stellungnahme des Amtes für Raumentwicklung vom 9. Juli 2005 und nach den Ausführungen des Kreisplaners anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts Art. 1 und Art. 3 RPG entspricht, dass an einer vergleichsweise zentralen Lage, wie sie hier zur Diskussion steht, dicht gebaut werden kann und dass sich eine dreigeschossige Zone unter dem Ge-

sichtspunkt der haushälterischen Nutzung des Baulandes deshalb als zweckmässig erweist. Sodann macht es aus Sicht der Planungsbehörden im Bereich des Gebiets, das nach Ansicht der Beschwerdeführer der Wohnzone W2 zugeteilt werden soll, nach wie vor Sinn, dass die Möglichkeit einer Mischnutzung (Wohnen/Gewerbe) besteht. Somit sind keine wichtigen öffentlichen Interessen ersichtlich, die eine Änderung des Zonenplans geboten erscheinen liessen.

...

cc) Es fehlt somit auch an einem überwiegenden privaten Interesse an einer Änderung des bestehenden Zonenplans.

33

Art. 24d Abs. 3 lit. b RPG (SR 700); Art. 42a Abs. 3 RPV (SR 700.1); Art. 77quinquies Abs. 2 BauG (sGS 731.1); Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Die Verweigerung des Wiederaufbaus eines Wohnhauses in der Landwirtschaftszone, das nicht mehr der landwirtschaftlichen Nutzung dient und entgegen der erteilten Umbaubewilligung und entgegen den Auskünften der massgeblichen Behörden vorsätzlich vollständig abgebrochen wurde, ist rechtmässig. Art. 77quinquies BauG ist bundesrechtswidrig, weshalb ihm die Anwendung zu versagen ist. An der Verweigerung des Wiederaufbaus besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse. Die Aufforderung zur Einreichung von Plänen zu einem Baugesuch ist keine anfechtbare Verfügung.

Verwaltungsgericht, 14. September 2006

Aus den Erwägungen:

1. a) Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 VRP).

b) Zu prüfen ist im W

eiteren die Rechtsmittelberechtigung des Beschwerdeführers. Dieser ficht unter anderem die von der Beschwerdebeteiligten angeordnete und von der Vorinstanz im Rekursverfahren bestätigte Aufforderung an, Korrekturpläne für die an der Scheune vorgenommenen baulichen Massnahmen einzureichen.

Gemäss Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung eines Rekurses berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung einer Verfügung oder eines Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Diese Bestimmung ist kraft Verweises auch im Beschwerdeverfahren anwendbar (Art. 64 Abs. 1 VRP). Der Inhalt dieser Bestimmung macht deutlich, dass als Anfechtungsobjekt eines Rekurses oder einer Beschwerde

nur eine Verfügung oder ein Entscheid in Frage kommt. Ausserdem umschreibt Art.45 Abs.1 VRP die Voraussetzungen, damit ein Betroffener ein Rechtsmittel ergreifen kann. Die Legitimation zur Ergreifung des Rechtsmittels setzt voraus, dass der von einer Verfügung Betroffene in seinen eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen ist. Nach allgemein anerkannter Praxis ist eine Verfügung ein Akt einer Behörde, der gestützt auf einen öffentlich-rechtlichen Rechtssatz als hoheitliche Anordnung in verbindlicher und erzwingbarer Weise ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen Gemeinwesen und Individuum begründet bzw. aufhebt oder abändert. Eine Verfügung kann vollstreckt werden, ohne dass hierfür noch eine weitere Konkretisierung notwendig ist. Inhaltlich hat sie den Anforderungen von Art.24 Abs.1 VRP zu genügen (GVP 1998 Nr.9 mit weiteren Hinweisen). Vorliegend stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer durch die Aufforderung, bezüglich der Scheune Korrekturpläne einzureichen, in seinen tatsächlichen oder rechtlichen Interessen beeinträchtigt ist.

Die Aufforderung, für die an der Scheune vorgenommenen baulichen Massnahmen unverzüglich korrigierte Pläne einzureichen, erfüllt formell sämtliche Anforderungen gemäss Art. 24 Abs. 1 VRP. Indes kommt es für die Beurteilung der Frage, ob eine Verfügung vorliegt, auf die äussere Form nicht an. In materieller Hinsicht fällt in Betracht, dass das Einreichen von Korrekturplänen von der Baubewilligungsbehörde grundsätzlich nicht erzwungen werden kann. Es verhält sich in dieser Hinsicht ähnlich wie bei einer behördlichen Aufforderung zur Einreichung eines Baugesuchs, die, wie das Verwaltungsgericht festgestellt hat, keine anfechtbare Verfügung darstellt (GVP 1998 Nr. 9). Insbesondere genügt allein der Umstand, dass die Aufforderung von einer hoheitlich wirkenden Behörde ergeht, nicht, um die Verbindlichkeit zu begründen. Wie ein Baugesuch können auch die dem Gesuch zugrunde liegenden Pläne nur freiwillig eingereicht werden. Das Baugesuch ist eine Willenserklärung zur Anhebung des Baubewilligungsverfahrens, und die Planunterlagen sind Ausdruck dieser Willenserklärung, indem sie über die äussere Erscheinung und Ausdehnung einer geplanten Baute orientieren und eine baupolizeiliche Beurteilung ermöglichen (vgl. Art. 80 Abs. 2 BauG). Ist die Behörde der Auffassung, dass die eingereichten Planunterlagen den konkreten Anforderungen nicht genügen, ist sie zwar berechtigt, die notwendigen bzw. ergänzenden Unterlagen zu verlangen (Art. 80 Abs. 2 und 3 BauG). Indes enthält diese Aufforderung zur Einreichung von Plänen keine verbindliche Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Erst mit dem verbindlichen Entscheid, ein Bauvorhaben könne gestützt auf die eingereichten Pläne nicht bewilligt werden, werden Rechtsverhältnisse gestaltet bzw. Eingriffe in solche gemacht. Somit steht fest, dass die Aufforderung zur Einreichung von Korrekturplänen mangels bindender Wirkung nicht als Verfügung qualifiziert werden kann. Ist die Beschwerdebeteiligte der Auffassung, dass die an der Scheune vorgenommenen baulichen Massnahmen gestützt auf die eingereichten Pläne rechtlich nicht beurteilt werden können, hat sie das Baugesuch abzuweisen.

Fehlt es an der Verbindlichkeit eines behördlichen Aktes, erwachsen dem Beschwerdeführer aus der Aufforderung keine Nachteile. Folglich fehlt es dem Be-

schwerdeführer vorliegend zur Ergreifung des Rechtsmittels an der materiellen Beschwer, soweit er die Aufforderung zur Einreichung von Korrekturplänen angefochten hat. In dieser Hinsicht kann deshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Im Übrigen ist die Legitimation des Beschwerdeführers gegeben (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP).

...

3. a) In materieller Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, dass die Ablehnung des Korrekturgesuchs bzw. die Verweigerung der Wiederaufbaubewilligung für das Wohnhaus einen schwerwiegenden Eingriff in sein Eigentum darstelle. Dieser Eingriff beruhe weder auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage noch werde er durch ein öffentliches Interesse gedeckt noch erweise er sich als verhältnismässig.

b) Es ist unbestritten, dass die Ablehnung des Korrekturgesuchs bzw. die Verweigerung des Wiederaufbaus einen Eingriff in die Eigentumsrechte des Beschwerdeführers (Art. 26 BV) darstellt. Staatliche Eingriffe in die Freiheitsrechte sind nur zulässig, wenn sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren (Art. 36 BV).

c) aa) Wie bereits im Rekursverfahren stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, Art. 42a Abs. 3 RPV stelle als Verordnungsbestimmung keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Verweigerung des Wiederaufbaus dar. Darüber hinaus erweise sich die Regelung von Art. 42a Abs. 3 RPV aber auch als unzulässig, da Art. 24d RPG eine Delegation zuhanden des kantonalen Gesetzgebers, nicht jedoch an die Exekutive beinhalte, weitergehende Einschränkungen als in Art. 24d Abs. 3 RPG vorgesehen vorzunehmen. Sodann sei es unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung angezeigt, rechtmässig erstellte Wohnbauten ausserhalb der Bauzone, die durch Umnutzung zu landwirtschaftsfremdem Wohnen zonenwidrig geworden seien, hinsichtlich des Wiederaufbaus denjenigen Wohnbauten gleichzustellen, die im Sinne von Art. 24c RPG durch nachträgliche Pläne und Erlasse zonenwidrig geworden seien. Art. 77quinquies Abs. 2 BauG trage diesem Aspekt Rechnung. Schliesslich könne entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen aus dem Wortlaut von Art. 24d Abs. 3 lit. b RPG nicht abgeleitet werden, dass der Wiederaufbau nach einem freiwilligen Abbruch unzulässig sei.

bb) Eingriffe in die Eigentumsgarantie müssen in einer generell abstrakten Norm vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV), wobei sich die erforderliche Rechtsetzungsstufe nach der Schwere des Eingriffs richtet (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Schwerwiegende Eingriffe sind auf der Stufe eines Gesetzes im formellen Sinn zu normieren, während für weniger schwerwiegende Eingriffe ein Gesetz im materiellen Sinn genügt (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 601).

cc) Art. 24d RPG erlaubt die Umnutzung von nicht benötigten landwirtschaftlichen Wohnbauten zu landwirtschaftsfremden Wohnzwecken, sofern – nebst an-

deren Voraussetzungen – die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert bleiben (Art. 24d Abs. 3 lit. b RPG). Sinn und Zweck dieser Bestimmung besteht darin, «eine sinnvolle, auch mit Blick auf Raum und Landschaft vertretbare Weiterverwendung der bestehenden Bausubstanz» zu erreichen (BBi 1996 III S. 541). Dabei wird vorausgesetzt, dass die Substanz erhalten bleibt, also die bisherige Bausubstanz weiter genutzt wird (BBi 1996 III S. 537 und 545). Dementsprechend schliesst Art. 24d RPG einen vollständigen Abbruch der Wohnbaute mit anschliessendem Wiederaufbau grundsätzlich aus (vgl. BGE 1A.134/2002 vom 17. Juli 2003 E. 5.4; Bundesamt für Raumentwicklung, Erläuterungen zu Art. 42a RPV, Version vom 23. August 2004, S. 4). Für dieses Verständnis spricht unter dem Gesichtspunkt der systematischen Auslegung auch, dass Art. 42a Abs. 3 RPV einen Wiederaufbau im Rahmen von Art. 24d Abs. 1 und 3 RPG – im Sinne einer Erleichterung – (nur) nach Zerstörung durch höhere Gewalt zulässt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers beruht somit der durch den verweigerten Wiederaufbau bewirkte Eigentumseingriff direkt auf Art. 24d RPG und damit auf einem Gesetz im formellen Sinn. Sodann verstösst es auch nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot, Wohnbauten ausserhalb der Bauzone, die durch Umnutzung zu landwirtschaftsfremdem Wohnen zonenwidrig geworden sind, hinsichtlich des Wiederaufbaus anders zu behandeln als Wohnbauten, die durch nachträgliche Pläne und Erlasse zonenwidrig geworden sind. Es steht im Ermessen des Gesetzgebers, diese unterschiedlichen Sachverhalte unterschiedlich zu regeln. Im Übrigen aber ist die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen ohnehin ausgeschlossen (Art. 191 BV). Als unbehelflich erweist sich schliesslich auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf Art. 77quinquies Abs. 2 BauG. Nachdem Art. 24d RPG einen Wiederaufbau nicht vorsieht und Art. 42a Abs. 3 RPV im Sinn einer Ausnahmerebestimmung einen Wiederaufbau nur in Fällen der Zerstörung durch höhere Gewalt zulässt, erweist sich Art. 77quinquies BauG als bundesrechtswidrig, weshalb ihm die Anwendung zu versagen ist (ursprünglich schon kritisch: B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 494).

dd) Nachdem feststeht, dass Art. 24d RPG eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Verweigerung des Wiederaufbaus darstellt, ist zu prüfen, ob vorliegend die Voraussetzungen für einen – ausnahmsweise zulässigen – Wiederaufbau erfüllt sind. Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang geltend, es treffe zwar zu, dass das Gebäude einen Minderwert von nur 40 Prozent aufweise, indes habe die Tragkonstruktion aus bautechnischen Gründen vollständig ersetzt werden müssen. Die Korrekturen seien also gewissermassen nicht freiwillig, sondern aus technischen und baurechtlichen Gründen sowie aus Sicherheitsüberlegungen erfolgt. Schliesslich sei zu beachten, dass das Gebäude aus einem Wohnhaus mit angebauter Scheune bestehe, weshalb nur von einem Teilabbruch gesprochen werden könne.

Den vorstehenden Ausführungen kann entnommen werden, dass das Bundesrecht einen Wiederaufbau landwirtschaftlicher Wohnbauten zwecks landwirtschaftsfremder Nutzung nur nach Zerstörung durch höhere Gewalt zulässt (Art. 24d RPG

in Verbindung mit Art. 42a Abs. 3 RPV). Zur Zerstörung durch höhere Gewalt zählt insbesondere das Abbrennen infolge Blitzschlags oder die Zerstörung durch Sturmwinde. Keine Zerstörung durch höhere Gewalt liegt dagegen vor, wenn das Gebäude vorsätzlich oder eventualvorsätzlich durch den Eigentümer oder mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Duldung zerstört wird (Bundesamt für Raumentwicklung, Erläuterungen zu Art. 42a der Raumplanungsverordnung, a. a. O., S. 4 f.).

Es ist unbestritten, dass die Wohnbaute des Beschwerdeführers nicht durch Naturgewalten, sondern von Menschenhand vorsätzlich zerstört wurde. Dem Architekten ist die Unzulässigkeit eines vollständigen Abbruchs der Wohnbaute seitens der Behörden mehrfach dargelegt worden; sein Wissen und seine Handlungen sind dem Beschwerdeführer zuzurechnen. Damit steht fest, dass die Voraussetzungen für einen Wiederaufbau vorliegend nicht erfüllt sind. Daran vermögen auch die Hinweise des Beschwerdeführers auf angebliche technische und baurechtliche Notwendigkeiten sowie Sicherheitsaspekte nichts zu ändern. In den Schutzbereich von Art. 24d RPG fallen zum vornherein nur «gut erhaltene» Wohnbauten. Diese Voraussetzung gilt dann als erfüllt, wenn sich die statisch wichtigen Teile wie Fundamente, Böden, tragende Wände und Dachkonstruktionen noch in einem guten Zustand befinden bzw. nur zu einem kleinen Teil erneuerungsbedürftig sind. Müssen hingegen ganze Gebäudeteile abgebrochen werden, um die Baute künftig entsprechend nutzen zu können, ist die Umnutzungsbewilligung zu verweigern (BBl 1996 III 542). Aber auch der Einwand, es handle sich nur um einen Teilabbruch, geht an der Sache vorbei. Am Augenschein konnte sich das Verwaltungsgericht davon überzeugen, dass das Wohnhaus nicht mehr vorhanden ist. Während das Wohnhaus nach Art. 24d RPG zu beurteilen ist, findet auf die Scheune, welche nicht Wohnzwecken dient, Art. 24a RPG Anwendung. Für die Frage, ob ein Wiederaufbau des vollständig zerstörten Wohnhauses gestattet ist, spielt der Umstand, dass Teile der Scheune belassen wurden, mithin keine Rolle.

ee) Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer in Abweichung zur Baubewilligung vom 29. Oktober 2004 sein in der Landwirtschaftszone liegendes Wohnhaus abgebrochen hat. Die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Wiederaufbau sind nicht gegeben, nachdem das Wohnhaus freiwillig abgebrochen worden ist.

d) aa) Zu prüfen ist im Weiteren, ob der durch den verweigerten Wiederaufbau bewirkte Eingriff in die Eigentumsгарantie des Beschwerdeführers durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt ist (Art. 36 Abs. 2 BV). Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang geltend, es stehe im öffentlichen Interesse, Bauten zu erhalten, welche durch den Strukturwandel in der Landwirtschaft nicht mehr einer landwirtschaftlichen Nutzung dienen. In diesem Sinn stehe das von der Vorinstanz angeführte Gebot der haushälterischen Nutzung der Verweigerung der Baubewilligung gerade entgegen. Es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, dass bestehende erhaltenswerte Wohnbauten wie die Liegenschaft des Beschwerdeführers saniert, erweitert und grundsätzlich wieder aufgebaut werden könnten. So

dann liege es mit Blick auf das Landschaftsbild im öffentlichen Interesse, dass der bisherige landwirtschaftliche Gebäudekomplex, bestehend aus Wohnhaus und Scheune, erhalten bleibe.

bb) Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zutreffend festhält, zählt der Grundsatz der Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet zu den wichtigsten Prinzipien des Raumplanungsrechts des Bundes (anstelle vieler: BGE 132 II 40 mit Hinweis). Der Sinn und Zweck von Art. 24d RPG besteht, wie vorstehend dargelegt, darin, dass die bisherige Bausubstanz weiter genutzt werden kann. Dagegen wird ein vollständiger Abbruch und nachfolgender Wiederaufbau von Art. 24d RPG nicht gedeckt. Mit der Revision soll eine sinnvolle und möglichst raum- und landschaftsverträgliche Weiterverwendung funktionsloser Bauten ermöglicht werden; keinesfalls wollte man aber neuen baulichen Aktivitäten ausserhalb des Baugebiets Vorschub leisten (BBI 1996 III S. 537).

cc) Wie bereits ausgeführt wurde, ist das Wohnhaus vollständig abgebrochen worden. Die Scheune spielt für die Frage der rechtlichen Beurteilung eines Wiederaufbaus des Wohnhauses keine Rolle. Da der Wiederaufbau des Wohnhauses eine bauliche Aktivität bedeuten würde, die nicht vom Gesetzeszweck gedeckt ist, hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zu Recht erwogen, dass die Abweisung des Korrekturgesuchs im öffentlichen Interesse liegt. Daran vermag auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf den Erhalt des Landschaftsbilds nichts zu ändern. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer selbst die Veränderung des Landschaftsbildes durch den Totalabbruch des Wohnhauses zu verantworten hat. Im Übrigen wird es entsprechend den vorstehenden Erwägungen Sache der Beschwerdebeteiligten sein, im Rahmen der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes über das endgültige Erscheinungsbild zu entscheiden.

ee) aa) Zu prüfen bleibt, ob der Eingriff in die Eigentumsgarantie vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz standhält (Art. 36 Abs. 3 BV). Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang geltend, dass die Verweigerung des Wiederaufbaus für ihn und seinen betagten Vater sehr schwerwiegende Auswirkungen hätte. Der Wegzug aus der gewohnten Umgebung wäre für den Vater schlicht nicht verkraftbar. Für den Beschwerdeführer bedeute die Verweigerung des Wiederaufbaus eine Zerstörung eines grossen Teils seines Eigentums, wobei zu beachten sei, dass er durch den Wiederaufbau keinen besonderen Vorteil erfahre, sondern lediglich das erhalte, was ihm bereits mit der bewilligten Sanierung zugestanden worden sei. Hinzu kämen die Interessen des Pächters, der weit entfernt von R. wohne; die Präsenz der Familie B. würde die Aufsicht seines Weideviehs jederzeit gewährleisten. Neben den enormen privaten Interessen des Beschwerdeführers und seines Vaters würden aber auch öffentliche Interessen für den Wiederaufbau sprechen. Namentlich der Erhalt des bisherigen Erscheinungsbildes und die Weiterverwendung bestehender Bausubstanz sowie die Verbesserung des Erscheinungsbildes durch eine typische Fassaden- und Dachgestaltung würden zusammen mit den

privaten Interessen das öffentliche Interesse am Nichtwiederaufbau bei Weitem überwiegen. Schliesslich sei bei der Abwägung der Interessen zu berücksichtigen, dass eine Umbaubewilligung zwar erlaube, jeden Balken einzeln zu ersetzen oder zunächst das Dach vollständig zu erneuern und dann dieses auf vier Stützen stehen zu lassen, damit der ganze Unterbau ersetzt werden könne, aber ein gleichzeitiges Ersetzen der schadhafte Bauteile nicht zulässig sei. Dies könne nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben.

bb) Die verweigerte Bewilligung des Wiederaufbaus ist zweifellos geeignet, dem Sinn und Zweck von Art. 24d RPG nachzuleben und neue unerwünschte bauliche Aktivitäten in der Landwirtschaftszone zu verhindern. Sodann sind auch keine milderen Massnahmen ersichtlich, welche es erlauben würden, dem Gesetzeszweck auf eine andere Weise als mit der Verweigerung des Wiederaufbaus Rechnung zu tragen. Zu prüfen bleibt mithin, ob die öffentlichen Interessen an der Durchsetzung des Gesetzeszwecks die privaten Interessen des Beschwerdeführers zu überwiegen vermögen. Das Verwaltungsgericht verkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass die Ablehnung des Baugesuchs und die Verweigerung des Wiederaufbaus für den Beschwerdeführer und seinen Vater in finanzieller und emotionaler Hinsicht schwerwiegende Folgen nach sich ziehen. Indes hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zu Recht auf die entgegenstehenden gewichtigen öffentlichen Interessen verwiesen. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang namentlich die präjudizielle Bedeutung, die einer Gutheissung des Baugesuchs zukommen würde. Würde man dem Begehren des Beschwerdeführers stattgeben, müsste künftig der Wiederaufbau von Wohnhäusern, die nicht durch höhere Gewalt zerstört worden sind, generell zugelassen werden. Aufgrund der Akten ist ausgewiesen, dass das Gebäude vorsätzlich zerstört worden ist; würde hier der Wiederaufbau zugelassen, würden den Behörden die Argumente fehlen, um in anderen Fällen den Wiederaufbau von freiwillig zerstörten Wohnhäusern zu verweigern. Die vorstehenden Ausführungen haben indes gezeigt, dass der Gesetzgeber den Wiederaufbau von freiwillig zerstörten Wohnhäusern im Rahmen von Art. 24d RPG klar ausgeschlossen hat. Unzutreffend ist das Vorbringen des Beschwerdeführers, er würde durch die Bewilligung des Korrekturgesuchs keinen besonderen Vorteil erhalten, sondern lediglich das, was ihm bereits durch die bewilligte Sanierung zugestanden worden sei. Da die Bausubstanz des Wohnhauses endgültig verloren gegangen ist, ist es unmöglich, im Rahmen eines Wiederaufbaus denjenigen Zustand zu erzielen, der dem dazumal bewilligten Baugesuch entsprechen würde. Der Beschwerdeführer hätte durch den Wiederaufbau somit zweifellos einen Vorteil. In diesem Sinn geht auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf das öffentliche Interesse am Erhalt von bestimmungsgemässer Bausubstanz ins Leere, nachdem durch den Abbruch die Bausubstanz gerade vollständig zerstört worden ist. Sodann trifft es entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht zu, dass es zulässig sei, Dächer vollständig zu erneuern und dann diese auf vier Stützen stehen zu lassen, damit der ganze «Unterbau»

ersetzt werden könne. Es würde Art. 24d Abs. 3 lit. b RPG sowohl unter dem Titel der äusseren Erscheinung wie auch unter jenem der Erhaltung der baulichen Grundstruktur verletzen, wenn die Baute unter blosser Beibehaltung der Fassade und des Daches vollständig ausgehöhlt und gewissermassen mit einem Neubau gefüllt würde (BBI 1996 III S. 545). Nicht wesentlich ins Gewicht fallen schliesslich die geltend gemachten Interessen des Pächters an einer Überwachung des Weideviehs, zumal die notwendige Überwachung auch ohne die ständige Anwesenheit der Familie B. sichergestellt werden muss.

cc) Vor diesem Hintergrund kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Abweisung des Korrekturgesuchs bzw. die Verweigerung des Wiederaufbaus vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten. Die auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen sind schwerer zu gewichten als die entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen.

f) Zusammenfassend steht fest, dass der Beschwerdeführer in Abweichung zur Baubewilligung vom 29. Oktober 2004 sein in der Landwirtschaftszone liegendes Wohnhaus abgebrochen hat. Da das Wohnhaus somit nicht durch höhere Gewalt zerstört worden ist, sind die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Wiederaufbau nicht gegeben. Die Verweigerung des Wiederaufbaus liegt sodann im überwiegenenden öffentlichen Interesse und erweist sich als verhältnismässig. Die Vorinstanz hat deshalb die Bewilligung zum Korrekturgesuch, welches den Wiederaufbau des Wohnhauses bezweckte, zu Recht verweigert. Gründe, die eine Rückweisung der Streitsache an die Beschwerdebeteiligte entsprechend dem Eventualbegehren des Beschwerdeführers rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Nachdem die bestehende Bausubstanz vollständig zerstört worden ist, ist ein Wiederaufbau im Rahmen der Baubewilligung vom 29. Oktober 2004 aus rein praktischen Gründen gar nicht mehr möglich. Bezüglich der vorinstanzlichen Rückweisung der Streitsache an die Beschwerdebeteiligte zur Prüfung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bleibt anzufügen, dass im angefochtenen Regierungsbeschluss zutreffend erkannt wurde, dass die Behörde in einer Wiederherstellungsverfügung im Sinne von Art. 130 Abs. 2 BauG einerseits die Voraussetzungen der restitutorischen Massnahme festzustellen und andererseits zu bestimmen hat, was der Pflichtige zu tun hat. Nur der verbindliche Entscheid, welche Massnahmen der Pflichtige zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands vorzunehmen hat, gestaltet ein Rechtsverhältnis (VerwGE vom 22. Februar 2006 i. S. M. AG). Die angeordnete Rückweisung ist folglich nicht zu beanstanden, da die Beschwerdebeteiligte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verfügt hat, ohne die erforderlichen Massnahmen konkret zu bezeichnen. Immerhin kann im Hinblick auf die konkrete Anordnung als Hinweis schon heute festgehalten werden, dass auch im Rahmen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ein Wiederaufbau im Rahmen der Baubewilligung vom 29. Oktober 2004 ausser Betracht fällt. Abgesehen davon, dass ein Wiederaufbau, wie bereits ausgeführt wurde, aus rein praktischen Gründen unmöglich ist, ginge es auch nicht an, über die Wiederherstellung

des rechtmässigen Zustandes einen Wiederaufbau zuzulassen, der sich nach Art. 24d RPG als unzulässig erweist. Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

34

Art. 18 und 18m EBG (SR 742.101); Art. 21 BauG (sGS 731.1). Dient eine auf einem Bahnareal stehende Mobilfunkantenne nicht ganz oder nicht überwiegend dem Bahnbetrieb, ist sie nicht im eisenbahnrechtlichen Plan-genehmigungsverfahren zu bewilligen, sondern sie unterliegt dem kantonalen Recht. Die projektierte Anlage, die auf einem im Zonenplan als weisse Fläche dargestellten, keiner Zone zugeordneten Bahnareal erstellt werden soll, ist als zonenkonform zu beurteilen. Eine Sistierung bis zum Vorliegen einer neuen Studie über die Gefahren nichtionisierender Strahlung ist nicht gerechtfertigt.

Verwaltungsgericht, 21. März 2006

Die Swisscom Mobile AG stellte ein Gesuch für den Bau einer Mobilfunkantennenanlage auf dem Bahnareal St.Gallen-Winkeln. Das Grundstück ist im Zonenplan weiss dargestellt. Die Anlage soll sechs Sektorenantennen für die Funkdienste GSM-900, GSM-1800 und UMTS umfassen sowie über eine Richtfunkantenne und eine Gerätekabine verfügen. Gegen das Baugesuch erhob die I. AG, Eigentümerin eines auf der Nordseite der Gleisanlagen in rund 50 m Entfernung zum geplanten Antennenstandort liegenden Grundstücks, Einsprache. Die Baupolizeikommission erteilte die Baubewilligung mit Auflagen und Bedingungen und wies die Einsprache der I. AG ab. Diese gelangte an das Baudepartement. Dieses wies den Rekurs ab. Es hielt fest, es handle sich um eine Nebenanlage im Sinne des EBG, weshalb sie dem kantonalen Recht unterliege. Die weisse Darstellung des Baugrundstücks im Zonenplan trage der Tatsache Rechnung, dass das Areal dem Bahnbetrieb diene. Weil das Areal bereits weitgehend überbaut sei und von Bauzonen umgeben sei, handle es sich um ein Bauvorhaben innerhalb der Bauzone. Die I. AG erhob gegen den Rekursentscheid Beschwerde und beantragte, das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sei bis zum Vorliegen einer Studie der Forschungsstiftung Mobilkommunikation zu sistieren. Das Verwaltungsgericht hat das Sistierungsgesuch und die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

aa) Die Sistierung als vorübergehende Einstellung eines Verfahrens bedeutet eine Abweichung vom Grundsatz einer möglichst beförderlichen Fortführung und

Erledigung des Verfahrens (sog. Beschleunigungsgebot, Art. 29 Abs. 1 BV). Eine solche Abweichung ist dann gerechtfertigt, wenn die Sistierung gesetzlich vorgeschrieben ist oder ein anderes Verfahren anhängig ist, dessen Ausgang von präjudizieller Bedeutung ist (BGE 123 II 3). Sodann fällt eine Sistierung in Betracht, wenn sie aus wichtigen Gründen geboten erscheint und ihr keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (VerwGE vom 4. Juli 1991 i. S. M. W.).

b) Vorliegend ist eine Sistierung weder gesetzlich vorgeschrieben, noch ist ein anderes Verfahren mit gleichen oder ähnlichen Rechtsfragen hängig, dessen Ausgang für das vorliegende Verfahren von massgeblicher Bedeutung wäre. Somit bleibt zu prüfen, ob die Sistierung aus anderen wichtigen Gründen geboten erscheint. Die Beschwerdeführerin führt hierzu an, dass der heutige Wissensstand über die Gefahren nichtionisierender Strahlung und ihre Wirkungen auf die Gesundheit des Menschen noch lückenhaft sei. Wie die Vorinstanz zutreffend festhalte, gehöre nichtionisierende Strahlung zu den schädlichen oder lästigen Einwirkungen, vor denen Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gemäss Art. 1 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 USG zu schützen seien.

c) Bei der von der Beschwerdeführerin erwähnten Studie handelt es sich um eine Anschlussstudie zur holländischen TNO-Studie. Letztere wurde 2003 publiziert und hatte die Untersuchung des Einflusses von GSM- und UMTS-ähnlichen elektromagnetischen Feldern auf das subjektive Wohlbefinden und die kognitiven Funktionen beim Menschen zum Gegenstand. In den zwei untersuchten Versuchsgruppen (elektrosensible und nicht-elektrosensible Personen) konnte kein Einfluss auf das Wohlbefinden und kein konsistenter Einfluss auf kognitive Funktionen durch die Exposition mit GSM elektromagnetischen Feldern nachgewiesen werden. Die Exposition mit einem UMTS-Signal führte hingegen zu einer Verminderung des Wohlbefindens in beiden Gruppen, sowie zu einer Verbesserung der kognitiven Funktion in bezug auf einen Test («Visual selective attention test»). Die Autoren empfehlen eine vorsichtige Interpretation ihrer Ergebnisse und weisen darauf hin, dass die Veränderungen des Wohlbefindens nach der UMTS-Exposition zwar statistisch signifikant, aber doch relativ klein seien. In einer Stellungnahme vom 12. November 2003 hält das TNO-Institut fest, dass die Ergebnisse zunächst durch andere, von ihnen unabhängige Forscher reproduziert werden müssten, um wissenschaftlich anerkannt werden zu können; zudem sei weitere Forschung zum Ausmass und zur gesundheitlichen Relevanz der Effekte der UMTS-Strahlung auf das Wohlbefinden erforderlich. Beim gegenwärtigen Stand der Forschung könne nicht gefolgert werden, dass UMTS-Basisstationen eine Gefahr für die Umwelt darstellten (BGE 1A.86/2003 vom 15. Dezember 2003, Erw. 3.4; http://www.tno.nl/tno/actueel/tno_nieuws/2003/verklaring_tno_over_de_st/).

Ziel der von der Beschwerdeführerin erwähnten Anschlussstudie ist die Replikation des Einflusses von UMTS elektromagnetischer Strahlung auf das Wohlbefinden und die kognitiven Funktionen beim Menschen. Die TNO-Anschlussstudie

wurde Ende 2005 abgeschlossen und ohne Verzögerung in Form eines wissenschaftlichen Artikels bei einer internationalen Fachzeitschrift eingereicht. Zurzeit wird die Studie von einem Expertengremium der Zeitschrift überprüft. Dieses Verfahren beansprucht in der Regel mehrere Monate (vgl. zum Ganzen: www.mobile-research.ethz.ch -TNO-Anschlussstudie: Projektbeschreibung resp. -Stellungnahme bzgl. Publikationstermin).

dd) Art. 11 Abs. 2 USG verlangt, dass Emissionen unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung im Rahmen der Vorsorge soweit zu begrenzen sind, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Für die Beurteilung der schädlichen oder lästigen Einwirkungen legt der Bundesrat sodann durch Verordnung Immissionsgrenzwerte fest (Art. 13 Abs. 1 USG). Er berücksichtigt dabei auch die Wirkungen der Immissionen auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit, wie Kinder, Kranke, Betagte und Schwangere (Art. 13 Abs. 2 USG).

Unter anderem gestützt auf Art. 12 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 USG hat der Bundesrat auf den 1. Februar 2000 die NISV in Kraft gesetzt. Die Verordnung regelt gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a und b die Begrenzung der Emissionen von elektrischen und magnetischen Feldern (mit Frequenzen von 0 Hz bis 300 GHz), die beim Betrieb ortsfester Anlagen erzeugt werden, sowie die Ermittlung und Beurteilung der Immissionen von Strahlung. Die nichtionisierende Strahlung zählt, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, zu den schädlichen oder lästigen Einwirkungen, vor denen Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume zu schützen sind (Art. 1 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 USG). Die in der NISV festgelegten Immissionsgrenzwerte müssen überall eingehalten werden, wo sich Menschen aufhalten können. Ausserdem werden Einwirkungen im Sinn der Vorsorge durch Anlagegrenzwerte für die von einer Anlage allein erzeugte Strahlung sowie durch technische und betriebliche Vorschriften für Anlagen begrenzt.

ee) Es ist unstrittig, dass der Wissensstand zu den gesundheitsgefährdenden Folgen durch hochfrequente nichtionisierende Strahlung im Niedrigdosisbereich nach wie vor lückenhaft ist. Die zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung erlassenen Bestimmungen enthalten nebst eigentlichen Immissionsgrenzwerten immerhin auch Bestimmungen zur vorsorglichen Emissionsbeschränkung, welche gewährleisten, dass die Anlagegrenzwerte an Orten mit empfindlicher Nutzung auch durch leistungsstärkere UMTS-Antennen nicht überschritten werden (vgl. BGE vom 27. Oktober 2005, 1A.280/2004, Erw. 2.5). Darüber hinaus hat der Bundesrat am 11. März 2005 ein Nationales Forschungsprogramm beschlossen; das Thema «Nichtionisierende Strahlung; Umwelt und Gesundheit» soll während der kommenden vier Jahre wissenschaftlich untersucht werden (vgl. Medienmitteilung des Eidgenössischen Departements des Innern vom 11. März 2005, http://www.admin.ch/cp/d/423157d9_1@fwsrvg.html). Auch wenn die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Anschlussstudie die Resultate der TNO-Studie belegen und allenfalls zu weiteren Erkenntnisgewinnen führen sollte, ergibt sich für das verwaltungsgerichtliche Verfahren kein Handlungsbedarf. Wie das Bundesgericht bereits mehrfach

bestätigte, bleibt es Aufgabe der Fachbehörden des Bundes, namentlich des BAFU (früher BUWAL) und des BAKOM, die technische Entwicklung im Bereich des Mobilfunks zu verfolgen und die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, wenn sich ergeben sollte, dass die festgelegten Grenzwerte dem Vorsorgeprinzip nicht zu genügen vermögen. Die Justiz kann erst einschreiten, wenn die zuständigen Behörden dieser Verpflichtung offensichtlich nicht nachkommen bzw. ihren Ermessensspielraum missbrauchen (vgl. BGE vom 27. Oktober 2005 1A.280/2004, Erw. 2.6; BGE vom 15. Dezember 2003 1A.86/2003, Erw. 3.2). Diese Voraussetzungen sind gegenwärtig nicht gegeben. Wichtige Gründe, welche die Sistierung des Beschwerdeverfahrens rechtfertigen würden, liegen somit nicht vor, weshalb dem Antrag der Beschwerdeführerin nicht stattzugeben ist.

...

4. Die geplante Mobilfunkanlage soll auf dem Bahnareal SBB St.Gallen-Winkeln errichtet werden. Die Anlage soll sechs Sektorenantennen für die Funkdienste GSM-900, GSM-1800 und UMTS umfassen, wofür auch ein entsprechendes Standortdatenblatt eingereicht wurde. Nicht Bestandteil der Anlage und des Standortdatenblatts und dementsprechend nicht Gegenstand des Baugesuchs ist eine Antennenanlage für den Bahnverkehr (sog. GSM-Rail-Antenne); diese ist lediglich als Reservestandort optional im Baugesuchsplan vermerkt. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, dient die projektierte Mobilfunkanlage somit nicht ganz oder überwiegend dem Bahnbetrieb. Es handelt sich deshalb um eine Nebenanlage im Sinne von Art. 18m EBG, deren Errichtung nicht im eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahren gemäss Art. 18 EBG zu bewilligen ist, sondern sich grundsätzlich nach kantonalem Recht richtet (Art. 18m Abs. 1 EBG), was auch seitens der Beteiligten unwidersprochen ist.

Strittig ist dagegen die Zonenkonformität des Bauvorhabens, bzw. ob die Anlage im ordentlichen Baubewilligungsverfahren bewilligt werden kann oder ob sie einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG bedarf.

a) Die Vorinstanz ging aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse davon aus, dass die Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG und die Bestimmung über das übrige Gemeindegebiet gemäss Art. 21 Abs. 1 BauG nicht zur Anwendung gelangen. Indem das Baugrundstück im Zonenplan weiss dargestellt und keiner bestimmten Nutzung zugeordnet sei, trage der Zonenplan der Stadt St.Gallen der Tatsache Rechnung, dass das Areal dem Bahnbetrieb diene und deshalb grundsätzlich der Eisenbahnhoheit des Bundes und nicht dem kommunalen und kantonalen Planungsrecht unterliege. Das Areal sei zudem bereits weitgehend zu Zwecken des Bahnbetriebs überbaut und rundum von Bauzonen umgeben, weshalb es sich bei der projektierten Mobilfunkanlage um ein Bauvorhaben innerhalb der Bauzone handle.

Die Beschwerdeführerin bringt hierzu vor, dass das Baugrundstück im Übrigen Gemeindegebiet liege und somit per gesetzlicher Definition keine Bauzone darstelle. Des Weiteren könne für die Beurteilung nach kantonalem und kommunalem Recht

nicht massgebend sein, ob das Gebiet bereits aufgrund des Bahnbetriebs überbaut sei. Schliesslich sei die Ortsplanung Sache der politischen Gemeinde. Indem die Vorinstanz ein im Zonenplan als übriges Gemeindegebiet ausgeschiedenes Areal der Bauzone zuordne, verletze sie den Grundsatz der Gewaltentrennung sowie Bundesrecht und kantonales Recht.

b) Wie bereits die Vorinstanz festgestellt hat, befasste sich das Bundesgericht im Urteil 1A.140/2003 vom 18. März 2004 mit einem vergleichbaren Sachverhalt, wie er vorliegend zu beurteilen ist. Auch dort ging es um die Frage einer Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage auf einem Grundstück der Schweizerischen Bundesbahnen, welches im kommunalen Zonenplan weiss dargestellt wurde und gemäss Auffassung der Beschwerdeführer als übriges Gemeindegebiet und damit als Nichtbauzone ausgeschieden war. Das Bundesgericht nahm im fraglichen Urteil auch Stellung zu der in der Literatur vorgebrachten Kritik gegen ein früheres Urteil (BGE 114 Ib 344), dem eine ähnliche Rechtsfrage zugrunde lag. In der Lehre wurde namentlich kritisiert, dass die bundesgerichtliche Zuweisung des fraglichen Gebiets zur Bauzone zu einer Verwischung zwischen Bau- und Nichtbauzone führe und kaum praktikabel sei. Auch wurde die Auffassung vertreten, dass bei einer Lücke des Nutzungsplans weder eine ordentliche Baubewilligung noch eine Ausnahmegewilligung erteilt werden dürfe; vielmehr müsse die Lücke im Wege der Nutzungsplanung gefüllt werden. Man warf dem Bundesgericht vor, selbst planerisch tätig geworden zu sein (vgl. zum Ganzen BGE 1A.140/2003 vom 18. März 2004, Erw. 2.3 f.).

Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die Nutzung des fraglichen Grundstücks nicht unbestimmt sei; vielmehr sei es bereits durch eisenbahnrechtliche Plangenehmigung dem Eisenbahnverkehr gewidmet. Es rechtfertige sich deshalb, die Bestimmungen hinsichtlich des übrigen Gemeindegebiets nicht anzuwenden. Die unterbliebene Zuordnung zu einer bestimmten Nutzung und die weisse Darstellung des fraglichen Grundstücks im Zonenplan ergebe sich aus der Zuständigkeitsordnung des Eisenbahngesetzes und sei nicht als bewusster Ausschluss des Bahnhofareals aus der umgebenden Bauzone zu verstehen. Das Verwaltungsgericht habe deshalb für die Frage, ob das Areal als Bauzone oder Nichtbauzone zu betrachten sei, zu Recht nicht allein auf die Darstellung im Zonenplan, sondern auf weitere Kriterien wie bereits erfolgte Überbauung und Lage inmitten von Bauzonen abgestellt. Es liege deshalb auch keine Verletzung der vom Raumplanungsgesetz vorgeschriebenen Entscheidungsfolge vor; während bei einer Lücke im Nutzungsplan im allgemeinen ein Handlungsbedarf für die Nutzungsplanung bestehe, sei eine kommunale Planung des fraglichen Gebiets erst möglich, wenn der dortige Bahnbetrieb einmal aufgegeben werden sollte. Bis dahin erscheine es aber sinnvoll, Bahnareale, die im Siedlungsgebiet liegen würden, baulich zu nutzen; ein Interesse an der Freihaltung solcher Areale bestehe nicht (BGE 1A.140/2003 vom 18. März 2004, Erw. 2.5).

c) Diese Überlegungen erweisen sich auch im vorliegenden Fall als zutreffend. Im städtischen Zonenplan ist das Baugrundstück St.Gallen-Winkeln weiss darge-

stellt und keiner bestimmten Nutzung zugeordnet. Dem kantonalen Richtplan ist zu entnehmen, dass im östlichen Teil des Areals eine Nutzungsreserve angemerkt ist, dies deshalb, weil die st.gallische Siedlungspolitik dazu beitragen soll, die Siedlungsentwicklung auf die Knoten des öffentlichen Verkehrs auszurichten und im weitgehend überbauten Gebiet auszuschöpfen; an der intensiveren Nutzung der Bahnhofgebiete besteht ein kantonales Interesse (Richtplan IV 13, Nutzungsreserven in Bahnhofgebieten). Der grösste Teil des Baugrundstücks ist von Bauzonen umgeben, so namentlich von der Industriezone, der Gewerbe-Industrie-Zone, der Wohn-Gewerbe-Zone und der Kernzone. Das Grundstück ist zudem weitgehend zu Zwecken des Bahnbetriebs überbaut. Es erscheint daher durchaus sinnvoll, das Bahnareal, welches inmitten des Siedlungsgebietes liegt, als Baugrundstück für die Erstellung einer Mobilfunkantenne zu nutzen. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass es sich um ein Bauvorhaben innerhalb der Bauzone handelt, das keiner Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG bedarf.

d) Nicht nachvollziehbar und widersprüchlich erweisen sich vor diesem Hintergrund die nachfolgenden Erwägungen in der vorinstanzlichen Entscheidung, wonach bezüglich der Frage der Zonenkonformität und der Anwendung der Regelbauvorschriften von den Bestimmungen für das übrige Gemeindegebiet auszugehen sei, wobei sich das Bauvorhaben als «standortgebunden im Sinn des kantonalen Rechts» erweise. Beim übrigen Gemeindegebiet handelt es sich gerade um eine Nichtbauzone, weshalb ein Heranziehen dieser Vorschriften nicht sachgerecht ist, nachdem zuvor festgestellt worden ist, dass das Bauvorhaben in der Bauzone liegt.

Mobilfunkanlagen sind Infrastruktureinrichtungen, die der Versorgung der Bevölkerung mit Fernmeldediensten dienen. Vergleichbar mit Strassen und anderen Versorgungsanlagen gehören Infrastrukturanlagen grundsätzlich in die Bauzonen. Aus diesem Grund würde zum Beispiel ein generelles Verbot der Errichtung von Mobilfunkantennen in Bauzonen Art. 24 RPG verletzen, da damit Siedlungsanlagen aus den Bauzonen hinaus auf die grüne Wiese gedrängt würden (vgl. URP 2000 S. 269 ff.). Als Infrastruktureinrichtungen sind Mobilfunkanlagen im Grundsatz in allen Bauzonen zonenkonform. Jedenfalls aber würde sich vorliegend eine Mobilfunkantennenanlage in sämtlichen Bauzonen in der unmittelbaren Nähe des geplanten Antennenstandorts als zonenkonform erweisen, weshalb ohne Weiteres von der Zonenkonformität des Bauvorhabens auszugehen ist. Die konkrete «Zuweisung» zu einer Bauzone erübrigt sich, nachdem die Einhaltung der Regelbauvorschriften keine Probleme aufwirft, welche von den jeweiligen Zonenvorschriften abhängig wären.

5. Nachdem die Zonenkonformität der geplanten Mobilfunkantennenanlage feststeht, ist im Folgenden zu prüfen, ob dem Bauvorhaben keine andern im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse entgegenstehen (Art. 87 Abs. 1 BauG).

a) aa) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die geplante Gerätekabine weder den Gebäudeabstand zum Geräteschuppen noch die Maximalhöhe von drei Metern einhalte und somit öffentlich-rechtliche Bauvorschriften verletze. Bei diesen Bestimmungen handle es sich um wesentliche Bauvorschriften, deren Einhal-

tung nicht dadurch sichergestellt werden könne, dass die Baubewilligung unter entsprechenden Bedingungen und Auflagen erteilt werde. Der vorinstanzliche Entscheid sei daher auch aus diesem Grund aufzuheben.

bb) Gemäss Art. 87 Abs. 2 BauG kann die Baubewilligung mit einschränkenden Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Während Bedingungen die Rechtswirksamkeit der Baubewilligung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig machen, verpflichten Auflagen den Adressaten der Bewilligung zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 866 ff.). Mit Bedingungen und Auflagen können nur Hindernisse von untergeordneter Bedeutung beseitigt werden. Dabei ist auf die konkreten Verhältnisse abzustellen; allein der Umstand, dass das Bauhindernis in Zusammenhang mit der Einhaltung des Gebäudeabstands oder der Gebäudehöhe steht, schliesst die Erteilung einer Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen jedenfalls nicht aus (vgl. GVP 1979 Nr. 8).

cc) Gemäss Art. 57 Abs. 2 BauG ist der Gebäudeabstand im Baureglement festzulegen. Art. 37 Abs. 1 der st.gallischen Bauordnung (sRS 731.1, abgekürzt BO) bestimmt, dass der Gebäudeabstand für kleine An- und Nebenbauten im Sinne von Art. 36 BO bis auf sechs Meter reduziert werden darf. Die Gerätekabine, bei welcher es sich gemäss zutreffender Feststellung der Vorinstanz um eine kleine Nebenbaute im Sinne von Art. 36 BO handelt, kommt gemäss Baugesuchsplänen 5.56 m östlich des Geräteschuppens zu liegen. Sie unterschreitet damit den minimal zulässigen Gebäudeabstand von sechs Metern minim. Dieses Hindernis ist von untergeordneter Bedeutung, weshalb dessen Beseitigung über eine entsprechende Auflage in der Baubewilligung sichergestellt werden kann, zumal die dadurch bewirkte Änderung auch nicht zu einer erheblichen Abänderung der Planunterlagen führt (vgl. GVP 1990 Nr. 8).

dd) Bei kleinen An- und Nebenbauten im Sinne von Art. 36 BO darf die Höhe der Baute, von Oberkant Erdgeschossfussboden bis zum Schnittpunkt zwischen Fassadenflucht und Dachhaut gemessen, drei Meter nicht überschreiten. Im vorliegenden Fall beträgt die Gebäudehöhe für die Gerätekabine gemäss Baugesuchsplänen 3.10 m. Auch diese Überschreitung ist im vorliegenden Fall von untergeordneter Bedeutung und schliesst die Erteilung einer Baubewilligung unter einer entsprechenden Auflage nicht aus.

b) aa) Des Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, es bestehe die reelle Gefahr, die Mobilfunkantenne könnte nach Errichtung auf die Bahnanlage stürzen, weshalb sie im Sinne von Art. 24 EBV unzulässig sei.

bb) Art. 24 EBV bestimmt unter anderem, dass neben dem Bahntrasse keine Konstruktionen stehen dürfen, die dem Wind und den Witterungseinflüssen nicht genügend Widerstand leisten und auf die Bahnanlage stürzen könnten. Dies bedeutet e contrario, dass bauliche Konstruktionen neben dem Bahntrasse errichtet werden dürfen, wenn sie eine genügende Standfestigkeit aufweisen. Im Übrigen bestimmt auch Art. 166 BO, dass jedes Bauwerk so auszuführen und zu unter-

halten ist, dass die seinem Zweck entsprechende Festigkeit und Feuersicherheit gewährleistet ist und eine Gefährdung von Leben und Gesundheit von Personen und von Sachen nicht besteht.

cc) Gründe, weshalb die zu beurteilende Mobilfunkantenne den Witterungseinflüssen nicht standhalten könnte, sind nicht ersichtlich und werden auch von der Beschwerdeführerin nicht vorgebracht. Ohne begründete Zweifel an der geplanten Konstruktion bzw. der korrekten Bauausführung erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin indes als unbegründet.

c) aa) Schliesslich bestreitet die Beschwerdeführerin, dass die Mobilfunkanlage die Grenzwerte der NISV einhalten werde. Zudem sei in Bezug auf die ihr aus dem Baugrundstück entstehenden Immissionen eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Eine solche führe aufgrund der bereits bestehenden Immissionsbelastung zusammen mit den von der Mobilfunkantenne ausgehenden Strahlen zu einer übermässigen Immissionsbelastung, welche gemäss Art. 684 ZGB unzulässig sei.

bb) Zur Prognose der massgebenden Strahlungsleistung ist das vom Mobilfunkbetreiber eingereichte Standortdatenblatt massgebend (BGE 128 II 379). Ein solches liegt auch der vorliegenden Streitsache bei und wurde vom Amt für Umweltschutz überprüft und für korrekt befunden. Gemäss Ziffer 64 des Anhangs 1 zur NISV beträgt der Anlagegrenzwert für Anlagen, die sowohl in Frequenzbereichen um 900 MHz als auch um 1800 MHz oder höher senden, 5,0 V/m. Dem Standortdatenblatt der Beschwerdegegnerin vom 19. Dezember 2003 ist zu entnehmen, dass sich der massgebliche Wert für sämtliche GSM- und UMTS-Antennen zwischen 0.36 und 3.17 V/m und somit innerhalb des zulässigen Bereichs bewegt. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdegegnerin gemäss Ziffer 15 der Baubewilligung vom 9. Juli 2004 dazu verpflichtet wurde, drei bis sechs Monate nach Inbetriebnahme der Mobilfunkanlage mittels Messung durch eine akkreditierte Firma nachzuweisen, dass die geltenden Grenzwerte eingehalten werden. Unter diesen Umständen kann der Einwand der Beschwerdeführerin, die Mobilfunkantenne halte die Grenzwerte der NISV nicht ein, nicht nachvollzogen werden.

cc) Gemäss Art. 11 Abs. 3 USG werden die Emissionsbegrenzungen verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden. Einwirkungen werden dabei sowohl einzeln als auch gesamthaft und nach ihrem Zusammenwirken beurteilt (Art. 8 USG).

Die Beschwerdeführerin bringt im Rahmen der privatrechtlichen Immissionseinsprache vor, die bereits bestehenden Einwirkungen aus dem Bahnbetrieb würden mit der zukünftigen Strahlungsbelastung das zulässige Mass an Immissionen übersteigen. Art. 8 USG verlangt bei der Beurteilung der Einwirkungen von Belastungen eine ganzheitliche Betrachtungsweise. Auch im Rahmen des privatrechtlichen Immissionsschutzes ist, sofern von ein und demselben Grundstück mehrere Einwirkungen verschiedener Art ausgehen, die Gesamtwirkung aller Immissionen entscheidend (vgl. BGE 123 II 497).

Grundsätzlich stehen der privatrechtliche und der öffentlich-rechtliche Immissionsschutz selbständig nebeneinander (BGE 126 III 226); indes ist Art. 684 ZGB dort praktisch bedeutungslos geworden, wo das Umweltschutzgesetz resp. die entsprechenden Verordnungen Fragen des Immissionsschutzes einer umfassenden öffentlich-rechtlichen Regelung unterworfen haben (GVP 1992 Nr. 29). Für die von der Beschwerdeführerin angeführten Einwirkungen wie Lärm, Rauch und Russ sind somit weitgehend die LRV sowie die LSV massgebend. Für Erschütterungen hat der Bundesrat bis heute keine Immissionsgrenzwerte festgelegt. Dies ist im vorliegenden Fall jedoch unerheblich. Bereits die Ermittlung und Beurteilung von Kombinationswirkungen innerhalb gleichartiger Immissionen (z. B. Kombination verschiedener Luftfremdstoffe) fällt nicht leicht; als praktisch unmöglich erweist sich aber die Beurteilung des Zusammenwirkens verschiedener Immissionen (bspw. Lärm in Kombination mit Luftverunreinigungen). Aus Praktikabilitätsgründen ist es deshalb grundsätzlich zulässig, davon auszugehen, dass eine Immission, die unterhalb des für sie gültigen Immissionsgrenzwerts liegt, auch dann nicht als schädlich oder lästig gilt, wenn sie gleichzeitig mit anderen Einwirkungen auftritt (vgl. hierzu Schrade/Loretan, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., N 14a zu Art. 13 USG). Diese Sichtweise hat nicht nur in Bezug auf Art. 8 USG zu gelten, sondern auch für den privatrechtlichen Immissionsschutz nach Art. 684 ZGB. Nachdem wie vorstehend dargelegt, die Mobilfunkantennenanlage die massgeblichen Grenzwerte der NISV einhält, ist somit der Einwand der Beschwerdeführerin nicht zu hören, die bereits bestehenden Immissionen würden zusammen mit der Strahlungsbelastung das zulässige Mass überschreiten.

6. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich zusammenfassend, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin unbegründet sind. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

35

Art. 56 Abs. 4, Art. 98 Abs. 1 lit. c und Art. 98 Abs. 2 BauG (sGS 731.1); Art. 108 Abs. 2 StrG (sGS 732.1); Art. 36 der Bauordnung der Stadt St. Gallen (sRS 731.1, abgekürzt BO). Der oberirdische Aufbau eines Autolifts gilt als kleine Anbaute im Sinn der Bauordnung der Stadt St. Gallen. Der Autolift und die unterirdische Tiefgarage bilden keinen unzulässigen Eingriff in das geschützte Ortsbild. Können durch bauliche Massnahmen Motorfahrzeuge auf privaten Flächen anstatt auf öffentlichem Grund abgestellt werden, sind grundsätzlich besondere Verhältnisse gegeben, die eine Unterschreitung des Strassenabstands rechtfertigen.

Verwaltungsgericht, 21. März 2006

Aus den Erwägungen:

2. a) Der Beschwerdeführer macht vorab geltend, der geplante Autolift sei mit Art. 36 BO nicht zu vereinbaren. Der Wortlaut von Art. 36 lit. d BO sei klar und eindeutig; insbesondere ergebe sich aus der Verwendung des Wortes «nur», dass die Aufzählung der zulässigen Nutzungen abschliessender Natur sei. Ausserdem handle es sich um eine Ausnahmebestimmung, welche nach der Rechtsprechung eng auszulegen sei. Der Hinweis der Vorinstanz auf den «Sinn und Zweck» der Bestimmung sei nicht überzeugend, da andernfalls kleinere An- und Nebenbauten zu jedem möglichen Zweck errichtet werden könnten, solange diese nur nicht dem längeren Aufenthalt von Menschen dienen würden.

b) Gemäss Art. 37 Abs. 1 und 2 BO erfahren kleine An- und Nebenbauten verschiedene baupolizeiliche Erleichterungen hinsichtlich der Einhaltung des Grenz- und Gebäudeabstandes sowie hinsichtlich der Berechnung der massgebenden Gebäudetiefe und -länge. Gemäss Art. 36 lit. d BO dürfen kleine An- und Nebenbauten nur Werkstatträume, Abstellplätze für Motorfahrzeuge, Abstellräume oder offene Hallen enthalten.

c) Der Inhalt einer Norm ist ausgehend von ihrem Wortlaut nach ihrem Sinn und Zweck und den ihr zugrunde liegenden Wertungen zu ermitteln. Dies bedeutet, dass der Wortlaut einer Norm nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet werden muss (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 121; vgl. A. Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1962, N 175 zu Art. 1 ZGB).

d) Mit der Autoliftbaute werden die in der Tiefgarage untergebrachten vierzehn Autoabstellplätze erschlossen. Es handelt sich somit nicht um einen Abstellplatz für Motorfahrzeuge im engeren Sinn entsprechend der Formulierung in Art. 36 lit. d BO. Indes ist, wie vorstehend ausgeführt, der Wortlaut im Zusammenhang mit der Zweckvorstellung zu beurteilen, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist. Der Sinn und Zweck von Art. 36 lit. d BO liegt unter anderem darin, Garagenbauten, sofern

sie die Voraussetzungen hinsichtlich Fläche und Höhe (Art. 36 lit. a und b BO) erfüllen, bei der Einhaltung der Abstandsvorschriften zu privilegieren. Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, weshalb eine Baute mit Abstellplätzen für Motorfahrzeuge anders zu beurteilen ist als eine Autoliftbaute, die der Erschliessung von Autoabstellplätzen dient. Insbesondere unterscheiden sich das Ein- und Ausfahren in eine Garagenbaute und das Ein- und Ausfahren in einen Autolift in funktionaler Hinsicht nicht. Der Beschwerdeführer vermag denn auch keine Gründe anzugeben, welche mit Blick auf den Sinn und Zweck von Art. 36 BO gegen eine Gleichbehandlung der Autoliftbaute mit einem Autoabstellplatz sprechen würden. Die isolierte Betrachtung des Wortlautes führt vorliegend nicht zum Ziel, und auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf die abschliessende Formulierung in Art. 36 lit. d BO steht einer Gleichbehandlung nicht entgegen. Der Grundsatz, wonach Ausnahmebestimmungen nur restriktiv ausgelegt werden dürfen, gilt in der Lehre und Rechtsprechung als überholt. Dem Grundsatz ist insbesondere dann nicht zu folgen, wenn der scheinbaren Ausnahmegesetz eine auf Verallgemeinerung angelegte Prinzip zugrunde liegt (Honsell/Vogt/Geiser, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2002, N 15 zu Art. 1 ZGB). Dies ist vorliegend der Fall, nachdem keine Gründe ersichtlich sind, welche eine unterschiedliche Behandlung einer klassischen Garagenbaute und der geplanten Autoliftbaute rechtfertigen. Somit erweist sich der Einwand des Beschwerdeführers, der geplante Autolift sei mit Art. 36 BO nicht zu vereinbaren, als unbegründet.

3. a) Der Beschwerdeführer beanstandet, dass die geplante unterirdische Parkgarage und der dazugehörige Autolift zu einer Beeinträchtigung des geschützten Ortsbildes an der Dufourstrasse führen würden. Infolgedessen hätte die angefochtene Baubewilligung gemäss Art. 98 Abs. 2 BauG nur erteilt werden dürfen, wenn ein gewichtiges, das Interesse an der Erhaltung überwiegendes Bedürfnis nachgewiesen wäre. Ein derartiges Interesse sei nicht dargetan, geschweige denn nachgewiesen. Selbstverständlich genüge das finanzielle Interesse der Bauherrschaft an einer besseren wirtschaftlichen Ausnützung ihres Grundstückes nicht. Im Weiteren verstosse die angefochtene Baubewilligung und der Rekursentscheid gegen Art. 17 Abs. 2 und Abs. 5 BO, weil sich das Bauvorhaben nicht wie verlangt besonders gut in das Ortsbild einfüge und die das Ortsbild prägenden Elemente wie Freiraum, Vorgärten und Bäume nicht erhalten würden. Schliesslich habe die kantonale Denkmalpflege zu Recht darauf hingewiesen, dass mit der Bewilligung des angefochtenen Bauvorhabens ein weitgehendes Präjudiz geschaffen würde. Auch anderen Grundeigentümern im geschützten Ortsbild an der Dufourstrasse müsste in Zukunft das Erstellen einer unterirdischen Parkgarage mit Autolift oder vergleichbarer Bauten bewilligt werden.

b) Bedeutende Ortsbilder sind gemäss Art. 98 Abs. 1 lit. c BauG als Schutzgegenstände zu erhalten. Die Beseitigung oder die Beeinträchtigung von Schutzgegenständen darf nur bewilligt werden, wenn sich ein gewichtiges, das Interesse an der Erhaltung überwiegendes Bedürfnis nachweisen lässt (Art. 98 Abs. 2 BauG).

In Ausführung zu Art. 98 Abs. 1 lit. c BauG hat die Stadt St.Gallen Art. 13 lit. b BO erlassen, wonach in den im Zonenplan bezeichneten Gebieten mit geschützten Ortsbildern Bauten und Anlagen sowie deren Umgebung besonders sorgfältig zu gestalten sind, so dass eine städtebaulich gute Gesamtwirkung erzielt wird. Gemäss Art. 17 Abs. 1 BO sind die im Zonenplan bezeichneten geschützten Ortsbilder im Sinn von Art. 98 BauG in der äusseren Erscheinungsform zu erhalten, soweit nicht andere öffentliche Interessen überwiegen. Neu- und Umbauten haben sich bezüglich Massstäblichkeit der Baumassen, der Fassadengestaltung und der Materialwahl besonders gut in das Ortsbild einzufügen. Wo es für die Wahrung des Ortsbildes von Bedeutung ist, müssen die Bauhöhen und Abstände der zu ersetzenden Bauten in Abweichung von den Bauklassenvorschriften übernommen werden (Art. 17 Abs. 2 BO). Bestehende, das Ortsbild oder einzelne Bauten prägende Freiräume, Vorgärten und Bäume sind zu erhalten (Art. 17 Abs. 5 BO).

Gemäss Art. 130 Abs. 1 BO bedürfen in den im Zonenplan bezeichneten Gebieten mit schutzwürdigen Grünflächen mit Baumbestand bauliche Veränderungen der Grünflächen und das Fällen von Bäumen ab einem Stammumfang von 50 cm, 1 m über dem gewachsenen Terrain gemessen, einer Bewilligung. Die Bewilligung kann erteilt werden, wenn durch die Veränderung das für dieses Gebiet charakteristische, ausgewogene Verhältnis der Bebauung zu den Grünflächen mit Baumbestand nicht beeinträchtigt wird oder wenn andere öffentliche Interessen überwiegen (Art. 130 Abs. 2 BO).

c) Entsprechend dem Wortlaut handelt es sich bei Art. 17 Abs. 2 BO um ein Einordnungsgebot (vgl. B. Zumstein, Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts, Diss. St.Gallen 2001, S. 140 f.). Das Einordnungsgebot verlangt, dass das Bauvorhaben einerseits für sich allein und andererseits in seinem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung beurteilt wird. Besonders zu berücksichtigen sind charakteristische Gestaltungselemente, die in der Umgebung vorkommen, wie etwa die Materialien und Farben oder die Formgebung und die Proportionen. Je heterogener sich die Umgebung in bezug auf die charakteristischen Merkmale präsentiert, umso weniger kann vom typischen Charakteristischen gesprochen werden und umso weniger muss ein Bauvorhaben ihnen Rechnung tragen (Zumstein, a. a. O., S. 144; VerwGE vom 24. März 2003 i. S. E. St., vom 25. Oktober/9. November 2004 i. S. D. E. und andere sowie vom 24. Januar 2006 i. S. Politische Gemeinde O.).

d) Der kantonale Denkmalpfleger nahm zunächst am 12. November 2004 schriftlich zum Baugesuch Stellung. Dabei hielt er im Wesentlichen fest, dass der geplante Autolift den massgeblichen ortsbaulich relevanten Grundsätzen widerspreche. Der Lift würde im ortsbaulich sehr wertvollen Strassenzug der Dufourstrasse als nicht zu übersehender Fremdkörper erscheinen. Die Lage unmittelbar an der Strasse sei stark störend. Die blockierende und zugleich eingeschobene Stellung des Liftes zwischen Haus und Strasse widerspreche der ortsprägenden Klarheit von freigestellter Villa inmitten eines klar definierten Aussenraumes. Der

Gartenbereich längs der Einfriedung werde gänzlich zur Verkehrsfläche. Die rein technisch bedingte Stellung an der Gebäudeecke und die technoide Gestaltung beeinträchtigen die ausgewogene und qualitätvolle Architektur des Hauptgebäudes. Der Lift sei an und für sich ein typologisch fremdes Element in dieser Bebauung, wobei die Gestaltung mit Profilglas und Blech diese Unverträglichkeit verstärke. Das zweimalige Durchbrechen der besonders sorgfältig gestalteten neubarocken Einfriedung für die Ein- und Ausfahrt stelle ein ungutes Präjudiz für weitere Demonstagen der ortstypischen Einfriedungen dar. Insgesamt erweise sich der Autolift als ortsbaulich fremd und widerspreche den Zielsetzungen der Einhaltung des geschützten Ortsbildes mehrfach.

Im Weiteren liess sich der Leiter der kantonalen Denkmalpflege mit Schreiben vom 11. Februar 2005 zum Korrekturgesuch vom 2. Februar 2005 vernehmen. Im Rahmen dieses Korrekturgesuchs wurde der Strassenabstand von 0,40 auf 0,90 m vergrössert und die maximale Höhe von 3,45 m auf 2,80 m reduziert (gemessen ab Niveau Trottoir). Ausserdem ist anstelle der Verwendung von Profilitglas und Titanzinkblech die Erstellung der Umfassungswände als verputzte Betonwand mit horizontalem Glasband geplant. Der Leiter der kantonalen Denkmalpflege führte zum Korrekturgesuch aus, dass der Aufbau in Abweichung der ortstypischen Bebauung zwar immer noch am falschen Ort stehe, die Korrektur eingabe im Vergleich mit dem ursprünglichen Baugesuch aber als Verbesserung erachtet werde. Aus Sicht der Denkmalpflege seien die eher geringen Möglichkeiten, welche aufgrund der Vorgabe «schützenswertes Ortsbild» gegeben seien, ausgenutzt.

Anlässlich des verwaltungsgerichtlichen Augenscheins äusserte sich der kantonale Denkmalpfleger schliesslich dahingehend, dass sich die Denkmalpflege mit dem Bauvorhaben unter Berücksichtigung der mit dem Korrekturgesuch verbundenen Verbesserungen «abfinden» könne.

e) Das Verwaltungsgericht fand am Augenschein die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen bestätigt. So befindet sich auf dem Grundstück des Beschwerdeführers eine Garagenbaute, welche die Grundfläche von 30 m² überschreitet und an die nördliche Gebäudeecke des Wohnhauses angebaut ist. Wohnhaus und Garage weisen zur Dufourstrasse einen Abstand von 7 m bzw. 5 m auf. Der Garagenvorplatz dient als Abstellplatz für zusätzliche Fahrzeuge. Die südwestlich an die Liegenschaft des Beschwerdeführers angrenzende Liegenschaft ist neben einem Wohnhaus mit zwei zur Dufourstrasse hin vorgelagerten Anbauten überbaut, wobei moderne Materialien verwendet worden sind. Die Haupt- und Anbauten halten einen Strassenabstand von rund 8 m bzw. 3 m ein. Auf der nördlich an das Baugrundstück anschliessenden Parzelle steht in einem Abstand von rund 6 m zur Dufourstrasse ein Garagentrakt mit sechs Boxen mit einem geteerten Vorplatz.

...

f) Gemäss Korrekturgesuch vom 2. Februar 2005 soll die Autoliftbaute mit einer Grundfläche von 29,5 m² und einer Höhe von 2,80 m in Erscheinung treten. Zwischen der Einfriedung und der Autoliftbaute soll durchgehend eine Hecke gepflanzt

werden. Aus südlicher Richtung wird die Autoliftbaute wegen der Geländetopographie nicht einsehbar sein, und von der Dufourstrasse aus wird wegen der Hecke im Wesentlichen nur der obere Glasbandabschluss sichtbar sein. Sodann ist mit Blick auf die vorstehenden Sachverhaltsfeststellungen zu berücksichtigen, dass entlang der Dufourstrasse bereits mehrere Annexbauten bestehen, welche zur Dufourstrasse einen unterschiedlichen Abstand von unter 1 m bis 5 m einhalten; dabei weisen einige dieser Bauten ein grösseres Volumen auf als die umstrittene Autoliftbaute. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers prägt somit eine erhebliche Heterogenität das Schutzgebiet entlang der Dufourstrasse bezüglich der Gestaltung des Aussenraums zwischen den Hauptbauten und der Strasse, weshalb im Zusammenhang mit der geplanten Autoliftbaute auch nicht von einem eigentlichen «Präjudiz» gesprochen werden kann. Sodann kann der Aussage des Leiters der kantonalen Denkmalpflege in der Vernehmlassung vom 12. November 2004, wonach der geplante Anbau «der ortsprägenden Klarheit von frei gestellter Villa inmitten eines klar definierten Aussenraumes» widerspreche, unter den gegebenen Umständen nicht gefolgt werden.

g) Die festgestellte Heterogenität bezüglich der Lage und Gestaltung der vorhandenen Annexbauten führt entsprechend der dargelegten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts dazu, dass die Anforderungen an die besonders gute Einfügung, wie sie von Art. 17 Abs. 2 BO verlangt wird, bei der Errichtung der geplanten Autoliftbaute nicht überspannt werden dürfen. Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die verhältnismässig schlechte Einsehbarkeit der Anbaute kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass keine Rechtsverletzung darin erblickt werden kann, wenn die Vorinstanzen das Bauvorhaben als mit Art. 17 Abs. 2 BO als vereinbar beurteilt haben. Gleiches gilt bezüglich Art. 17 Abs. 5 BO. Durch die Verwirklichung des Projekts gehen weder prägende Freiräume noch Vorgärten oder Bäume verloren. Aber auch den Anforderungen von Art. 130 Abs. 2 BO ist Genüge getan. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Bau der Autoliftbaute das charakteristische, ausgewogene Verhältnis der Bebauung zu den Grünflächen mit Baumbestand beeinträchtigen soll. Nachdem feststeht, dass das Einordnungsgebot von Art. 17 BO gewahrt ist, liegt ferner auch keine Beeinträchtigung des Schutzgebiets im Sinne von Art. 98 Abs. 2 BauG vor. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, soweit der Beschwerdeführer einen unzulässigen Eingriff in das geschützte Ortsbild geltend macht. Auf die Einholung des vom Beschwerdeführer beantragten Gutachtens zur Frage der Beeinträchtigung des Schutzobjekts ist zu verzichten.

4. a) Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanzen hätten zu Unrecht und in Abweichung von Art. 108 StrG eine Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Strassenabstandes erteilt. Nach der Rechtsprechung des kantonalen Baudepartements müsse zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Strassenabstandes eine Situation vorliegen, in welcher die Handhabung des Gesetzes hart und unbillig wäre und sich eine abweichende

Lösung mit dem Gesetzeszweck vereinbaren lasse oder wesentlich besser erscheine. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt. Insbesondere sei die Autoliftbaute für die Erschliessung der Tiefgarage nicht unumgänglich, da diese ohne Weiteres mit einer Zufahrt erschlossen werden könnte. Die damit verbundene Reduktion der Zahl der erstellbaren Abstellplätze stelle keine Härte bzw. Unbilligkeit im Sinne der Rechtsprechung des Baudepartements dar. Hinzu komme, dass die geplante Ein- und Ausfahrt zur Tiefgarage die Verkehrssicherheit erheblich beeinträchtige und mit der Erteilung der Baubewilligung ein weitreichendes Präjudiz geschaffen würde.

b) Der ordentliche Strassenabstand für Bauten beträgt in der W2a 3 m (Art. 67 BO). Die zuständige Behörde kann nach Art. 108 Abs. 2 lit. a StrG Ausnahmen von den Strassenabstandsvorschriften bewilligen, wenn weder Verkehrssicherheit noch Strasse beeinträchtigt werden.

c) Die Dufourstrasse verläuft im Bereich der geplanten Baute gerade; sie ist 5 m breit und weist auf der Südostseite zusätzlich ein 2 m breites Trottoir auf. Die Autoliftbaute soll einen Strassenabstand von 0,9 m aufweisen. Sie unterschreitet mithin den ordentlichen Strassenabstand von 3 m um 2,1 m.

d) Art. 108 Abs. 2 StrG stellt eine «Kann-Vorschrift» dar. Es besteht mithin kein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Ausnahmbewilligung, selbst wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (G. Germann, Kurzkomentar zum st.gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, St.Gallen 1989, N 3 zu Art. 108). Ausnahmbewilligungen sind nur beim Vorliegen besonderer Umstände zu erteilen, auch wenn der Gesetzeswortlaut nicht zwingend nach einem Härtefall im Sinne von Art. 77 Abs. 1 lit. a BauG verlangt (D. Gmür, Strassenpolizeiliche Bestimmungen, in: G. Germann [Hrsg.], Kurzkomentar zum st.gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, St.Gallen 1989, N 3 zu Art. 108 mit Hinweis auf VerwGE vom 25. Februar 1986 i.S. J.Z. und G.H. zum Strassengesetz vom 17. März 1930). Bei der Beurteilung, ob besondere Umstände die Erteilung einer Ausnahmbewilligung rechtfertigen, ist auf die konkreten Verhältnisse abzustellen und die Raum- und Ortsplanung sind mitzuberücksichtigen. Dabei kommt den zuständigen Behörden ein erheblicher Spielraum zu (Gmür, a. a. O., N 3 zu Art. 108).

e) aa) Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts liegt das Vermeiden von Parkieren auf öffentlichem Grund im öffentlichen Interesse. Dementsprechend sind im Grundsatz besondere Verhältnisse, welche eine Unterschreitung des Strassenabstandes rechtfertigen, gegeben, wenn durch eine bauliche Massnahme erreicht wird, dass Motorfahrzeuge anstatt auf öffentlichem Grund auf privaten Abstellflächen abgestellt werden (vgl. VerwGE vom 12. Dezember 1984 i.S. M. G. zum Strassengesetz vom 17. März 1930). Dies ist vorliegend der Fall. Die Tiefgarage bietet, wie vorstehend erwähnt, Platz für vierzehn Fahrzeuge. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass vierzehn Fahrzeuge anstatt auf öffentlichem auf privatem Grund abgestellt werden; dies gilt um so mehr, wenn

wie im zu beurteilenden Fall die Parkplatzknappheit im Quartier notorisch ist. Vorliegend kommt hinzu, dass eine andere Stellung des Autolifts oder die Erschliessung der Tiefgarage mit einer langen Zufahrtsrampe – sofern technisch überhaupt realisierbar – aus der Sicht des Ortsbildschutzes weit weniger erwünscht wäre, als die geplante Lösung mit dem Autolift. Unter den gegebenen Umständen ist deshalb keine Ermessensverletzung ersichtlich, wenn die Vorinstanzen von besonderen Umständen ausgegangen sind, welche die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigen.

b) Bezüglich der Verkehrssicherheit hat der Vertreter des kantonalen Tiefbauamtes am Augenschein des Verwaltungsgerichts seine Ausführungen im Rekursverfahren bestätigt und festgehalten, dass der geplanten Erschliessung der Tiefgarage aus verkehrstechnischer Sicht nichts entgegenstehe. Die geforderte Sichtweite von 50 m sei gegeben und werde durch die Autoliftbaute nicht beeinträchtigt. Die Trottoirüberfahrten stellten keine Gefährdung dar, zumal verhältnismässig wenig Fussgänger das Trottoir benützen würden. Aber auch das zu erwartende zusätzliche Verkehrsvolumen bereite keine Schwierigkeiten. Eine Verkehrsmessung während des Semesters hätte für die Dufourstrasse einen sehr kleinen DTV ergeben.

Der Beschwerdeführer setzt sich mit den Feststellungen des kantonalen Tiefbauamtes im Rekursverfahren in der Beschwerdeschrift kaum auseinander und beschränkte sich auch anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts im Wesentlichen darauf, auf die Verkehrsverhältnisse an der Dufourstrasse während des Semesters hinzuweisen. Seine Ausführungen sind nicht geeignet, die nachvollziehbaren und sachlich begründeten Ausführungen der kantonalen Fachstelle zu entkräften, welche bei der Beurteilung der Verkehrssicherheit auch die verkehrsmässige Belastung der Dufourstrasse während des Semesters berücksichtigt hat.

c) Als unbegründet erweisen sich schliesslich die Befürchtungen des Beschwerdeführers, mit der Erteilung der Ausnahmegewilligung würde ein weitreichendes Präjudiz geschaffen. Zum einen ist bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 108 StrG, wie vorstehend erwähnt, immer auf die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls abzustellen. Zum andern fällt in Betracht, dass wie bereits ausgeführt wurde, bereits zahlreiche An- und Nebenbauten an der Dufourstrasse den gesetzlichen Grenzabstand nicht einhalten.

f) Aus dem Gesagten folgt, dass sich die Rüge, die Vorinstanzen hätten zu Unrecht eine Ausnahmegewilligung nach Art. 108 StrG erteilt, als nicht stichhaltig erweist.

36

Art. 73 und 74 BauG (sGS 731.1). Das kantonale Recht ermächtigt die Gemeinden, eine Ersatzabgabe für einen fehlenden Kinderspielplatz zu erheben. Die konkrete Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage ist dem kommunalen Recht überlassen, insbesondere die Regelung der Frage, ob die Ersatzabgabe nur bei Neubauten oder auch bei Umbauten geschuldet ist.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 12. Dezember 2006

Aus den Erwägungen:

3. Gegenstand des Verfahrens ist eine Ersatzabgabe für einen fehlenden Kinderspielplatz in der Höhe von Fr. 38 042.–. Diese in Frage stehende Geldleistung wird nebst den Gebühren und Beiträgen den Kausalabgaben zugeordnet. Ersatzabgaben sind finanzielle Leistungen als Ersatz für Naturallasten, von denen die Pflichtigen dispensiert werden, sofern sie bestimmte gesetzliche Voraussetzungen erfüllen (Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Aufl. 2002, N 2657; BGE 97 I 802 ff.; GVP 1999 Nr. 20 m.w.H.). Die Ersatzabgabe hat keinen selbständigen Charakter, sie hängt sowohl in ihrem Bestand als auch in ihrer Höhe von einer anderen Pflicht ab. Sie ist ein spezifisch am Gleichheitssatz orientiertes rechtliches Instrument, dessen Funktion auf die Schaffung eines gerechten Ausgleichs zwischen denjenigen, die eine ihnen auferlegte Primärverpflichtung erfüllen, und denen, die diese Pflicht nicht erfüllen, gerichtet ist (GVP 1999 Nr. 20; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 112 B, S. 344 f.; BGE 112 Ib 367).

a) Als öffentliche Abgabe bedarf die Ersatzabgabe der Grundlage in einem formellen Gesetz. Die vom Bundesgericht umschriebenen Grundsätze sind dabei einzuhalten (BGE 120 Ia 3, 266; 121 I 235, 274 f.; 122 I 289). Delegiert das Gesetz die Kompetenz zur (rechtmässigen) Festsetzung einer Abgabe an den Verordnunggeber, so muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlage der Abgabe selber festlegen. Dem Grundsatz des Erfordernisses eines formellen Gesetzes zur Abgabenerhebung ist auch Genüge getan, wenn die wesentlichen Elemente der Abgabe in einem Gemeindeerlass geregelt sind. Auch ein Gemeindeerlass kann, mindestens funktionell, als formelles Gesetz fungieren. Dies gilt insofern, als die Rechtsetzungskompetenz hinsichtlich einer Abgabe den Gemeinden auf dem Weg der Kompetenzausscheidung zugewiesen wird (vgl. BGE 97 I 804 ff.). Kommunale Erlasse sind einem formellen Gesetz gleichgestellt, wenn sie von der nach dem kantonalen Recht ermächtigten Gemeindelegislative beschlossen wurden oder wenn der Erlass der Gemeindeexekutive dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstand.

b) Gemäss Art. 73 Abs. 1 BauG kann der Bauherr beim Bau von Mehrfamilienhäusern verpflichtet werden, auf seinem Grundstück der Grösse der Überbauung

angemessene, genügend besonnte und gegen den Verkehr gesicherte Spielplätze für Kinder zu erstellen. Bei Überbauungen von sechs und mehr Wohnungen sind solche Spielplätze zu erstellen. Kleinwohnungen mit ein bis zwei Zimmern werden nicht angerechnet (Art. 73 Abs. 2 BauG). Bei grösseren Überbauungen mit Einfamilienhäusern kann von den Eigentümern die Erstellung gemeinsamer Spielplätze in angemessener Nähe verlangt werden (Art. 73 Abs. 3 BauG). Eigentümer bestehender Bauten können zur Erstellung von Spielplätzen für Kinder verpflichtet werden, wenn ein Bedürfnis besteht, die örtlichen Verhältnisse es zulassen und die Kosten zumutbar sind (Art. 73 Abs. 4 BauG). Das kantonale Recht schreibt also lediglich bei Überbauungen mit sechs oder mehr Wohnungen die Pflicht zur Erstellung eines Spielplatzes vor. In den übrigen Fällen ist es dem kommunalen Gesetzgeber überlassen, ob er eine Erstellungspflicht vorsehen will. Tut er dies nicht, so kann in diesen Fällen allein aufgrund der kantonalen Norm keine Erstellung eines Spielplatzes oder eine entsprechende Ersatzabgabe verlangt werden. Da die kantonale Norm im BauG lediglich eine Delegations- und Kompetenzzuweisungsnorm darstellt, ist Art. 73 BauG nicht direkt anwendbar. Vielmehr ist eine Regelung der Erstellungspflicht im kommunalen Erlass zwingend notwendig.

Lassen die örtlichen Verhältnisse die Bereitstellung genügender Spielplätze nicht zu oder erweisen sich die Kosten als unzumutbar, so können die Grundeigentümer verpflichtet werden, in angemessener Nähe entsprechende Spielplätze zu beschaffen oder angemessene Beiträge an die Erstellung öffentlicher Kinderspielplätze zu leisten (Art. 74 BauG). Diese kantonalrechtliche Bestimmung enthält eine in allgemeine Form gekleidete Ermächtigung der Gemeinden zur Festsetzung von Abgaben als Ersatz für die Erfüllung der Pflicht zur Errichtung von Kinderspielplätzen (GVP 1999 Nr. 20).

Die Politische Gemeinde X hat von ihrer Kompetenz in Art. 42 des Baureglements vom 6. Januar und 13. April 2004 (abgekürzt BauR) Gebrauch gemacht. In Abs. 1 wird festgelegt, dass beim Bau von Mehrfamilienhäusern mit sechs und mehr Wohnungen genügend besonnte und gegen den Verkehr gesicherte Kinderspielplätze zu erstellen sind. In Abs. 2 wird die Spielplatzgrösse im Verhältnis zur anrechenbaren Wohngeschossfläche geregelt. In Abs. 3 wird für den Fall, dass Ersatzabgaben im Sinn von Art. 74 BauG zu leisten seien, ein Betrag von Fr. 110.– (Zürcher Baukostenindex, Basis April 1998) pro fehlendem m² festgelegt. Das Baureglement wurde von der Vorinstanz am 6. Januar und 13. April 2004 beschlossen, vom 9. August bis 7. September 2004 dem fakultativen Referendum unterstellt und vom Baudepartement des Kantons St.Gallen am 22. Dezember 2004 genehmigt und seither angewendet.

4. Es stellt sich nun die Frage, in welchem Zeitpunkt der Anspruch auf die Ersatzabgabe entsteht und folglich eine genügende gesetzliche Grundlage gegeben sein muss.

a) In einem Entscheid betreffend eine Ersatzabgabe für Kinderspielplätze hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass die Vorteile, die aus der Befreiung von der

primären Leistungspflicht resultierten, nicht erst nach Abschluss der Bauarbeiten eintreten, sondern bereits nach rechtskräftigem Erlass des Gestaltungsplanes oder spätestens bei der Erteilung der Baubewilligung. In diesem Zeitpunkt werde der Grundeigentümer von seiner bisherigen Leistungspflicht befreit und könne die Vorteile (Kosteneinsparung und Mehrausnutzung) realisieren (GVP 1999 Nr. 20). Die genügende gesetzliche Grundlage für die Ersatzabgabe muss folglich bereits in jenem Zeitpunkt gegeben sein (vgl. VRKE I/2 vom 13. November 2001 in Sachen H. AG, S. 7f.).

b) In der vorliegenden Streitsache wurde die Baubewilligung der Rekurrentin am 24. August 2004 erteilt. In Ziff. 7.1 derselben wurde festgehalten, dass auf dem Baugrundstück ein gut besonnener, windgeschützter und gestalteter Kinderspielplatz mit einer Fläche von wenigstens 20 Prozent der anrechenbaren Geschossfläche anzulegen und dem Zweck dauernd zu erhalten sei. Die Rekurrentin ersuchte die Baukommission in der Folge um Befreiung von der Pflicht zur Erstellung eines Kinderspielplatzes. Diesem Antrag stimmte die Baukommission an ihrer Sitzung vom 2. November 2004 zu. Sie hielt in ihrem Schreiben vom 3. November 2004 aber auch fest, dass in Anwendung von Art. 74 BauG Ersatzbeiträge zu leisten seien. Mit dieser Entscheidung stand für die Rekurrentin also fest, dass sie von ihrer ursprünglichen Leistungspflicht befreit war und die Vorteile daraus nutzen konnte. Das eingangs erwähnte Baureglement vom 6. Januar/13. April 2004 trat jedoch erst mit der Genehmigung durch das Baudepartement am 22. Dezember 2004 in Kraft und kann daher vorliegend nicht als gesetzliche Grundlage herangezogen werden.

5. Es ist daher zu prüfen, ob das zuvor gültige Baureglement, datierend vom 2. Oktober 1989/20. August 1991 (abgekürzt aBauR), eine hinreichende gesetzliche Grundlage darstellt.

a) Das aBauR wurde vom Gemeinderat am 2. Oktober 1989/20. August 1991 erlassen, in der Volksabstimmung vom 21. Juni 1992 gutgeheissen und vom Baudepartement am 28. März 1995 genehmigt. Auch darin befinden sich Bestimmungen über die Pflicht zur Erstellung von Kinderspielplätzen. Gemäss Art. 60 Abs. 1 aBauR sind solche beim Bau von Mehrfamilienhäusern mit sechs und mehr Wohnungen oder von fünf und mehr zusammengebauten Einfamilienhäusern zu erstellen. In Abs. 2 wird festgelegt, wie gross im Verhältnis zur anrechenbaren Wohngeschossfläche die Spielplätze dimensioniert sein müssen. In Abs. 4 von Art. 60 aBauR wird für den Fall, dass Ersatzabgaben im Sinn von Art. 74 BauG zu leisten seien, ein Betrag von Fr. 100.– (Zürcher Baukostenindex, Gesamtindex = 115,5 Punkte; Stand April 1995) pro fehlendem m² festgelegt. Dieser Betrag verändert sich dem Indexstand entsprechend.

b) Während die Bemessungsgrundlage klar umschrieben ist, wird bezüglich Subjekt und Objekt der Ersatzabgabe auf Art. 74 BauG verwiesen. Demnach können Grundeigentümer verpflichtet werden, angemessene Beiträge an die Erstellung öffentlicher Kinderspielplätze zu leisten, falls die örtlichen Verhältnisse die Bereitstellung genügender Spielplätze für Kinder nicht zulassen oder sich die Kosten als

unzumutbar erweisen. Abgabesubjekt ist folglich der Grundeigentümer. Das Objekt der Ersatzabgabe ist abhängig von der eigentlichen Pflicht zur Erstellung eines Spielplatzes. Der Grundeigentümer wird nur abgabepflichtig, wenn er einen gesetzlich vorgeschriebenen Kinderspielplatz (teilweise) nicht erstellen kann. Gemäss Art. 60 Abs. 1 aBauR besteht eine solche Pflicht nur beim Bau von Mehrfamilienhäusern mit sechs und mehr Wohnungen sowie von fünf und mehr zusammengebauten Einfamilienhäusern. In sämtlichen übrigen im BauG fakultativ vorgesehenen Tatbeständen (Mehrfamilienhäuser mit weniger Wohnungen, bestehende Bauten) wurde auf die Anordnung einer Erstellungspflicht verzichtet. Daraus folgt, dass in X nach dem damals gültigen Baureglement bei bestehenden Bauten keinerlei Verpflichtung zur Erstellung eines Spielplatzes bestand.

6. Schliesslich ist die Anwendung auf den konkreten Fall zu prüfen.

a) Abgabepflichtig ist gemäss Art. 60 Abs. 4 aBauR in Verbindung mit Art. 74 BauG der Grundeigentümer. Im Zeitpunkt der Entstehung des Ersatzabgabeanpruchs am 2./3. November 2004 war die Rekurrentin Grundeigentümerin des fraglichen Grundstücks. Folglich ist sie Abgabesubjekt.

b) In Bezug auf das neu erstellte Mehrfamilienhaus mit acht Wohnungen besteht die Abgabepflicht im Sinn von Art. 60 Abs. 4 aBauR in Verbindung mit Art. 74 BauG. Beim anderen Gebäude handelt es sich indessen um eine bereits bestehende Baute. Da das BauG explizit zwischen der Erstellungspflicht bei Neubauten und bestehenden Bauten unterscheidet, kann es nicht angehen, den Umbau dieses Gebäudes unter die Bestimmung von Art. 60 Abs. 1 aBauR, welche nur die Erstellungspflicht beim Neubau regelt, zu subsumieren. Daran vermag auch die Tatsache, dass dieses Gebäude mit dem Umbau erstmals der Wohnnutzung zugeführt wurde, nichts zu ändern. Gemäss dem damals anwendbaren Baureglement der Gemeinde X bestand für bestehende Bauten keine Pflicht zur Erstellung eines Kinderspielplatzes. Daran hat sich auch mit dem neuen Baureglement nichts geändert. Demzufolge kann für dieses Gebäude auch keine Ersatzabgabe erhoben werden. Diesbezüglich ist die angefochtene Verfügung deshalb aufzuheben.

c) Bleibt noch die Überprüfung der Bemessung in Bezug auf das neu erstellte Mehrfamilienhaus. Im Vordergrund steht dabei das Prinzip der Verhältnismässigkeit. Denn mit der Ersatzabgabe, die an keine direkte Gegenleistung des Gemeinwesens geknüpft ist, soll lediglich die Rechtsgleichheit zu den real leistenden Grundeigentümern hergestellt werden. Die Ersatzabgabe darf daher nicht höher sein, als dieser Ausgleich es erfordert. Ausgangspunkt ist der Vorteil, der dem Pflichtigen aus der Baudispens erwächst (BGE 120 Ib 370 Erw. 6c; 102 Ia 15). Dieser Vorteil entspricht einerseits der Ersparnis von Baukosten, andererseits der besseren Ausnützung des Grundstücks. Bei der Bemessung ist nicht auf die im konkreten Fall ersparten Kosten abzustellen, da eine Ablösungspflicht ja gerade dort Platz greift, wo der Bau unmöglich wird oder mit unverhältnismässig hohen Kosten verbunden wäre. Massgebend sind daher die durchschnittlichen Verhältnisse der übrigen, baupflichtigen Eigentümer (BGE 97 I 807).

Die Höhe der Ersatzabgabe ist abhängig von der Minimalgrösse des zu erstellenden Kinderspielplatzes. Nach Art. 60 Abs. 2 aBauR beträgt diese 20 Prozent der anrechenbaren Geschossfläche. Die von der Vorinstanz für das Gebäude Vers.Nr. 3872 als anrechenbare Geschossfläche herangezogenen 1 062 m² sind nicht umstritten. 20 Prozent davon sind 212,4 m². Die Vorinstanz hat für die Berechnung mit einem Ansatz von Fr. 121.–pro m² auf das BauR vom 6. Januar/13. April 2004 abgestellt. Wie zuvor festgestellt, ist indessen das aBauR vom 2. Oktober 1989/20. August 1991 anwendbar. Gemäss Art. 60 Abs. 4 aBauR beträgt der Ansatz Fr. 100.– je fehlenden m² (Zürcher Baukostenindex; Gesamtindex = 115,5; Stand April 1995). Der Ansatz von Fr. 100.– ist entsprechend dem Zürcher Baukostenindex (Stand April 1995 = 115,5 Punkte, Basis Oktober 1988) dem Stand im Zeitpunkt der Entstehung des Abgabeanspruchs (November 2004) anzupassen. Im April 2004 betrug der Baukostenindex (Basis Oktober 1988) 119,9 Punkte. Daraus ergibt sich ein Betrag von Fr. 103.80 pro m², woraus schliesslich eine Ersatzabgabe von Fr. 22 047.– resultiert. Wenn man allein die Landerwerbspreise berücksichtigt, erweist sich dieser Ansatz sicherlich nicht als zu hoch und damit als verhältnismässig.

37

Art. 83 Abs. 2 BauG (sGS 731.1). Der Mieter eines Baugrundstücks ist nicht zur Einsprache gegen ein Bauvorhaben legitimiert, wenn dessen Realisierung eine Auflösung des Mietverhältnisses voraussetzt.

Verwaltungsgericht, 24. August 2006

Die V. AG ist Eigentümerin eines der P. AG vermieteten Grundstücks. Die L. GmbH stellte im Einverständnis mit der V. AG ein Baugesuch für einen Lebensmittelmarkt auf dem Grundstück. Der Gemeinderat erteilte die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen und trat auf die Einsprache der P. AG nicht ein. Zur Begründung führte er an, die P. AG sei als Mieterin des Grundstücks nicht zur Einsprache legitimiert, da der Mietvertrag bei der Ausführung des Bauvorhabens beendet werden müsse. Das Baudepartement wies einen Rekurs der P. AG ab. Auch deren Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 83 Abs. 2 BauG ist zur Einsprache gegen ein Baugesuch berechtigt, wer ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Die Einsprachelegitimation richtet sich nach denselben Grundsätzen, wie sie für die Berechtigung zum Rekurs in Art. 45 Abs. 1 VRP umschrieben sind (vgl. Fn. 2 zu Art. 83 BauG; B. Heer, St.Gal-

lisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 933; A. Weder, Zum Baubewilligungsverfahren nach St. Gallischem Recht, Diss. Basel 1989, S. 230). Nach Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung des Rekurses berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheides ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut.

Die Legitimation zur Einsprache gegen ein Baugesuch hängt davon ab, ob der Einsprecher räumlich eine enge nachbarliche Beziehung zum Grundstück hat, auf dem das Bauvorhaben vorgesehen ist, und ob er durch den Bewilligungsentscheid unmittelbar und in höherem Ausmass als irgend ein Dritter oder die Allgemeinheit in seinen eigenen rechtlichen oder tatsächlichen Interessen beeinträchtigt ist (vgl. GVP 1977 Nr. 23 und 1996 Nr. 59). Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen, den ein erfolgreich geführtes Rechtsmittel dem Betroffenen in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation eintragen würde. Der Rechtsmittelkläger muss den eigenen Vorteil geltend machen, den er daraus zieht, oder einen Nachteil, der abgewendet würde, wenn das Rechtsmittel gutgeheissen wird (vgl. statt vieler GVP 1996 Nr. 59; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 386 ff. mit Hinweisen).

b) Unbestritten ist, dass die Rechtsmittelbefugnis nicht nur benachbarten Grundeigentümern, sondern unter gewissen Umständen auch Mietern oder Pächtern zusteht (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 427; Haller/Karlen, Planungs- und Baurecht, 2. Aufl., Zürich 1992, Rz. 1058; BGE 120 Ia 379 ff. E. 3d; 116 Ia 177 ff. E. 3a; vgl. auch BGE 132 II 209 ff. E. 2.3 betr. den Mieter eines von einer Einzonung betroffenen Grundstücks). Über die im vorliegenden Fall anwendbaren rechtlichen Grundsätze bestehen zwischen den Verfahrensbeteiligten keine Meinungsverschiedenheiten; umstritten ist einzig, ob die Beschwerdeführerin als Mieterin des im Eigentum der V. AG stehenden Grundstücks in ihren eigenen schutzwürdigen Interessen im Sinne von Art. 83 Abs. 2 BauG bzw. Art. 45 Abs. 1 VRP betroffen ist.

In Schrifttum und Rechtsprechung wird im Wesentlichen die Legitimation zur Baueinsprache von Mietern und Pächtern von Nachbargrundstücken behandelt (vgl. E. Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, N 5 zu § 5; A. Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, 2. Aufl., Bern 1995, N 18 zu Art. 35/35a; BGE 116 Ia 177 ff. E. 3a und 120 Ia 379 E. 3d). Ob die Rechtsmittelbefugnis gegen ein Bauvorhaben auch Mietern und Pächtern eines Baugrundstücks zusteht, wird unterschiedlich beurteilt (bejahend C. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Diss. Zürich 1991, Rz. 118; verneinend Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 2. Aufl., Wädenswil 2000, S. 555: danach haben Mieter und Pächter keine Rechtsmittelbefugnis, wenn das fragliche Projekt das von ihnen gemietete oder gepachtete Gebäude betrifft und das Rechtsmittel nur der rechtsmissbräuchlichen Verlängerung des Miet- oder Pachtverhältnisses dient). Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich verneinte die Legitimation eines Mieters eines von einem Bauvorhaben betroffenen Grundstücks. Es hielt fest, in solchen Fällen sei zu prüfen, ob der Mieter wirklich

durch das Baupolizeirecht geschützte Interessen verfolge oder ob er nicht eher seine privatrechtliche Stellung als Mieter schützen bzw. verbessern wolle. Im letzteren Fall habe der Mieter seine Interessen auf dem zivilprozessualen Weg zu verfolgen, und ein Rechtsschutzinteresse an der Anfechtung des baurechtlichen Entscheids sei nicht gegeben (RB/ZH 2000; Nr. 10). Das Bundesgericht hat das schutzwürdige Interesse eines Mieters verneint, Beschwerde gegen eine Verfügung zu erheben, mit welcher der Verkauf der von ihm gemieteten Wohnung an eine Person im Ausland bewilligt wurde, um damit die Kündigung seines Mietverhältnisses zu verhindern. Es hat die für Drittbetroffene strengen Voraussetzungen der Beschwerdeberechtigung verneint, weil der Mieter kein besonderes und beachtenswertes, unmittelbares und zum Streitgegenstand in naher Beziehung stehendes Interesse habe (BGE 131 II 649 ff. E. 3.2–3.5).

c) Im vorliegenden Fall schliesst die Verwirklichung des Bauvorhabens eine Fortsetzung des Mietverhältnisses aus. In diesem Punkt unterscheidet sich die tatsächliche Situation vom Sachverhalt, wie er dem in RB/ZH 2000 Nr. 10 publizierten Urteil zugrundelag. Der geplante Lebensmittelmarkt kommt auf das Grundstück zu stehen, welches der Beschwerdeführerin derzeit mietweise überlassen ist. Macht die L. GmbH von der Baubewilligung Gebrauch, so setzt dies zwingend die Auflösung des Mietverhältnisses mit der Beschwerdeführerin voraus. Da für die Realisierung der Baute die Kündigung des Mietverhältnisses unabdingbar ist, steht bzw. stand der Beschwerdeführerin das Instrument der Anfechtung der Kündigung bzw. der Mieterstreckung zur Verfügung. Von diesem hat sie während des Rekursverfahrens denn auch Gebrauch gemacht.

Da sich das Mietverhältnis und der Gebrauch der Baubewilligung ausschliessen, ist kein unmittelbares eigenes Interesse der Beschwerdeführerin an der Anfechtung der Baubewilligung gegeben. Baubewilligung und Mietvertrag stehen nur insoweit in einem Konnex, als die darauf beruhenden Befugnisse einander ausschliessen. Die Beschwerdeführerin kann daher vom Bauvorhaben, das die L. GmbH zu verwirklichen beabsichtigt, gar nicht unmittelbar betroffen sein. Wenn das Bauvorhaben verwirklicht wird, wird die Beschwerdeführerin am Grundstück der V. AG nicht mehr als Mieterin berechtigt und in ihren eigenen Interessen betroffen sein. Zwischen Baugesuchstellerin und Mieterin besteht kein vertragliches Verhältnis. Baugesuchstellerin ist die L. GmbH, während das Mietverhältnis mit der V. AG als Grundeigentümerin besteht. Diese hätte das Mietverhältnis ungeachtet ihrer Vereinbarung mit der Baugesuchstellerin auflösen können. Allein der Umstand, dass die Kündigung des Mietverhältnisses mittelbar darauf zurückzuführen ist, dass die Vermieterin aufgrund ihrer Vereinbarung mit der Baugesuchstellerin dieser das Grundstück überträgt, vermag keine nahe und unmittelbare Beziehung der Beschwerdeführerin zur Streitsache zu begründen. Der Beschwerdeführerin kann somit kein Interesse zuerkannt werden, gegen das Bauvorhaben Einwendungen vorzubringen. Das einzige Interesse der Beschwerdeführerin kann darin liegen, das Bauvorhaben zu verhindern, um das Mietobjekt möglichst lange nutzen zu können.

Darin liegt aber kein schützenswertes Interesse an der Anfechtung des Baugesuchs. Der Mieter hat daher hinsichtlich eines Baugesuchs für das gemietete Grundstück keine nähere Beziehung als irgendein beliebiger Dritter. Er kann seine Interessen auf dem Weg des Zivilrechts verfolgen.

...

d) Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, dass die Beschwerdeführerin durch das Bauvorhaben nicht in ihren eigenen schutzwürdigen Interessen berührt ist. Folglich haben der Gemeinderat und die Vorinstanz zu Recht die Legitimation der P.AG zur Einsprache verneint. Somit ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

9. Gewässernutzung und Gewässerschutz

38

Art. 60a GSchG (SR 814.20); Art. 15–19 GSchVG (sGS 752.2). Die Ausgestaltung des bundesrechtlich vorgeschriebenen Verursacherprinzips bei den jährlich wiederkehrenden Abwassergebühren (Grundgebühr, Schmutzwassergebühr, Entwässerungsgebühr) im kommunalen Erlass muss dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip genügen. Eine Erhebung der Entwässerungsgebühr nach der zonenspezifisch gewichteten Grundstücksfläche ist mit diesen Bemessungskriterien vereinbar.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 27. Juni 2006

Aus den Erwägungen:

4. Gegenstand des Rekurses ist die Veranlagung der für das Grundstück der Rekkurrenten im Jahr 2004 geschuldeten Abwassergebühren.

a) ...

b) Öffentliche Abgaben bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber hat Subjekt, Objekt und Bemessungsgrundlage der Abgabe in einem formellen Gesetz zu verankern. Kommunale Erlasse sind einem formellen Gesetz gleichgestellt, wenn sie von der nach dem kantonalen Recht ermächtigten Gemeindelegislative beschlossen wurden oder wenn der Erlass der Gemeindeexekutive dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstand. Eine Blankodelegation an die Gemeindeexekutive zur Festsetzung von öffentlichen Abgaben vermag dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage nicht zu genügen. Weder das Kostendeckungs- noch das Äquivalenzprinzip vermögen eine wirksame Begrenzung der Ge-

bühren und Beiträge sicherzustellen, wo es um die Finanzierung von kommunalen Ver- und Entsorgungsanlagen mit offenem Benützerkreis und nicht klar abgrenzbaren Kosten geht (vgl. BGE 120 Ia 265 und GVP 1995 Nr. 17).

c) Sowohl das Bundesrecht als auch das kantonale Recht enthalten Regelungen zum Gewässerschutz und dessen Finanzierung.

Verschmutztes Abwasser muss behandelt werden. Man darf es nur mit Bewilligung der kantonalen Behörde in ein Gewässer einleiten oder versickern lassen (Art. 7 Abs. 1 GSchG). Nicht verschmutztes Abwasser ist nach den Anordnungen der kantonalen Behörde versickern zu lassen. Erlauben die örtlichen Verhältnisse dies nicht, so kann es mit Bewilligung der kantonalen Behörde in ein oberirdisches Gewässer eingeleitet werden (Art. 7 Abs. 2 GSchG). Gemäss Art. 11 GSchG muss das verschmutzte Abwasser im Bereich öffentlicher Kanalisationen in die Kanalisation eingeleitet werden (Abs. 1). Der Bereich öffentlicher Kanalisationen umfasst nach Art. 11 Abs. 2 GSchG die Bauzonen (lit. a), weitere Gebiete, sobald für sie eine Kanalisation erstellt worden ist (lit. b), sowie Gebiete, in welchen der Anschluss an die Kanalisation zweckmässig und zumutbar ist (lit. c). Art. 45 GSchG bestimmt, dass die Kantone das Gesetz vollziehen und die erforderlichen Vorschriften erlassen, soweit nicht besondere Vollzugskompetenzen des Bundes betroffen sind. Über die Art und Weise der Finanzierung enthielt das eidgenössische Gewässerschutzgesetz beim Erlass am 24. Januar 1991 keine besonderen Vorschriften. Am 1. November 1997 trat jedoch Art. 60a GSchG in Kraft, der das Verursacherprinzip bei der Abgabenerhebung verankert. Im Übrigen wird die Abgabenerhebung ausschliesslich durch kantonales und kommunales Recht geregelt (vgl. BGE 112 Ib 235 ff.).

Art. 15 des st.gallischen GSchVG verpflichtet die politische Gemeinde zur Erhebung von Abgaben für Erstellung und Betrieb von Abwasseranlagen, wobei die Abgaben die nach Abzug von Abgeltungen von Bund und Kanton verbleibenden Kosten decken sollen. Art. 16–19 GSchVG regeln die Gebühren, während in Art. 20 und 21 GSchVG die Beiträge verankert sind. Gemäss Art. 16 GSchVG erhebt die politische Gemeinde vom Verursacher oder vom Grundeigentümer Gebühren, die der Belastung der Abwasseranlagen durch den Verursacher entsprechen. Art. 17 ff. GSchVG treffen Regelungen zur Grundgebühr (Art. 17), zur Gebühr für verschmutztes (Art. 18) sowie zur Gebühr für nicht verschmutztes Abwasser (Art. 19). Werden die Benutzungsgebühren für nicht verschmutztes Abwasser nicht in die Grundgebühr eingeschlossen, können sie gemäss Art. 19 GSchVG nach der abgeführten Abwassermenge (lit. a) oder nach dem zonenspezifischen oder im Einzelfall ermittelten Anteil der versiegelten Fläche an der Gesamtfläche eines Grundstückes (lit. b) bemessen werden.

d) Der Gemeinderat Z hat das Abwasserreglement am 7. Januar 2003 erlassen. Nach unbenützztem Ablauf der vom 15. Januar bis 13. Februar 2003 laufenden Referendumsfrist genehmigte das Baudepartement des Kantons St.Gallen das Reglement am 21. Februar 2003. Es trat am 1. Januar 2004 in Kraft. Die Kosten für

Erstellung und Betrieb der öffentlichen Abwasseranlagen sollen nach Art. 22 des Abwasserreglements durch (jährlich wiederkehrende) Gebühren der Grundeigentümer für die Ableitung, Behandlung und Beseitigung des Abwassers (lit. a), (einmalige Gebäude-)Beiträge der Grundeigentümer im Einzugsgebiet (lit. b) und Abgeltungen von Bund und Kanton (lit. c) gedeckt werden. Im Rahmen der jährlich wiederkehrenden Gebühren regeln Art. 24 ff. des Abwasserreglements die Erhebung einer Grundgebühr, einer Schmutzwassergebühr und einer Entwässerungsgebühr. Die jährliche Grundgebühr ist pro Grundstück zu entrichten, aus welchem Abwasser in die öffentliche Kanalisation eingeleitet wird (vgl. Art. 24 des Abwasserreglements). Die Schmutzwassergebühr ist nach der verbrauchten Frischwassermenge, die Entwässerungsgebühr nach dem zonenspezifischen Anteil der versiegelten Fläche an der Gesamtfläche des Grundstücks zu entrichten (vgl. Art. 25 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 des Abwasserreglements). Der zonenspezifische Anteil der versiegelten Fläche an der Gesamtfläche beträgt in der Kernzone 1 (K1) 1. Abweichungen sieht das Abwasserreglement nur bei überdurchschnittlich grossem Abwasseranfall, insbesondere durch Grundwasserabsenkungen und durch Baugrubenentwässerungen vor. In diesen Fällen kann die Gebühr entsprechend erhöht werden (vgl. Art. 28 Abs. 2 und 3 des Abwasserreglements).

Die politische Gemeinde Z verfügt damit über eine in formeller und materieller Hinsicht grundsätzlich hinreichende gesetzliche Grundlage zur Erhebung jährlich wiederkehrender Abwassergebühren. Das Abwasserreglement unterstand dem fakultativen Referendum. Es bestimmt in Art. 22 lit. a die Grundeigentümer als Abgabesubjekte. Art. 24, 25 und 28 legen die Grundstücke, aus denen Abwasser, sei es verschmutztes oder nicht verschmutztes, in die öffentliche Kanalisation einleiten, als Abgabesubjekt fest. Gleichzeitig regeln die genannten Bestimmungen die Bemessungsgrundlagen, nämlich das Grundstück als solches für die Grundgebühr, der Frischwasserverbrauch für die Schmutzwassergebühr und die zonenspezifisch gewichtete Grundstücksfläche für die Entwässerungsgebühr. Der vom Gemeinderat zusammen mit dem Budget 2004 beschlossene Tarif legt die Grundgebühr auf Fr. 155.–, die Schmutzwassergebühr auf Fr. 1.65 pro m³ und die Entwässerungsgebühr auf Fr. –.20 pro m² fest.

5. Im Rekurs wird in erster Linie vorgebracht, die vorinstanzlichen Angaben zur Finanzierung des Abwasserbereiches liessen eine Überprüfung der Einhaltung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips nicht zu.

a) aa) Gemäss dem Kostendeckungsprinzip darf der Ertrag aus den streitigen Abwassergebühren die gesamten Kosten dieses Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen (vgl. BGE 126 I 180 E. 3a/aa mit Hinweisen). Der Begriff der Gesamtkosten ist vorliegend umfassend zu verstehen und beinhaltet insbesondere auch die Verzinsung des investierten Kapitals und den künftigen Investitionsbedarf, sowohl für die Erhaltung und den Ersatz bestehender Anlagen als auch für deren allfällig geplante Erweiterung (vgl. Art. 60a Abs. 1 GSchG). Im Bereich der Abwasseranlagen fallen die Amortisationskosten in der Regel über einen langen

Zeitraum und oft ungleichmässig an, so dass sich die Schranke der Gesamtkosten nur auf eine entsprechend lange Zeit beziehen kann. Dem Träger der Anlagen ist bei der Schätzung der zukünftigen Einnahmen und Ausgaben zudem ein gewisser Spielraum zuzugestehen; ein Verstoss gegen das Kostendeckungsprinzip liegt erst dann vor, wenn die erhobenen Abgaben auch bei vorsichtiger Beurteilung des künftigen Finanzbedarfes als übersetzt erscheinen (vgl. BGE vom 28. August 2003, 2P.45/2003 E. 5.1; BGE vom 23. März 2004, 2P.209/2003, E. 4.1 mit Literaturhinweis).

Die Vorinstanz hat den Einwendungen der Abgabepflichtigen im Zusammenhang mit der Einhaltung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips zunächst das Abwasserreglement und den Gebührentarif sowie die Richtlinie des Verbandes Schweizer Abwasser- und Gewässerschutzfachleute und des Schweizerischen Städteverbandes über die Finanzierung der Abwasserentsorgung auf Gemeinde- und Verbandsebene sowie die Erläuterungen dazu entgegengehalten. Im Rekursverfahren hat sie einen Auszug aus der Gemeindebuchhaltung eingereicht, aus welchem unter dem Titel «Abwasser, Kanalisation» Angaben über Aufwände und Erträge gemäss Voranschlag und Rechnung 2004 sowie Voranschlag 2005 ersichtlich werden. Die Zahlen geben zunächst den Aufwand für die Abwasserbeseitigung und für die Kanalisation wieder. Sodann geben sie Aufschluss über die Finanzierung und schliesslich über den Ausgleich der Spezialfinanzierung. Die Rekurrenten selbst legen Gutachten und Anträge des Gemeinderates für die Urnenabstimmung vom 25. September 2005 betreffend Massnahmen und Ausbauten der Abwasseranlagen der Gemeinde Z ins Recht.

bb) Zwar müssen die Rekurrenten als Abgabepflichtige einen Verstoss gegen das Kostendeckungsprinzip im Einzelnen nachweisen, da mit Blick auf das Prinzip der Gesamtkostendeckung einzelne Beiträge im Allgemeinen gar nicht gegen das Kostendeckungsprinzip verstossen können (vgl. VerwGE vom 23. April 2004 in Sachen H. S., S. 11 f. mit Hinweisen). Indessen kann dem Abgabepflichtigen dieser Beweis nur gelingen, wenn er über die dazu erforderlichen Angaben verfügt. Dazu ist er auf die Offenlegung des entsprechenden Haushalts durch das die Abgabe erhebende Gemeinwesen angewiesen. Deshalb bestimmt Art. 60a Abs. 4 GSchG, dass die Grundlagen für die Berechnung der Abgaben «öffentlich zugänglich» sind (vgl. auch Art. 32a Abs. 4 USG). Die Rekurrenten bringen zu Recht vor, dass mit den vorliegenden Ausschnitten aus dem die Abwasserbeseitigung betreffenden Haushalt eine Überprüfung des Kostendeckungsprinzips nicht möglich ist.

Zunächst beschlägt der Auszug aus der Gemeinderechnung zu «Abwasser, Kanalisation» auf der Aufwandseite lediglich die laufende Rechnung und nicht auch die Investitionsrechnung. Trotzdem erfasst sie auf der Ertragsseite sowohl die (einmaligen) Beiträge als auch die (jährlich wiederkehrenden) Gebühren. Damit erscheint es ausgeschlossen, nachzuweisen, dass das Kostendeckungsprinzip für die Benutzungsgebühren eingehalten ist (vgl. zum Erfordernis des getrennten Nachweises für Beiträge und Benutzungsgebühren VerwGE vom 23. April 2004 in Sachen H. S., S. 13).

Laut der Abstimmungsunterlage betreffend Massnahmen und Ausbauten der Abwasseranlagen der Gemeinde Z ist von einem Investitionsbedarf von 9,8 Mio. Franken für die gemeindeeigenen Anlagen in den Jahren 2005 – 2010 auszugehen. Dessen Finanzierung setzt nach diesem Bericht eine Erhöhung der Einnahmen aus den Beiträgen und Gebühren voraus. Soweit sie nicht aus höherem Bauvolumen und Wasserverbrauch resultiere, müsse auch eine Erhöhung der Ansätze ins Auge gefasst werden. Da jedoch weder die Investitionsrechnung noch Abrechnungen über die vergangenen Jahre vorliegen, ist auch nicht ersichtlich, in welchem Umfang und in welcher Zeit Rückstellungen für die Deckung des Erneuerungsbedarfs geäuftet wurden.

Da die Gemeinde Z die Erfüllung der Aufgaben im Abwasserbereich teilweise gestützt auf Art. 2 des Abwasserreglements einem Zweckverband, der die Abwasserreinigungsanlage betreibt, übertragen hat, kann die Einhaltung des Kostendeckungsprinzips lediglich zuverlässig beurteilt werden, wenn auch der Haushalt dieses Zweckverbandes offen gelegt wird. Da die Gemeinde mit den Einnahmen aus Beiträgen und Gebühren auch ihren Kostenanteil an diesem Zweckverband decken muss, müssen insbesondere auch Unterhalts- und Erneuerungsbedarf dieser Anlage bekannt sein. Dabei kann der Einblick in ein einzelnes Haushaltsjahr nicht ausreichen.

Schliesslich lässt sich anhand der als Total ausgewiesenen Gebühreneinnahmen eines einzigen Rechnungsjahres auch nicht überprüfen, ob die Zielsetzung von Art. 31 des Abwasserreglements, nämlich ein Verhältnis der Einnahmen aus Grundgebühren, Schmutzwassergebühren und Entwässerungsgebühren von 15 Prozent zu 75 Prozent zu 10 Prozent, erreicht wurde. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die mengenunabhängige Grundgebühr von Fr. 155.– pro Grundstück im Vergleich mit der mengenabhängigen Schmutzwassergebühr im konkreten Fall als hoch erscheint. Die Grundgebühr von Fr. 155.– pro Grundstück ist jedoch nicht zu beanstanden, solange das vorgeschriebene Verhältnis zwischen den drei Gebührenarten im Gesamtertrag langfristig eingehalten wird.

b) aa) Nach dem Äquivalenzprinzip, welches das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot konkretisiert, muss jede Abgabe dem objektiven Wert der erbrachten Leistung entsprechen und sich in vernünftigen Grenzen bewegen. Der Wert der Leistung bemisst sich entweder nach dem Nutzen für den Abgabepflichtigen oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Die Abgaben müssen jedoch nach objektiven Kriterien festgesetzt werden und dürfen keine Unterscheidungen treffen, die nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind (vgl. BGE 128 I 46 = Pra 2002 Nr. 34, E. 4a, mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

Der wirtschaftliche Vorteil, in dessen Genuss jeder Nutzniesser einer öffentlichen Dienstleistung kommt, ist in der Praxis oft schwierig oder sogar unmöglich

zu bestimmen. Dies ist insbesondere bei der Kehrriechtabfuhr und -entsorgung der Fall, wo dieser Vorteil von zahlreichen Faktoren, z. B. der Menge des erzeugten Abfalls, den Schwankungen der Transportkosten je nach Entfernung und Jahreszeit, abhängig ist. Aus diesem Grund ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig, dass die Benutzungsgebühren schematisch ausgestaltet werden und Vorschriften, die sich auf durchschnittliche Verhältnisse stützen, berücksichtigen (BGE 128 I 46 = Pra 2002 Nr. 34, E. 4a, mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist – im Unterschied zu einer einmaligen Anschlussgebühr – eine jährlich zu entrichtende Abwassergebühr, die nicht nur der Deckung der Baukosten der Kanalisation, sondern auch ihrem Unterhalt dient, mit dem Grundsatz gleicher Besteuerung nicht vereinbar, wenn der tatsächliche Wasserverbrauch im Gebäude nicht in die Bemessungsgrundlage miteinbezogen wird. Das Bundesgericht befand auch, dass dieser Grundsatz nicht beachtet sei, wenn die jährliche Gebühr nur nach dem Brandversicherungswert des Gebäudes bemessen werde. Es hielt fest, dass «der Brandversicherungswert des betreffenden Gebäudes eine geeignete Bemessungsgrundlage bilden kann, wenn es um die Erhebung einer Anschlussgebühr oder einer andern einmaligen Abgabe geht, jedoch nicht, wenn es sich um die Festsetzung einer periodischen Benutzungsgebühr handelt, welche Bezugsgrössen berücksichtigen muss, die im Zusammenhang mit der tatsächlichen Benutzung der fraglichen Anlage stehen» (vgl. BGE 128 I 46 = Pra 2002 Nr. 34 E. 4a, mit Hinweis auf die Rechtsprechung).

bb) Im Licht dieser Rechtsprechung ist einerseits zu prüfen, ob das gemäss Art. 31 des Abwasserreglements angestrebte Verhältnis zwischen den Einnahmen aus Grundgebühren, aus Schmutzwassergebühren und aus Entwässerungsgebühren dem Äquivalenzprinzip ausreichend Rechnung trägt (vgl. dazu nachfolgend E. 5b/cc). Andererseits ist die umstrittene Frage zu klären, ob die schematische Bemessung der Entwässerungsgebühr nach einem zonenabhängigen einheitlich festgelegten Anteil der versiegelten Fläche an der Gesamfläche zulässig ist (vgl. dazu nachfolgend E. 5b/dd).

cc) Gemäss Art. 22 des Abwasserreglements werden die Kosten für Erstellung und Betrieb der öffentlichen Abwasseranlagen durch Gebühren der Grundeigentümer für die Ableitung, Behandlung und Beseitigung des Abwassers (lit. a), Beiträge der Grundeigentümer im Einzugsgebiet (lit. b) und Abgeltungen von Bund und Kanton (lit. c) gedeckt. Für die Finanzierung der öffentlichen Abwasseranlagen wird eine Spezialfinanzierung geführt (Art. 23 des Abwasserreglements). Unter dem Randtitel «Gebührenansätze» sieht Art. 31 des Abwasserreglements vor, dass der vom Gemeinderat erlassene Gebührentarif nach dem Kostendeckungsprinzip festgelegt wird. Unter Berücksichtigung der Beiträge, die für die Amortisationen einzusetzen sind, werden zur Spezialfinanzierung jährlich wiederkehrend ca. 15 Prozent in der Form der Grundgebühr, ca. 75 Prozent in Form der Schmutzwassergebühr und ca. 10 Prozent in Form der Entwässerungsgebühr erhoben.

Die Aufteilung der Gebühren in eine Grundgebühr, eine Schmutzwassergebühr und eine Entwässerungsgebühr, deren Bemessung nicht durchwegs in unmittelbarem Zusammenhang mit der verursachten Abwassermenge steht, verstösst nicht gegen Art. 3a und 60a GSchG. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass der Bund darauf verzichtete, selbst die erforderlichen Gebühren für die Abwasseranlagen festzusetzen. Er übertrug dies den Kantonen innerhalb der von ihm erlassenen Rahmenbedingungen. Die Kantone verfügen zwar über einen grossen Spielraum in der Ausgestaltung verursachergerechter Gebühren, doch müssen sie «eine Aufteilung in Grundgebühren und Gebühren, welche sich nach Menge des erzeugten Abwassers richten» (vgl. Botschaft, in: BBI 1996 IV S. 1223) vorsehen. Auf diese Schranken weisen die vom Gesetzgeber mit dem Verursacherprinzip angestrebten Ziele hin: «Neben einer gesicherten Finanzierung hat die Überwälzung der Kosten auf den Verursacher auch eine ökologische Wirkung, motiviert sie ihn doch dazu, die Belastung der Gewässer zu reduzieren und trägt somit zur Entlastung von Behandlungsanlagen und der Umwelt bei (...) und zu einer verbesserten Effizienz von Umweltschutzmassnahmen» (vgl. Botschaft, in: BBI 1996 IV S. 1222). Dieses doppelte, finanzielle und ökologische, Ziel des Gewässerschutzes erfordert, dass eine periodische Benutzungsgebühr Bezugsgrössen berücksichtigt, die einen Zusammenhang mit der tatsächlichen Benutzung der betreffenden Anlage haben. Es fügt sich somit in die Linie der unter der Geltung der Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Auch wenn Art. 3a und 60a GSchG höhere Anforderungen bezüglich des Umweltschutzes stellen, gebieten sie doch nicht, dass die Kosten ausschliesslich im Verhältnis zu den erzeugten Abwassermengen verteilt werden. Die relative Flexibilität solcher Grundsätze ermöglicht den Kantonen, unverhältnismässige Kosten aus der administrativen Erfassung der Abwasserart und -menge zu vermeiden (vgl. BGE 128 I 46 = Pra 2002 Nr. 34 E. 5b/bb mit weiteren Hinweisen).

In welcher Form dieser Bezug zur tatsächlichen Inanspruchnahme hergestellt wird und in welchem Ausmass diese Abhängigkeit bestehen soll, liegt weitgehend in der Gestaltungsfreiheit des jeweiligen Gesetzgebers. Da die Infrastruktur für die Abfall- und Abwasserentsorgung unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme durch die einzelnen Liegenschaften aufrechterhalten werden muss, darf ein Teil der damit verbundenen Aufwendungen den Benützern durch eine mengenunabhängige Grundgebühr (Bereitstellungsgebühr) überbunden werden. Was das Verhältnis zwischen solchen Grundgebühren und mengenabhängigen Gebühren anbelangt, so wird für den Bereich der Kehrichtentsorgung postuliert, dass diese ungefähr der Relation zwischen fixen und mengenproportionalen Kosten entsprechen solle. Nach einer Lehrmeinung machen bei der Kehrichtentsorgung die mengenunabhängigen Kosten im Allgemeinen etwa einen Drittel der gesamten Entsorgungskosten aus. Das BUWAL empfiehlt für die Kehrichtentsorgung eine Mengengebühr, welche 40–70 Prozent der Gesamtkosten deckt. Die Abwasserentsorgung weist eine andere Kostenstruktur auf. Ein Grossteil der Aufwendungen

entfällt auf die Erstellung der Anlagen, wofür allerdings, anders als bei der Kehrrichtentsorgung, von den Grundeigentümern regelmässig einmalige grössere Abgaben in Form von Beiträgen (Vorzugslasten) und Anschlussgebühren erhoben werden. Ähnlich verhält es sich bei der Wasserversorgung. Auch bei diesen durch die Notwendigkeit von Erstellung und Betrieb von Leitungsnetzen gekennzeichneten Einrichtungen decken die Grundgebühren in der Regel ebenfalls einen niedrigeren Kostenanteil als die mengenabhängigen Gebühren. Als mögliche Anknüpfungspunkte für die Bemessung der Grundgebühr werden genannt: Nutzfläche, umbauter Raum oder Anzahl Wohnräume der Liegenschaft, evtl. Gebäudeversicherungswert. Die Grundgebühr soll – als «Bereitstellungsgebühr» – berücksichtigen, wieviel Abfall (oder Abwasser) von der betreffenden Liegenschaft wahrscheinlich anfällt oder anfallen könnte. Der Kostenfaktor der möglichen Spitzenbelastungen, welche die Dimensionierung der Anlagen beeinflussen, wird im Bereich der Abwasserentsorgung und der Wasserversorgung allerdings bereits durch die einmaligen Beiträge und/oder Anschlussgebühren erfasst, welche die Grundeigentümer regelmässig zu leisten haben (vgl. BGE vom 5. März 2004, 2P.266/2003, E. 3.2 mit zahlreichen Hinweisen).

Das von Art. 31 des Abwasserreglement vorgesehene Verhältnis zwischen den Einnahmen aus den verschiedenen Gebühren ist nicht zu beanstanden. Indem die unmittelbar am Frischwasserverbrauch anknüpfende Schmutzwassergebühr 75 Prozent der gesamten Einnahmen aus Gebühren ausmachen soll, erhält die mengenabhängige Komponente ein ausreichendes Gewicht. Mit diesem System werden sparsame Verbraucher gebührenmässig nicht bestraft. Vielmehr zeigt das Beispiel der Rekurrenten, dass ein sparsamer Verbrauch zu einem wesentlich geringeren Anteil der Schmutzwassergebühr, nämlich rund 35 Prozent, an den insgesamt geschuldeten Abwassergebühren führen kann. Hinzu kommt, dass auch die mit 10 Prozent zu den Gebühreneinnahmen beitragende Entwässerungsgebühr – zwar lediglich schematisch – der Menge des anfallenden Meteorwassers Rechnung trägt. Auch wenn die Ableitung des nicht verschmutzten Abwassers die Betriebskosten einer Abwasserreinigungsanlage nicht erhöht, ist die Kapazität des Kanalisationssystems doch auf die anfallende Wassermenge auszurichten. Damit verbleibt ein absolut mengenunabhängiger Gebührenanteil von 15 Prozent, welcher den Gestaltungsspielraum des gebührenerhebenden Gemeinwesens nicht verletzt.

dd) Im Rekurs sind die Erhebung der Grundgebühr pro Grundstück und der Schmutzwassergebühr nach dem Frischwasserverbrauch nicht umstritten. Hingegen wird die Erhebung der Entwässerungsgebühr nach der zonenspezifisch gewichteten Grundstücksfläche beanstandet, weil sie dem Ausmass der Versiegelung im konkreten Fall keine Rechnung trage.

Art. 16 Abs. 1 GSchVG verpflichtet die politische Gemeinde, vom Grundeigentümer oder vom Verursacher Gebühren zu erheben, die der Belastung der Abwasseranlagen durch den Verursacher entsprechen. Werden Benutzungsgebühren für nicht verschmutztes Abwasser nicht in die Grundgebühr eingeschlossen, können

sie gemäss Art. 19 GSchVG nach der abgeführten Abwassermenge (lit. a) oder nach dem zonenspezifischen oder im Einzelfall ermittelten Anteil der versiegelten Fläche an der Gesamtfläche (lit. b) bemessen werden. Die Bemessungskriterien wurden so gewählt, dass sie die Umsetzung der VSA-Richtlinien zulassen (vgl. Botschaft, in: ABI 1995 S. 552).

Die von der politischen Gemeinde Z gewählte Bemessungsgrundlage für die Entwässerungsgebühr bewegt sich innerhalb der Vorgaben des kantonalen Gesetzes. Der Wortlaut von Art. 19 lit. b GSchVG lässt alternativ die Anknüpfung an der zonenspezifischen oder im Einzelfall ermittelten versiegelten Fläche zu. Im Gegensatz zur Schmutzwassergebühr wird vom kantonalen Gesetz die Möglichkeit der Verknüpfung der Bemessungskriterien bei der Entwässerungsgebühr nicht ausdrücklich vorgesehen. Dies schliesst zwar nicht aus, dass ein Abwasserreglement eine differenziertere Bemessung vorsehen kann, deutet aber gleichzeitig darauf hin, dass eine entsprechende Differenzierung auch nicht zwingend verlangt wird. Art. 19 GSchVG seinerseits hält sich an den bundesgesetzlichen Rahmen von Art. 60a GSchG. Mit einem zonenspezifischen Faktor wird dem Verursacherprinzip angesichts des erheblichen administrativen Aufwands für die jährliche Überprüfung des konkreten Anteils der versiegelten Fläche eines Grundstückes ausreichend Rechnung getragen. Die Einhaltung des vom Reglement vorgeschriebenen Verhältnisses der Einnahmen aus den verschiedenen Gebührenarten garantiert die Beachtung des Äquivalenzprinzips in ausreichendem Mass. Damit bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der beanstandete Schematismus verfassungsmässige Rechte in unzulässiger Weise beeinträchtigt. Die Rekurrenten beanstanden schliesslich die generelle Gewichtung der Fläche in der Kernzone K1 gelegener Grundstücke mit dem Faktor 1 zu Recht nicht grundsätzlich.

10. Abgaben

39

Art. 14 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Bei einem frei praktizierenden Arzt mit Wohnsitz im Kanton Appenzell Ausserrhoden und Praxis in St. Gallen begründet die Führung der Praxisadministration durch die Ehefrau am Wohnort keine anteilmässige Besteuerung des Geschäftseinkommens am Wohnort.

Verwaltungsgericht, 19. Oktober 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 22

40

Art. 24 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Die Steuernachfolge der Erben hat eine materielle und eine formelle Seite. Sie bewirkt, dass die Erben einerseits die Steuerschulden des Erblassers übernehmen und andererseits in dessen verfahrensrechtliche Stellung eintreten.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 17. August 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 26

41

Art. 29 Abs. 1 und Art. 31 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Abgrenzung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels von der privaten Vermögensverwaltung. Die Tätigkeit eines Steuerpflichtigen ist als private Vermögensverwaltung zu qualifizieren, wenn sich die Aktivität seiner Kommanditgesellschaft in der Verwaltung seines Vermögens erschöpft, kein Fremdkapital eingesetzt wird, kein Zusammenhang mit dem Beruf des Pflichtigen besteht und nur in geringem Mass derivative Finanzinstrumente eingesetzt werden.

Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 6.

42

Art. 29 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 1 StG (sGS 811.1); Art. 22 StV (sGS 811.11). Wird eine Provision für Vermittlung und Abschluss von Einzelversicherungsverträgen im Rahmen der Haupterwerbstätigkeit des Steuerpflichtigen als Unternehmensvorsorgeberater bei einer Versicherungsgesellschaft ausgerichtet, können keine notwendigen Berufskosten für eine unselbständige Nebenerwerbstätigkeit abgezogen werden. Die im Zusammenhang mit der Weiterbildung zum Verwaltungsfachmann für Personalvorsorge geltend gemachten Aufwendungen stellen entweder private Lebenshaltungskosten dar oder sind nicht hinreichend belegt, weshalb sie nicht abgezogen werden können.

Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 2.

43

Art. 31 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Abgrenzung von Liebhaberei und selbständiger Erwerbstätigkeit bei einer Künstlerin; Anforderungen an die Beweiskraft von Unterlagen für den Zufluss von Einkünften und Aufwendungen aus künstlerischer Tätigkeit.

Verwaltungsgericht, 24. August 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 17.

44

Art. 31 Abs. 2 StG (sGS 811.1). Verkaufen die Erben des Inhabers einer Einzelfirma einen Teil des ererbten Betriebs und führen sie die Unternehmung in veränderter Form in der bisherigen Betriebsliegenschaft weiter, so liegt keine Überführung der Betriebsliegenschaft vom Geschäftsvermögen in das Privatvermögen vor. Allfällige Veränderungen der Anteile der Erben an den stillen Reserven vor einer späteren Überführung in das Privatvermögen sind steuerlich zu berücksichtigen.

Verwaltungsgericht, 22. Februar 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 13.

45

Art. 33 Abs. 1 lit. c StG (sGS 811.1). Die Veranlagung der Aktiengesellschaft ist für die Veranlagung der ihr nahestehenden Personen nicht bindend. Als Empfänger geldwerter Leistungen kommen Beteiligte, aber auch diesen nahestehende Personen in Frage. Wird ein von der Gesellschaft angeschaffter Vermögensgegenstand überwiegend von der Alleinaktionärin privat genutzt und bestreitet deren Vater, der Verwaltungsrat der Gesellschaft ist, eine Begünstigung, so ist die Zurechnung zu seinem Einkommen ungegerechtfertigt. Die Voraussetzungen für die Zurechnung einer geldwerten Leistung aufgrund eines simulierten Darlehens als ausserordentliches Einkommen beim Vater der Alleinaktionärin sind dagegen erfüllt.

Verwaltungsgericht, 12. April 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 15.

46

Art. 36 lit. a StG (sGS 811.1). Die eingeschränkte Abzugsfähigkeit von Prämien für eine freiwillige Krankentaggeldversicherung lässt die vollumfängliche Besteuerung der entsprechenden Leistungen nicht verfassungswidrig erscheinen.

Verwaltungsgericht, 24. August 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 16.

47

Art. 39 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Die Kosten der Kinderbetreuung eines alleinerziehenden Elternteils fallen nicht unter die abzugsfähigen Berufskosten aus unselbständiger Erwerbstätigkeit.

Verwaltungsgericht, 14. Dezember 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 30

48

Art. 39 Abs. 1 lit. a StG (sGS 811.1). Neben dem zeitlichen Mehrbedarf müssen zur Beurteilung der Unzumutbarkeit der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel auch Kriterien wie ungünstige Verbindungen, lange Fusswege, häufiges Umsteigen und Relation von Reisezeit und Zeitersparnis berücksichtigt werden.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 11. Januar 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 27

49

Art. 40 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Auch bei selbständiger Erwerbstätigkeit sind nur die Mehrkosten auswärtiger Verpflegung geschäfts- oder berufsmässig begründete Kosten.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 8. März 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 28

50

Art. 43 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Verkauft eine Zahnärztin ihre Praxis und baut sie nach einem Auslandsaufenthalt von zwei Jahren aus dem Veräusserungserlös eine neue Praxis auf, so liegt keine steuerneutrale Ersatzbeschaffung vor.

Verwaltungsgericht, 9. November 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 24

51

Art. 45 Abs. 1 lit. d StG (sGS 811.1). Verstoss gegen das Vorsorgeprinzip im Bereich der beruflichen Vorsorge bei einer engen zeitlichen Abfolge eines Einkaufs in die 2. Säule und eines Bezugs von Geldern für die Wohneigentumsförderung, was zur Verweigerung des Abzugs der Einkaufssumme führt.

Verwaltungsgericht, 6. Juli 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 18

52

Art. 45 Abs. 1 lit. e StG (sGS 811.1). Bei unselbständiger Tätigkeit mit anschliessendem Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung kann für die Säule 3a nur der «kleine» Abzug geltend gemacht werden.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 4. Mai 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 29

53

Art. 194 Abs. 1 StG (sGS 811.1); Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Steht einer Aufrechnung der Steuerbehörde wegen übersetzten Mietaufwands in der Buchhaltung der Kollektivgesellschaft eine Reduktion des Ertrags aus dem unbeweglichen Privatvermögen der Gesellschafter in der gleichen Höhe gegenüber, wirkt sich die mit der Aufrechnung verbundene Änderung auf die Höhe des steuerbaren Einkommens nicht aus, weshalb die Pflichtigen zur Anfechtung der Veranlagung in diesem Punkt nicht legitimiert sind.

Verwaltungsgericht, 30. November 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 31

54

Art. 197 Abs. 1 und 2 StG (sGS 811.1); Art. 51 StHG (SR 642.14); Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV (SR 101). Die Urteile des Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts, wonach das StHG die tarifliche Gleichbehandlung von Einelternfamilien und Verheirateten vorschreibt, weshalb auch Einelternfamilien das Vollsplitting zu gewähren ist, rechtfertigen die Wiederaufnahme (Revision) der nach dem bisherigen Recht vorgenommenen rechtskräftigen Veranlagungen nicht.

Verwaltungsgericht, 19. Oktober 2006

Die alleinerziehende Steuerpflichtige X. wurde mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 30 200.– für 2001, Fr. 16 500.– für 2002 und Fr. 17 600.– für 2003 zum Tarif für Alleinstehende veranlagt. Die Veranlagungen erwuchsen unangefochten in Rechtskraft. Mit Urteil vom 6. Juli 2004 (StE 2004 B 29.3 Nr. 24) stellte das Verwaltungsgericht fest, dass Art. 11 Abs. 1 Satz 2 StHG die tarifliche Gleichbehandlung von Eineltern- und Zweielternfamilien vorschreibe. Obwohl diese Bestimmung der Rechtsgleichheit und dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit widerspreche und somit in zweifacher Hinsicht verfassungswidrig sei, gebiete Art. 191 BV deren Anwendung. Die gesetzliche Regelung des Kantons St.Gallen, wonach nur den gemeinsam steuerpflichtigen Ehegatten das Vollsplitting gewährt werde, widerspreche dem StHG. Das Kantonale Steueramt setzte am 13. Juli 2004 die Veranlagungen der Einelternfamilien vorläufig aus (ABI 2004, S. 1889). Mit Urteil vom 26. Oktober 2005 wies das Bundesgericht eine vom Kantonalen Steueramt gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts erhobene Beschwerde ab (BGE 131 II 697 ff.). Am 22. November 2005 erliess die Regierung die Verordnung über die Änderung des Steuergesetzes (sGS 811.110, abgekürzt VÄStG). Diese hebt den pauschalen Einelternabzug auf und erklärt das Vollsplitting auch für Alleinstehende anwendbar, die mit Kindern zusammenleben und deren Unterhalt zur Hauptsache bestreiten. Übergangsrechtlich wurde diese Regelung auf alle am 29. November 2005 noch nicht rechtskräftigen Veranlagungen ab Steuerperiode 2001 anwendbar erklärt.

Am 28. Februar 2006 beantragte X., ihre rechtskräftigen Veranlagungen der Jahre 2001 bis 2003 seien zu revidieren und es sei ihr das Vollsplitting zu gewähren. Das Kantonale Steueramt trat nicht auf das Revisionsbegehren ein. X. erhob Rekurs und hielt an ihrem Antrag fest. Die Verwaltungsrekurskommission entschied am 15. Juni 2006. Sie hielt fest, an das Mass der zumutbaren Sorgfalt würden zu hohe Anforderungen gestellt, wenn von einer Steuerpflichtigen verlangt würde, sie müsse die gesetzliche Regelung selbst in Frage stellen. Es handle sich nicht um eine Praxisänderung; der Fehler liege im Gesetz selbst. Das Urteil des Bundesgerichts stelle zwar keine erhebliche Tatsache bzw. kein entscheidendes Beweismittel im

Sinne der gesetzlichen Revisionsgründe dar. Es sei aber zu prüfen, ob ein übergesetzlicher Revisionsgrund der Willkür vorliege, weil die fehlende Revisionsmöglichkeit zu einem stossenden, dem Gerechtigkeitsgedanken krass zuwiderlaufenden Ergebnis führen würde. Es widerspreche in stossender Weise dem Gleichheitsgebot, wenn X. die Revision für 2003 verweigert würde. Die Sache sei daher bezüglich des Steuerjahres 2003 zur Vornahme der Revision an das Kantonale Steueramt zurückzuweisen. X. erhob Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Revision sei auch für die Steuerjahre 2001 und 2002 zuzulassen. Das Kantonale Steueramt erhob gegen die Zulassung der Revision für das Steuerjahr 2003 ebenfalls Beschwerde. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde von X. abgewiesen und jene des Kantonalen Steueramts gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 197 Abs. 1 StG kann eine rechtskräftige Verfügung oder ein rechtskräftiger Entscheid auf Antrag oder von Amtes wegen zugunsten des Steuerpflichtigen revidiert werden, wenn erhebliche Tatsachen oder entscheidende Beweismittel entdeckt werden (lit. a), wenn die erkennende Behörde erhebliche Tatsachen oder entscheidende Beweismittel, die ihr bekannt waren oder bekannt sein mussten, ausser acht gelassen oder in anderer Weise wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt hat (lit. b), oder wenn ein Verbrechen oder ein Vergehen die Verfügung oder den Entscheid beeinflusst hat (lit. c). Nach Art. 197 Abs. 2 Satz 1 StG wird auf ein Revisionsbegehren nicht eingetreten, wenn der Antragsteller als Revisionsgrund vorbringt, was er bei der ihm zumutbaren Sorgfalt schon im ordentlichen Verfahren hätte geltend machen können.

Die Bestimmungen des StHG über die Revision rechtskräftiger Verfügungen und Entscheide lauten gleich wie die kantonalen Bestimmungen (Art. 51 Abs. 1 lit. a bis c und Abs. 2 StHG). Die weiteren Revisionsgründe des kantonalen Rechts nach Art. 197 Abs. 1 lit. d und e StG sind vorliegend irrelevant.

Unbestritten ist zwischen den Verfahrensbeteiligten, dass das Urteil des Bundesgerichts keine Tatsache und kein Beweismittel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. a und b StG bzw. Art. 51 Abs. 1 lit. a und b StHG ist. Praxisänderungen stellen keine Revisionsgründe dar (vgl. statt vieler GVP 2002 Nr. 76; F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 262; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 737).

a) Hinsichtlich des Steuerjahres 2001 steht fest, dass X. in der Steuererklärung 2001b keinen Einelternabzug geltend machte und keine Besteuerung zum Verheiratetentarif verlangte. In der Beschwerde anerkennt sie dies und hält fest, sie könne den unterlassenen Antrag auf Gewährung des Abzugs nicht mehr auf dem Weg der Revision nachholen. Trotz des fehlenden Antrags hätte der Steuerkommissär den richtigen und vollständigen Sachverhalt von Amtes wegen feststellen müssen. Aufgrund des aktenkundigen Sachverhalts sei festgestanden und stehe fest, dass es vorliegend nicht um den Einelternabzug, sondern um die Gewährung des Voll-

splittings gehe. Die Vorinstanz sei somit in Bezug auf das Steuerjahr 2001 von einem falschen und unvollständigen Sachverhalt ausgegangen, und zwar in Verletzung des wesentlichen Untersuchungsgrundsatzes.

Soweit X. ausführt, die Veranlagung 2001 sei unter Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und auf der Grundlage eines falschen bzw. unvollständigen Sachverhalts zustandegekommen, hätte sie diese Rügen im ordentlichen Rechtsmittelverfahren vorbringen können, weshalb sie im Revisionsverfahren nicht mehr gehört werden können. Sodann macht sie zu Recht nicht geltend, die Urteile des Verwaltungsgerichts oder des Bundesgerichts seien erhebliche Tatsachen oder entscheidende Beweismittel. Fehl geht aber auch ihr Einwand, die Steuerbehörde hätte den richtigen und vollständigen Sachverhalt von Amtes wegen feststellen müssen, und aufgrund dieses Sachverhalts stehe fest, dass es um die Gewährung des Vollsplittings gehe. Die Anwendung des einen oder anderen Tarifs war vorliegend keine Frage der Sachverhaltsfeststellung, sondern eine Frage der Rechtsanwendung. Soweit diese als fehlerhaft gerügt wird, hätte die Rüge im ordentlichen Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden können. Die Veranlagungsbehörde und die Vorinstanz sind deshalb zu Recht auf das Revisionsbegehren nicht eingetreten. Ergänzend sei diesbezüglich auch auf die nachstehenden Erwägungen verwiesen (vgl. unten E. d).

b) Hinsichtlich des Steuerjahres 2002 hat die Vorinstanz die Voraussetzungen für eine Revision als erwiesen angenommen, das Revisionsbegehren in der Sache aber abgewiesen.

Im Schrifttum werden sogenannte übergesetzliche Revisionsgründe anerkannt. Aufgrund von Art. 8 BV bestehe gleichsam eine Generalklausel, wonach zusätzlich zu Art. 51 StHG Revisionen zulässig seien, ohne deren Zulassung man unter dem Aspekt der Gerechtigkeit zu schockierenden Ergebnissen käme (vgl. K. Vallender, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht I/1, N 24 zu Art. 51 StHG; vgl. auch Richner/Frei/ Kaufmann, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003, N 30 zu Art. 147; Klöti-Weber/Sigrist/Weber, Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Aufl., Muri-Bern 2004, N 4 zu § 201; Nefzger/Simonek/Wenk, Kommentar zum Steuergesetz des Kantons Basel-Landschaft, Basel 2004, N 29 zu § 132). In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird ein unmittelbar aus Art. 4 aBV bzw. Art. 29 Abs. 1 und 2 BV fliessender Anspruch auf Revision anerkannt, wenn Revisionsgründe nach Art. 197 Abs. 1 lit. a und b StG bzw. Art. 51 Abs. 1 lit. a und b StHG (erhebliche Tatsachen und Beweismittel) vorliegen, und zwar ungeachtet des Umstands, ob sie in der massgebenden kantonalen Rechtsordnung verankert sind oder nicht (BGE 122 II 18 f.; 124 II 6; 127 I 137 mit Hinweisen). Das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot wurden aber, soweit ersichtlich, bislang in der höchstrichterlichen Praxis noch nie als Revisionsgründe anerkannt. Die im Schrifttum angeführten Entscheide betreffen solche unterer Instanzen bzw. Sonderfälle wie den Revisionsgrund nach Art. 139a OG.

Die Vorinstanz prüfte, ob bezüglich 2002 eine Revision unter dem Aspekt des Willkürverbots sowie der Rechtsgleichheit geboten sei. Sie kam zum Schluss, von

einer materiell willkürlichen Veranlagung, die notwendigerweise einer Korrektur bedürfe, könne nicht die Rede sein. Auch sei im Lichte des Rechtsgleichheitsgebots eine Revision nicht gerechtfertigt, da der grösste Teil der Veranlagungen der Einzelternfamilien des Jahres 2002 nach der als rechtswidrig erkannten Methode erfolgt sei und lediglich eine geringe Zahl abweichender Veranlagungen die Rechtsgleichheit nicht in stossender Weise zu verletzen vermöchte. Dagegen wendet X. ein, die Vorinstanz gehe völlig fehl, wenn sie die Begründetheit der Revision aus rechtswidriger Behandlung von der Anzahl der Betroffenen und nicht von der Ungleichbehandlung jedes Einzelnen abhängig mache. Schon der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 BV sage, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich seien. Die Anzahl der betroffenen ungleich behandelten Pflichtigen könne somit kein sachlicher Grund für die Ablehnung des Revisionsbegehrens sein.

Die Revision ist ein Rechtsinstitut, welches darauf gerichtet ist, eine fehlerhafte Verfügung ausserhalb des formellen Instanzenzugs zu berichtigen. Eine Korrektur ausserhalb des ordentlichen Rechtsmittelverfahrens tangiert das Prinzip der Rechtssicherheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV (vgl. F. Uhlmann, *Das Willkürverbot*, Basler Habilitationsschrift, Bern 2005, Rz. 490 f.). Die Fehlerhaftigkeit, ja selbst die Willkürlichkeit einer Verfügung schliessen daher nicht grundsätzlich aus, dass diese durchgesetzt wird. Fehlerhaftigkeit und Willkür bilden denn auch in aller Regel keine Revisionsgründe zur nachträglichen Korrektur des Entscheids (Uhlmann, a. a. O., Rz. 494; vgl. auch Vallender, a. a. O., Vorbem. zu Art. 51 bis 53 StHG, N 5). Nur wenn ein Mangel derart schwerwiegend ist, dass von Nichtigkeit auszugehen ist, hat das Legalitätsprinzip zurückzutreten (Uhlmann, a. a. O., Rz. 492). Selbst wenn ausnahmsweise die Verletzung der Rechtsgleichheit als Revisionsgrund anerkannt würde, wie dies die Vorinstanz getan hat, so ist es gerechtfertigt, eine Revision davon abhängig zu machen, ob der Gesuchsteller gleich behandelt wurde wie der Grossteil der Pflichtigen in gleichen Verhältnissen, oder ob von einem ausgesprochenen Einzelfall auszugehen ist, der die Verweigerung der Revision als krasser und willkürlicher Einzelakt erscheinen liesse. Dem Grundsatz der Rechtsgleichheit kommt unter diesem Aspekt nicht dieselbe Bedeutung zu wie bei der ordentlichen Veranlagung von Personen in gleichen Verhältnissen; der Grundsatz der Rechtsbeständigkeit einer formell in Rechtskraft erwachsenen Verfügung schränkt den Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein. Nach Eintritt der formellen Rechtskraft kommt dem Gebot der Rechtssicherheit erhöhte Bedeutung zu (BGE 122 II 276 f.). Da im Zeitpunkt des Veranlagungsstopps der weitaus grösste Teil der Einzelternfamilien für das Steuerjahr 2002 rechtskräftig veranlagt war (nach den unbestrittenen Angaben des Kantonalen Steueramtes per Ende Juni 2004 über 90 Prozent aller Pflichtigen), lässt sich im Lichte des Rechtsgleichheitsgrundsatzes eine Revision nicht begründen. Die Abweisung des Revisionsgesuchs ist daher bezüglich des Jahres 2002 zu bestätigen. Hinzu kommt allerdings, dass es, wie nachfolgend darzulegen ist, X. auch in Bezug auf das Jahr 2002 zuzumuten gewesen wäre, ihre Rügen im ordentlichen Rechtsmittelverfahren vorzubringen (vgl. unten E. d).

c) Hinsichtlich des Jahres 2003 erwog die Vorinstanz, der Veranlagungsstopp vom 13. Juli 2004 in Verbindung mit der Übergangsbestimmung II VÄStG habe zur Folge, dass im Jahre 2003 die Einelternfamilien in grosser Zahl unterschiedlich besteuert würden. Alle, die vor dem 13. Juli 2004 definitiv veranlagt worden seien, hätten den pauschalen Einelternabzug erhalten und alle, die noch nicht veranlagt gewesen seien, kämen in den Genuss des Vollsplittings. Wer bereits veranlagt gewesen sei und wer nicht, sei rein zufällig und habe keinen sachlichen Grund. Dabei handle es sich nicht um Einzelfälle, sondern erfahrungsgemäss seien zum Zeitpunkt des Veranlagungsstopps mehr als die Hälfte der Einelternfamilien noch nicht definitiv veranlagt gewesen. Das formelle Abgrenzungskriterium einer definitiven oder offenen Veranlagung erweise sich als zufällig und für die Beurteilung der Rechtsgleichheit als untauglich. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit dürften die Einelternfamilien in derselben Steuerperiode nicht nach einem unterschiedlichen System besteuert werden. Es widerspreche daher in stossender Weise dem Gleichheitsgebot, wenn der Rekurrentin die Revision für 2003 verweigert werde.

Nach den vom Kantonalen Steueramt eingereichten Unterlagen waren im Zeitpunkt des Veranlagungsstopps im gesamten Kanton knapp 40 Prozent der Pflichtigen für das Jahr 2003 definitiv veranlagt. Wie das Kantonale Steueramt zutreffend festhält, tritt bei einer Veränderung der Rechtslage infolge eines Gerichtsentscheids das Gebot der Rechtsgleichheit in den Hintergrund, da ein Präjudiz stets nur für die Zukunft gilt und damit bereits rechtskräftig erledigte Fälle anders behandelt werden. Im vorliegenden Fall wurden somit rund 60 Prozent der Steuerpflichtigen nach der geänderten bundesgerichtlichen Praxis beurteilt, wobei offen bleibt, für welche Anzahl von Betroffenen die neue Rechtslage positive Auswirkungen hat, denn bei zahlreichen Pflichtigen hat die Anwendung des Vollsplittings zur Folge, dass sie gegenüber dem früheren Einelternabzug eine höhere Steuerbelastung in Kauf nehmen müssen.

Der Grundsatz der Rechtssicherheit würde aus den Angeln gehoben, wenn nach einer Praxisänderung unter Berufung auf die Rechtsgleichheit generell eine Revision zugelassen würde. Wenn X. zusammen mit rund einem Drittel aller Steuerpflichtigen nach der früheren Ordnung veranlagt wurde, so kann dies unter dem Aspekt der Gerechtigkeit nicht als geradezu schockierend bezeichnet werden. Das Argument der Vorinstanz, Pflichtige dürften innerhalb einer Steuerperiode nicht nach unterschiedlichen Grundsätzen besteuert werden, lässt den Grundsatz der Rechtsbeständigkeit völlig ausser acht. Auch bezüglich des Jahres 2003 kann bei X. nicht von einem Einzelfall gesprochen werden, der die Verweigerung der Revision als krasser und willkürlicher Einzelakt erscheinen liesse. Hinzu kommt, dass die Anwendung des Vollsplittings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in zweifacher Hinsicht verfassungswidrig ist, indem sie dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit widerspricht und überdies in die Tarifautonomie der Kantone eingreift (BGE 131 II 697 ff. E. 4.4). Eine Revision würde somit eine materiell in doppelter Hinsicht verfassungswidrige Besteuerung auf

solche Fälle ausdehnen, die nach einer verfassungskonformen Ordnung vorgenommen wurden. Nicht nur das Legalitätsprinzip, sondern auch die zweifache Verfassungswidrigkeit der neuen Ordnung sprechen gegen deren Ausdehnung auf formell rechtskräftige Veranlagungen. Schliesslich lässt sich auch aus dem Verhalten des st.gallischen Gesetzgebers und des Kantonalen Steueramtes nichts zugunsten einer Revision ableiten. Der Gesetzgeber versuchte, trotz der Bestimmung von Art. 11 Abs. 1 StHG eine verfassungskonforme Regelung zu erlassen, und das Kantonale Steueramt erliess nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts einen Veranlagungsstopp. Damit wurde der Praxisänderung Rechnung getragen. Ein Veranlagungsstopp musste nicht bereits nach der Erhebung einer Einsprache erlassen werden.

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz einen Revisionsgrund für 2003 zu Unrecht bejaht.

d) Im Übrigen wäre es der Steuerpflichtigen zuzumuten gewesen, in allen drei Steuerjahren ihre Rügen im ordentlichen Rechtsmittelverfahren vorzubringen. Der vom Verwaltungsgericht und vom Bundesgericht beurteilte Fall zeigt, dass es einer alleinerziehenden Mutter durchaus möglich war, unter Berufung auf das Steuerharmonisierungsgesetz die kantonale Gesetzgebung als bundesrechtswidrig zu rügen und den Weg durch die Rechtsmittelinstanzen zu beschreiten. Das Argument der Vorinstanz, dass der Vorrang eines verfassungswidrigen Bundesgesetzes gegenüber verfassungskonformem kantonalem Recht einem Laien nicht bekannt sein müsse, ist nicht entscheidend. Nach dem allgemeinen Grundsatz «ignorantia iuris nocet» kann nämlich niemand Vorteile aus seiner eigenen Rechtsunkenntnis ableiten (vgl. etwa BGE 111 V 405). Auch ist es nicht massgebend, dass im ordentlichen Rechtsmittelverfahren die Rechtmässigkeit der gesetzlichen Ordnung als solche hätte angefochten werden müssen. Formal hätte die Steuerpflichtige das Gesetz gar nicht (mehr) anfechten können, sondern nur noch die sie betreffende Veranlagungsverfügung.

e) Schliesslich ist auf die Regelung der Rückwirkung im Rahmen des Bundesgesetzes über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung vom 23. Juni 2006 hinzuweisen (BBl 2006 S. 5749). Der Bundesgesetzgeber beschloss eine Rückwirkung der neuen Regelung für die indirekte Teilliquidation für Veranlagungen bis zurück zum Steuerjahr 2001. Er beschränkte aber diese Rückwirkung auf die im Zeitpunkt der Gesetzesänderung noch offenen Fälle (vgl. Art. 205b DBG). Trotz der weitreichenden Rückwirkung schloss also der Bundesgesetzgeber die Anwendung der neuen Regelung auf rechtskräftige Veranlagungen aus und liess die Gründe für die fehlende Rechtskraft der noch offenen Fälle ausser acht. Dem Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Legalitätsprinzip wurden auch hier der Vorrang vor der Gleichbehandlung der Steuerpflichtigen eingeräumt. Würden eine Praxisänderung oder eine Gesetzesänderung unter dem Blickwinkel der Rechtsgleichheit als Revisionsgründe anerkannt, so würde der Grundsatz der Rechtssicherheit geradezu aus den Angeln gehoben. Bei jeder Rechtsänderung würde sich von Amtes wegen die Frage der Anpassung rechtskräftig entschiedener Sach-

verhalte an das neue Recht stellen, was zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit führen würde. Dem Legalitätsprinzip ist daher gegenüber der Gleichbehandlung von rechtskräftig veranlagten und nicht rechtskräftig veranlagten Pflichtigen der Vorrang zu geben.

f) Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Beschwerde von X. abzuweisen ist. Die Beschwerde des Kantonalen Steueramtes ist gutzuheissen und Ziff. 3 des Rekursentscheids aufzuheben. Das Revisionsbegehren von X. für das Steuerjahr 2003 ist abzuweisen.

Gegen dieses Urteil hat X. beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Diese ist im Zeitpunkt der Drucklegung noch hängig.

55

Art. 248 und 262 StG (sGS 811.1). Reicht der Steuerpflichtige für eine bestimmte Steuerperiode dem Steueramt ohne weitere Angaben erstmals einen Lohnausweis ein und stellt das Steueramt in der Folge fest, dass der Pflichtige bereits zuvor Einkünfte aus dieser Nebenerwerbstätigkeit erzielt, aber nicht deklariert hat, sind die Voraussetzungen einer strafmindernden Selbstanzeige nicht erfüllt. Anforderungen an die Begründung eines Strafbescheids.

Verwaltungsgericht, 24. Januar 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 3.

56

Art. 263 Abs. 1 lit. b StG (sGS 811.1); Art. 130 lit. b StG/70 (nGS 29–70); Art. 2, Art. 71 lit. b und c sowie Art. 337 StGB (SR 311.0). Anwendung des strafrechtlichen Grundsatzes des milderen Rechts im Zusammenhang mit der Verjährung. Jede Hinterziehungshandlung des Steuerpflichtigen, die zu einer unvollständigen Veranlagung führt, stellt eine eigene Tat dar. Es liegen weder ein Dauerdelikt nach Art. 71 lit. c StGB noch eine natürliche oder tatbestandliche Handlungseinheit im Sinne von Art. 71 lit. b StGB vor. Gestützt auf Art. 2 bzw. Art. 337 StGB sind die einzelnen Steuerperioden mit unvollständigen Veranlagungen auch hinsichtlich der Verjährung für sich zu betrachten.

Verwaltungsgericht, 12. April 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 14.

57

Art. 26 lit. b und Art. 61 Abs. 1 StG/70 (nGS 29–70). Übertragen Eltern ihren mündigen Kindern schenkungsweise erhebliche Vermögenswerte und lassen sie sich diese als verzinsliche Darlehen wieder zur Verfügung stellen, wobei die Zinsen zum Darlehen geschlagen werden, liegt eine Steuerumgehung vor, wenn die Eltern die Darlehen nicht ohne Weiteres zurückzahlen können. Deshalb sind die Darlehen dem Vermögen der Eltern zuzurechnen und die Zinszahlungen nicht von deren Einkommen abzuziehen.

Verwaltungsgericht, 21. März 2006

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2006 Nr. 5.

11. Öffentliches Beschaffungswesen

58

Art. 5 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Auswärtige Anbieter werden diskriminiert, wenn die Umweltverträglichkeit eines Angebots, bei dem Transporte eine untergeordnete Bedeutung haben, ausschliesslich nach der Distanz zwischen Auftraggeber und Anbieter bewertet wird. Voraussetzungen des Entscheides über den Zuschlag im Beschwerdeverfahren.

Verwaltungsgericht, 24. Januar 2006

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 noch weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37). Diese sind in Art. 34 Abs. 2 VöB aufgeführt. Es handelt sich um Qualität, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Kundendienst, Betriebskosten, Innovationsgehalt, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Erfahrung, Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung, Vereinbarkeit mit technischen Systemen anderer Gemeinwesen und Arbeitssicherheit (Art. 34 Abs. 2 lit. a bis n VöB). Die Aufzählung ist nicht abschliessend, wie der Begriff «insbesondere» in Art. 34 Abs. 2 Ingress VöB zum Ausdruck bringt. Dem Auftraggeber wird dadurch 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 Zuschlagskriterium unter anderem die Umweltverträglichkeit angeführt. Der Bewertung der Angebote ist zu entnehmen, dass sie die Umweltverträglichkeit ausschliesslich unter dem Aspekt der Distanz des Anbieters zum «Objekt», das heisst dem Standort der Auftraggeberin und damit dem Standort des Seniorenzentrums gewertet hat.

Nach Art. 5 Abs. 1 VöB werden Anbieter gleich behandelt und nicht diskriminiert. Das Diskriminierungsverbot ist ein zentraler Grundsatz des Beschaffungsrechts. Es gilt als diskriminierend, wenn aus «ökologischen» Gründen generell einheimische Anbieter bevorzugt werden, weil sie einen kürzeren Anfahrtsweg haben (vgl. Handbuch der Staatsverwaltung zum öffentlichen Beschaffungswesen, Kap. 9, S. 14 mit Hinweis auf VerwGE vom 26. Oktober 1999 i. S. E. AG). Auch nach der Praxis des

Bundesgerichts ist es unter dem Aspekt des Diskriminierungsverbots problematisch, die Länge der Anfahrtswege als Kriterium für die Umweltverträglichkeit zu bewerten. Das Bundesgericht hat festgehalten, die Unterschiede beim Anfahrtsweg dürften, um eine unzulässige Benachteiligung auswärtiger Anbieter zu vermeiden, wohl kaum berücksichtigt werden, wenn der Transportvorgang insgesamt nur eine nebensächliche bzw. einmalige Rolle spielte. Wirke sich dagegen die Länge der Fahrstrecke von der Niederlassung des Anbieters bis zum Ort der Dienstleistung über eine längere Zeitspanne in einer Vielzahl von Fahrten aus, erscheine es allenfalls sogar geboten, die Differenz der zu fahrenden Kilometer bei der Evaluation in gewissem Masse mitzuberücksichtigen (BGE 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, in: ZBI 102/2001, S. 312 ff. mit Hinweisen). In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall ging es um die Ausschreibung einer kommunalen Kehrriechtafuhr. Bei dieser spielte die gefahrene Fahrstrecke eine ausschlaggebende Rolle. Die Bewertung der Fahrstrecke wird denn auch in der kantonalen Praxis als zulässig erachtet, wo grössere Materialmengen über weite Strecken zu transportieren sind (vgl. Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 438 ff.). Wird dagegen bei einmaligen Lieferungen und Dienstleistungen die Offerte eines Anbieters in grösserer Entfernung zum Dienstleistungs- bzw. Arbeitsort oder zum Standort des Auftraggebers unter dem Aspekt der Umweltverträglichkeit schlechter gewertet als jene eines näher gelegenen Konkurrenten, so läuft dies auf eine unzulässige Bevorzugung einheimischer bzw. Diskriminierung auswärtiger Anbieter hinaus. Dadurch würde die vom Binnenmarktgesetz und der IVöB verlangte Öffnung der Märkte bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen unterlaufen und die Förderung des wirksamen Wettbewerbs in ihr Gegenteil verkehrt (Galli/Moser/Lang, a. a. O., Rz. 430 ff.). Im vorliegenden Fall wurde wie erwähnt ausschliesslich die Distanz des Anbieters nach B. gewichtet. Weder wurden der Energieverbrauch der angebotenen Geräte noch die Art der Herstellung oder ähnliche Kriterien in die Gewichtung einbezogen. Das Zuschlagskriterium Umweltschutz wirkte sich somit diskriminierend zu Lasten auswärtiger Anbieter aus. Der Zuschlag verstösst daher gegen Art. 5 Abs. 1 VöB und ist aufzuheben.

Die Vorinstanz bewertete das Angebot der Beschwerdegegnerin mit 375,66 Punkten und jenes der Beschwerdeführerin mit 371,00 Punkten. Werden die Anbieter bei der Umweltverträglichkeit gleich bewertet, liegt das Angebot der Beschwerdeführerin mit einem Vorsprung von 0,34 Punkten auf dem ersten Rang.

c) Der Beschwerde wurde von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung gewährt. Es stellt sich die Frage, ob der Zuschlag mit dem Beschwerdeentscheid zu vergeben oder die Angelegenheit zum Entscheid über den Zuschlag an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Das Verwaltungsgericht entscheidet nur ausnahmsweise über den Zuschlag und weist die Angelegenheit in der Regel an die Vorinstanz zurück (vgl. VerwGE B 2005/134 vom 25. Oktober 2005 i. S. H.). Da im vorliegenden Fall das Angebot der Beschwerdeführerin bei einer Gleichbehandlung des Kriteriums der Umweltverträglichkeit im ersten Rang zu bewerten ist, ist es als

das wirtschaftlich günstigste im Sinn von Art. 34 Abs. 1 VöB zu betrachten. Somit ist ausnahmsweise mit dem Beschwerdeentscheid über den Zuschlag zu befinden und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu vergeben.

59

Art. 5 Abs. 1, Art. 19bis lit. f., Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3, Art. 35 und 41 Abs. 1 und 3 VöB (sGS 841.11). Ein Zuschlag, der nicht als Verfügung eröffnet wird, ist nichtig. In der Einladung zur Offertstellung sind die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder nach ihrer Gewichtung aufzuführen. Die Angabe von Zuschlagskriterien ohne Gewichtung und mit einem Vermerk, sie seien nicht nach Priorität geordnet, ist unzulässig. Abgebote sind untersagt, ausgenommen im freihändigen Verfahren. Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung. Ein Einladungsverfahren ist unzulässig, wenn aufgrund des voraussichtlichen Auftragswerts zwingend ein offenes oder selektives Verfahren vorgeschrieben ist.

Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006

Für die Beschaffung der Bühneneinrichtung der Mehrzweckhalle führte die Politische Gemeinde B. ein Einladungsverfahren durch, worauf fünf Angebote zwischen Fr. 338 134.75 und Fr. 388 543.60 eingingen. In der Folge wurde den Anbietern ermöglicht, ihre Offerte zu prüfen und das äusserste Preisangebot mitzuteilen. Danach teilte das mit der Beschaffung beauftragte Unternehmen den Anbietern mit, der Auftrag sei für Fr. 254 300.– der X. AG vergeben worden. Dagegen erhob die Y. AG Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht gutgeheissen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht gerügt werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des st.gallischen Verfahrensrechts (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen Beschaffungsverfügungen kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte (vgl. statt vieler GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

a) Art. 35 VöB bestimmt, dass der Auftraggeber den Anbietern den Zuschlag durch Verfügung eröffnet.

Das Verwaltungsgericht hat die Mitteilung einer Arbeitsvergabe durch die mit der Offertprüfung beauftragte Unternehmung wiederholt als nichtig qualifiziert (vgl. GVP 2003 Nr. 38; VerwGE B 2004/181 vom 22. März 2005 i. S. Ortsgemeinde S. und VerwGE B 2005/176, 199 vom 6. Dezember 2005 i. S. Schulgemeinde M.). Es erwog, die Zuschlagsverfügung sei ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt werde.

Im vorliegenden Fall teilte die von der Vorinstanz beauftragte Unternehmung den Anbietern mit, dass der Auftrag zum Preis von Fr. 254 300.– der X. AG vergeben wurde. Die Mitteilung ist von den Organen der Gemeinde B. nicht unterzeichnet.

Kennzeichnendes Merkmal einer Verfügung ist u. a., dass sie als behördlicher Akt klar erkennbar ist. Sowohl eine öffentlich-rechtliche Körperschaft als auch ein Privater haben den Zuschlag in Form einer Verfügung im Sinn von Art. 35 VöB zu eröffnen. Entscheidend ist nicht, dass der zuständige Gemeinderat einen entsprechenden Beschluss gefasst hat. Ein solcher Beschluss bleibt bis zur förmlichen Mitteilung an die Betroffenen nicht wirksam. Erst mit der Mitteilung bzw. Eröffnung der Verfügung erhält diese rechtliche Wirkung. Aufgrund der Praxis des Verwaltungsgerichts ist daher der Zuschlag als nichtig zu qualifizieren.

b) In aller Regel lässt es das Gericht bei einer Feststellung der Nichtigkeit bewenden. Im vorliegenden Fall sind aufgrund der Mängel des Verfahrens folgende Ausführungen angezeigt:

aa) Nach Art. 41 Abs. 1 VöB sind Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen.

In der Mitteilung der Arbeitsvergabe ist lediglich festgehalten, der Auftrag sei zum Preis von Fr. 254 300.– der Beschwerdegegnerin vergeben worden. Eine Begründung enthält die Mitteilung nicht. Das Verwaltungsgericht hat die Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung in zahlreichen Urteilen umschrieben und seine Praxis publiziert (vgl. GVP 2000 Nr. 24). Eine Begründung ist ungenügend, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Die Auftraggeberin muss in der Begründung einer Verfügung – zwar kurz, aber immerhin – darlegen, weshalb sie das Angebot einer bestimmten Unternehmung als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert (vgl. VerwGE B 2006/25 vom 12. April 2006 i. S. S. AG). Die Anbieter müssen aufgrund der Verfügung bzw. deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden.

bb) 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). 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.

In der Einladung zur Offerteinreichung sind die Zuschlagskriterien ohne Gewichtung vermerkt. Ausserdem ist festgehalten, dass sie nicht nach Priorität geordnet seien. Diese Aufführung der Kriterien widerspricht Art. 34 Abs. 3 VöB. Sie verhindert eine transparente Gewichtung der Kriterien.

cc) Nach Art. 24 Abs. 1 lit. d VRP ist eine Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Im vorliegenden Fall enthielt die Mitteilung keine Rechtsmittelbelehrung. Durch diesen Mangel erlitt die Beschwerdeführerin allerdings keinen Nachteil, da sie sich innerhalb der Beschwerdefrist anwaltlich vertreten liess und formgerecht Beschwerde erhob.

dd) Am 6. September 2005 teilte die zunächst mit der Durchführung des Submissionsverfahrens beauftragte Planungsunternehmung den Anbietern die Kostenzusammenstellung der Unternehmerofferten mit und gab ihnen Gelegenheit, ihre Offerten nochmals zu prüfen und das «äusserste Preisangebot» bis 9. September 2005 mitzuteilen.

Art. 33 Abs. 3 VöB bestimmt, dass Abgebote, ausgenommen im freihändigen Verfahren, nicht zulässig sind. Vorliegend wurde nicht ein freihändiges Verfahren, sondern ein Einladungsverfahren gemäss Art. 19bis VöB durchgeführt, weshalb die Einladung zu einer Abgebotsrunde unzulässig war.

Abgebote wurden unter der Geltung der früheren Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (nGS 33–50) als zulässig erachtet. Art. 33 Abs. 1 bestimmt, dass Verhandlungen geführt werden können, soweit in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde und sie nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen ausgeschlossen sind. Preisverhandlungen bzw. Abgebotsrunden wurden als Verhandlungen im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert. Im Nachtrag vom 8. Oktober 2002 zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (nGS 37–99) wurde im neu eingefügten Art. 33 Abs. 3 VöB die Unzulässigkeit von Abgeboten, ausgenommen im freihändigen Verfahren, verankert. Die neue Verordnung macht somit eine Unterscheidung zwischen Verhandlungen im Allgemeinen, welche grundsätzlich zulässig sind, und unzulässigen Preisverhandlungen (vgl. Handbuch öffentliches Beschaffungswesen der Staatsverwaltung, Kapitel 9, S. 10).

Da die Beschwerdeführerin aber selbst vorbehaltlos auf die Abgebotsrunde eingetreten ist, widerspricht es Treu und Glauben, diesen Umstand im Beschwerdeverfahren zu rügen.

ee) Gemäss Anhang 1 zur VöB sind Aufträge im Baunebengewerbe ab Fr. 250 000.– im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben. Im vorliegenden Fall wurde ein Einladungsverfahren durchgeführt.

Aus dem Offertöffnungsprotokoll geht hervor, dass die Angebotspreise zwischen rund Fr. 338 000.– und rund Fr. 388 000.– lagen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz bei der Einladung davon ausgehen durfte, die Angebote lägen unter dem Betrag von Fr. 250 000.–. Folglich hätte der Auftrag im offenen oder selektiven Verfahren vergeben und eine Ausschreibung durchgeführt werden müssen.

ff) Nach Art. 30 Abs. 1 VöB bleiben die Angebote bis zum Zeitpunkt der Öffnung verschlossen. Nach Art. 30 Abs. 2 VöB lässt der Auftraggeber die Angebote durch wenigstens zwei Beauftragte öffnen. Art. 30 Abs. 3 VöB bestimmt, dass im Offertöffnungsprotokoll zumindest die Namen der beiden anwesenden Personen aufzuführen sind, daneben die Bezeichnung der Anbieter, die Einreichungs- und Eingangsdaten der Angebote und die Nettopreise der Angebote.

Im Offertöffnungsprotokoll fehlen sämtliche dieser vorgeschriebenen Angaben. Zwar sind die Preise vermerkt, aber die Namen der Anbieter sind nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat trotz wiederholter Aufforderung zur Überweisung der dem Zuschlag zugrundeliegenden Akten (vgl. Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 52 VRP) dem Gericht kein Offertöffnungsprotokoll mit den Namen der Anbieter eingereicht. Insbesondere liegt auch keine Zusammenstellung über die Ergebnisse der Abgebotsrunde vor. Die Vorinstanz hat eine Zusammenstellung über den Ablauf der Bühnenplanung eingereicht. Verschiedene schriftliche Unterlagen zu den aufgeführten Verfahrensschritten und Abläufen wurden trotz wiederholter Aufforderung zur Übermittlung der Akten nicht eingereicht. Insbesondere fehlt auch ein förmlicher Offertvergleich für die Unternehmervarianten. Für die Ausarbeitung einer solchen wurden aufgrund der Akten offenbar nur drei Anbieter eingeladen, womit die Anbieter rechtungleich behandelt wurden und Art. 5 Abs. 1 VöB missachtet wurde.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist.

60

Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB (sGS 841.32); Art. 5 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Einwendungen gegen die Art der ausgeschriebenen Leistung sind mit Beschwerde gegen die Ausschreibung geltend zu machen und können bei der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr vorgebracht werden. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht verletzt, wenn bei der Offertprüfung eine geringfügige Modifikation der angebotenen Leistung vorgenommen wird, um die Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen zu gewährleisten.

Verwaltungsgericht, 8. Juni 2006

Für die Erweiterung und den Umbau des Oberstufenzentrums schrieb die Schulgemeinde A. verschiedene Arbeiten aus, unter anderem eine Position «Fenster in Aluminium und Fassadenverglasung». Sie vergab den Auftrag für Fr. 283 136.65 der X. AG. Dagegen erhob die Y. AG Beschwerde und verlangte, der Auftrag sei ihr zum offerierten Preis von Fr. 373 157.75 zu vergeben, eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die Schulgemeinde zurückzuweisen. Sie machte geltend, das

Angebot der X. AG erfülle die in der Ausschreibung festgelegten Vorgaben bezüglich Wärmedämmung der Fenster nicht. Ausserdem widerspreche die Konstruktion der aussen laufenden Hebeschiebefenster jeglicher Vernunft und sei in einem öffentlichen Gebäude nicht anzuwenden. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. b) Nach Art. 16 Abs. 1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dagegen kann Unangemessenheit nicht gerügt werden (Art. 16 Abs. 2 IVöB). Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen Grundsätzen des st.gallischen Verfahrensrechts (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren gegen Beschaffungsverfügungen kann somit nur geprüft werden, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte (vgl. statt vieler GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweisen).

c) In den Ausschreibungsunterlagen waren die konstruktiven Einzelheiten der Hebeschiebetüren und des Fenstersystems festgelegt. In einer Anmerkung zur Offerte hielt die Beschwerdeführerin fest, die Machbarkeit sei mit den Lieferanten direkt abgeklärt worden und basiere auf dem neuesten Entwicklungsstand. Sie beschrieb die aus ihrer Sicht bestehenden Nachteile und hielt fest, wie ausgeschrieben seien die Schiebeflügel aussen laufend, und der Standflügel liege auf der Innenbahn. Das Brüstungsglas sei innen angeordnet, was auch eine Handhebel-Höhersetzung nach sich ziehe. Sie weise bei dieser Anordnung der Flügel auf eine erhöhte mögliche Verschmutzung und Vereisung der äusseren Laufbahn hin, die auch erschwert zu reinigen und zu unterhalten sei. Sie sei sich jedoch bewusst, weshalb diese Lösung angestrebt worden sei, da bei einer innenlaufenden Lösung die Handhebel punktuell in den Raum stünden und die Aussenansichtskontur mit dem Brüstungsglas leicht gestört sei. Als Unternehmervariante schlug die Beschwerdeführerin einen Verzicht auf Handhebel und eine Motorisierung der Elemente vor.

Soweit in der Beschwerde die Konstruktionsart bemängelt wird, kann nicht mehr darauf eingetreten werden. Die Beschwerdeführerin hatte die Möglichkeit, die Ausschreibung mit Beschwerde anzufechten (Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB). In der Beschwerde gegen den Zuschlag können nur noch Mängel des Zuschlags gerügt werden, nicht aber Unzulänglichkeiten der ausgeschrieben Leistung. In ihrer Offerte bestätigte die Beschwerdeführerin ausdrücklich die Machbarkeit des verlangten Systems. Die Wahl des Fenstersystems oblag der Vorinstanz. Falls die Beschwerdeführerin die verlangte Konstruktion als untauglich oder unzweckmässig betrachtete, hätte sie entweder die Ausschreibung anfechten, auf ein Angebot verzichten oder eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde der Vorinstanz richten können. Sie hält in der Beschwerde zwar fest, die Vorinstanz sei über die von ihr gemachten Vorbehalte nicht im Bild gewesen und habe im Anschluss an eine Besprechung nach dem Zu-

schlag die Ausführung von aussen laufenden Hebeschiebefenstern abgelehnt. Die Vorinstanz bestätigte dies in der Vernehmlassung allerdings nicht und ging gar nicht auf die Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen die konstruktiven Einzelheiten ein. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Da die Beschwerdeführerin selbst die Machbarkeit der Konstruktion aufgrund eigener Abklärungen als gegeben erachtete, ist auf ihre Einwendungen nicht weiter einzutreten.

d) Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot (Art. 5 Abs. 1 VöB und Art. 11 lit. a IVöB) stehen im Zentrum des öffentlichen Beschaffungsrechts. Sie sind Richtschnur des öffentlichen Beschaffungswesens und bedeuten, dass keinem Anbieter Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere Anbieter nicht gelten und dass keinem Anbieter ein Vorteil gewährt werden darf, der anderen Anbietern nicht gewährt wird (GVP 2002 Nr. 32 mit Hinweis auf GVP 1999 Nr. 34 und 1998 Nr. 33 sowie Galli/Lehmann/Rechsteiner. Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 402 f.). Als Ausfluss des Gleichbehandlungsgebots schreibt Art. 31 Abs. 1 VöB vor, dass der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien zu prüfen hat.

In der Ausschreibung wurde ein Wärmedämmwert (U-Wert) von höchstens 1,40 W/m²K gefordert, wobei dieser für das Glas höchstens 1,1 W/m²K, für die Schwingflügel höchstens 2,0 W/m²K und für das Hebe-Schiebe-Türsystem höchstens 2,4 W/m²K betragen darf.

In der von der Vorinstanz eingereichten Stellungnahme der Z. AG wird festgehalten, dass die Verarbeiter des verlangten Referenzprodukts, zu denen auch die Beschwerdegegnerin gehöre, bereits während der Submission mit dem Systemhersteller nach Lösungen gesucht hätten, wie die geforderten Werte erreicht werden könnten. Der Verantwortliche der Herstellerfirma habe im Vorfeld der Vergabe bestätigt, dass durch geringfügige Modifikationen der Profile mit Komponenten des Gesamtprogramms des Lieferanten eine Verbesserung der U-Werte der Profile möglich sei und somit die Vorgaben eingehalten würden. Aufgrund dieser Aussagen seien bei der Vergabe die Anforderungen an die Qualität im Angebot der Beschwerdegegnerin als erfüllt betrachtet worden. Die nachträglichen detaillierten Berechnungen hätten dies nun bestätigt.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass mit einer geringfügigen Modifikation der Profile die verlangten U-Werte vollumfänglich eingehalten werden können. Diese Modifikation beinhaltet keine Änderung der in der Ausschreibung geforderten Leistung bzw. des geforderten Produkts. Dies wird auch von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Diese bezeichnet die Änderung in ihrer Stellungnahme selbst als «marginal». Auch lässt sich die Bestimmung des U-Wertes nicht als fragwürdig qualifizieren. Im Prüfbericht wurde der Wert von 1,4 W/m²K ausdrücklich für Isolierglas mit thermisch optimiertem Glasabstandshalter bezeichnet. Die Bewertung kann daher nicht als fehlerhaft bzw. als ein mittels unzulässiger Abrundung erreichter Wert bezeichnet werden. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen das Angebot der Beschwerdegegnerin unter Berücksichtigung einer

marginalen Änderung als den Anforderungen der Ausschreibung genügend erachtete, so ist dies nicht als Missbrauch oder Überschreitung ihres Ermessensspielraums zu qualifizieren. Anhaltspunkte, dass die Beschwerdegegnerin bereits im Vorfeld des Zuschlags Informationen über eine solche Modifikationsvariante hatte oder anderweitig eine Ungleichbehandlung mit den anderen Anbietern erfolgte, bestehen aufgrund der Akten keine.

Aus dem Gesagten folgt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin den Anforderungen der Ausschreibung entspricht und sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet erweist.

12. Gebäudeversicherung

61

Art. 31 Ziff. 3 GVG (sGS 873.1); Art. 47 Abs. 2 GWV (sGS 873.11). Da Sonnenstoren aus Stoff einem Sturm nicht widerstehen müssen, besteht bei einem Schaden aufgrund eines Sturmwindes keine Leistungspflicht der Gebäudeversicherung. Entstand aber der Schaden trotz eines Windwächters, ist eine Leistungskürzung zu prüfen.

Verwaltungsgericht, 24. August 2006

Am 4. Juli 2005 kam es anlässlich eines Sturmwindes an einer automatischen Sonnenstore zu einem Schaden. Die Gebäudeversicherungsanstalt (abgekürzt GVA) lehnte es ab, eine Versicherungsleistung zu erbringen. In Bezug auf mögliche Einwirkungen von Sturmwind seien Sonnenstoren in ausgefahrenem Zustand mangelhaft, weshalb kein Versicherungsschutz bestehe. Sodann habe der Windwächter den rechtzeitigen Einzug der Sonnenstore nicht sichergestellt, weshalb der Schaden auf eine andere Ursache zurückzuführen sei. Die Verwaltungskommission der GVA wies den Rekurs der Stockwerkeigentümergeinschaft ab. Deren Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht teilweise gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

3. Strittig ist, ob es sich beim Schaden an der Sonnenstore um einen durch das versicherte Ereignis «Sturmwind» verursachten versicherten Gebäudeschaden handelt.

a) Nach Art. 31 Ziff. 3 GVG erbringt die GVA Versicherungsleistungen, wenn Gebäudeschäden u. a. auf Sturmwind zurückzuführen sind. Ausgenommen sind

Schäden, die im Wesentlichen auf andere Ursachen zurückgehen. Das Vorliegen einer die Leistungspflicht ausschliessenden «anderen Ursache» ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Schaden nicht unmittelbare Folge eines Elementarereignisses ist (vgl. GVP 2003 Nr. 42 mit Hinweis auf den Gesetzestext gemäss Botschaft betreffend die Revision des Gesetzes über die Gebäudeversicherung vom 10. November 1959, ABI 1959, S. 1016 ff., S. 1041; vgl. auch ZBI 60/1959, S. 79). Unter den Begriff der «anderen Ursache» fallen somit namentlich Ereignisse, welche zwar die Voraussetzungen eines Elementarereignisses in qualitativer und quantitativer Hinsicht nicht erfüllen, jedoch den Schadeneintritt begünstigen bzw. diesen über einen längeren Zeitraum bewirken. So sind beispielsweise Gebäudeschäden denkbar, die durch dauernde Winde entstehen, welche jedoch nicht die Stärke von Sturmwind aufweisen und in diesem Sinn ein «fortgesetztes Einwirken» im Sinn von Art. 47 Abs. 2 GVV darstellen (vgl. GVP 2003 Nr. 42). Geht der Gebäudeschaden überwiegend auf das versicherte Ereignis zurück, wird er ihm gemäss Art. 47 Abs. 1 GVV voll zugerechnet. Geht der Schaden ganz oder überwiegend auf andere Ereignisse zurück, wird er nicht entschädigt. 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. 2 und 3 GVV).

aa) Anspruch auf Versicherungsleistungen besteht nach Art. 45 GVV, wenn ein versichertes Ereignis vorliegt (lit. a), ein Gebäudeschaden entstanden ist, der unmittelbar auf das versicherte Ereignis zurückgeführt werden kann (lit. b) und die Ereignisseinwirkung nicht bestimmungsgemäss war (lit. c). 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 (Art. 47 Abs. 2 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. BGE 121 V 49 mit Hinweisen; ZBI 67/1966, S. 406; E. Rychen, Sachversicherung, Bern und Zürich 1963, S. 39; H. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, N 525 mit Hinweisen).

bb) 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. Diese Beweislastverteilung gilt auch für das öffentliche Gebäudeversicherungsrecht, namentlich bei der Anwen-

derung von Art. 31 Ziff. 3 GVG (vgl. VerwGE vom 10. Mai 2005 i. S. B. AG mit Hinweis auf GVP 2003 Nr. 42).

Nach Art. 8 ZGB ist sodann zu Ungunsten desjenigen zu entscheiden, der aus der unbewiesen gebliebenen (behaupteten) Tatsache hätte Rechte ableiten können. Bei belastenden Verfügungen ist es grundsätzlich die verfügende Behörde, welche die Folgen der Beweislosigkeit trägt (vgl. VerwGE vom 10. Mai 2005 i. S. B. AG mit Hinweis auf F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 208; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 629, und Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 7 N 5).

b) Unbestritten ist, dass das Unwetter vom 4. Juli 2005 zu Kollektivschäden geführt hat. Dementsprechend geht die Vorinstanz davon aus, die für die Qualifizierung von «Sturmwind» erforderliche Windgeschwindigkeit sei erreicht worden und es sei von einem versicherten Ereignis im Sinn von Art. 31 Ziff. 3 GVG und Art. 45 lit. a GVV auszugehen.

aa) Die Vorinstanz lehnt den Versicherungsschutz indessen mit der Begründung ab, der Schaden sei nicht überwiegend auf das Versicherungsereignis «Sturmwind», sondern im Wesentlichen auf eine andere Ursache zurückzuführen. Es liege ein konstruktiver Mangel im Sinn von Art. 47 Abs. 2 GVV vor und die Ereigniseinwirkung sei bestimmungsgemäss gewesen bzw. die Voraussetzung von Art. 45 lit. c GVV sei nicht erfüllt. Der bestimmungsgemässe Zweck von ausgefahrenen oder teilweise ausgefahrenen Sonnenstoren sei es, vor Sonnenlicht und Sonnenwärme zu schützen, nicht aber vor Unwettern wie Regen, Hagel und Sturmwind. Dies zeige auch die SIA Norm 342, welche die Anforderungskriterien für Sonnen- und Wetterschutzanlagen festlege. An Stoffstoren würden bezüglich Sturmsicherheit geringe Anforderungen gestellt, und die Hersteller hätten nur dafür zu garantieren. In Bezug auf Sturmwindeinwirkungen seien Sonnenstoren demzufolge mangelhaft. Aus diesem Grund dürften sich die Bewohner bei der ersten Windböe beeilt haben, ihre mit einem Windwächter ausgerüstete Store noch rechtzeitig einzuziehen. Sodann sei allgemein bekannt, dass selbst funktionierende Windwächter bei gewissen Wetterlagen nicht in der Lage seien, den Einzug von Sonnenstoren rechtzeitig sicherzustellen. Schäden, die aus diesem Grund entstünden, seien voraussehbar und deshalb nicht versichert.

bb) Die Beschwerdeführer berufen sich darauf; nach einem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 11. Dezember 2003 (GVP 2003 Nr. 42) sei die GVA für Sturmschäden an Sonnenstoren leistungspflichtig. Dies gelte selbst dann, wenn die Funktionsfähigkeit des Windwächters beeinträchtigt sei, was im vorliegenden Fall nicht zutreffe. Sodann sei die Ereigniseinwirkung nicht bestimmungsgemäss gewesen.

Dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 11. Dezember 2003 liegt der Sachverhalt zugrunde, dass ein Föhnsturm eine mit einem Windwächter ausgestattete Storenanlage beschädigt hatte. Das Verwaltungsgericht gelangte zum Ergebnis,

der entstandene Schaden sei unmittelbar Folge des Sturmwindes gewesen. Daran vermöge die Tatsache, dass der Windwächter seine Aufgabe nicht habe wahrnehmen können, nichts zu ändern. Die Versicherungsleistung könne nicht mit der Berufung auf eine anderweitige Schadenursache abgelehnt werden, sondern es sei eine Leistungskürzung zu prüfen, wenn ein Gebäudeschaden dadurch verursacht worden sei, dass der Windwächter durch unsachgemäßes Anbringen einer Reklametafel nicht funktioniert habe.

Auch im vorliegenden Fall ist der Schaden anlässlich eines Unwetters entstanden. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Vorinstanz geltend macht, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 11. Dezember 2003 habe Aluminiumstoren (Rafflamellen) zum Gegenstand gehabt, während im vorliegenden Fall eine Stoffstore beschädigt worden sei. In Betracht fällt indessen, dass eine Sonnenstore, wie sie hier zur Diskussion steht, aufgrund ihrer Beschaffenheit gar nicht in der Lage sein muss, einem versicherten «Sturmwind» standzuhalten. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, werden an Stoffstoren bezüglich Sturmsicherheit geringe Anforderungen gestellt. Sie haben, wenn überhaupt, einer Windgeschwindigkeit von höchstens 30 km/h standzuhalten (vgl. Anhang 1 der SIA Norm 342, Tabelle 1 und 2). Weil Sonnenstoren dieser Art aufgrund ihrer Konstruktion einer ausserordentlichen Gefährdung durch das Elementarereignis «Sturmwind» ausgesetzt sind, geht ein Schaden, der durch ein solches Ereignis verursacht wird, im Sinn von Art. 31 Ziff. 3 GVG und Art. 47 Abs. 2 GVV im Wesentlichen auf eine andere Ursache zurück, weshalb keine Versicherungsleistung zu erbringen ist. Denkbar ist sodann, dass Sonnenstoren bezüglich «Sturmwind» gestützt auf Art. 10 lit. a GVG von der Versicherung ausgeschlossen werden. Die mangelnde Sturmresistenz von Sonnenstoren kann allerdings dadurch behoben werden, dass ein Windwächter installiert wird oder dass eine andere technische Massnahme dafür sorgt, dass die Store rechtzeitig eingezogen und dem Elementarereignis «Sturmwind» somit nicht ausgesetzt wird. In diesem Fall kann der Versicherungsschutz entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht mit der Begründung verweigert werden, der Schaden sei nicht auf das Versicherungsereignis «Sturmwind», sondern im Wesentlichen auf eine andere Ursache zurückzuführen. Vielmehr ist zu prüfen, ob eine Leistungskürzung zufolge Selbstverschulden angebracht ist (vgl. GVP 2003 Nr. 42). Die GVA kann die Versicherungsleistungen gestützt auf Art. 33 Abs. 2 GVG um höchstens 50 Prozent kürzen, wenn der Versicherte den Schaden grobfahrlässig herbeigeführt hat oder wenn der Schaden auf eine offensichtliche Missachtung der Schadenverhütungspflicht zurückzuführen ist. Eine Kürzung von höchstens 30 Prozent fällt in Betracht, wenn der Schaden auf die Verletzung der Pflicht zur Anzeige schwerwiegender und für den Versicherten leicht wahrnehmbarer Gefahrenerhöhungen zurückzuführen ist und deshalb keine Verfügung zur Behebung der Minderung der Gefahrenerhöhung getroffen werden konnte.

Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass die beschädigte Stoffstore zum Zeitpunkt des Schadenereignisses mit einem Windwächter ausgerüstet war und dass

der Windwächter den Eintritt des Schadens nicht verhindert hat. Somit stellt sich die Frage der Leistungskürzung bei Selbstverschulden gestützt auf Art. 33 GVG. Offen ist, ob der Windwächter den aktuellen Erkenntnissen und Normen entsprach bzw. ob er zureichend und korrekt installiert und gewartet worden war. Dementsprechend sind der angefochtene Entscheid und die Verfügung der GVA aufzuheben, und die Angelegenheit ist zur Abklärung der Frage, ob überhaupt ein tauglicher Windwächter montiert oder ob den Beschwerdeführern ein Selbstverschulden vorzuwerfen bzw. eine Kürzung der Versicherungsleistung angebracht ist, an die Verwaltung der GVA zurückzuweisen.

62

Art. 37 Abs. 2 GVG (sGS 873.1). Ob achtenswerte Gründe für die Gleichstellung einer Person mit dem Versicherten bestehen, ist bei konzernmässig verbundenen Unternehmungen nicht nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen.

Verwaltungsgericht, 6. Juli 2006

Am 6. Januar 2004 kam es auf dem Grundstück der P. AG zu einem Gebäudebrand. Die Gebäudeversicherungsanstalt (abgekürzt GVA) anerkannte gegenüber der P. AG einen Schaden von Fr. 171 700.–. Am 14. Mai 2004 verkaufte die P. AG das Grundstück für Fr. 17 500 000.– der Genossenschaft A. Es wurde vereinbart, dass der Besitzesantritt mit Übergang von Nutzen, Lasten und Gefahr rückwirkend per 1. Januar 2004 stattfindet. Die Handänderung wurde am 18. Mai 2004 vollzogen. Am 17. August 2004 teilte die GVA der Genossenschaft A. mit, für die beabsichtigte Instandstellung des beschädigten Gebäudes würden keine Versicherungsleistungen ausgerichtet. Mit Verfügung vom 14. Oktober 2004 lehnte die GVA das Gesuch der Genossenschaft A. um Gleichstellung mit der Versicherten und um Zusicherung der Auszahlung der Wiederaufbauentschädigung ab. Sie begründete dies damit, der Verkauf an die Genossenschaft A. sei erst zustandegekommen, nachdem der Alleinaktionär der P. AG das ganze Aktienpaket der X. AG übertragen und die B-Bank ihre Forderungen gegenüber der P. AG an die S. AG abgetreten habe. Dieser Gläubigerwechsel von der B-Bank auf die S. AG habe erst am 9. Januar 2004 und damit nach dem Brand stattgefunden. Somit sei die S. AG zum Zeitpunkt des Schadenfalls nicht Gläubigerin gewesen und könne gegenüber der GVA keine Ansprüche geltend machen. Am 27. Oktober 2004 erhoben die Genossenschaft A., die P. AG und die S. AG Rekurs. Sie machten geltend, Käuferin, Verkäuferin und Pfandgläubigerin seien wirtschaftlich verbunden. Die Verwaltungskommission der

GVA trat auf die Rekurse der P.AG und der S.AG nicht ein und wies den Rekurs der Genossenschaft A. ab. Die Genossenschaft A., die P.AG und die S.AG erhoben Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Am 21. Dezember 2005 stellte die P.AG der GVA ein Gesuch um Auszahlung der Wiederaufbauentschädigung. Dieses wurde am 1. Februar 2006 abgewiesen. Der von der P.AG erhobene Rekurs wurde als Sprungbeschwerde dem Verwaltungsgericht überwiesen. Während des Beschwerdeverfahrens übernahm die S.AG die Genossenschaft A. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerden ab.

Aus den Erwägungen:

4. Umstritten ist im vorliegenden Fall, ob eine der Beschwerdeführerinnen eine Versicherungsleistung der GVA beanspruchen kann.

a) Nach Art. 37 Abs. 1 GVG entspricht die Versicherungsleistung höchstens dem Verkehrswert, wenn ein zerstörtes Gebäude nicht innert dreier Jahre vom Versicherten oder von ihm gleichgestellten Personen für den bisherigen Zweck wiederhergestellt wird. Dem Versicherten gleichgestellt sind nach Abs. 2 dieser Vorschrift Personen, die im Zeitpunkt des Schadenereignisses einen Rechtstitel auf den Erwerb des Gebäudes besaßen oder die das Gebäude gemäss Erb- oder Familienrecht vom Versicherten erworben haben, sowie Personen, die im Zeitpunkt des Schadenereignisses Pfandgläubiger oder Bürgen waren und das Gebäude zur Wahrung ihrer Interessen erworben haben. Ausnahmsweise können auch andere Personen dem Versicherten gleichgestellt werden, wenn hierfür achtenswerte Gründe nachgewiesen werden.

aa) Zweck der Gleichstellung anderer als der gesetzlich vorgesehenen Personen mit dem Versicherten ist es, Härtefälle zu vermeiden, welche die gesetzliche Regelung mit sich bringen kann. Die Verwirklichung dieser Zielsetzung des Gesetzes muss auch bei der Bewilligung der Ausnahme gewährleistet sein. Die rechtsanwendende Behörde hat die mit der generellen Regelung verfolgte Absicht weiterzuführen und im Hinblick auf die Besonderheiten des Ausnahmefalls auszugestalten. Ob eine Ausnahmesituation vorliegt, ist eine Rechtsfrage (vgl. GVP 2004 Nr. 39 mit Hinweis auf Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 2546). Das in der Kognition grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht ist somit befugt, die Konkretisierung der Ausnahmetatbestände durch die Vorinstanz frei zu überprüfen (vgl. GVP 2004 Nr. 39 mit Hinweis auf Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 724 mit Hinweisen).

bb) Wie das Verwaltungsgericht entschieden hat, bedingt die Gleichstellung mit dem Versicherten nach Art. 37 Abs. 2 Satz 2 GVG in jedem Fall, dass der Dritte besondere Umstände nachzuweisen vermag, die eine Ausnahme von der allgemeinen Regelung rechtfertigen. Allerdings ist die Rechtsbeziehung zwischen dem Versicherten und seinem Rechtsnachfolger zum Zeitpunkt des Schadenereignisses für den Nachweis «achtenswerter Gründe» nicht unabdingbar. Die Ausnahmeregelung

knüpft nicht an eine rechtliche Bindung zwischen dem alten und dem neuen Eigentümer des beschädigten Gebäudes an. Sie will eine Gleichstellung mit dem Versicherten ausnahmsweise ermöglichen, wenn ein Härtefall vorliegt, unabhängig davon, wie dieser entstanden ist (vgl. GVP 2004 Nr. 39).

b) Unbestritten ist, dass die P.AG zum Zeitpunkt des Schadeneignisses Eigentümerin des Grundstücks war und dass die S. AG zu diesem Zeitpunkt keinen Rechtstitel auf den Erwerb der beschädigten Gebäude besass und auch nicht Grundpfandgläubigerin war. Die S. AG stellt sich auf den Standpunkt, für die Gleichstellung mit der P.AG würden in mehrfacher Hinsicht «achtenswerte Gründe» im Sinn von Art. 37 Abs. 2 Satz 2 GVG sprechen.

aa) Die S. AG argumentiert, mit dem Verkauf der Liegenschaft sei das Versicherungsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf ihre Rechtsvorgängerin, die Genossenschaft A., übergegangen, so auch das Recht auf Wiederaufbauentschädigungen entsprechend den Verfügungen der GVA vom 26. und 28. Januar 2004. Nach diesen Verfügungen sei der Wiederaufbau innert drei Jahren die einzige Bedingung für die Auszahlung der Entschädigungen. Auf diese Formulierung habe ihre Rechtsvorgängerin vertrauen dürfen, nachdem im behördlich aufgesetzten Kaufvertrag ohne Vorbehalte auf den Übergang der Schadenversicherungen hingewiesen worden sei.

Vertrauensschutz bei der Rechtsanwendung setzt ein Verhalten oder eine Äusserung der Behörde voraus, die gegenüber einer bestimmten Person eine Vertrauensgrundlage schafft (vgl. J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 489; Chr. Rohner, St.Galler Kommentar zu Art. 9 BV, Rz. 51). Nach dem in Art. 9 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben hat der Bürger einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, wobei sowohl Verwaltungsakte als auch behördliche Auskünfte und Zusagen eine Vertrauensgrundlage bilden können (vgl. B. Weber-Dürler, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in: ZBI 103/2002, S. 288 ff. mit Hinweisen).

Der Verwaltungsakt ist eine besonders augenfällige Vertrauensgrundlage, weil es seine Funktion ist, dem Bürger Klarheit über die konkreten Rechte und Pflichten zu verschaffen (vgl. B. Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt 1983, S. 183 mit Hinweisen). Der Schutz des Vertrauens in eine Zusicherung oder Auskunft setzt voraus, dass sich die Angabe auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht. In Betracht kommen nur behördliche Äusserungen, die inhaltlich einen gewissen Bestimmtheitsgrad aufweisen (vgl. Weber-Dürler, a. a. O., ZBI 103/2002, S. 189 mit Hinweis). Sodann muss die Amtsstelle für die Auskunftserteilung zuständig sein bzw. der Bürger muss sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten dürfen (vgl. BGE 127 I 36 mit Hinweisen und Weber-Dürler, a. a. O., S. 107 mit Hinweisen). Weiter muss der Bürger gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt haben, die ohne Nachteil nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (vgl. Weber-Dürler, a. a. O.,

ZBI 103/2002, S. 288 mit Hinweis). Voraussetzung des Vertrauensschutzes ist schliesslich das Fehlen der Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage. Wer die Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage kennt, kann somit nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass die durch die Behörden erweckten Erwartungen erfüllt werden. Ein berechtigtes Vertrauen ist auch demjenigen abzusprechen, der die Mangelhaftigkeit der Vertrauensgrundlage bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen müssen. Dabei ist auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der sich auf Vertrauensschutz berufenden Person abzustellen (vgl. Häfelin/Müller, a. a. O., Rz. 657, Weber-Dürler, a. a. O., S. 211 und Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt 1990, Nr. 75 B III b 1 mit Hinweisen).

Zutreffend ist, dass die GVA am 26. und am 28. Januar 2004 je eine Verfügung über eine Versicherungsleistung im Gesamtbetrag von Fr. 171 700.– erlassen hat. Adressatin dieser Verfügungen war indessen nicht die Rechtsvorgängerin der S. AG, sondern die damalige Eigentümerin des Grundstücks, die P. AG. Entgegen der Annahme der S. AG kann daraus nicht geschlossen werden, als neue Eigentümerin der beschädigten Gebäude habe sie aus Gründen des Vertrauensschutzes Ansprüche gegenüber der GVA (vgl. VerwGE vom 17. August 2004 i. S. B. G. AG). Daran ändert nichts, dass im Kaufvertrag vom 14. Mai 2004 festgehalten wird, dass den Parteien Art. 54 VVG bekannt sei, wonach bestehende Schaden- und Haftpflichtversicherungen auf die Käuferschaft übergehen, sofern diese nicht innert 14 Tagen seit der Eigentumsübertragung schriftlich mitteilt, dass sie den Übergang ablehne. Diese Regelung, die für private Sachversicherungen gilt, ergibt sich für die öffentliche Gebäudeversicherung ohne ausdrückliche Bestimmung aufgrund von Obligatorium und Monopol (vgl. A. Kleiner, Das Recht der öffentlichen Gebäudeversicherungen, Separatdruck aus «Mitteilungen», Jahrgänge 1978/1979, S. 158). Massgebend für die Frage, ob ein Dritter dem Versicherten gleichzustellen ist, sind nach Art. 37 Abs. 2 GVG indessen die Verhältnisse im Zeitpunkt des Schadenereignisses. Eine privatrechtliche Vereinbarung, die zu einem späteren Zeitpunkt getroffen worden ist, ist deshalb ohne Belang. Weiter kann sich die S. AG nicht darauf berufen, ihre Rechtsvorgängerin, die Genossenschaft A. und die P. AG seien übereinstimmend davon ausgegangen, die gegenüber der P. AG zugesicherten Versicherungsleistungen würden der Käuferin des Grundstücks ausbezahlt. In Anbetracht der Höhe der Wiederaufbauentschädigung hätte sich die Rechtsvorgängerin der S. AG bei der GVA nach den versicherungsrechtlichen Auswirkungen der Handänderung erkundigen müssen.

bb) S. AG hält weiter dafür, sie sei der P. AG im Sinn einer Pfandgläubigerin gleichzustellen. Sie begründet dies damit, zum Zeitpunkt des Schadenereignisses sei sie zwar weder Eigentümerin noch Grundpfandgläubigerin gewesen, sie habe indessen aufgrund einer Vereinbarung mit der B-Bank vom 16. Dezember 2003, wonach ihr Forderungen abgetreten worden seien, einen Rechtstitel auf eine Grundpfandversicherte Forderung besessen.

Aktenkundig ist, dass bereits im September/Oktober 2003, somit vor dem Schadenereignis vom 6. Januar 2004, zwischen der P. AG und der Rechtsvorgängerin der S. AG, der Genossenschaft A., Verkaufsverhandlungen über das Grundstück stattgefunden haben. Der Verkauf ist aber erst am 14. Mai 2004 erfolgt, nachdem die B-Bank am 15. Dezember 2003 ein Verwertungsbegehren gestellt und am 16. Dezember 2003 ihre Forderungen gegenüber der P. AG der S. AG abgetreten hatte. Unbestritten ist, dass dieser Gläubigerwechsel gemäss Anzeige des Betreibungsamtes vom 15. Januar 2004 erst nach dem Schadenfall, am 9. Januar 2004, stattgefunden hat. Er begründet unter den gegebenen Umständen keinen Härtefall, auch wenn er im Hinblick auf eine käufliche Übernahme des Grundstücks erfolgt sein sollte, zumal nicht die heutige Eigentümerin und vormalige Gläubigerin, die S. AG, sondern die Genossenschaft A. die Liegenschaft vorerst, allerdings erst Monate später, erworben hat.

cc) Die S. AG macht weiter geltend, die Gleichstellung solle nach dem Willen des Gesetzgebers dann erfolgen, wenn es zweckmässig erscheine, so auch, wenn der Wiederaufbau dem Versicherten weder möglich noch zumutbar sei. Der P. AG sei es aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation weder möglich noch zumutbar gewesen, den Wiederaufbau durchzuführen. Es hätten sich keine Unternehmer finden lassen, die bereit gewesen wären, Arbeiten für eine für mehrere Millionen Franken betriebene Gesellschaft auszuführen und dies zu Gunsten eines Grundstücks, das vor der Verwertung gestanden sei.

Wie dargelegt, sind «achtenswerte Gründe» nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht bereits nachgewiesen, wenn feststeht, dass der Versicherte verhindert gewesen ist, seine Ansprüche selber geltend zu machen. Die Tatsache allein, dass sich die P. AG bereits vor dem Schadenereignis am 6. Januar 2004 in finanzieller Hinsicht in einer prekären Situation befand und deshalb nicht in der Lage war, den Wiederaufbau der beschädigten Gebäude zu veranlassen, rechtfertigt deshalb für sich allein keine Ausnahme von der Regel. Zutreffend ist zwar, dass ein Dritter, der das Schadenobjekt erwirbt, dem Versicherten gleichgestellt werden kann, wenn er dafür «achtenswerte Gründe» geltend zu machen vermag. Von «achtenswerten Gründen» kann im vorliegenden Fall indessen nicht gesprochen werden. Ein mit der versicherten P. AG «konzernmässig verbundenes» Unternehmen – die Genossenschaft A. – hat das vom Schaden betroffene Grundstück einige Monate nach dem Schadenereignis zu demselben Preis erworben, der einige Monate vor dem Schadenereignis vorgesehen worden war und dieses Unternehmen ist später von einer anderen «konzernmässig verbundenen» Gesellschaft und Gläubigerin – der S. AG – fusionsweise absorbiert worden. Sodann hat die S. AG einen Tag vor Abschluss des Kaufvertrags, am 13. Mai 2004, alle Aktien der P. AG gekauft und ist so indirekt Eigentümerin des Grundstücks geworden. Dieses Vorgehen lässt zwar darauf schliessen, dass nicht nur die P. AG saniert, sondern dem ganzen Firmenkonglomerat wirtschaftliche Vorteile verschafft werden sollten, zumal eine unabhängige Drittperson wohl kaum bereit gewesen wäre, für das

brandgeschädigte Objekt denselben Preis zu bezahlen, der vor dem Schadenereignis als angemessen erachtet worden war, ohne sich vorgängig bei der GVA nach der Versicherungsleistung zu erkundigen. «Achtenswerte Gründe» vermag die S. AG damit indessen nicht nachzuweisen.

dd) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die S. AG mit ihrem Rechtsbegehren, der Entscheid der Verwaltungskommission der GVA sei aufzuheben und sie sei der P. AG gleichzustellen bzw. es sei ihr die Wiederaufbauentschädigung auszubezahlen, nicht durchdringt. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen.

c) Nach Ansicht der P. AG liegen ebenfalls verschiedene Gründe vor, die dafür sprechen, dass die Wiederaufbauentschädigung ihr ausgerichtet werden muss.

aa) Die P. AG begründet ihren Standpunkt damit, der von der S. AG veranlasste Wiederaufbau gehe wirtschaftlich zu ihren Lasten. Er sei in Erfüllung des Kaufvertrags erfolgt und der Kaufpreis sei gegenüber dem Verhandlungspreis, der vor dem Schadenereignis festgelegt worden sei, unverändert geblieben. Des Weiteren seien Nutzen und Gefahr per 1. Januar 2004 – einem Zeitpunkt, als die Liegenschaften noch nicht beschädigt gewesen seien – auf die Rechtsvorgängerin der S. AG übergegangen.

Diese Auffassung kann das Verwaltungsgericht nicht teilen. Auch Private sind im Rechtsverkehr mit den Behörden an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden (vgl. Häfelin/Müller, a. a. O., Rz. 712). Die P. AG, welche zum Zeitpunkt des Schadenereignisses Eigentümerin des Grundstücks war, widerspricht sich selbst. Sie macht geltend, sie habe das Grundstück vor der Wiederherstellung verkaufen müssen, weil sie von Zwangsvollstreckungsmassnahmen betroffen gewesen sei. Sodann verlangt die S. AG, welche die Aktien der P. AG übernommen hat, sie sei der P. AG gleichzustellen, weil diese aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation nicht in der Lage gewesen wäre, den Wiederaufbau durchzuführen. Es widerspricht Treu und Glauben und ist zudem unglaubwürdig, wenn die P. AG ebenfalls behauptet, der Wiederaufbau sei wirtschaftlich zu ihren Lasten erfolgt bzw. die S. AG werde die Sanierungskosten bei ihr einfordern. Hinzu kommt, dass der Kaufvertrag, den die Rechtsvorgängerin der S. AG mit der P. AG abgeschlossen hat, bezüglich der Wiederaufbauentschädigung keinen Hinweis enthält.

bb) Die P. AG bringt weiter vor, sie habe Anspruch auf die Wiederaufbauentschädigung, weil sie zufolge drohender Zwangsvollstreckungsmassnahmen genötigt gewesen sei, das schadenbetroffene Grundstück vor der Wiederherstellung zu verkaufen. Unbestritten ist demnach, dass nicht die P. AG, sondern ihre Rechtsnachfolgerin die Gebäude instand gestellt hat. Somit steht ihr nach Art. 37 Abs. 1 GVG keine Wiederaufbauentschädigung zu.

cc) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die GVA das Gesuch der P. AG um Ausrichtung der Wiederaufbauentschädigung zu Recht abgewiesen hat.

II. Zivilrecht

1. Personen- und Familienrecht

63

Art. 176 ZGB (SR 210). Eine im Eheschutzverfahren abgeschlossene Vereinbarung über die Ordnung des Getrenntlebens kann nicht einseitig widerrufen, aber wegen Willensmängeln oder offensichtlicher Unangemessenheit angefochten werden.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 3. März 2006

Eine Ehefrau will sich nicht mehr an die im Eheschutzverfahren abgeschlossene Vereinbarung halten, weil sie sich über Zusatz Einkünfte des Ehemanns geirrt habe, allenfalls sogar getäuscht worden sei und weil es bei knappen Mitteln unbillig sei, ihm auf Kosten des Familienunterhalts Kreditraten im Bedarf anzurechnen.

Aus den Erwägungen:

Eine Trennungsvereinbarung ist grundsätzlich als Vertrag zu verstehen, an den die Ehegatten gebunden sind und den sie nicht einseitig widerrufen können (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 431 zu aArt. 145 ZGB; R. Vetterli, FamKomm Scheidung, N 12 zu Art. 175 ZGB). Sie können aber jederzeit beantragen, die Vereinbarung nicht zu genehmigen und – wenn das gleichwohl geschehen ist – diesen Entscheid anfechten (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 202 zu aArt. 158 ZGB; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 17 zu § 200). Dabei dürfen sie in den Kinderbelangen geltend machen, die Vereinbarung widerspreche dem Kindeswohl, und bei den finanziellen Trennungsfolgen vorbringen, sie sei zivilrechtlich unwirksam oder offensichtlich unangemessen. Im Übrigen ist eine Anfechtung jedoch ausgeschlossen, weil die Parteien durch eine Genehmigung ihrer eigenen Abmachungen nicht beschwert sind (KGer SG, FamPra.ch 2003, 186 ff.).

Die Ehefrau beruft sich zunächst auf einen Willensmangel und behauptet, sie habe sich über die Höhe der Beiträge, welche der Ehemann von Mitfahrern erhalte, falsche Vorstellungen gemacht. Es kann offen bleiben, ob das nicht gerade zu jenen unsicheren Punkten gehörte, die mit dem Vergleich hätten erledigt werden sollen (BGE 117 II 226; Meier-Hayoz, Vergleich, SJK Nr. 463). Jedenfalls scheint es glaubhaft, dass aus einer Fahrgemeinschaft mit Arbeitskollegen bloss ein Unkostenbeitrag und nicht ein eigentlicher Nebenverdienst resultiert. Eine solche Lebenserfahrung lässt sich mit einer Behauptung vom Hörensagen nicht entkräften. Aufwändige Zeugenbeweise sind nicht abzunehmen.

Die Ehefrau weist auch noch darauf hin, dass die Abzahlung von Schulden in einer Mankosituation nicht berücksichtigt werden dürfe. Dieser Grundsatz ist in Lehre

und Praxis allgemein anerkannt: Geschützt ist in einem Mangelfall nur das reine betriebsrechtliche Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen (BGE 121 I 97, 101 f.; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz 01.79). Andere nicht lebensnotwendige Ausgaben, namentlich Steuern und Abzahlungsraten dürfen erst einbezogen werden, wenn der Notbedarf aller Familienmitglieder gedeckt ist (BGE 127 III 289, 292). Familiäre Unterhaltspflichten sind rechtlich qualifiziert, sie haben Vorrang vor allen anderen Verpflichtungen (I. Schwenzer, FamKomm Scheidung, N 33 zu Art. 125 ZGB). Bei fehlenden Mitteln ist es unmassgeblich, wie und wann die Schulden entstanden sind und wer dafür haftet. Die Ehefrau kann neben der Betreuung zweier Kinder im Alter von fünf und acht Jahren höchstens einen bescheidenen Verdienst erzielen und mit einem Unterhaltsbeitrag von knapp Fr. 200.– ihren Bedarf offensichtlich nicht bestreiten. Sie ist auf Sozialhilfe angewiesen und das bedeutet, dass das Gemeinwesen indirekt für den Kredit aufkommen müsste. Eine Abmachung über den Familienunterhalt gilt als offensichtlich unangemessen, wenn die Lasten ganz einseitig verteilt sind (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 186 zu aArt. 158 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar Scheidungsrecht, N 71 zu Art. 140 ZGB) und das trifft hier zu. Die Vereinbarung kann in diesem Punkt nicht genehmigt werden.

Zu prüfen bleibt, welche Konsequenzen das hat. Der Ehemann beantragt, dass die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei, und die Ehefrau geht davon aus, dass sie im Rechtsmittelverfahren insgesamt neu zu beurteilen sei. Der Rekurs ist ein reformatorisches Rechtsmittel. Eine Rückweisung ist zwar nicht völlig ausgeschlossen, widerspricht aber der Natur eines raschen Verfahrens. Sie mag allenfalls dazu dienen, die unterlassene Klärung eines Sachverhalts nachzuholen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 3 zu Art. 222), bezweckt aber gewiss nicht, den Parteien Gelegenheit zu verschaffen, den Prozess neu aufzurollen. Eine Vereinbarung, die sich in einem Punkt als nicht genehmigungsfähig erwiesen hat, fällt nur dann als Ganzes dahin, wenn anzunehmen ist, dass sie ohne diese Bestimmung überhaupt nicht geschlossen worden wäre (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 178 zu aArt. 158 ZGB). Die Ehegatten haben im Rekursverfahren aber wiederum erklärt, dass in allen anderen Regelungsbereichen – nämlich bei der Obhut für die Kinder und dem persönlichen Verkehr mit ihnen, der Benützung der Familienwohnung und der Aufteilung des Hausrats – keine Differenzen bestehen. Neu festzusetzen ist demnach nur der Familienunterhalt.

64

Art. 179 Abs. 2 ZGB (SR 210); Art. 295 ff. ZPO (sGS 961.2). Die Ordnung des Getrenntlebens fällt nicht schon dahin, wenn ein Ehegatte es zulässt, dass der andere sich noch einige Wochen lang in der Wohnung aufhält.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 12. April 2006

Im Eheschutzverfahren wurde die Familienwohnung der Ehefrau zur alleinigen Benützung zugewiesen. Nun verlangt sie, dass der Ehemann, der sich bisher geweigert habe, die Wohnung zu verlassen, unter Strafandrohung zum Auszug angehalten werde. Dieser behauptet, man habe sich wieder versöhnt, und erhebt gegen die Vollstreckungsverfügung Rekurs.

Aus den Erwägungen:

Die Vollstreckung von Ansprüchen auf ein Handeln oder Unterlassen wird vom kantonalen Prozessrecht geregelt (Art. 295 ff. ZPO). Dabei kann eine Partei nicht mehr vorbringen, der Entscheid in der Sache sei unbegründet gewesen. Das Vollstreckungsverfahren dient nicht dazu, ein versäumtes Rechtsmittel nachzuholen oder ein neues zu eröffnen (A. Haltinner, Vollstreckung, in: Y. Hangartner [Hrsg.]. Das st.gallische Zivilprozessgesetz, St.Gallen 1991, 241 ff., 253). Der Rekurrent ist deshalb mit dem Einwand, die Voraussetzungen für ein Getrenntleben seien gar nie gegeben gewesen, nicht zu hören. Ähnlich wie bei Geldforderungen, bei denen in der Rechtsöffnung namentlich geltend gemacht werden kann, die Schuld sei getilgt, erlassen oder gestundet (Art. 81 Abs. 1 SchKG), darf der Vollstreckung der Anordnung auf ein Tun aber entgegengehalten werden, die Pflicht sei nachträglich dahingefallen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 4 zu § 304; M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, 624).

In diesem Sinne behauptet der Ehemann, die Eheleute hätten den gemeinsamen Haushalt wieder aufgenommen, womit die Regelung des Getrenntlebens entfallen sei (Art. 179 Abs. 2 ZGB). Nach seiner Beschreibung in einer Art Tagebuch sei er zwar ausgezogen, aber auf «Bitten und Drängen» der Ehefrau noch in derselben Nacht zurückgekehrt. Nach einer Auseinandersetzung habe er die Wohnung wohl am folgenden Morgen erneut verlassen, sei jedoch schon am übernächsten Tag wieder eingezogen. Dabei habe er allerdings eine Bestätigung unterschrieben, dass er nur über das Wochenende bleiben werde. Gleichwohl sei es dann während mindestens zehn Tagen zu einem «einträchtigen Zusammensein» gekommen. Man habe in dieser Zeit miteinander gegessen, getrunken, diskutiert und gearbeitet. Die Ehefrau trägt eine ganz andere Version vor. Danach habe sie dem Ehemann erlaubt, noch zwei Tage lang in der Wohnung zu verweilen, weil er sein ganzes Geld verbraucht und sie es ihm nicht zumuten wollte, bei kaltem Wetter im Freien

zu übernachten. Dieses Entgegenkommen habe er fortan ausgenützt und sei immer wieder in der Wohnung erschienen.

Der Ehemann nimmt an, die Trennung sei schon nach wenigen Stunden, bei der ersten Rückkehr dahingefallen. Jedenfalls sei sie mit dem zweiten Aufenthalt definitiv aufgegeben worden. Von einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts kann allerdings erst gesprochen werden, wenn beide Ehepartner den klaren Willen haben, ihre Gemeinschaft nochmals aufzunehmen, und tatsächlich vorbehaltlos für unbestimmte Zeit wieder zusammenleben (Hasenböhler/Opel, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 179 ZGB; Hausheer/Reusser/Geiser, N 15a zu Art. 179 ZGB; S. Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens, Diss. St.Gallen 1995, 247). Das muss ernst gemeint und auf Dauer angelegt sein (V. Bräm, Zürcher Kommentar, N 47 zu Art. 179 ZGB). Daran fehlt es, wenn die Eheleute nur auf Zusehen hin zusammenbleiben (OGer ZH, ZR 1994 Nr. 126) oder auf Probe wieder zusammenziehen (BGE 42 I 97; 68 II 246; 88 II 138). Es genügt vor allem nicht, wenn ein Ehegatte sich dem anderen aufdrängt, während dieser das vorerst tatenlos hinnimmt und darauf verzichtet, ihn auszusperrten.

Ist die Wiederaufnahme der Wohngemeinschaft umstritten, so liegt die Beweislast bei demjenigen Ehegatten, der geltend macht, die Eheschutzmassnahme sei aufgehoben, und daraus das Recht ableitet, sich in den Räumen, welche dem anderen zur alleinigen Benützung zugewiesen wurden, aufhalten zu dürfen. Er muss die Wiedervereinigung zumindest glaubhaft machen können (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar N 15a zu Art. 179 ZGB) und das ist dem Ehemann nicht gelungen. Seine Erklärung, er sei auf Wunsch der Frau zurückgekehrt und in ihrem Einverständnis geblieben, ist entschieden weniger glaubwürdig als die Darstellung der Ehefrau, sie habe ihn nur aus Mitleid vorübergehend nochmals bei sich aufgenommen und dann nicht mehr loswerden können, die immerhin durch eine schriftliche Abmachung bekräftigt wird. Im Übrigen würde ein erst wenige Wochen andauernder Versuch des Zusammenwohnens ohnehin nicht ausreichen, um die Trennungsordnung als überholt zu bezeichnen. Gerade dann, wenn der Ehemann – wie er selbst beschreibt – ein Leben wie «in einer Drehtür» führte, wäre es unverhältnismässig, die Regelung des Getrenntlebens nach so kurzer Zeit aufzugeben und damit den Eheleuten zuzumuten, beim nächsten Anlass wieder den Eheschutzrichter anrufen zu müssen (R. Vetterli, FamKomm Scheidung, N 5 zu Art. 179 ZGB). Das darf erst geschehen, wenn wenigstens dem äusseren Anschein nach der eheliche Alltag wieder eingekehrt ist (Hasenböhler/Opel, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 179 ZGB), und auf eine solche Normalität deutet in dieser nach wie vor angespannten und instabilen Situation nichts hin.

65

Art. 273 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 295ff. ZPO (sGS 961.2). Der Umstand, dass ein vierjähriges Kind sich beim ersten Besuchstermin hartnäckig weigerte, mit dem besuchsberechtigten Elternteil wegzugehen, genügt nicht für den Verzicht auf einen Vollzug mit angemessenen Mitteln.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 10. August 2006

Die Parteien sind Eltern einer vierjährigen Tochter. Sie führten eine konflikthafte, auch von häuslicher Gewalt geprägte Ehe. Bei der Scheidung einigten sie sich darauf, dass das Kind in die elterliche Sorge des Vaters gestellt werde und mit der wieder in ihre südamerikanische Heimat zurückgekehrten Mutter jährlich fünf Wochen Ferien in der Schweiz verbringen könne. Beim ersten Besuchstermin weigerte sich das Kind aber, mit der Mutter wegzugehen, worauf es zu einer Auseinandersetzung zwischen den Eltern kam. Weil der Vater danach das Kind nicht mehr herausgeben wollte, verlangte die Mutter den Vollzug des Besuchsrechts. Der Kreisgerichtspräsident befahl dem Vater, die Tochter der Mutter zur Ausübung des Ferienrechts zu übergeben, und drohte ihm eine Ungehorsamsstrafe an. Dagegen erklärt der Vater Rekurs mit dem Antrag, die Vollstreckungsverfügung aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

Es geht beim Umgang mit einem Kind nicht einfach darum, den Rechtsanspruch eines Elternteils durchzusetzen, sondern soweit möglich darum, ihm zu helfen, eine sinnvolle Beziehung aufzubauen. Das ist mit den ordentlichen Vollstreckungsmitteln nur schwer zu verwirklichen. Trotzdem kann sich die Rechtsordnung dieser Aufgabe nicht entziehen (C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 103 zu Art. 275 ZGB). Der Vollzug richtet sich nach kantonalem Verfahrensrecht. Er kann aber nur darin bestehen, dass der Inhaber der elterlichen Sorge zu einem bestimmten Handeln, nämlich zur Übergabe des Kindes angewiesen wird. Direkter Zwang, der auch das Kind erfassen würde, ist in der Regel ausgeschlossen (BGE 118 II 392; 111 II 403, 409).

Der Vollstreckungsrichter ist an das Scheidungsurteil gebunden. Er darf sich nicht anmassen, die Interessen der Beteiligten von Grund auf neu abzuwägen. Vielmehr liegt es grundsätzlich im richtig verstandenen Wohl des Kindes, dass die Eltern sich an feste Besuchsregeln halten (BGE 111 II 313). Der Inhaber der elterlichen Sorge kann also nicht mehr vorbringen, der Sachentscheid sei unangemessen gewesen. Zulässig ist nur der Einwand, es seien neue Tatsachen eingetreten, die einem Vollzug entgegenstehen (Art. 302 Abs. 1 lit. b ZPO). Ein Elternteil kann namentlich geltend machen, der persönliche Kontakt bedeute für das Kind ein ernsthaftes gesundheitliches Risiko (C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 168 zu Art. 275 ZGB). Selbst dann darf der Vollzug allerdings nur für die kurze Zeit verweigert werden, die nötig ist, um ein Abänderungsbegehren zu stellen (BGE 107 II 301, 305).

Hier behauptet der Vater, die Situation habe sich kurz nach Genehmigung der Elternvereinbarung und schon beim allerersten Versuch, diese umzusetzen, grundlegend verändert. Die Mutter habe nämlich die energische Weigerung des Kindes, mit ihr wegzugehen, nicht akzeptiert, sondern habe ihn in einer Art «Tobsuchtsanfall» mit Steinen beworfen. Das Kind habe diese Szene beobachtet, erinnere sich in traumatischer Weise immer wieder daran, empfinde nun anhaltende Angst vor der Mutter und äussere sich spontan, es wolle keinen Kontakt mehr zu ihr. Die Mutter ihrerseits meint, der Streit zwischen den Eltern sei für das Kind weder neu noch besonders aufregend gewesen und liefere keine Begründung für die angeblich plötzlich entstandene Ablehnung. Vielmehr schiebe der Vater den Widerstand des Kindes nur vor und verfolge damit auch Interessen finanzieller Natur, weil er sonst gemäss der Scheidungsvereinbarung für die Kosten des Ferienaufenthalts aufkommen müsste.

Über den Vorfall wurde nach telefonischer Auskunft der örtlichen Polizeistation kein Rapport aufgenommen und das zeigt, dass das Ereignis jedenfalls nicht besonders dramatisch gewesen sein kann. Damit soll allerdings nicht bezweifelt werden, dass die Mutter auf die unvermutete Absage hin mit Tätlichkeiten gegen den Vater reagierte. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass das Kind durch den Streit beunruhigt wurde, aber nicht glaubhaft, dass es dadurch stark verstört war, weil es ähnliche, wenn vielleicht auch nicht so heftige Auseinandersetzungen früher schon oft miterlebt hatte. Eine vernünftige Erklärung dafür, dass das Kind gewissermassen von einem Tag auf den anderen eine einzig mit dem letzten Erlebnis begründete, tiefsitzende und unerschütterliche Abneigung gegen die Mutter entwickelt haben soll, lässt sich nicht finden. In einem Vollstreckungsverfahren besteht gewiss kein Anlass, diese Frage in einem kinderpsychologischen Gutachten abklären zu lassen. Es sind nämlich andere, durchaus normale Gründe für das Verhalten des Kindes denkbar, und sie liegen hier umso näher, weil seine Weigerung Auslöser des Elternkonflikts und nicht erst dessen Folge war. Wenn ein Kind sagt, dass es nicht mitkommen wolle, so kann es sich um gewöhnliche Unlust handeln, eine Situation, in der es sich wohl fühlt, loszulassen, um einfühlbare Angst, den einen Elternteil zu enttäuschen, und um begreifliche Scheu, dem anderen, der ihm nach mehrmonatiger Abwesenheit fremd geworden ist, zu folgen (J. Schreiner, FamKomm Scheidung, Anhang Psychologie, N 70).

Von den Eltern wäre zu erwarten, dass sie diese typisch kindliche Haltung verstehen und weder bagatellisieren noch verstärken. Auf Seiten der Mutter würde das bedingen, dass sie Geduld mit dem Kind aufbringt, ihm Angebote statt Vorwürfe macht und nicht alle Schuld an seinem Widerstand dem anderen Elternteil zuschiebt. Auf Seiten des Vaters würde es voraussetzen, dass er dem Kind sein Einverständnis mit der Kontaktaufnahme signalisiert und es zu einem Versuch ermuntert. Es wäre hingegen ausgesprochen kontraproduktiv, den Umgang auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben, um das Kind zur Ruhe kommen zu lassen, und gerade das verlangt der Vater, der eine Ausübung des Besuchsrechts rundweg ablehnt, ohne irgendwelche

Alternativen zu entwerfen oder Kompromisse vorzuschlagen. Mit einem Unterbruch würde nur ein Prozess in Gang gesetzt, an dessen Ende der völlige Beziehungsabbruch stünde, weil das Kind sich der Mutter noch mehr entfremden und bei einer Wiederbegegnung noch stärker ängstigen würde (KGer SG, FamPra.ch 2003, 706 ff.; R. Vetterli, FamKomm Scheidung, N 11 zu Art. 176 ZGB). Der endgültige Verlust des Kontakts zum getrennt lebenden Elternteil hätte aber weit gravierendere Folgen für das Kind als die Überwindung eines momentanen Unbehagens.

Unter diesen Umständen ist die Androhung einer Zwangsmassnahme gegen den Inhaber der elterlichen Sorge durchaus angebracht, allerdings nicht im Sinne einer blossen Bestrafung, sondern als Ermahnung, sich der elterlichen Verantwortung bewusst zu werden. Je länger damit zugewartet würde und je mehr das kontaktverneinende Verhalten sich schon eingeschlichen hätte, umso sinnloser würde das (J. Schreiner, FamKomm Scheidung, Anhang Psychologie, N 174).

66

Art. 392 und 393 ZGB (SR 210); Art. 321 StGB (SR 311.0); Art. 9 Abs. 2 VRP (sGS 951.1). Soweit sie urteilsfähig ist, kann die betroffene Person bei der klageweisen Anfechtung einer vormundschaftlichen Massnahme das Verfahren selber führen oder einen Vertreter bestimmen. Andernfalls ist ihr ein Prozessbeistand zu bestellen. Wird der Hausarzt von der Vormundschaftsbehörde als Auskunftsperson beigezogen, so muss ihn der urteilsfähige Patient von der Wahrung des Berufsgeheimnisses entbinden. Die Beistandschaft beschränkt die Handlungsfähigkeit nicht und ist daher nur dann eine geeignete Massnahme, wenn die urteilsfähige verbeiständete Person die Handlungen des Beistandes nicht dauernd durchkreuzt.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 7. November 2006

Die Vormundschaftsbehörde X errichtete eine kombinierte Beistandschaft über Y, welche einen Rechtsanwalt mit der klageweisen Anfechtung dieser Verfügung beauftragte und die Aufhebung der Massnahme beantragen und verschiedene formelle Mängel geltend machen liess.

Aus den Erwägungen:

1. Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen.
 - a) Verfügungen der Vormundschaftsbehörde betreffend Bevormundung, Verbeiständung und 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 Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission zur Beurteilung der Streitsache ist gegeben.

b) Als direkt von der vormundschaftlichen Massnahme Betroffene ist die Klägerin, unabhängig davon, ob sie urteilsfähig ist oder nicht, zur Klage legitimiert (Schnyder/Murer, Berner Kommentar, Band II/3/1, Bern 1984, N 113 zu Art. 373 ZGB).

c) Die Vorinstanz zweifelt die Gültigkeit der Vollmacht vom 11. Mai 2006 an, mit welcher die Klägerin ihren Rechtsvertreter mit der Wahrung ihrer Interessen im Klageverfahren beauftragt hat. Aufgrund der eigenen Wahrnehmungen und des ärztlichen Berichtes vom 22. März 2006 müsse die Urteilsfähigkeit der Klägerin und die Rechtmässigkeit dieser Vollmacht in Frage gestellt werden.

Soweit die von der vormundschaftlichen Massnahme betroffene Person urteilsfähig ist, ist sie auch prozessfähig, d. h. sie kann ihre Verfahrensrechte selber wahren oder einen Vertreter damit beauftragen; aus diesem Auftragsverhältnis ist sie unabhängig vom Ausgang des Verfahrens belangbar. An die Urteilsfähigkeit sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Das Recht auf Bestellung eines Vertreters ist einerseits Ausfluss des rechtlichen Gehörs; andererseits darf in höchstpersönlichen Streitsachen der beschränkt Handlungsfähige immer einen Vertreter bestellen (Schnyder/Murer, a. a. O., N 113 f. zu Art. 373 ZGB). Ist die betroffene Person hingegen urteilsunfähig, also handlungsunfähig, fehlt es ihr an der Prozessfähigkeit, weshalb zum vorneherein ein Prozessbeistand bestellt werden muss: die Vormundschaftsbehörde hat in diesem Fall gestützt auf Art. 392 Ziffer 1 ZGB einen Beistand zu bestimmen (Th. Geiser, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel 2002, N 16 zu Art. 373 ZGB mit Hinweis; ZVW 33/1978 S. 118 f.; Schnyder/Murer, a. a. O., N 115 zu Art. 373 ZGB; vgl. auch Art. 9 Abs. 2 VRP).

Dem ärztlichen Bericht vom 22. März 2006 ist zu entnehmen, dass der geistige Gesundheitszustand und die Urteilsfähigkeit der Klägerin aufgrund einer beginnenden Altersdemenz eingeschränkt seien, weshalb sie nicht mehr in der Lage sei, ihre Angelegenheiten selbst einzuschätzen. Damit steht aber noch nicht fest, dass die Klägerin in Bezug auf die Führung eines Rechtsmittelverfahrens betreffend ihre Verbeiständung und die Bestellung eines Vertreters urteilsunfähig war und ist. Bezeichnenderweise ist auch die Vorinstanz nicht von einer fehlenden Urteilsfähigkeit ausgegangen, andernfalls hätte sie der Klägerin bereits für das Verbeiständungsverfahren einen Prozessbeistand ernennen müssen. Dies hat sie aber nicht getan. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Urteilsfähigkeit mangels Beweises des Gegenteils grundsätzlich vermutet wird (Pedrazzini/Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl. 1993, S. 68 f.), ist davon auszugehen, dass die Klägerin in Bezug auf das sie betreffende Rechtsmittelverfahren urteilsfähig ist und ihren Vertreter rechtsgültig mit der Wahrung ihrer Interessen in diesem Verfahren beauftragen konnte. Die diesbezüglichen Einwendungen der Vorinstanz sind daher unbegründet.

d) Die Klage vom 12. Mai 2006 ist rechtzeitig eingereicht worden und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 15. Juni 2006 in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 71d in Verbindung mit Art. 48 VRP). Auf die Klage ist einzutreten.

2. ...

3. Die Klägerin rügt, dass die Vorinstanz am 21. März 2006 ohne ihre Einwilligung und ohne ihr Wissen bei ihrem Hausarzt Auskünfte über ihren Gesundheitszustand eingeholt und der Hausarzt diese unverzüglich und bereitwillig erteilt habe, weshalb das ärztliche Zeugnis vom 22. März 2006 aus dem Recht zu weissen sei.

a) Für einzelne Berufe regelt das Strafgesetzbuch die Geheimhaltungspflicht insofern, als deren Verletzung mit Strafe bedroht ist. Dies gilt unter anderen für Ärzte, welche ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben (Art. 321 Ziffer 1 StGB). Nicht strafbar macht sich der Arzt, wenn er das Geheimnis aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf sein Gesuch erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat (Art. 321 Ziffer 2 StGB). Zweck dieser strafrechtlichen Regelung ist nicht nur der Schutz der Privatsphäre des Patienten, sondern auch der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient. Die Entbindung des Arztes vom Arztgeheimnis durch den Patienten selber ist nur gültig, soweit der Patient diesbezüglich urteilsfähig ist. Im Kanton St. Gallen kann ein Ausschuss des Gesundheitsrates den Ärzten die Bewilligung zur Offenlegung des Arztgeheimnisses erteilen (Art. 6 Abs. 1 lit. a GesG).

b) Die ärztliche Schweigepflicht gilt grundsätzlich auch gegenüber vormundschaftlichen Behörden. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden.

Einerseits kann ein Arzt als Gutachter im Rahmen einer vormundschaftlichen Abklärung bestellt werden. Der Arzt untersteht dann nicht dem Berufs-, sondern dem Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB). Er untersucht die zu beurteilende Person entsprechend dem erteilten Auftrag und ist der Behörde gegenüber zur Auskunft verpflichtet. Falls zum fraglichen Arzt bereits zuvor ein Vertragsverhältnis bestand, gilt für Informationen aus jener Zeit das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB. Unterzieht sich ein Betroffener einer solchen Begutachtung durch den behandelnden Arzt vorbehaltlos, muss von einer konkludenten Entbindung vom Arztgeheimnis ausgegangen werden (vgl. auch BGE 106 IV 132 f.).

Andrerseits kann ein Arzt im Rahmen einer vormundschaftlichen Abklärung als Auskunftsperson beigezogen werden. Es geht dabei um Auskünfte aus einem bereits bestehenden Arzt-Patientenverhältnis. Der Arzt untersteht daher der beruflichen Schweigepflicht nach Art. 321 StGB. Ohne Entbindung durch den urteilsfähigen Klienten oder die Aufsichtsbehörde darf er keine Auskunft erteilen, es sei denn, er sei aufgrund einer gesetzlichen Grundlage von der Schweigepflicht befreit (z. B. in Kinderschutzanangelegenheiten, vgl. Art. 50 EG zum ZGB; vgl. zum Ganzen Ph. Meier, La confidentialité des informations médicales dans le cadre des activités

tutélaires, in: ZVW 51/1996, S.205 ff.). Ist die betreffende Person nicht mehr urteilsfähig, so hat der Arzt eine Interessenabwägung im Sinne des hypothetischen Patientenwillens vorzunehmen und entsprechend danach zu handeln.

c) In der Streitsache wurde der Hausarzt der Klägerin nicht als Sachverständiger mit der Erstellung eines Gutachtens betraut, sondern im Rahmen der Abklärungen im Hinblick auf die Errichtung vormundschaftlicher Massnahmen als Auskunftsperson beigezogen. Die Vorinstanz ersuchte den Hausarzt der Klägerin mit Schreiben vom 21. März 2006 um die Beurteilung des körperlichen und geistigen Zustands der Klägerin. Dr.med. P. S. antwortete unverzüglich darauf (Schreiben vom 22. März 2006), ohne die Klägerin nochmals untersucht zu haben. Er stützte sich deshalb bei seiner Auskunft ausschliesslich auf Erkenntnisse, die er als Hausarzt der Klägerin aus früheren Untersuchungen gewonnen hatte. Folglich unterstand er dem Berufsgeheimnis und benötigte zur Auskunftserteilung die Einwilligung der Klägerin – soweit sie diesbezüglich urteilsfähig ist – oder eine Bewilligung des Gesundheitsrates. Der Aktennotiz des Präsidenten der Vorinstanz zur Besprechung vom 20. März 2006 mit der Klägerin ist zu entnehmen, dass dieser ihr mitgeteilt habe, er werde im Hinblick auf die geplante vormundschaftliche Massnahme ein ärztliches Zeugnis bei Dr.med. P.S. bestellen, worauf sie sich mit diesem Vorgehen einverstanden erklärt habe. Aus diesen Aufzeichnungen geht hervor, dass die Klägerin über die bevorstehende Einholung eines Berichtes ihres Hausarztes unterrichtet wurde und sich damit einverstanden erklärte. Damit liegt eine gegenüber der Vormundschaftsbehörde erklärte Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht durch die Klägerin vor, selbst wenn der Hausarzt im Schreiben der Vorinstanz vom 21. März 2006 nicht darauf hingewiesen worden ist. Ungeklärt ist jedoch, inwieweit bei der Klägerin in Bezug auf diese Entbindung Urteilsfähigkeit vorlag.

Da die angefochtene Verfügung jedoch aufgrund der nachfolgenden Erwägungen ohnehin aufzuheben ist, kann die Frage nach der Verletzung des Berufsgeheimnisses und der Verwendung des ärztlichen Berichtes letztlich offen bleiben.

d) Bei einer Beistandschaft bleibt dem Betroffenen die Fähigkeit, durch eigene Handlungen Rechtswirkungen zu erzeugen, vollkommen erhalten, auch wenn daneben noch eine andere Person für ihn handeln und durch ihre Handlungen Rechtswirkungen erzeugen kann (Art. 417 Abs. 1 ZGB; H. M. Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl. 1997, S. 128). Da also sowohl der Beistand als auch der Verbeiständete in den gleichen Angelegenheiten handlungsfähig sind, hängt die Wirksamkeit einer Verbeiständung nach Art. 392 Ziff. 1 und/oder Art. 393 Ziff. 2 ZGB vom guten Willen des urteilsfähigen Verbeiständeten ab, denn soweit er imstande und gewillt ist, selber zu handeln, kann er die Handlungen des Beistandes durchkreuzen oder ihnen zuvorkommen. Nicht geeignet ist die Beistandschaft deshalb zum Schutze von Personen, die nicht nur die tatsächliche Möglichkeit, sondern auch den Willen haben, ihre eigenen Angelegenheiten selber wahrzunehmen und ihr Vermögen selber zu verwalten oder durch einen selbst gewählten

Vertreter verwalten zu lassen, dies aber nicht in vernünftiger Weise tun können (E. Langenegger, Basler Kommentar, a. a. O., N 4 zu Art. 392 ZGB). Bei fehlender Kooperationsbereitschaft mit dem Beistand ist die Beistandschaft eine ungeeignete Massnahme. Für die Beendigung der Beistandschaften nach Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB gilt deshalb, dass sie auf Begehren des Verbeiständeten ohne Weiteres und jederzeit aufzuheben sind (vgl. dazu BGE 71 II 20 und BGE 85 II 235; Schnyder/Murer, a. a. O., NN 19, 73 zu Art. 392 ZGB, N 26 zu Art. 393 ZGB). Sie können nicht gegen dessen Willen aufrecht erhalten werden, unabhängig davon, ob der Betroffene weiterhin des Beistandes bedarf (Deschenaux/Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, 3. Aufl. 1995, Rz. 1129). Im Bereich der Beendigung der Beistandschaft gilt somit bei urteilsfähigen Verbeiständeten die Dispositionsmaxime. Jedoch können die genannten Beistandschaften trotzdem angeordnet werden, wenn sich die betroffene Person (vordergründig) gegen die Massnahme ausspricht, aber zu erwarten ist, dass sie sich schliesslich mit der Vertretung durch den Beistand abfinden und mit diesem, soweit erforderlich, kooperieren wird. Bei ernsthaftem Widerstand der betroffenen Person gegen die Beistandschaft ist eine solche nicht anzuordnen (Langenegger, a. a. O., N 8 zu Art. 392 ZGB).

Mit ihrer Klage gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 12. April/3. Mai 2006 betreffend die angeordnete kombinierte Beistandschaft bringt die Klägerin deutlich zum Ausdruck, dass es ihr im heutigen Zeitpunkt an einer Kooperationsbereitschaft mit minimaler Einsicht in die Notwendigkeit einer vormundschaftlichen Massnahme mangelt. Da es sich gemäss Auftrag an den Beistand um eine umfassende kombinierte Beistandschaft handelt, könnte nur eine vollständige Urteilsunfähigkeit dazu führen, dass die Klägerin weder imstande noch willens wäre, die Handlungen des Beistandes zu durchkreuzen oder diesen zuvorzukommen. Eine vollständige Urteilsunfähigkeit ist indessen aufgrund des äusserst knapp gehaltenen ärztlichen Zeugnisses vom 22. März 2006 nicht nachgewiesen. Andererseits bestehen aufgrund der Akten Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin einer vormundschaftlichen Massnahme bedarf. Mangels eines detaillierten ärztlichen Berichts, unter anderem zur Frage der Urteilsfähigkeit, ist ungeklärt, ob die Urteilsfähigkeit der Klägerin in Bezug auf die Erledigung der Angelegenheiten, für welche die kombinierte Beistandschaft errichtet worden ist, noch bejaht werden kann. Soweit sie gegeben ist, kommt eine kombinierte Beistandschaft aufgrund des ernsthaften Widerstandes der Klägerin nicht in Frage und es ist allenfalls eine andere vormundschaftliche Massnahme erforderlich. Angesichts der nicht leicht zu beantwortenden Frage, inwieweit diese Urteilsfähigkeit – welche bei der Klägerin umstritten ist – noch vorhanden ist, erscheint es angezeigt, unter Einhaltung der formellen Bedingungen erneut einen ärztlichen Bericht (entweder des Hausarztes nach ordnungsgemässer Entbindung vom Arztgeheimnis oder eines unabhängigen ärztlichen Sachverständigen) einzuholen, in dem diese Frage – im Gegensatz zum ärztlichen Zeugnis vom 22. März 2006 – nach aktueller Untersuchung der Klägerin klar und ausführlich beantwortet wird.

Unter diesen Umständen sind zusätzliche Sachverhaltsabklärungen, namentlich die erneute Einholung eines ärztlichen Berichtes über den geistigen Gesundheitszustand der Klägerin, unumgänglich. Sie können nicht im Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden. Deshalb ist die Streitsache in Anwendung von Art. 71d in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP an die Vorinstanz zurückzuweisen.

67

Art. 395 Abs. 2 und Art. 370 ZGB (SR 210); Art. 5 FZG (SR 831.42). Zur Anordnung einer Verwaltungsbeiratschaft muss ein Entmündigungsgrund gemäss Art. 369 bis 372 ZGB vorliegen, wobei in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person ein gradueller Unterschied besteht. Misswirtschaft liegt unter anderem bei einer dauerhaft unsinnigen Vermögensverwaltung vor. Dazu muss zwingend ein gefährdetes Vermögen vorhanden sein, das der Verwaltung bedarf. Dies setzt voraus, dass der Berechtigte über das Vermögen verfügen kann, was bei einem Freizügigkeitskonto für das BVG-Altersguthaben nicht der Fall ist, solange die Voraussetzungen für die Barauszahlung nicht erfüllt sind.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 2. Mai 2006

X arbeitete seit rund 15 Jahren als Küchenhilfe in einem Altersheim und heiratete vor 1 ½ Jahren einen Mann aus der Türkei. Im Sommer 2005 kündigte sie plötzlich ihre Anstellung, weil sie mit ihrem Mann einen Gastwirtschaftsbetrieb in der Schweiz übernehmen oder in die Türkei auswandern wolle. Bei der Sozialversicherungsanstalt meldete sie sich als selbständig erwerbend an und beantragte die Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens in der Höhe von Fr. 116 200.–.

Die Vormundschaftsbehörde Y errichtete am 20. September 2005 eine Vormundschaft nach Art. 370 ZGB über X. Der Vormund wurde mit der Wahrung der vermögensrechtlichen Interessen, insbesondere der Sicherung der BVG-Gelder beauftragt. Auf Antrag von X hob die Vormundschaftsbehörde Y die Vormundschaft nach Art. 370 ZGB am 17. Januar 2006 auf und ordnete eine Verwaltungsbeiratschaft gemäss Art. 395 Abs. 2 ZGB an. Zur Begründung wird ausgeführt, X sei sich der Tragweite der Auszahlung des BVG-Guthabens nicht bewusst. Die Gefahr eines Notstandes und der Verarmung lasse sich nur mit der Errichtung einer Beiratschaft verhindern.

Aus den Erwägungen:

3. In materieller Hinsicht erweist sich die angefochtene Verfügung jedoch als rechtlich nicht haltbar.

a) Nach Art. 395 Abs. 1 ZGB kann einer Person, bei der für die Entmündigung kein genügender Grund vorliegt, aber zu deren Schutz gleichwohl eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit als notwendig erscheint, ein Beirat gegeben werden, der bei den im Gesetz genannten Rechtsgeschäften zwingend mitzuwirken hat. Unter den gleichen Voraussetzungen kann die Verwaltung des Vermögens dem Schutzbedürftigen entzogen werden, während er über die Erträge die freie Verfügung behält (Art. 395 Abs. 2 ZGB). Die Verbeerungsgründe werden im Gesetz nicht positiv umschrieben. Die Auslegung dieses eher unklaren Wortlautes ergibt jedoch, dass auch für die Verbeerung ein Entmündigungsgrund vorliegen muss. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Handlungsfähigkeit, gestattet das Legalitätsprinzip keineswegs, irgendwelche Gründe für eine Verbeerung, insbesondere für die Verwaltungsbeiratschaft, heranzuziehen. Auch aus dem Wortlaut von Art. 395 ZGB lässt sich kein Bezug zu anderen Gründen als den Entmündigungsgründen nach Art. 369–372 ZGB herstellen. Die Unterscheidung zwischen den Voraussetzungen für die Entmündigung und jenen für die Verbeerung ist daher nur graduell, d. h. sie besteht nur in quantitativer Hinsicht. Sie ist hauptsächlich in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit von Bedeutung (E. Langenegger, in Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl. 2002, NN 2 f. zu Art. 395 ZGB; Schnyder/Murer, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II/3/1, Bern 1984, NN 38 ff. zu Art. 395 ZGB).

b) Die Vorinstanz hat gegenüber der Klägerin am 20. September 2005 eine Entmündigung nach Art. 370 ZGB angeordnet. Danach 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, unter Vormundschaft. Der Verfügung vom 20. September 2005 ist nicht zu entnehmen, welcher der vier in Art. 370 ZGB explizit genannten Entmündigungsgründe zur Anwendung gelangte. Aufgrund der Akten und der Entscheidbegründung wurde jedoch offenbar auf den Entmündigungsgrund der Misswirtschaft, also die Art und Weise der Vermögensverwaltung der Klägerin, abgestellt. Zu den übrigen in Art. 370 ZGB erwähnten Gründen Verschwendung, Trunksucht oder lasterhafter Lebenswandel kann aufgrund der Akten und der mündlichen Verhandlung kein Bezug hergestellt werden. Nachdem seit der Entmündigung auch keine neuen entscheidenden Tatsachen hinzugekommen sind und sich die Vorinstanz explizit nicht auf die Anwendung von Art. 369 oder Art. 372 ZGB beruft, muss folglich auch für die umstrittene Verbeerung der Entmündigungsgrund der Misswirtschaft bei der Klägerin gegeben sein.

c) Misswirtschaft liegt vor, wenn eine Person wegen charakterbedingten Mangels an Verstand oder Willen dauernd auf unsinnige Art und Weise ihre Vermögens- bzw. Einkommensverhältnisse gestaltet. Im Unterschied zur Verschwendung geht es dabei nicht um unsinnige Ausgaben, sondern um eine unsinnige Verwaltung der Mittel, die auch in einer Unterlassung bestehen kann. Dieser Begriff ist einschränkend auszulegen (Schnyder/Murer, a. a. O., NN 48 ff. zu Art. 370 ZGB). Nach der

Rechtsprechung fällt allerdings auch die Gestaltung der Einkommensverhältnisse unter Misswirtschaft. Es betreibt Misswirtschaft, wer schuldhaft ausserstande ist, ein genügendes Einkommen zu erzielen, oder sein Einkommen auf eine unvernünftige, wirtschaftlich sinnlose Weise ausgibt (Langenegger, a. a. O., N 4 zu Art. 370 m. H. auf die Rechtsprechung). Bei dieser Rechtsprechung werden allerdings die Begriffe der Misswirtschaft und der Verschwendung teilweise vermengt. Zudem ist nicht jede Person, die öffentliche Unterstützung beansprucht, zu entmündigen, massgebend ist der Grund der Fürsorgeabhängigkeit (BGE 108 II 93).

Von einer dauerhaft unsinnigen Vermögensverwaltung kann bei der Klägerin nicht die Rede sein. Bis anhin konnte sie ja noch gar nicht über ihr Pensionskassenguthaben verfügen. Was die Gestaltung der Einkommensverhältnisse angeht, so trifft es zwar zu, dass die Klägerin ihre Stelle per Ende Oktober 2005 gekündigt hat und seither ohne Einkünfte ist. Wie sie glaubhaft versicherte, hat sie dies jedoch nicht grundlos, sondern im Hinblick auf eine selbständige Erwerbstätigkeit getan. Sicherlich hat sie rückblickend gesehen die Kündigung vorschnell ausgesprochen. Dies allein reicht jedoch nicht aus, um von Misswirtschaft zu sprechen. Auch dass die Klägerin nun offenbar nicht mehr aktiv nach einer Arbeitsstelle sucht, ist ohne Weiteres mit deren Absicht der unmittelbar bevorstehenden Auswanderung in die Türkei erklärbar. Es ist also nicht so, dass die Klägerin es schuldhaft unterlässt, ein genügendes Einkommen zu erzielen. Der Entmündigungsgrund der Misswirtschaft, auch in einer leicht abgeschwächten Form für die Verbeiratung, ist somit nicht gegeben.

Mangels Entmündigungsgrundes kann folglich offen bleiben, ob auch eine der weiteren Entmündigungsvoraussetzungen – im Sinne der Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung für die betroffene Person selber und/oder für ihre Familie, des andauernden Bedürfnisses nach Beistand und Fürsorge oder der Gefährdung der Sicherheit anderer – gegeben wäre (vgl. Langenegger, a. a. O., N 9 zu Art. 370 ZGB). Unter diesen Umständen kann keine Verbeiratung angeordnet werden. Im jetzigen Zeitpunkt scheint auch keine andere vormundschaftliche Massnahme notwendig zu sein.

d) Hinzu kommt, dass im Fall der Klägerin gar kein zu verwaltes Vermögen vorhanden ist. Der Verwaltungsbeirat ist bezüglich der Verwaltung des Vermögens ausschliesslicher gesetzlicher Vertreter der verbeirateten Person. Bezüglich Verfügungen über das Einkommen und die Vermögenserträge bewirkt die Verwaltungsbeiratschaft keine Beschränkung der Handlungsfähigkeit (Langenegger, a. a. O., NN 14 ff. zu Art. 395 ZGB). Nebst einem Entmündigungsgrund muss eine entsprechende Schutzbedürftigkeit vorhanden sein. Der zu Verbeiratende ist nicht fähig, ohne Gefährdung der materiellen Existenz sein Vermögen zu verwalten. Er ist daher in vornehmlich wirtschaftlicher Hinsicht vor seiner eigenen, ihm immer wieder Streiche spielenden Handlungsfähigkeit zu schützen (Schnyder/Murer, a. a. O., NN 37 und 108 zu Art. 395 ZGB). Es muss also zwingend ein gefährdetes Vermögen vorhanden sein, das der Verwaltung bedarf. Dies setzt voraus, dass das

Vermögen dem Berechtigten verfügbar sein muss, was beispielsweise nicht der Fall ist, wenn es von einer Stiftung verwaltet wird (Schnyder/Murer, a. a. O., NN 56 und 110 zu Art. 395 ZGB; BGE 78 II 333 ff.).

Der Vorinstanz geht es bei der angefochtenen Massnahme einzig darum, das Altersguthaben der Klägerin aus BVG sicherzustellen. Nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist dieses Geld von der beruflichen Vorsorgestiftung auf ein Freizügigkeitskonto bei der Banca del Gottardo überwiesen worden. Von Gesetzes wegen kann die Klägerin über dieses Geld nicht frei verfügen. Eine weitere Sicherung durch einen Beirat ist daher gar nicht nötig. Die Barauszahlung der Austrittsleistung vor Erreichen des Pensionsalters ist in Art. 5 des Freizügigkeitsgesetzes (FZG) lediglich für den Fall des endgültigen Verlassens der Schweiz oder der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit vorgesehen. Solange diese Fälle nicht eintreten, erweist sich eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Klägerin als unzulässig.

2. Sachenrecht und Grundbuch

68

Art. 12 lit. c BewG (SR 211.412.41). Schliesst der Eigentümer einer Wohnung einen Mietvertrag für fünf Jahre mit einem Ausländer und gewährt dieser dem Vermieter ein Darlehen, liegt keine Umgehung der Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vor, wenn der Vermieter das Darlehen jederzeit aus eigenen Mitteln zurückzahlen könnte und damit keine besondere Abhängigkeit vom Mieter besteht, zumal der Mietvertrag nicht als langfristig gilt.

Verwaltungsgericht, 24. Januar 2006

H. schloss 1993 mit dem liechtensteinischen Staatsangehörigen Q. einen Mietvertrag über eine Zweizimmerwohnung mit Autoeinstellplatz im Stockwerkeigentum für eine Dauer von mindestens fünf Jahren ab. Gleichzeitig vereinbarten sie, dass H. die Wohnung an Q. verkaufen wolle. Da der Erwerb aufgrund der Niederlassungsbewilligung des Sohnes erst in fünf Jahren erfolgen könne, werde H. die Wohnung gemäss gesondertem Vertrag an Q. vermieten. Dieser verpflichtete sich, die Wohnung zu erwerben und H. ein Darlehen zu gewähren, wobei die Zinsen jeweils mit der Miete verrechnet werden sollten. 1994 starb H. In der Folge übernahm sein Sohn K. die Wohnung. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 24. Januar 2003 veräusserte K. die Wohnung und den Abstellplatz an Q. Das Grundbuchinspektorat verweigerte die Erwerbsbewilligung wegen Gesetzesumgehung im

Sinne von Art. 12 lit. c BewG. Q. und K. rekurrerten erfolglos bei der Regierung. Das Verwaltungsgericht hat ihre Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2. Unbestritten ist, dass der Kauf der Grundstücke durch Q. der Bewilligungspflicht nach Art. 2 Abs. 1 BewG unterliegt. Als Staatsangehöriger des Fürstentums Liechtenstein ohne Wohnsitz in der Schweiz gilt Q. als Person im Ausland nach Art. 5 lit. a BewG. Sodann wurde ein Kaufvertrag geschlossen, der den Erwerb des Eigentums an Grundstücken im Sinn von Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG vorsieht. Eine Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 2 BewG liegt nicht vor.

Art. 9 BewG ermächtigt die Kantone, durch gesetzliche Vorschriften den Erwerb von Grundstücken zu bewilligen, wenn diese einer natürlichen Person als Zweitwohnung an einem Ort dienen, zu dem sie aussergewöhnlich enge, schutzwürdige Beziehungen unterhält (Art. 9 Abs. 1 lit. c BewG). Ausserdem bestimmt Art. 9 Abs. 2 BewG, dass die Kantone durch Gesetz bestimmen können, dass einer natürlichen Person der Erwerb als Ferienwohnung im Rahmen des kantonalen Kontingents bewilligt werden kann. Von dieser Ermächtigung machte der Kanton St.Gallen in Art. 1 und 2 EG zum BewG bzw. in der V zum EG zum BewG Gebrauch. Die Grundstücke liegen in W. Diese Gemeinde ist gemäss Art. 1 V zum EG zum BewG als Ort aufgeführt, der des Erwerbs von Ferienwohnungen durch Personen im Ausland bedarf, um den Fremdenverkehr zu fördern. Weiter steht fest, dass die zulässige Nettowohnfläche nach Art. 10 BewV nicht überschritten wird, und es liegt eine Erklärung von Q. vor, wonach weder er noch seine Ehefrau noch seine Kinder eine Ferienwohnung bzw. ein Ferienhaus oder eine Wohneinheit in einem Aparthotel besitzen. Die Regierung erachtete denn auch die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung zum beabsichtigten Erwerb grundsätzlich als erfüllt.

3. Zu prüfen bleibt, ob die Regierung zu Recht einen Verweigerungsgrund angenommen hat.

a) Nach Art. 12 BewG wird die Bewilligung auf jeden Fall verweigert, wenn das Grundstück einer nach dem Gesetz unzulässigen Kapitalanlage dient (lit. a), wenn die Fläche grösser ist, als es der Verwendungszweck erfordert (lit. b), oder wenn der Erwerber versucht hat, das BewG zu umgehen (lit. c). Die Regierung hat die Verweigerung auf Art. 12 lit. c BewG gestützt. Sie erwog, eine Gesetzesumgehung liege dann vor, wenn ein Verhalten den Wortlaut einer Verbotsnorm zwar beachte, hingegen deren Sinn missachte. Nach Massgabe von Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG sei der Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstücks verschaffen, dem Erwerb eines Grundstücks gleichzustellen. Dazu gehöre nach Art. 1 Abs. 2 BewV insbesondere die langfristige Miete oder Pacht eines Grundstücks, wenn die Abreden den Rahmen des gewöhnlichen oder kaufmännischen Geschäftsverkehrs sprengen würden und den Vermieter oder Verpächter in eine besondere Abhängigkeit vom Mieter oder Pächter brächten (lit. a). Erforderlich sei nicht nur eine rein juristische, sondern eine wirtschaftliche

Betrachtungsweise. Dabei komme es nicht auf den subjektiven Willen der Parteien, sondern auf den objektiven Sachverhalt an. Massgebend sei, was sich mit den von den Parteien eingegangenen Rechtsbeziehungen wirtschaftlich erreichen lasse. Nicht erforderlich sei hingegen, dass den Beteiligten die Absicht oder das Bewusstsein einer Gesetzesumgehung nachgewiesen werden könne. Mehrere Vereinbarungen seien in ihrer Gesamtheit zu würdigen und auf ihre wirtschaftliche Verknüpfung zu überprüfen. Bei der Verbindung eines Darlehensvertrages mit einem langjährigen Mietvertrag könne grundsätzlich ein Geschäft vermutet werden, welches der Bewilligung unterliege (BGE 105 Ia 322). Weiter erwog die Regierung, trotz der Vereinbarung dränge sich der Schluss auf, dass Q. die Wohnung für sich selber, nicht für seinen Sohn habe erwerben wollen. Ausserdem seien der Mietvertrag und der Darlehensvertrag keine rechtlich selbständigen Verträge. Beide Verträge hätten Q. eine eigentümerähnliche Stellung verschafft, und der Eigentümer habe mit dem Darlehen sowie den bis 31. Dezember 2002 erfolgten weiteren Zahlungen im Umfang von Fr. 85 000.– liquide Mittel wie bei einem Verkauf erhalten. Der Wohnungskauf sei schon beim Abschluss des Mietvertrages samt Zusatzvereinbarung gewollt gewesen. Dies ergebe sich auch aus der Zusatzvereinbarung, wonach Nutzen und Gefahr voraussichtlich per 1. Juli 1993 auf Q. übergehen sollten. Auch die Verrechnung der Zinsen und die Übernahme der Lasten und öffentlichen Abgaben durch Q. indizierten dessen eigentümerähnliche Stellung. Ein weiterer Hinweis finde sich im Teilungsvertrag über den Nachlass des verstorbenen H., worin von pendenten Verkäufen der Wohnung die Rede sei. Aus der Tatsache, dass keine Abmachungen über die Rückzahlung des Darlehens im Fall der Auflösung des Mietverhältnisses getroffen worden seien, könne nichts zu Gunsten der Beschwerdeführer abgeleitet werden. Diese hätten selbst erklärt, das Darlehen von Fr. 125 000.– habe den Charakter einer Kaufpreisanzahlung gehabt. Ausserdem falle auf, dass K. bei der erbrechtlichen Teilung einen Übernahmepreis von Fr. 315 000.– zu leisten gehabt habe, was genau dem Kaufpreis entspreche, der in der Zusatzvereinbarung vom 28. Juni 1993 festgelegt sei. Dies lege den Schluss nahe, dass K. das Objekt mit Geld des Q. erworben habe. Ob damit eine Gesetzesumgehung nach Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV vorliege, könne indessen offen bleiben, da mit der Verbindung von Miet- und Darlehensvertrag ein ähnlicher wirtschaftlicher Zweck erreicht worden sei wie mit dem Erwerb des Eigentums an den Grundstücken.

b) Nach Art. 1 Abs. 2 lit. a BewV gilt die langfristige Miete oder Pacht eines Grundstückes, wenn die Abreden den Rahmen des gewöhnlichen oder kaufmännischen Geschäftsverkehrs sprengen und den Vermieter oder Verpächter in eine besondere Abhängigkeit vom Mieter oder Pächter bringen, als Verschaffen einer dem Grundeigentümer ähnlichen Stellung im Sinn von Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG und damit als Grundstückserwerb. Dasselbe gilt bei der Finanzierung des Kaufes eines Grundstückes, wenn die Abreden, die Höhe der Kredite oder Vermögensverhältnisse des Schuldners den Käufer in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger bringen

(lit. b). Nicht erforderlich ist, dass die Beteiligten bewusst die Zielsetzung des Bewilligungsgesetzes unterwandern. Insofern kommt es auf den objektiven Sachverhalt an; massgeblich ist, was sich mit den von den Parteien eingegangenen Rechtsbeziehungen wirtschaftlich erreichen lässt und ob sich die von den Parteien abgeschlossenen, auch bloss obligatorischen Geschäfte in ihrer Wirkung dem Erwerb von dinglichen Rechten nähern. Mehrere Vereinbarungen sind in der Gesamtheit, auch unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise, zu würdigen (BGE 2A.465/2002 vom 20. November 2002 mit Hinweis auf BGE 107 Ib 18 und weitere Entscheide).

c) Im vorliegenden Fall wurde unbestrittenermassen ein Mietvertrag sowie eine mit einer Darlehensgewährung verbundene zusätzliche Vereinbarung abgeschlossen. Die Kontrahenten waren sich bewusst, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein Erwerb der Wohnung durch Q. nicht möglich war. In der Vereinbarung äusserten die Parteien ihre Absicht, die Wohnung zu einem bestimmten Preis zu kaufen bzw. zu verkaufen, sobald die rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind. Zwar erfüllte die Vereinbarung die Anforderungen eines Vorvertrags im Sinne von Art. 216 OR Abs. 2 und 3 nicht, da sie nicht öffentlich beurkundet war. Es handelte sich damit um eine nicht durchsetzbare Abrede, welche aber für die Beurteilung der Frage der Gesetzesumgehung dennoch zu beachten ist. Der Mietvertrag wurde auf eine Dauer von fünf Jahren abgeschlossen. Dieselbe Gültigkeitsdauer hatte die Zusatzvereinbarung. Damit ist aber das Merkmal der langfristigen Miete im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. a BewV nicht erfüllt. In den gesetzlichen Vorschriften ist zwar keine konkrete Dauer geregelt, von der an ein Mietvertrag als langfristig gilt. Im Schrifttum wird Langfristigkeit bei einer Dauer von mehr als zehn Jahren angenommen (Mühlebach/Geissmann, Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, N 64 und 65 in fine zu Art. 4 mit Hinweis). In der Praxis wurden vom Bundesgericht Mietverträge von zehn und fünfzehn Jahren als langfristig qualifiziert (BGE 104 Ib 141 ff.; 105 Ib 321 ff. und BGE 2A.465/2002).

Nicht ersichtlich ist, inwiefern die Vereinbarungen den Vermieter in eine besondere Abhängigkeit vom Mieter bringen konnten. Allein die vertragliche Bindung für die Dauer von fünf Jahren begründet jedenfalls eine solche Abhängigkeit nicht. Auch die Zusatzvereinbarung war auf den Ablauf einer Vertragsdauer von fünf Jahren kündbar. Zwar belief sich das Darlehen des Mieters nach weiteren Zahlungen per Ende Dezember 2002 auf Fr. 210 000.– und damit auf zwei Drittel des in der Zusatzvereinbarung abgemachten Kaufpreises. Übersteigt ein Darlehen einen Anteil von zwei Dritteln des Grundstückswertes, so wird dies vom Bundesgericht als Indiz für eine Abrede betrachtet, die den Rahmen des gewöhnlichen oder kaufmännischen Geschäftsverkehrs sprengt (BGE 106 Ib 207 f. und 107 Ib 19). Im Schrifttum werden aber selbst Darlehen von 75 bis 80 Prozent des Verkehrswertes noch nicht als Ausdruck eines Abhängigkeitsverhältnisses qualifiziert (Mühlebach/Geissmann, a. a. O., N 77 zu Art. 4). Selbst wenn das Darlehen aufgrund der Höhe als problematisch in Bezug auf eine allfällige Abhängigkeit des Vermieters vom Mieter

eingestuft werden könnte, so bestanden im vorliegenden Fall genügend Merkmale, die eine solche Abhängigkeit minderten bzw. ausschlossen. Aufgrund des Erbteilungsvertrages betrug der Nettonachlass, der K. und seiner Schwester zufloss, Fr. 987 949.20. Der Vermieter und Darlehensschuldner war also nicht wegen fehlender eigener Mittel auf das Darlehen von Q. angewiesen und wäre ausserdem in der Lage gewesen, die Schuld ohne nennenswerte Probleme zurückzuzahlen. Unter diesen Umständen lag keine Abhängigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV vor.

Nicht stichhaltig ist das Argument der Vorinstanz, die Nutzung der Wohnung und des Autoeinstellplatzes begründeten eine eigentümerähnliche Wirkung. Jeder Mieter ist zur ausschliesslichen Nutzung des Mietobjektes berechtigt, ohne dass ihm deswegen eine eigentümerähnliche Stellung zukommt. Ebenso liegt in der Vereinbarung, wonach die Zinsen aus dem Darlehensvertrag mit den Mietzinsen verrechnet würden und die Differenz jeweils Ende des Quartals vom Mieter an den Vermieter zu überweisen sei, keine irgendwie geartete Besonderheit und jedenfalls kein Merkmal einer einseitigen Abhängigkeit des Vermieters. Darin ist vielmehr die logische Folge aus der Entgeltlichkeit beider Geschäfte zu erblicken. Dasselbe gilt aus der vereinbarten Übernahme der Lasten und öffentlichen Abgaben durch den Mieter. Die Vorinstanz hält selber fest, dass eine solche Vereinbarung zulässig ist. Ein Indiz für eine eigentümerähnliche Stellung des Mieters kann darin jedenfalls nicht erblickt werden. Nicht klar ist, welchen Stellenwert die Vorinstanz demjenigen Teil der Zusatzvereinbarung zumisst, wonach Nutzen und Lasten nach Legung der Teppichböden an den Mieter übergehen sollten. Auch darin liegt jedenfalls kein Merkmal einer besonderen Abhängigkeit, ebensowenig aus dem Teilungsvertrag im Nachlass des Vaters des Vermieters, wo von pendenten Verkäufen der Wohnungen die Rede ist. Der Eigentümer hatte unbestrittenermassen die Absicht, die Wohnung zu verkaufen. Insoweit ist die entsprechende Bezeichnung nicht aussergewöhnlich.

Zutreffend ist, dass die Kombination von Miet- und Darlehensvertrag nach der Praxis des Bundesgerichts die Vermutung einer Umgehung rechtfertigt (BGE 105 Ib 324). Nach der Rechtsprechung setzt dies aber einen langfristigen Mietvertrag voraus (BGE 2A.465/2002, E. 3.2 in fine). Weder ein solcher noch eine Abhängigkeit aufgrund der Höhe und der konkreten Umstände der Darlehensgewährung sind vorliegend gegeben.

Die Beschwerdeführer hatten die Absicht, die Wohnung zu kaufen bzw. zu veräussern, sobald diesem Vorhaben keine rechtlichen Hindernisse mehr entgegenstanden. Dies war im Zeitpunkt der Vereinbarung (28. Juni 1993) naheliegend, nachdem der Bundesrat anfang 1993 nach der EWR-Abstimmung die Änderung des BewG im Sinne der sog. Eurolex-Vorlage postulierte (vgl. BBl 1993, S. 839).

Die von der Vorinstanz angeführten Urteile des Bundesgerichts vermögen an der vorliegenden Beurteilung nichts zu ändern. Diese betrafen andere Sachverhalte, insbesondere lag bei beiden ein langfristiges Mietverhältnis von zehn Jahren vor

(BGE 105 Ib 321 ff. und BGE 2A.465/2002). In letzterem hatte der jugoslawische Staatsangehörige D. die Absicht, für seine geschiedene (mittlerweile mit einem anderen Mann verheiratete) Ehefrau und seine Kinder ein Einfamilienhaus zu erwerben. Dazu kam es vorerst nicht. A. erwarb dann eine Wohnung für 1,6 Mio. Franken, wobei der Kaufpreis vollumfänglich aus von D. zur Verfügung gestellten Mitteln beglichen wurde. Hernach gab A. gegenüber der Ex-Ehefrau von D. und dessen Kindern die Garantie ab, dass sie alle in dieser auf seinen Namen eingetragenen Wohnung während zehn Jahren unentgeltlich wohnen könnten. Für die Vereinbarung wurde weder ein schriftlicher Darlehensvertrag abgeschlossen noch war irgendeine Sicherheit dargetan. Das Bundesgericht bestätigte die Feststellung der Vorinstanz, dass A. und D. mit dem Wohnungserwerb bezweckten, für eine längere Zeit vorerst ausschliesslich die Wohnbedürfnisse der Ehefrau und der Kinder des Letzteren zu befriedigen.

Im Urteil BGE 105 Ib 321 ff. erstellte ein Schweizer ein Mehrfamilienhaus, wobei er von einem deutschen Ehepaar einen Kredit von Fr. 450 000.– erhielt und einen Mietvertrag für die Dauer von zehn Jahren abschloss, wobei das Darlehen praktisch die gesamten Kosten der gemieteten Wohnung deckte und die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag ohne Weiteres auf die Erben übergegangen wären.

Zutreffend ist, dass K. bei der erbrechtlichen Übernahme des Grundstücks einen Übernahmepreis von Fr. 315 000.– leistete, was dem Kaufpreis entspricht, den die Beschwerdeführer in der Vereinbarung vom 28. Juli 1993 festgelegt hatten. Die Vorinstanz zog daraus den Schluss, es sei naheliegend, dass K. das Objekt mit Geld von Q. erworben habe. Diese Vermutung ist aber unbegründet. Aufgrund des Nettonachlasses von knapp 1 Mio. Franken bzw. dem hälftigen Anteil daran aus dem Tod seines Vaters war K. für die Übernahme der Wohnungen in der Erbteilung mit seiner Schwester jedenfalls nicht auf eine Fremdfinanzierung durch Q. angewiesen. Da die Miete entgeltlich und das Darlehen verzinslich waren, fehlten die typische Merkmale eines Umgehungsgeschäfts, wie sie etwa in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall gegeben waren (2A.465/2002).

d) Offen bleiben kann nach dem Gesagten, inwiefern die Beschwerdeführer aus allfälligen Zusicherungen Rechte ableiten könnten.

Nicht entscheidend ist im Übrigen, welche Absicht die Beschwerdeführer hatten. Die Vorinstanz hält unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zutreffend fest, es sei nicht entscheidend, was die Beteiligten gewollt hätten; vielmehr sei massgebend, was sich mit den von den Parteien eingegangenen Rechtsbeziehungen wirtschaftlich erreichen lasse. Dementsprechend ist belanglos, ob der Sohn von Q. die Absicht gehabt hatte, die Wohnung für sich zu erwerben. Umgekehrt kann aber daraus den Beschwerdeführern auch keine Umgehungsabsicht vorgeworfen werden. Objektiv betrachtet war im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages und der Zusatzvereinbarung mit einer baldigen Lockerung oder Aufhebung der Vorschriften über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland zu rechnen. Unter diesen Umständen lässt sich die Absicht der Beschwerde-

führer, die Wohnung bei Eintritt der rechtlichen Zulässigkeit der Veräusserung zu verkaufen und zuvor mit einem Mietverhältnis und einem gleichzeitig abgeschlossenen Darlehen dem potentiellen Erwerber die Möglichkeit zur Nutzung der Wohnung zu verschaffen, als durchaus nachvollziehbare Handlung qualifizieren, welche nicht als Umgehungsgeschäft einzustufen ist. Von einer eigentümerähnlichen Stellung des Mieters kann jedenfalls nicht gesprochen werden.

e) Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass zu Unrecht eine Umgehung im Sinn von Art. 4 BewG angenommen wurde. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen, und die Angelegenheit ist an das Grundbuchinspektorat zur Erteilung der Bewilligung zurückzuweisen.

3. Obligationenrecht

69

Art. 41 f. OR (SR 220) vorprozessuale Anwaltskosten als Schadensposition.

Kassationsgericht, 14. September 2006

Der Beschwerdeführer hält schliesslich die Feststellung der Vorinstanz für willkürlich, dass – sinngemäss – nicht der gesamte vorprozessuale Aufwand seines Vertreters von rund 450 Stunden als Schaden gelten könne.

Die Vorinstanz hat den geltend gemachten vorprozessualen Aufwand von 450 Stunden grundsätzlich übernommen und nicht umfangmässig in Frage gestellt. Auch die Angabe des Beschwerdeführers, dass die Hälfte auf die Vertretung des Beschwerdeführers gegenüber Sozialversicherern entfallen sei, wurde akzeptiert. Die Vorinstanz hat den Aufwand für die Auseinandersetzung mit den Sozialversicherern hauptsächlich deshalb nicht als vorprozessualen Schaden erkannt, weil die Parteikosten in den entsprechenden verwaltungsrechtlichen Verfahren bereits berücksichtigt worden seien oder zu berücksichtigen gewesen wären.

Die Bestimmung der Schadenshöhe ist eine Tatfrage und kann vom Kassationsgericht unter Willkür Gesichtspunkten (bzw. in freier Kognition betreffend die Anwendung kantonalen Rechts) überprüft werden. Das gilt auch für die vorprozessualen Anwaltskosten, die anerkanntermassen eine Schadensposition darstellen, soweit sie nicht durch die Prozessentschädigung gedeckt werden (BGE 117 II 101 Erw. 5). ...

Zunächst überzeugt nicht, dass ohne weitere Begründung die anwaltlichen Bemühungen in den einzelnen sozialversicherungsrechtlichen Verfahren keinen vorprozessualen Aufwand bilden sollen. Denn die Geltendmachung von Sozialver-

sicherungsleistungen bilden einen wesentlichen Teil der Aufgabe des Anwalts in komplexen Haftungsfällen wie dem vorliegenden. Man kann die Vertretung eines Geschädigten durch einen Anwalt nicht grundsätzlich als nicht notwendig oder nicht angemessen ansehen, nur weil die Sozialversicherer die Officialmaxime zu beachten haben. Es gehört vielmehr gerade zur Sorgfaltspflicht eines Anwaltes, dass er die Rechte eines Geschädigten gegenüber den Sozialversicherungen wahrnimmt. Erst wenn nämlich alle Leistungen der Sozialversicherer verbindlich feststehen, lässt sich überhaupt der Direktschaden berechnen, den der Geschädigte gegenüber dem Haftpflichtigen oder, wenn ein direktes Forderungsrecht besteht, gegenüber dessen Haftpflichtversicherung geltend machen kann. Man kann also nicht ohne weiteres sagen, dass die anwaltlichen Bemühungen gegenüber Sozialversicherern grundsätzlich nicht zum vorprozessualen Aufwand gehören würden (dazu Berner Kommentar, R. Brehm, N 89 ff. insbes. N 91b zu Art. 41 OR).

Dem Beschwerdeführer ist auch insoweit beizupflichten, als der Aufwand für die Bemühungen um Sozialversicherungsleistungen keineswegs ohne Weiteres und in allen Fällen durch Parteientschädigungen «in den entsprechenden verwaltungsrechtlichen Verfahren» berücksichtigt ist. Vielmehr gilt dies, wie der Beschwerdeführer ebenfalls zutreffend kritisiert, nur für das (versicherungs-)gerichtliche Verfahren, nicht aber für die Vertretung vor den Verwaltungsinstanzen bis zum Einspracheverfahren. Diese Bemühungen generell nicht als vorprozessualen Aufwand gelten zu lassen, obschon er letztlich der Ermittlung des Direktschadens gilt, ist auch unter dem Willküraspekt nicht haltbar.

Gewiss umfasst eine Prozessentschädigung immer auch ein gewisses Ausmass an anwaltlichem Aufwand für vorprozessuale Bemühungen. Dieser durch die Prozessentschädigung abgedeckte, vor einem und im Hinblick auf einen Prozess entstehende durchschnittliche Aufwand muss aber in einem vernünftigen Verhältnis zum – hier grundsätzlich nicht in Frage gestellten – effektiven vorprozessualen Aufwand in einem komplexen Haftpflichtfall stehen. Der Prozessvorbereitung dient ein gewisser Anteil des Prozesshonorars, den Aufwand für sozialversicherungsrechtliche Verfahren als tariflich entschädigungsgedekte Vorbereitung im Prozess um den Direktschaden anzusehen, ist aber sachfremd. Im vorliegenden Fall hätte nicht einmal ein *Zuschlag* auf dem mittleren Honorar für die Prozessführung um den Direktschaden die vorprozessualen Bemühungen in den Sozialversicherungsverfahren abgelten können.

III. Strafrecht einschliesslich Opferhilfe

70

Art. 22 Abs. 1 und Art. 25 StGB (SR 311.0); Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 und Art. 19 Ziff. 2 BetmG (SR 812.121). Abgrenzung zwischen (versuchter) Gehilfenschaft und Anstalten-Treffen bei der Beschaffung von Streckmitteln.

Kantonsgericht, Strafkammer, 7. Dezember 2005

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 25 StGB macht sich als Gehilfe strafbar, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich in untergeordneter Stellung Hilfe leistet. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt als Hilfeleistung jeder kausale Beitrag, der die Vorsatztat eines anderen fördert. Es ist aber nicht notwendig, dass es ohne die Hilfeleistung nicht zur Tat gekommen wäre (BGE 120 IV 265 Erw. 2c/aa; 119 IV 292 Erw. 2c). Versuchte Gehilfenschaft ist straflos und liegt vor, wenn es an der Kausalität fehlt oder die Haupttat nicht zumindest versucht wurde (Niggli/Wiprächtiger-Forster, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 52 und 59 zu Art. 25).

a) Die Vorinstanz verurteilte X wegen Gehilfenschaft zur schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Für sie stand hinsichtlich der Haupttat fest, dass Y das von ihm bestellte Heroin, das ihm am 6. März 2003 geliefert werden sollte, mischen und in der Folge weiterverkaufen wollte. Weiter betrachtete sie als nachgewiesen, dass X bereits jemanden organisiert hatte, um Y das zum Mischen des Heroins gewünschte Streckmittel zu liefern, als die Haupttat aufgrund der Verhaftung von V scheiterte und damit im Versuchsstadium stecken blieb. X anerkennt, dass V und W am 6. März 2003 bei ihm gewesen seien und ihn nach Streckmitteln gefragt hätten, beharrt jedoch darauf, ihnen nur die Telefonnummer eines möglichen Streckmittellieferanten gegeben zu haben. Die Verteidigung ist der Ansicht, es liege höchstens ein strafloser Versuch der Gehilfenschaft vor. Die Anklage geht davon aus, es mache sich auch strafbar, wer Anstalten treffe, sodass sich die Frage der Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung nicht stelle, weil bereits die Stufe vor dem Versuch als selbständiger Tatbestand erfasst sei.

b) Hat der Täter Streckmittel in der Absicht erworben, sie selber oder mit Mittätern Betäubungsmitteln beizumischen und diese zu verkaufen, ist er wegen Anstalten-Treffens strafbar. Dagegen ist der Verkauf von Streckmitteln an einen Drogenhändler ohne weitere Tatbeteiligung, aber im Bewusstsein, dass diese zur Vermischung mit Betäubungsmitteln verwendet werden, eine typische Gehilfenschaft. Sind Streckmittel jedoch im Zeitpunkt der Verhaftung noch nicht weitergegeben worden, liegt höchstens ein Versuch der Gehilfenschaft vor (Fingerhuth/Tschurr, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2002, 129).

Mit der Vorinstanz ist aufgrund der Telefonüberwachung davon auszugehen, dass X einen Streckmittellieferanten für Y organisiert hatte. Da X keine direkte Tatbeteiligung am versuchten Heroingeschäft vorgeworfen wird, ist er nicht wegen Anstalten-Treffens strafbar. Die Beschaffung von Streckmitteln durch Organisation eines Dritten als Streckmittellieferant ist jedoch, ebenso wie der blosser Verkauf von Streckmitteln, als Gehilfenschaft zu qualifizieren. Bis zur Verhaftung von V, aufgrund der das Kilogramm Heroin nicht mehr an Y geliefert werden konnte, war jedoch unbestrittenermassen keine Streckmittellieferung erfolgt. Es blieb daher beim Versuch der Beschaffung von Streckmitteln. Die versuchte Gehilfenschaft ist indessen straflos.

c) X ist von der Anklage der Gehilfenschaft zur schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz freizusprechen.

71

Art. 29 StGB (SR 311.0); Art. 75 Abs. 1, Art. 299¹, Art. 303 Abs. 1 und 300, 306 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Abweichend von der kantonalen Regelung setzt ein gültiger Strafantrag bei der durch den Kläger erfolgten direkten Anhebung des Privatstrafklageverfahrens voraus, dass innert der Dreimonatsfrist von Art. 29 StGB Klage beim Gericht eingereicht wird. Beim Wechsel vom ordentlichen Verfahren zum Privatstrafklageverfahren bleibt der einmal gültig gestellte Strafantrag bestehen. Zur Weiterführung des Verfahrens muss der Kläger innert Frist das Vermittlungsbegehren stellen (E. 1b). Im Privatstrafklageverfahren muss der untersuchende Richter den Beklagten mindestens einmal befragen (E.2b).

Kantonsgericht, Strafkammer, 3. April 2006

Aus den Erwägungen:

II. 1. b) Antragsdelikte sind nach st.gallischem Prozessrecht grundsätzlich in der Form des Privatstrafklageverfahrens (Art. 294 ff. StP) zu behandeln, wobei dieses Verfahren direkt durch den Antragsteller oder mit einer Verweisungsverfügung des Untersuchungsrichters in Gang gesetzt wird. Bei Ehrverletzungsdelikten wird das Privatstrafklageverfahren regelmässig direkt angehoben, wobei es nach der Strafprozessordnung durch Einreichung des Vermittlungsbegehrens eingeleitet wird (Art. 299 Abs. 1 lit. a StP). Innert zwei Monaten nach dem Vermittlungsvorstand ist die Klage beim Gericht einzureichen, andernfalls der Strafantrag als zurückge-

¹ in der Fassung bis 31.12.2006

zogen gilt (Art. 303 Abs. 1 StP). Diese Regelung genügt den bundesrechtlichen Anforderungen eines gültigen Strafantrages offensichtlich nicht: Wenn innert der vom Bundesrecht gesetzten Frist von drei Monaten nur das Vermittlungsbegehren, nicht aber auch die Klage bei Gericht eingereicht wird, sind die Voraussetzungen dafür, dass das Verfahren ohne weitere Erklärung weiterläuft (BGE 105 IV 165) gerade nicht gegeben. Der Kläger hätte es vielmehr in der Hand, am letzten Tag der Dreimonatsfrist des Art. 29 StGB das Vermittlungsbegehren zu stellen, worauf dann ordentlicherweise innerhalb der folgenden 20 Tage der Vermittlungsvorstand abgehalten würde. Innerhalb weiterer zwei Monate nach Abhaltung des Vermittlungsvorstandes hätte dann der Kläger die Möglichkeit, die Klage beim Gericht anhängig zu machen und damit nun die Voraussetzungen zu schaffen, unter denen das Verfahren ohne weitere Erklärung weiterläuft. Durch diese Regelung wäre es dem Kläger möglich, die unbedingte Erklärung weit über die bundesrechtliche Frist von drei Monaten zurückzubehalten. Die im st.gallischen Privatstrafklageverfahren gewählte Regelung widerspricht daher dem Erfordernis einer rechtzeitig abzugebenden, unbedingten Erklärung, und gibt es dem Kläger in die Hand, die vom Bundesrecht geregelte Strafantragsfrist einseitig zu verlängern. Nach Hauser/Schweri/Hartmann (Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., § 88 N 26) wahrt das Begehren um Festsetzung einer Sühneverhandlung die Frist nach Art. 29 StGB nur, wenn die Privatstrafklage nach fehlgeschlagener Vermittlung vom Friedensrichter von Amtes wegen rechtzeitig an das Gericht geleitet wird. Wo der Privatstrafkläger selbst für die Rechtshängigkeit des Prozesses zu sorgen hat, muss er innert der Frist von drei Monaten entweder den Prozess mit dem Ausweis über den fehlgeschlagenen Sühneversuch beim Gericht einleiten oder dort seine Anklage direkt einreichen unter gleichzeitigem Begehren an den Friedensrichter, eine Sühneverhandlung durchzuführen. Bei der durch den Kläger erfolgten direkten Anhebung des Privatstrafklageverfahrens setzt ein gültiger Strafantrag also voraus, dass innert der Dreimonatsfrist von Art. 29 StGB Klage beim Gericht eingereicht wird. Die gegenteilige Bestimmung in Art. 299 Abs. 2 StP, wonach mit der Einreichung des Vermittlungsbegehrens die Antragsfrist nach Art. 29 StGB gewahrt werde, ist bundesrechtswidrig (im gleichen Sinn: Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. A., N 1523 ff.; BGE 103 IV 132). *[Gestützt auf diesen Entscheid wurde Art. 299 StP auf den 1. Januar 2007 revidiert und ans Bundesrecht angepasst.]*

Anders erscheint die Ausgangslage, wenn das Privatstrafklageverfahren nicht direkt, sondern nach einer Verweisungsverfügung des Untersuchungsrichters in Gang gesetzt wird: Bei anderen Antragsdelikten als Ehrverletzungen wird das Verfahren durch Einreichung des Strafantrags bei der Polizei oder der Staatsanwaltschaft eingeleitet (Art. 299 Abs. 1 lit. b StP). Gemäss Art. 295 Abs. 1 StP ist das ordentliche Verfahren auch bei Ehrverletzungen anwendbar, wenn diese mit einer von Amtes wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung im Zusammenhang stehen. Art. 300 StP gibt nun aber dem Untersuchungsrichter die Befugnis, bei Vorliegen bestimmter Umstände eine Verweisungsverfügung zu erlassen, die Strafklage also zur

Weiterbehandlung ins Privatstrafklageverfahren zu verweisen. Macht er davon Gebrauch, so setzt er dem Kläger eine Frist zur Einreichung des Vermittlungsbegehrens, verbunden mit der Androhung, dass bei Nichteinhalten der Frist die Klage als zurückgezogen zu gelten hat. Anders als bei der direkten Anhebung des Privatstrafklageverfahrens durch den Kläger selbst ist dieses Verfahren durch einen unbedingten, innert der bundesrechtlichen Frist von drei Monaten (bei der Polizei oder beim Untersuchungsrichter) gestellten Strafantrag eingeleitet worden. Dieser ist von Amtes wegen zunächst behandelt und dann ohne Zutun des Klägers ins Privatstrafklageverfahren verwiesen worden. Der einmal gestellte gültige Strafantrag muss dabei weiterdauern, da in vielen – wenn nicht den meisten – Fällen die dreimonatige Frist des Art. 29 StGB im Zeitpunkt der Verweisungsverfügung abgelaufen sein dürfte, der Kläger also seines bundesrechtlich garantierten Anspruchs auf Stellung eines Strafantrages innert der bundesrechtlichen Frist beraubt würde, wenn auch diesfalls nur von einer Fristwahrung durch Klageanhängigmachung beim Gericht auszugehen wäre. Da für den Kläger aber mit dem Wechsel vom ordentlichen zum Privatstrafklageverfahren neue und andere prozessuale Pflichten entstehen (u. a. Beweispflicht [Art. 305 StP], Kostenvorschusspflicht [Art. 313 StP] oder das Risiko der Kostentragung [Art. 314 StP]), erscheint es sachgerecht, dass er durch blosses Unterlassen der Einreichung eines Vermittlungsbegehrens von der Weiterführung des Verfahrens Abstand nehmen, die Klage also zurückziehen kann (Art. 300 Abs. 2 StP). Entschliesst er sich aber zur Weiterführung des Verfahrens, so hat er dies durch Einreichung des Vermittlungsbegehrens kundzutun. Damit ist auch das Interesse des Beklagten an einer raschen Klärung der Frage, ob das gegen ihn beim Untersuchungsrichter angehobene Verfahren weitergeführt wird, berücksichtigt.

2. b) Am 15. November 2004 wurde die Beklagte vom untersuchenden Richter einvernommen, wobei sie nicht anwaltlich vertreten war. Aus dem Einvernahmeprotokoll ergibt sich, dass sie nicht auf ihr Aussageverweigerungsrecht hingewiesen wurde. Gemäss Art. 40 Abs. 2 StP muss der Angeklagte sich nicht selbst belasten; er kann vielmehr weder zu einer Aussage noch zu einer wahrheitsgemässen Aussage gezwungen werden. Vor der Einvernahme ist der Angeschuldigte über dieses Aussageverweigerungsrecht zu belehren (Art. 79 Abs. 1 StP), wobei sich die Aufklärungspflicht der Behörde direkt aus Art. 31 Abs. 2 BV ergibt (BGE 130 I 126). Aussagen, die in Unkenntnis dieses Schweigerechts gemacht wurden, sind grundsätzlich nicht verwertbar (Oberholzer, a. a. O., N 825; BGE 130 I 126 und Amtsbericht der kantonalen Gerichte über das Jahr 2001: Bericht der Strafkammer S. 9). Damit kann die Einvernahme der Beklagten vom 15. November 2004 nicht verwertet werden.

Zu prüfen bleibt, welche Konsequenzen sich daraus ergeben, dass im Untersuchungsverfahren – die Beklagte wurde einzig am 15. November 2004 befragt – keine (verwertbare) Einvernahme vorliegt. Im ordentlichen Verfahren ist zwingend vorgeschrieben, dass der Angeklagte von den Strafverfolgungsbehörden sowohl zur Sache wie auch zur Person befragt werden muss, und dass er nur verurteilt werden kann, wenn er wenigstens einmal untersuchungsrichterlich einvernommen

worden ist (Art. 75 Abs. 1 StP). Dieses Erfordernis gilt auch im Privatstrafklageverfahren, in dem Art. 306 Abs. 1 StP ausdrücklich vorsieht, dass der untersuchende Richter die Parteien über den Sachverhalt und die Beweismittel vernimmt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handelt es sich hierbei nicht um eine blosser Ordnungsvorschrift, deren Einhaltung für eine Verurteilung des Beklagten nicht unabdingbar wäre. Auch das Privatstrafklageverfahren – wiewohl es teilweise an die Regeln des Zivilprozesses angeglichen ist – behält den Charakter eines Strafverfahrens, das letztlich mit einer Verurteilung oder einem Freispruch endet. Zwar werden Beweise grundsätzlich nur auf Antrag der Parteien erhoben (Art. 305 Abs. 1 StP), doch richtet sich die Beweisabnahme im Übrigen – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nach den Bestimmungen des ordentlichen Strafverfahrens (vgl. Oberholzer, a. a. O., N 1535). Dabei ist ein wesentliches Element der von Amtes wegen durchzuführenden Untersuchung, dass der untersuchende Richter den Beklagten zur Sache vernimmt. Der Verzicht auf eine Einvernahme lässt sich somit weder mit dem Wortlaut noch dem Zweck der gesetzlichen Regelung rechtfertigen.

72

Art. 138 Ziff. 2 StGB (SR 311.0). Der Anwalt, der ihm im Rahmen der Ausübung seines Berufes anvertraute Vermögenswerte veruntreut, macht sich der qualifizierten Veruntreuung schuldig.

Kantonsgericht, Strafkammer, 27. Juni 2006

Der Angeklagte hatte als Anwalt die Gründung einer Aktiengesellschaft vorzubereiten, die Gründungsformalitäten zu erledigen und ein Konto für die Einzahlung des Aktienkapitals zu eröffnen. Das Gründungsmitglied X liess in der Folge einen Betrag in der Höhe der Hälfte des geplanten Aktienkapitals auf das Klientenkonto des Angeklagten überweisen; das Geld war als Anteil von X am Aktienkapital der zu gründenden Gesellschaft bestimmt. Der Angeklagte verwendete das Geld dazu, private Schulden des Y – der als weiteres Gründungsmitglied die andere Hälfte des Aktienkapitals hätte beisteuern sollen – zu tilgen und bezahlte Y auch eine grössere Summe in bar aus.

Aus den Erwägungen:

II. 3. e) Die objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der Veruntreuung sind somit allesamt erfüllt. Nachfolgend ist zu prüfen, ob auch ein Fall einer qualifizierten Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB) gegeben ist. Nach dieser Bestimmung wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis bestraft, wer die Tat als

Mitglied einer Behörde, als Beamter, Vormund, Beistand, berufsmässiger Vermögensverwalter oder bei der Ausübung eines Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäftes, zu der er durch eine Behörde ermächtigt ist, begeht.

aa) Zur Ausübung eines Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäfts ermächtigt ist laut Bundesgericht jeder, dem diese Bewilligung nach Art. 54 Abs. 1 StGB (Berufsverbot) wieder entzogen werden kann (BGE 103 IV 18, 20). Dazu gehören Berufe, welche sowohl nach eidgenössischem Recht als auch nach kantonalen Vorschriften einer Bewilligungspflicht unterliegen (Zehnter, Basler Kommentar, Art. 54 StGB N 8). Der Grund des höheren Strafschutzes liegt darin, dass der Staat mit der Erteilung einer solchen Bewilligung das Zutrauen der Öffentlichkeit in Personen, die einen solchen Beruf oder ein derartiges Gewerbe oder Handelsgeschäft betreiben, erhöht (BGE 103 IV 18, 20 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien).

bb) Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung äussern sich Stratenwerth (BT/1, § 13 N 64) sowie bereits Zürcher (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914, 148), dass Anwälte, Berufsnotare und Pfandleiher unter die Bestimmung von Art. 138 Ziff. 2 StGB fallen. Kritisch hingegen sind Niggli/Riedo und Schubarth/Albrecht, die fordern, dass – in Anlehnung an den Begriff des berufsmässigen Vermögensverwalters – die Ermächtigung gerade im Hinblick auf das Anvertrauen von Sachen und Vermögenswerten bzw. auf eine Vertrauensstellung im finanziellen Bereich erteilt worden sei (Niggli/Riedo, Basler Kommentar, Art. 138 StGB N 179; Schubarth/Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Art. 140 aStGB N 59). Eine solche Anlehnung an den Begriff des berufsmässigen Vermögensverwalters scheint aber zu weit gefasst. Zum einen hätte dann auf die separate Nennung bewilligungspflichtiger Berufe verzichtet werden können, da sie unter die Tätergruppe der berufsmässigen Vermögensverwalter subsumiert werden könnten. Zum andern zeigt sich insbesondere bei den weiteren Tätergruppen der Behördemitglieder oder der Beamten, dass dort ein ähnliches Erfordernis nicht besteht, wird doch bei jenen nicht verlangt, dass ihr Amt gerade in der Verwaltung anvertrauter Sachen und Vermögenswerten bzw. im finanziellen Bereich bestehen soll. So wurde der qualifizierte Tatbestand etwa auf einen kantonalen Landjäger bzw. auf Polizisten im Zusammenhang mit Bussgeldern angewendet oder auf den Brunnenmeister einer öffentlich-rechtlichen Wasserkorporation (Niggli/Riedo, a. a. O., Art. 138 StGB N 151 und 157). Diese Berufe bzw. Ämter werden nun aber nicht mit der Verwaltung von Geld in Verbindung gebracht. Ebenso dürfte beispielsweise auch der Präsident oder Schreiber/Aktuar einer Behörde unter den qualifizierten Tatbestand fallen, nicht nur der Kassier.

cc) Ausschlaggebend muss sein – wie dies das Bundesgericht ausführt –, dass der Staat mit der Erteilung einer Bewilligung das Zutrauen der Öffentlichkeit in Personen, die einen entsprechenden Beruf betreiben, erhöht (BGE 103 IV 18, 20). Die Bestimmung soll also Tätergruppen erfassen, die ein erhöhtes Vertrauen geniessen (Trechsel, Kurzkommentar, Art. 138 StGB N 19 mit Hinweis auf BGE 117 IV 22, 120 IV 184 und LGVE 1993 I Nr. 42). Dies ist bei Anwälten der Fall, und zwar insbeson-

dere auch deshalb, weil Anwälte nicht nur fachliche, sondern besondere persönliche Voraussetzungen erfüllen müssen, was insbesondere das Straf- und Betreibungsregister betrifft (vgl. Art. 8 und 9 BGFA sowie § 10 Abs. 1 SRSZ 280.110 [AnwV] und § 2 Abs. 2 SRSZ 280.211 [Reglement zur AnwV]). Auf einen Anwalt ist somit die Qualifikation von Art. 138 Ziff. 2 StGB anwendbar. Dies steht insbesondere auch nicht im Widerspruch zu den Entscheiden PKG 1943, 53, Nr. 12 bzw. PKG 1970, 51, Nr. 15 des Kantonsgerichts Graubünden, weil der Anwaltsberuf damals im Kanton Graubünden nicht von einer behördlichen Bewilligung abhängig war. Das Bundesgericht hat – in Kenntnis der Kritik von Niggli/Riedo – den Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg, welches einen Notar, der pflichtwidrig über ein «Sperrkonto zur Bezahlung der Liegenschaftssteuern» verfügte, der qualifizierten Veruntreuung schuldig erklärte, für bundesrechtskonform bezeichnet. Dies, weil in jenem Fall der Beschwerdeführer nicht aufgrund seiner verwandtschaftlichen Beziehungen, sondern seiner besonderen Eigenschaften als Notar, die eine erhöhte Vertrauensstellung garantierten, beigezogen wurde. «Insofern habe der Beschwerdeführer Vermögenswerte zwar nicht anlässlich seiner typischen Tätigkeit, aber sehr wohl im Rahmen der Ausübung seines Berufes veruntreut» (vgl. BGer 6S. 57/2003 E. 6).

Nicht anders präsentiert sich die Sachlage im vorliegenden Fall: Der Angeschuldigte, der zuvor weder zu X noch zu Y eine besondere Beziehung hatte, Y aber aus den für D getätigten Geschäften als Anwalt und Verwaltungsratspräsident der Bank B bekannt war, wurde in seiner Funktion als Anwalt für die Gründung einer Aktiengesellschaft beigezogen, weshalb ihm in der Folge erhebliche Vermögenswerte «im Rahmen der Ausübung seines Berufes» auf ein Klientenkonto (und damit auf ein Treuhandkonto; vgl. auch 6S. 57/2003 E. 6) überwiesen wurden, womit auch die zuvor festgestellte Veruntreuung «im Rahmen der Ausübung seines Berufes» erfolgte.

f) Folglich ist der Angeklagte der qualifizierten Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB schuldig zu sprechen, [...].

[Eine gegen diesen Entscheid eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Bundesgericht am 1. Februar 2007 abgewiesen (vgl. 6S. 410/2006 und 6P.180/2006)].

73

Art. 156 Ziff. 3 StGB (SR 311.0). Bei Abnötigung eines Fahrzeuges zum Gebrauch unter Waffendrohung ist der Tatbestand der räuberischen Erpressung erfüllt.

Kantonsgericht, Strafkammer, 21. August 2006

X forderte das Opfer mit vorgehaltener Pistole auf, ihm seine Autoschlüssel herauszugeben. X wollte sich das Fahrzeug nicht aneignen, sondern für eine Fahrt nach Zürich benützen.

Aus den Erwägungen:

2. Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selber oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft (Art. 156 Ziff. 1 StGB). Wendet der Täter gegen eine Person Gewalt an oder bedroht er sie mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben, so richtet sich die Strafe nach Art. 140 StGB (Art. 156 Ziff. 3 StGB). Nach dem Wortlaut der sogenannten räuberischen Erpressung gemäss Art. 156 Ziff. 3 StGB richtet sich die Strafe – und nicht etwa die Voraussetzungen – nach dem Raub. Die Aneignungsabsicht ist deshalb nicht Tatbestandselement (vgl. BSK StGB II-Weissenberger, N 27 zu Art. 156). Etwas anderes kann auch der Botschaft nicht entnommen werden (vgl. BBl vom 18. Juni 1991, S. 1045). Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 20. Dezember 2000 das Vorliegen einer räuberischen Erpressung trotz Fehlens des Aneignungswillens bejaht (vgl. BGE 6S. 162/2000, Erwägung 3.b-e). Gemäss Art. 156 StGB muss sich das Opfer selber oder einen anderen am Vermögen schädigen. Aus dem Erfordernis der Selbstschädigung wird von der herrschenden Lehre abgeleitet, dass dem Betroffenen eine gewisse Wahlfreiheit bleiben müsse bzw. dass der Betroffene auf die aktive Mitwirkung des Opfers angewiesen sein müsse, um die in Aussicht genommene Beute zu erlangen. Deshalb wird eine Vermögensverfügung und -schädigung bzw. deren Unmittelbarkeit verneint, wenn das Opfer dem Täter nur ermöglicht, die Verfügung über sein Vermögen vorzunehmen, oder wenn ein Dritter die eigentliche Vermögensverfügung vornimmt (vgl. BSK StGB II-Weissenberger, N 16 zu Art. 156, mit vielen Hinweisen; vgl. Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Bern 2003, § 17 N 7; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, Zürich 2003, S. 241 ff.). Dementsprechend kann das Abnötigen des Gebrauchs eines Motorfahrzeugs oder einer anderen Sache unter Waffengewalt nach der herrschenden Lehre nicht als Erpressung aufgefasst werden. Der Eigentümer des Wagens wird gezwungen, den Gewahrsamsbruch am Fahrzeug zu dulden, er wirkt nicht mit bzw. hat keine Wahlfreiheit. Es bleibt allein ein Wegnahmedelikt in echter Konkurrenz mit den

bei Gewalt oder sonstigem Zwang anwendbaren Tatbeständen übrig (vgl. Rehberg/Schmid/Donatsch, a. a. O. S. 241 f., insbesondere Fussnote 793; Stratenwerth/Jenny, a. a. O., § 17 N 8). Demgegenüber kann die Mitwirkung, d. h. das Gewähren eines Vermögensvorteils, nach einer anderen Lehrmeinung nicht nur in einem Handeln, sondern auch in einem Dulden oder Unterlassen bestehen, etwa wenn der Erpresste dazu veranlasst wird, die Wegnahme von Sachen durch den Täter geschehen zu lassen (vgl. BSK StGB II-Weissenberger, N 17 zu Art. 156). Der Erpresste wird zu einem Verhalten bestimmt, wodurch er sich selber oder einen andern am Vermögen schädigt, wenn er dem Täter die Schlüssel zu einem Fahrzeug übergibt (BSK StGB II-Weissenberger, N 18 zu Art. 156). Die räuberische Erpressung erfasst deshalb auch Fälle, in denen der Täter – wie etwa bei der Abnötigung eines Fahrzeuges zum Gebrauch unter Waffendrohung – die Voraussetzungen des Raubes bis auf die Diebstahlsabsicht erfüllt und das Opfer die Wegnahme der Sache unter der Drohung lediglich duldet; Art. 156 Ziff. 3 StGB geht dann den Tatbeständen der Entwendung eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch in Konkurrenz mit Nötigung vor (vgl. BSK-Weissenberger, N 27 zu Art. 156). Auch das Bundesgericht verzichtet der Sache nach zunehmend auf das Kriterium der unmittelbaren Vermögensverfügung und -schädigung (vgl. BSK StGB II-Weissenberger, N 16 zu Art. 156 mit Verweisen). Im Entscheid vom 20. Dezember 2000 (vgl. BGE 6S. 162/2000) hatte es einen dem vorliegenden ähnlichen Sachverhalt zu beurteilen und hat den Tatbestand der räuberischen Erpressung als erfüllt angesehen. Unter Waffendrohung zwang der Täter die Angestellte, ihm den Inhalt der Kasse auszuhändigen. Anschliessend erkundigte er sich, ob der draussen stehende Personenwagen ihr gehöre, was diese bejahte. Daraufhin erzwang der Täter die Herausgabe der Fahrzeugschlüssel und fuhr mit dem PW und dem Geld davon. Das Bundesgericht hat die Übergabe der Fahrzeugschlüssel an den Erpresser als Vermögensverfügung gewertet: Die Inbesitznahme des Fahrzeuges durch den Täter habe in einem denkbar engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zur gewaltsam erzwungenen Einräumung der Zugriffsmöglichkeit zum fremden Vermögen gestanden. Jedenfalls in derartigen Konstellationen, wo die Bedrohungssituation für das Opfer bis zur Tatvollendung fort dauert, sei die Einräumung der Zugriffsmöglichkeit mit der Vornahme einer unmittelbaren Vermögensdisposition durch das bedrohte Opfer – etwa durch Übergabe von Bargeld – gleichzusetzen. Bereits in BGE 110 IV 223 hatte das Bundesgericht das Abnötigen eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch unter Waffendrohung unter den damals noch altrechtlichen Tatbestand der Erpressung und nicht unter Nötigung und Entwendung eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch subsumiert. Die Zerlegung der die Merkmale einer Erpressung aufweisenden Tat in eine Nötigung und in eine Entwendung zum Gebrauch käme einer Privilegierung des Schuldigen gleich. Es sei aber dem Gesetzgeber fern gelegen, den Erpresser zu privilegieren, wenn er jemandem den Gebrauch eines Motorfahrzeuges abnötige. Trotz der überwiegenden Kritik der Lehre an diesem Urteil hielt das Bundesgericht in einem vergleichbaren Fall mit Entscheid vom 21. November 1994 an seiner Praxis fest (vgl. unveröffentlichter Entscheid des Kassationshofs 6S. 323/1994).

Einerseits führe die Anwendung des von einem Teil der Lehre benutzten Kriteriums der Wahlfreiheit bei der Abgrenzung zwischen Erpressung und Nötigung zu einem stossenden Ergebnis: Nötigung würde zur Anwendung kommen, wenn das Opfer unter Todesdrohung zur Gewährung eines Vermögensvorteils gezwungen werde, Erpressung dagegen, wenn die Drohung oder Gewalt gegen das Opfer weniger schwer sei. Eine solche Privilegierung der schwereren Drohung dürfte nicht der Sinn des Gesetzes sein. Andererseits trete am 1. Januar 1995 der neue Tatbestand der räuberischen Erpressung in Kraft. Unter welchen Voraussetzungen dieser erfüllt sei, werde zu gegebener Zeit geprüft werden müssen. Nur für wenige noch unter das alte Recht fallende Taten sei eine Änderung der bisherigen Praxis nicht angebracht.

3. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt ist denjenigen in den drei genannten Bundesgerichtsentscheiden sehr ähnlich. In allen drei Fällen hat das Bundesgericht das Vorliegen der Erpressung bzw. der räuberischen Erpressung bejaht. Im Entscheid vom 20. Dezember 2000 (6S. 162/2000) wurde die Übergabe der Fahrzeugschlüssel an den Erpresser als Vermögensverfügung gewertet. Dementsprechend ist auch im vorliegenden Fall dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt. Die Interpretation der vorherrschenden Lehre, dass eine gewisse Wahlfreiheit bzw. Mitwirkung noch gegeben sein muss, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung. Die Wahlfreiheit bzw. Mitwirkung ist ein Abgrenzungskriterium der Erpressung gegenüber dem Raub, welches jedoch mit der Einführung der räuberischen Erpressung seine praktische Bedeutung verloren hat. Bei Fehlen der Wahlfreiheit bzw. Mitwirkung ist der Tatbestand der Erpressung nicht ausgeschlossen. Das Kriterium der Wahlfreiheit ist heikel, weil es hier sehr auf die Persönlichkeit des Opfers ankommt. Der Mutige oder Leichtsinnige hat noch Wahlmöglichkeiten, während der Ängstliche oder Vorsichtige über diese in der gleichen Situation nicht mehr verfügt. Der Vorinstanz ist zuzustimmen: Wenn schon die nötigende Einwirkung auf die Willensfreiheit im Sinn ihrer Einschränkung für die Annahme der Erpressung genügt, dann muss dies umso mehr gelten, wenn die Einwirkung die Wahlfreiheit sogar ausschliesst. Denn sonst würde derjenige Täter, der bei einer Fahrzeugentwendung Gewalt anwendet oder mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben droht, ohne dass die Wahlfreiheit vollständig aufgehoben ist, zumindest von der Einsatzstrafe her (vgl. Art. 156 Ziff. 3 i.V. m. Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) schärfer bestraft als derjenige, der mit den gleichen Mitteln den Betroffenen (sogar) zum Widerstand unfähig macht (vgl. Art. 181 StGB). Der Gesetzgeber wollte mit Art. 156 Ziff. 3 StGB zum Ausdruck bringen, dass alle mit gewaltsamen Mitteln erlangten Vermögensvorteile der Raubstrafe unterstehen sollen, weil das Anstreben eines Vermögensvorteils unter Gewalteinsetz oder Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben stets mehr ist als die Kombination von Nötigung und Entziehungsdelikt (vgl. BSK StGB II-Weissenberger, N 27 zu Art. 156). Es ist nicht einzusehen, weshalb man sich mit verschiedenen anderen Tatbeständen behelfen soll, wenn ein Sachverhalt unter einen einzigen gesetzlichen Tatbestand subsumiert werden kann.

74

Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG (SR 312.5); Art. 222 lit. c StP (sGS 962.1). Die Streitwertgrenze von Fr. 5000.– gilt für alle Rechtsmittel und für alle Kläger, mit hin auch für Opfer. Das OHG garantiert dem Opfer ein Anfechtungsrecht im Strafpunkt nur im Zusammenhang mit der Beurteilung seiner Zivilansprüche. Weist die Vorinstanz eine Genugtuungsforderung des Opfers ab und ist dieser Entscheid wegen der Streitwertgrenze nicht anfechtbar, hätte ein Entscheid der Rechtsmittelinstanz zum vornherein keine Auswirkungen auf den Zivilpunkt und es fehlte dem Kläger an der Beschwer im Straf punkt.

Kantonsgericht, Strafkammer, 4. Juli 2006

Aus den Erwägungen:

II. 1. Der Kläger ist unbestrittenermassen Opfer im Sinn von Art. 2 Abs. 1 OHG. Zu prüfen ist vorab, ob er zur Berufung gegen den Straf- und Zivilpunkt des erstinstanzlichen Urteils legitimiert ist.

2. a) Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG kann das Opfer den Gerichtsentscheid mit den gleichen Rechtsmitteln anfechten wie der Beschuldigte, wenn es sich bereits vorher am Verfahren beteiligt hat und soweit der Entscheid seine Zivilansprüche betrifft oder sich auf deren Beurteilung auswirken kann. Das Opfer kann den Straf punkt demnach dann nicht anfechten, wenn selbst die Gutheissung des Rechtsmittels auf Bestand und Umfang der Zivilforderung keinen Einfluss mehr haben könnte, so etwa, wenn die Zivilansprüche bereits rechtskräftig beurteilt worden sind (BGE 127 IV 188, 121 IV 323; Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 2005, N 1759; Sabine Steiger-Sackmann, OHG-Kommentar, Art. 8 N 94 und 97, Eva Weishaupt, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetzes [OHG], Zürich 1998, S. 310). Zunächst ist deshalb zu prüfen, ob der Kläger zur Anfechtung des Zivilpunkts berechtigt ist.

b) Wird die Zivilforderung des Opfers teilweise oder vollumfänglich abgewiesen, so ist es durch den Entscheid beschwert und damit zur Anfechtung dieses Entscheids berechtigt. Die Anfechtung des Zivilpunkts ist in der Regel unter denselben Voraussetzungen möglich wie die Anfechtung eines Zivilurteils. Zulässigkeitsbeschränkungen wie Streitwertgrenzen können die Ergreifung eines selbständigen ordentlichen Rechtsmittels im Zivilpunkt vereiteln (Dominik Zehntner/Helena Hofer, in: Niggli/Weissenberger, Strafverteidigung, Rz. 4.100). Ob ein Zivilurteil berufungsfähig ist, hängt unter anderem vom Streitwert ab (vgl. Art. 225 ZPO/SG). Im st.gal lischen Adhäsionsverfahren verhält es sich nicht anders. Gemäss Art. 222 lit. c StP kann der Zivilkläger den Entscheid über die Zivilklage anfechten, wenn der Streit wert Fr. 5000.– übersteigt. Die Gesetzssystematik (Einordnung unter den «Allgemeinen Bestimmungen» [Art. 222 ff. StP]) spricht dafür, dass diese Streitwertgrenze

für alle Rechtsmittel und für alle Kläger – mithin auch für Opfer – gilt. Nichts anderes ergibt sich aus dem Opferhilfegesetz. Zwar bezweckt Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG vor allem, dem Opfer ein Rechtsmittel im Strafpunkt zu verschaffen, soweit es zur Durchsetzung und Wahrung seiner Rechte als Zivilkläger aufgrund der besonderen Opferstellung als notwendig erscheint. Dies war ihm zuvor nach vielen kantonalen Prozessordnungen, so auch der st.gallischen, verwehrt. Das Bundesrecht garantiert dem Opfer indessen nicht ein streitwertunabhängiges Rechtsmittel im Zivilpunkt, denn dies hätte im Vergleich zu den übrigen Zivilklägern eine durch die Opferstellung sachlich nicht gerechtfertigte Besserstellung zur Folge. Der spezifischen Stellung als Opfer entspricht, dass ihm ein durchsetzbarer Anspruch auf adhäsionsweise Beurteilung seiner Zivilforderungen im Strafverfahren zusteht (Art. 9 OHG; Felix Bommer, *Offensive Verletztenrechte im Strafprozess*, Bern 2006, S. 151; Weishaupt, a. a. O., S. 233). Demgegenüber werden Zivilklagen von Klägern ohne Opfereigenschaft – mangels vergleichbarer gesetzlicher Vorschriften – in der Praxis häufig auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen, womit die dem Opfer eingeräumten Vorteile entfallen (Bommer, a. a. O., S. 35; Weishaupt, a. a. O., S. 220 und 233). Als sachgerecht kann sodann bezeichnet werden, dass die Streitwertgrenze für das Opfer zur Ergreifung eines Rechtsmittels im Zivilpunkt tiefer angesetzt ist als im gewöhnlichen Zivilprozess (Fr. 5000.– statt Fr. 8000.–, vgl. Art. 225 ZPO/SG). Bei einem streitwertunabhängigen Rechtsmittelanspruch könnte das Opfer demgegenüber die erstinstanzliche Abweisung einer Klage selbst für einen Kleinbetrag von der Rechtsmittelinstanz überprüfen lassen. Eine solche Ausweitung des Rechtsschutzes wäre nun aber unverhältnismässig, da sie nicht mehr der Absicht des Gesetzgebers entspräche, Opferqualität grundsätzlich nur denjenigen zukommen zu lassen, die in ihrer psychischen, physischen oder sexuellen Intensität nicht unerheblich beeinträchtigt wurden. Die Auffassung von Steiger-Sackmann (OHG-Kommentar, Art. 8 N 31), wonach die Adhäsionsklage nicht von einem Streitwert abhängig gemacht werden dürfe, kann sich vernünftigerweise nur auf die Geltendmachung von Zivilforderungen vor dem erstinstanzlichen Strafgericht beziehen und nicht auch für allfällige einschränkende Zulassungsbestimmungen im Rechtsmittelverfahren, was sich auch aus der Botschaft zum OHG ergibt (BBI 1990 II 986).

c) Der Kläger beantragt im Berufungsverfahren die Zusprechung einer Genugtuung von Fr. 500.–. Der Streitwert liegt demnach unter der Grenze von Art. 222 lit. c StP, weshalb auf die Berufung im Zivilpunkt nicht einzutreten ist.

3. Im Hauptstandpunkt beantragt der Kläger die Rückweisung der Angelegenheit in die Untersuchung. Folglich ficht er auch den Strafpunkt des erstinstanzlichen Urteils an.

Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG garantiert dem Opfer ein Anfechtungsrecht im Strafpunkt nur im Zusammenhang mit der Beurteilung seiner Zivilansprüche. Das OHG anerkennt kein unabhängiges, opferseitiges Strafverfolgungsinteresse; der reine Wunsch eines Opfers nach Rache und Bestrafung reicht für eine Rechtsmittellegitimation nicht aus (BGE 127 IV 187; BGE 123 IV 188; Bommer, a. a. O., S. 155 f. mit weiteren

Hinweisen). Nach dem oben Gesagten ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz die Genugtuungsforderung des Klägers – mangels Anfechtungsmöglichkeit – rechtskräftig abgewiesen hat. Unter diesen Umständen hätte ein Entscheid der Rechtsmittelinstanz zum vornherein keine Auswirkungen auf den Zivilpunkt, und es fehlt dem Kläger an der Beschwer im Strafpunkt. Auf die Berufung im Strafpunkt wäre aber auch noch aus einem anderen Grund nicht einzutreten: Das Opfer hat zumindest kurz darzulegen, inwiefern sich eine Änderung des erstinstanzlichen Entscheids auf seine Zivilforderungen auswirken kann (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. c. OHG; Oberholzer, a. a. O., N 1758; Steiger-Sackmann, a. a. O., Art. 8 N 96 und 106; zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde vgl. BGE 120 IV 58, 119 IV 339). Der Kläger bringt jedoch nirgends vor, worin ein solcher Zusammenhang zwischen dem Straf- und dem Zivilpunkt bestehen soll. Damit verletzt er seine Begründungspflicht, weshalb auf die Berufung im Strafpunkt auch aus diesem Grund nicht einzutreten ist.

IV. Rechtspflege

1. Gerichtsorganisation und -verfahren allgemein

75

Art. 38 Abs. 1 GerG (sGS 941.1); Art. 320 und 321 StGB (SR 311.0). Das Gesuch um Herausgabe eines medizinischen Gerichtsgutachtens berührt einerseits das Amtsgeheimnis und andererseits das Berufsgeheimnis. Die Kantonsgerichtspräsidentin ist zuständig zur Behandlung eines Gesuchs um Befreiung vom Amtsgeheimnis. Sie ist jedoch nicht zuständig, die Bewilligung zur Offenbarung des Berufsgeheimnisses zu erteilen.

Kantonsgericht, Präsidentin des Kantonsgerichts, 20. Januar 2006

Aus den Erwägungen:

Der Gesuchsteller ist im Auftrag des Gerichts als Gutachter tätig geworden. Er gilt damit als gerichtliche Hilfsperson (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 1 zu Art. 114 ZPO). Die Beziehung zwischen Gutachtern, Gericht und Parteien wird durch das Prozess- und Gerichtsorganisationsrecht geregelt. Das Gesuch betrifft einerseits die Herausgabe eines Gerichtsaktenstücks an eine dritte Behörde. Beantragt wird damit die *Befreiung vom Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB)*, welcher der Gesuchsteller als gerichtliche

Hilfsperson untersteht. Zur Behandlung solcher Gesuche ist die Kantonsgerichtspräsidentin zuständig (Art. 38 Abs. 1 GerG). Für die Bewilligung wird vorausgesetzt, dass das Interesse an der Herausgabe grösser ist als das Interesse der Verfahrensbeteiligten an der Wahrung des Amtsgeheimnisses. Diese Voraussetzung ist hier gegeben. Um sich gegen den Vorwurf der üblen Nachrede (Art. 173 StGB) verteidigen zu können, muss dem Gesuchsteller gestattet werden darzulegen, welche Äusserungen er im Gutachten gemacht hat. Der Beklagte selber hat offenbar nicht das gesamte Gutachten eingereicht. Der Abänderungsbeklagte andererseits hat, nachdem er das Ehrverletzungsverfahren gegen den Gutachter eingeleitet hat, kein schützenswertes Interesse, dass das Gutachten dort nicht eingereicht wird. Auch das Interesse der Klägerin im Abänderungsprozess an der Wahrung des Amtsgeheimnisses muss aber in einem solchen Fall zurückstehen (zur Rechtsgüterabwägung in einem solchen Fall im Rahmen des Berufsgeheimnisses vgl. ZR 86 [1987], Nr. 18). Die Bewilligung nach Art. 38 Abs. 1 GerG wird daher erteilt.

Überdies berührt die Einreichung des Gutachtens aber auch das *Berufsgeheimnis* (Art. 321 StGB), da der Gesuchsteller damit geheimzuhaltende Tatsachen von A. B. und C. D., die ihm infolge seines Berufs als Arzt anvertraut wurden beziehungsweise die er in dessen Ausübung wahrgenommen hat, gegenüber Dritten offen legt. Der Gesuchsteller kann durch Bewilligung «der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde» von der Einhaltung des Berufsgeheimnisses befreit werden (Art. 321 Abs. 2 StGB). Die Kantonsgerichtspräsidentin ist jedoch *nicht zuständig* zur Erteilung dieser Bewilligung, da sie nicht Aufsichtsbehörde in diesem Sinn ist. Gemäss Art. 321 Abs. 2 StGB können sodann auch die Berechtigten den Gesuchsteller von der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses entbinden.

2. Verwaltungsrechtspflege

76

Art. 7 Abs. 2 VRP (sGS 951.1); Art. 29 Abs. 1 BV (SR 101). Wirkt ein Regierungsmitglied, das an einer Streitsache bereits als Mitglied der Vorinstanz beteiligt war, im Rekursverfahren beratend mit, verstösst dies nicht gegen den verfassungsrechtlichen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung durch eine Verwaltungsbehörde. Dieser Anspruch wird allerdings verletzt, wenn bei der Instruktion des Rekursentscheides das befangene Departement bzw. dessen Rechtsdienst mitwirkt.

Verwaltungsgericht, 12. April 2006

Aus den Erwägungen:

2. a) Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, die Vorinstanz erfülle die Anforderungen an ein unabhängiges Gericht nicht. Insbesondere habe sie die Ausstandsregel von Art. 7 VRP nicht berücksichtigt. In seiner Rekursbegründung habe er ausdrücklich beantragt, der Vorsteher des Erziehungsdepartements habe sowohl bei der Beratung als auch bei der Beschlussfassung in den Ausstand zu treten. Der Geltungsbereich der Ausstandspflicht erstreckte sich grundsätzlich auf das ganze Verfahren, d. h. auf die Entscheidvorbereitung, die Teilnahme am Beweisverfahren, die Beratung und den eigentlichen Entscheidungsakt. Vorliegend sei hingegen davon auszugehen, dass sich der Vorsteher des Erziehungsdepartements an der Diskussion beteiligt und somit die Regierungsmitglieder in ihrer Entscheidungsfindung beeinflusst habe. Ausserdem sei klar erkennbar, dass sich die Vorinstanz von Umständen ausserhalb des Prozesses habe leiten lassen. So sei offensichtlich, dass sie Rücksicht auf die politische Stellung des Anzeigers, Kantonsrat Z., genommen habe, um sich ein allfälliges politisches Gewitter vom Halse zu halten. Die Vorinstanz als Behörde und auch die einzelnen Regierungsmitglieder hätten alle wichtige Geschäfte, bei denen sie auf das Wohlwollen des Kantonsrates angewiesen seien. Weil die Vorinstanz deshalb in ihrem Entscheid politisches Kalkül über Recht gestellt habe, vermöge sie den Anforderungen an ein unabhängiges und unparteiliches Gericht im Sinne der EMRK sowie Art. 30 Abs. 1 BV nicht zu genügen und hätte in corpore in den Ausstand treten müssen. Schliesslich habe sich der Rechtsdienst des Volkswirtschaftsdepartements mit dem Rechtsdienst des Erziehungsdepartements hinsichtlich des im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Eventualantrags, es sei dem Beschwerdeführer zu bewilligen, seine Ämter bis zum 31. Dezember 2006 ausüben zu dürfen, abgesprochen. Diese Absprache sei eine klare Verletzung des Grundsatzes von Art. 30 Abs. 1 BV. In diesem Zusammenhang sei zudem der Anspruch des Beschwerdeführers auf Akteneinsicht nach Art. 29 Abs. 2 BV verletzt, indem ihm im Rekursverfahren in die Aktennotiz des Volkswirt-

schafts- und Erziehungsdepartements betreffend die Absprache keine Akteneinsicht gewährt worden sei.

b) Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei der Vorinstanz als Exekutivbehörde entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht um ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK resp. Art. 30 Abs. 1 BV handelt, auch wenn der Regierung in bestimmten Bereichen die Kompetenz zur Rechtsprechung zukommt. Ein Gericht im Sinne der EMRK resp. der Bundesverfassung ist eine zur Rechtsprechung zuständige, von der Exekutive und der Legislative unabhängige, unparteiische und unbefangene, nur dem Recht verpflichtete Behörde (vgl. Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, N 122 zu Art. 6 EMRK; R. Hotz, St.Galler Kommentar zur BV, Zürich 2002, N 9 zu Art. 30 BV). Demgegenüber ist die Regierung Teil der Verwaltung und steht der Exekutive als oberstes Organ vor (BGE 122 I 256). Somit richtet sich vorliegend die Beurteilung allfälliger Ausstandsgründe nach Art. 7 VRP und Art. 29 Abs. 1 BV und nicht nach Art. 30 Abs. 1 BV. Dem Einwand des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe aus Rücksicht auf die Person des Anzeigers die Anforderungen an ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nicht erfüllt, fehlt es somit zum vornherein an einer rechtlichen Grundlage.

c) Die Umschreibung der Voraussetzungen, unter denen ein Behördemitglied in den Ausstand zu treten hat oder abgelehnt werden kann, ist vorab Sache des kantonalen Verfahrensrechts, wobei bundesrechtliche Mindestgarantien bestehen. So hat gemäss Art. 29 Abs. 1 BV jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Darin enthalten ist der allgemeine Anspruch auf eine unabhängige und unparteiische Rechtsprechung durch eine ordnungsgemäss zusammengesetzte Rechtspflegeinstanz (Hotz, a. a. O., N 13 und 40 f. zu Art. 29 BV, mit weiteren Hinweisen). Daraus folgt eine allgemeine Ausstandspflicht für Behördemitglieder oder Beamte, welche ein persönliches Interesse an dem zu behandelnden Geschäft haben, mit einem Verfahrensbeteiligten nahe verwandt sind oder für die sich aus anderen Umständen eine Befangenheit ergibt (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 175). Gegen Art. 29 Abs. 1 BV wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Allgemeinen nicht verstossen, wenn bei der Behandlung einer Beschwerde im Gesamtregierungsrat der Vorsteher der Direktion mitwirkt, deren Entscheidung angefochten ist (BGE 5P.284/2000 vom 8. September 2000, Erw. 4; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 250 f.; kritisch: Hotz, a. a. O., N 41 zu Art. 29 BV mit weiteren Hinweisen; kritisch: B. Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich 2002, S. 163 ff.).

aa) Art. 7 Abs. 2 VRP schreibt vor, dass Behördemitglieder, die in einer Streit-sache bereits bei einer Vorinstanz mitgewirkt haben, nicht stimmberechtigt sind. Eine beratende Mitwirkung ist dagegen – entsprechend dem Wortlaut – nicht ausgeschlossen. Folglich ist es gestützt auf das kantonale Recht zulässig, dass ein Regierungsmitglied in einem Rechtsmittelverfahren gegen einen Entscheid, den es

als Vorsteher seines Departements gefällt hat, beratend mitwirkt. Diese Regelung erweist sich im Lichte der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung als verfassungskonform (a.M. Schindler, a. a. O., S. 168, der die beratende Mitwirkung für verfassungswidrig erachtet, wenn das Regierungsratsmitglied am Zustandekommen des zu beurteilenden Entscheids tatsächlich mitgewirkt hat).

bb) Gemäss Art. 25 Abs. 1 StVG bezeichnet die Regierung für jedes Departement ein stellvertretendes Departement, welches handelt, wenn das zuständige Departement oder sein Vorsteher befangen erscheint. Dementsprechend wurde die Verfahrensinstruktion des Rekursverfahrens im vorliegenden Fall nicht vom verfügenden Erziehungsdepartement, sondern vom stellvertretenden Volkswirtschaftsdepartement wahrgenommen. Damit wäre den Anforderungen, die das Bundesgericht an die Unbefangenheit stellt, an sich Genüge getan worden. Indes ergibt sich aus den Akten, dass der Leiter des Rechtsdienstes des Volkswirtschaftsdepartements den Entscheidentwurf vorgängig zur informellen Stellungnahme durch E-Mail an den Vorsteher des Dienstes für Recht und Personal des Erziehungsdepartements weitergeleitet hat. Zu diesem Vorgehen macht die Vorinstanz in der Vernehmlassung im Wesentlichen geltend, der Vorsteher des Erziehungsdepartements hätte den Entscheidentwurf ohnehin vor der Regierungssitzung zusammen mit den übrigen Sitzungsunterlagen bekommen. Die Vorinformation des Erziehungsdepartements verstosse nicht gegen die Ausstandsregeln, zumal sich selbst dann, wenn eine solche Vorinformation nicht zulässig wäre, für den Rekurrenten nichts ändern würde; der Vorsteher des beklagten Departements würde dann einfach den Entscheidentwurf seinem Rechtsdienst weiterleiten und seine Einwände gegen den Entscheidentwurf an der Regierungssitzung selbst vorbringen.

Die Vorinstanz verkennt bei ihrer Argumentation, dass im letzteren Fall das verfügende Erziehungsdepartement keinen Einfluss mehr auf den Entscheidentwurf, wie er der Regierung vorgelegt wird, nehmen könnte. Räumt das Volkswirtschaftsdepartement hingegen dem Erziehungsdepartement bereits vor der Zustellung des Entscheidentwurfs an die Regierung die Möglichkeit zur informellen Stellungnahme ein, erweist sich bereits das Zustandekommen dieses Entwurfes als mangelhaft, weil das verfügende Departement bereits vorgängig Einfluss nehmen kann. Diese Vorgehensweise verstösst gegen Art. 25 Abs. 1 StVG. Die Delegation der Verfahrensinstruktion eines befangenen Departements an dessen Stellvertreter im Hinblick auf die Gewährleistung der Unabhängigkeit verwaltungsinterner Rechtspflegeinstanzen verkommt zur Bedeutungslosigkeit, wenn das stellvertretende Departement mit dem verfügenden Departement vor der Beschlussfassung durch die Regierung zusammenarbeitet. Auch widerspricht diese Vorgehensweise dem Grundsatz eines gerechten und transparenten Verfahrens gemäss Art. 29 Abs. 1 BV. Daran vermag – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – auch die Tatsache nichts zu ändern, dass im vorliegenden Fall das Volkswirtschaftsdepartement die Vorbringen des Erziehungsdepartements anlässlich der informellen Stellungnahme im Entscheidentwurf nicht berücksichtigt hat. Der Anspruch auf Einhaltung der Ausstandsformen ist formeller

Natur, d. h. es spielt keine Rolle, ob sich der Fehler auf den getroffenen Entscheid ausgewirkt hat (Schindler, a. a. O., S. 214 f. mit weiteren Hinweisen).

cc) Die Nichtbeachtung der Ausstandspflicht stellt in der Regel eine schwerwiegende Verletzung von Verfahrensvorschriften dar und führt deshalb, ungeachtet der materiellen Interessenlage, grundsätzlich zur Aufhebung des mangelhaften Entscheids. Etwas anderes gilt allenfalls dann, wenn der Verfahrensverstoss geringes Gewicht hat und der Rechtsmittelbehörde die gleiche Prüfungsbefugnis zusteht wie der Vorinstanz (vgl. VerwGE vom 4. Juni/9. Juli 2002 i. S. Politische Gemeinde A. mit weiteren Hinweisen; vgl. Schindler, a. a. O., S. 215).

Im vorliegenden Fall fällt in Betracht, dass das Erziehungsdepartement in das Rekursverfahren involviert wurde, dass aber das Volkswirtschaftsdepartement die Streitsache vor der Regierung vertrat. Hinzu kommt, dass der Verwaltung bei den vorliegend zu beurteilenden Rechtsfragen kein wesentlicher Ermessensspielraum zukommt und das Verwaltungsgericht sowohl Rechtsfragen als auch die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz frei überprüft (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 586 ff.). Da dem Beschwerdeführer ausserdem das interne Schreiben betreffend die informelle Stellungnahme zum Entscheidentwurf des Volkswirtschaftsdepartements im Beschwerdeverfahren zur Einsicht und Stellungnahme zugestellt wurde, wird der Verfahrensmangel im Beschwerdeverfahren geheilt. Indes zieht die Heilung des Verfahrensfehlers im Beschwerdeverfahren Kostenfolgen nach sich (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St.Gallen 2004, S. 90). Ob die Verletzung der Stellvertreterregelung als Ausstandsvorschrift in anderen Fällen zu einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen müsste, kann offen bleiben.

77

Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Im öffentlichen Beschaffungsrecht hängt die Befugnis zur Beschwerde gegen eine Ausschreibung davon ab, dass der Interessent einen Auftrag der betreffenden Art übernehmen kann und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht.

Verwaltungsgericht, 9. Mai 2006

Im Amtsblatt des Kantons St.Gallen wurden die Reinigungsdienstleistungen an einem Spital öffentlich ausgeschrieben. G. erhob gegen die Ausschreibung Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Ausschreibung und die Verlängerung der Dauer der ausgeschrieben Arbeiten von einem Jahr auf drei Jahre. Das Verwaltungsgericht ist auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

1. a) Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 lit. a und Art. 5 Abs. 2 EGVöB). Eine Ausschreibung kann gestützt auf Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB mit Beschwerde angefochten werden. Im Folgenden ist die Legitimation des Beschwerdeführers zur Anfechtung der Ausschreibung zu prüfen.

b) Die anwendbaren Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung vergaberechtlicher Verfügungen. Folglich richtet sich die Berechtigung zur Beschwerdeerhebung gegen die Ausschreibung nach Art. 45 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 64 Abs. 1 VRP. Zur Beschwerde ist demnach befugt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut.

c) Mit dem Erfordernis des «eigenen» Interesses wird zum Ausdruck gebracht, dass der Zweck der Verwaltungsrechtspflege auch nach der heutigen Rechtslage vorab dem Schutz des einzelnen Bürgers dient. Gegen behördliches Handeln soll daher grundsätzlich nur einschreiten können, wer selbst davon betroffen ist (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 387). Das zweite Element besteht in der «Schutzwürdigkeit» des oder der geltend gemachten Interessen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Rechtsmittelbefugnis nicht nur dann zu bejahen, wenn der Betroffene rechtlich geschützte Interessen geltend macht, sondern auch dann, wenn eine Verfügung oder ein Entscheid ihn in seiner tatsächlichen Interessensstellung mehr berührt als irgendeinen Dritten oder die Allgemeinheit. Dabei darf die Beeinträchtigung der Interessenlage nicht nur subjektiv empfunden werden, sondern muss insofern objektivierbar sein, als der Beschwerdeführer stärker als irgendwer berührt sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen muss. Das schutzwürdige Interesse liegt im «praktischen Nutzen» bzw. in «handfesten Belangen», den ein erfolgreich geführtes Rechtsmittel dem Betroffenen in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation einträgt, bzw. in der Abwendung materieller, ideeller oder sonstiger Nachteile, den ein Bestand der angefochtenen Verfügung oder des Entscheids mit sich bringen würde. Diese Anforderungen sollen die verpönte Popularbeschwerde ausschliessen (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 389 ff. mit weiteren Hinweisen).

d) Gestützt auf diese Grundsätze ist der in einem Vergabeverfahren abgewiesene Anbieter zur Anfechtung des Zuschlags legitimiert, wenn er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn er eine neue Ausschreibung des Submissionsverfahrens herbeiführen kann, so dass er die Möglichkeit erhält, ein neues Angebot einzureichen. Ist sein Angebot dagegen chancenlos und kommt auch keine neue Ausschreibung in Frage, kann ihm die Aufhebung des angefochtenen Entscheids keinen Vorteil verschaffen und ist er demzufolge nicht zu dessen Anfechtung legitimiert.

e) Vorliegend ist darüber zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein Interessent, der noch kein Angebot einreichen konnte, zur Anfechtung einer verga-

berechtigten Verfügung legitimiert ist. Wendet sich ein Interessent gegen die Ausschreibung, so erfüllt er grundsätzlich dieselben Legitimationsvoraussetzungen, welche auch für abgewiesene Anbieter gelten; er kann bei Gutheissung der Beschwerde eine neue Ausschreibung der Vergabe herbeiführen, die unter anderen Bedingungen zu erfolgen hat. Seine Beschwerdebefugnis hängt in diesem Fall davon ab, ob er in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht. Wesentlich ist mithin, dass der Beschwerdeführer überhaupt zum Kreis der potentiellen Anbieter gerechnet werden kann. Nur dann ist er in seinen eigenen Rechten hinreichend betroffen; würde die Legitimation weiter gefasst, so käme das Verfahren einer unzulässigen Popularbeschwerde gleich (vgl. Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 644; BGE 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 1b betreffend die Rüge, ein öffentlicher Auftrag werde zu Unrecht ohne das vorgeschriebene Verfahren vergeben; vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich, VB 2001.00116 E. 2c betreffend die Rüge, dass zu Unrecht auf die öffentliche Ausschreibung eines Auftrags verzichtet worden sei).

f) In der Beschwerdeeingabe hat der Beschwerdeführer seine Legitimation damit begründet, dass er sich «generell in der Erbringung von Dienstleistungen im Gesundheitsbereich» betätige und an der angefochtenen Ausschreibung teilnehmen möchte. Nachdem ihn der Präsident des Verwaltungsgerichts aufgefordert hatte, in der Replik insbesondere zur Frage der Rechtsmittelberechtigung Stellung zu nehmen, führt er in der Eingabe aus, er berate nicht nur eine Auftraggeberin, die sich seit mehreren Jahren mit Spitalreinigungen befasse, sondern bewerbe sich auch in eigener Sache für die ausgeschriebenen Dienstleistungen. Wegen seiner bislang ausgeübten Tätigkeiten im Gesundheitswesen wie auch in der Unternehmensberatung verfüge er über Fachwissen, das es ihm selbst und der beratenen Auftraggeberin erlaube, als valable Anbieter im laufenden Ausschreibungsverfahren aufzutreten. Weil er Nachteile im Vergabeverfahren befürchte, beantrage er, dass die Auftraggeberin entweder anonym bleiben könne oder eventuell nur dem Gericht oder nur einer dritten Person bekannt werden solle.

g) Wie bereits der Präsident in der Verfügung vom 23. März 2006 festgehalten hat, enthalten weder der Handelsregisterauszug über die Einzelfirma des Beschwerdeführers noch die Angaben auf seiner Homepage Anhaltspunkte auf die Erbringung von Dienstleistungen, wie sie Gegenstand der umstrittenen Ausschreibung sind. Auch der Hinweis in der Replik, wonach der Beschwerdeführer aufgrund seiner «bislang ausgeübten Tätigkeiten im Gesundheitswesen» über das erforderliche Fachwissen verfüge, hilft nicht weiter. Mit dem unspezifischen Hinweis auf «Fachwissen im Gesundheitswesen» hat der Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend dargetan, dass er in der Lage ist, einen Auftrag zu übernehmen, wie er Gegenstand der umstrittenen Ausschreibung ist. Insbesondere legt er in keiner Weise dar, wie er die in den Ausschreibungsunterlagen explizit aufgeführten Eignungskriterien zu erfüllen gedenkt. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer entsprechend den An-

gaben der Vorinstanz selbst nie um die Zustellung der Ausschreibungsunterlagen ersucht hat. Vor diesem Hintergrund ist nicht glaubhaft gemacht, dass der Beschwerdeführer zum Kreis der potentiellen Anbieter gerechnet werden kann. Mangels Rechtsschutzinteresse ist der Beschwerdeführer zur Beschwerdeerhebung folglich nicht legitimiert.

h) Bezüglich des in der Replik geltend gemachten Auftragsverhältnisses fällt in Betracht, dass der Beschwerdeführer in der Eingabe vom 14. März 2006 ausdrücklich und ausschliesslich in eigenem Namen Beschwerde erhoben hat. Das behauptete Auftragsverhältnis ist deshalb vorliegend zum vornherein unerheblich, da sich das zu fällende Urteil ausschliesslich auf den Beschwerdeführer beziehen kann. Auf den Antrag, die Auftraggeberin möchte anonym bleiben, ist deshalb nicht weiter einzugehen; lediglich der guten Ordnung sei festgehalten, dass Rechtsmittel nicht anonym erhoben werden können.

i) Aus dem Gesagten folgt, dass auf die Beschwerde mangels Legitimation des Beschwerdeführers nicht eingetreten werden kann.

78

Art. 59bis Abs. 2 lit. a Ziff. 1 VRP (sGS 951.1). Die aufsichtsrechtliche Anweisung an eine Gemeinde, eine rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung zu vollziehen, kann von dem zur Wiederherstellung verpflichteten Grundeigentümer nicht angefochten werden. In Angelegenheiten der Staatsaufsicht ist die Beschwerde nicht zulässig, wenn nicht eine Verletzung der Gemeindeautonomie geltend gemacht wird.

Verwaltungsgericht, 30. November 2006

Die A. AG ist Eigentümerin eines Grundstücks in der Landwirtschaftszone, auf dem ein Werkplatz und ein Materiallager betrieben wird. Mit rechtskräftiger Verfügung des Amts für Raumentwicklung wurde festgestellt, dass auf dem Grundstück ein unbewilligter und nicht bewilligungsfähiger Lager- und Werkplatz betrieben wird, und die A. AG aufgefordert, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen. In der Folge ersuchte der Betreiber des Werkplatzes den Gemeinderat, das Grundstück der Gewerbezone zuzuteilen. Hierauf forderte B., Eigentümer eines benachbarten Grundstücks, den Gemeinderat auf, den Werkplatz räumen zu lassen. Der Gemeinderat teilte B. mit, es sei klar, dass die Nutzung zonenwidrig sei. B. werde orientiert, wenn eine Lösung des Problems absehbar sei. B. erhob Rechtsverweigerungsbeschwerde. Das Baudepartement trat auf diese wegen Verspätung nicht ein, wies aber den Gemeinderat aufsichtsrechtlich an, die rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung innert einer Frist von einem Monat ab Rechtskraft des Ent-

scheids zu vollziehen bzw. die angedrohte Ersatzvornahme zu verfügen. Die A. AG erhob dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses ist auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

a) Nach Art. 59bis Abs. 2 lit. a Ziff. 1 VRP ist die Beschwerde in Angelegenheiten der Staatsaufsicht unzulässig, wenn nicht eine Verletzung der Autonomie geltend gemacht wird. Eine solche Rüge wird in der Beschwerde nicht erhoben. Dazu wäre denn auch grundsätzlich nur der Gemeinderat befugt. Dieser hat aber den Entscheid des Baudepartements nicht angefochten. Das Verwaltungsgericht ist nicht Aufsichtsorgan des Baudepartements, weshalb im Übrigen auch eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen das Baudepartement an das Verwaltungsgericht nicht zulässig wäre (Art. 89 Abs. 2 VRP). Damit erweist sich die Beschwerde gegen den Beschluss des Baudepartements, wonach die Rechtsverweigerungsbeschwerde als aufsichtsrechtliche Anzeige entgegengenommen und dieser Folge geleistet werde, als unzulässig, ebenso ist die Beschwerde gegen die aufsichtsrechtlichen Anordnungen als solche unzulässig. Dies entspricht der konstanten Praxis des Verwaltungsgerichts (vgl. B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Fn. 145 zu Rz. 991 mit Hinweis auf GVP 1998 Nr. 8, GVP 2002 Nr. 73).

b) Die Beschwerdeführerin begründet ihre Legitimation damit, dass sie an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung bzw. des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse habe. Zutreffend ist, dass die Beschwerdeführerin vom Beschluss des Baudepartements berührt ist. Allerdings handelt es sich beim Entscheid des Baudepartements bzw. bei der aufsichtsrechtlichen Anordnung nicht um eine Verfügung bzw. um einen Entscheid im Sinn von Art. 59bis Abs. 1 VRP. Als Verfügung wird ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt verstanden, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. statt vieler Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 550 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall enthalten Ziff. 2, 3 und 4 keine solchen verbindlichen Anordnungen gegenüber der Beschwerdeführerin. Verbindlich sind die Anordnungen ausschliesslich für den Gemeinderat, der angewiesen wird, die rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung innert einer Frist von einem Monat ab Rechtskraft des Entscheids zu vollziehen bzw. die angedrohte Ersatzvornahme zu verfügen und das Bewilligungsverfahren bezüglich des Gebäudes Assek.-Nr. xxx einzuleiten. Diese Anordnung richtet sich ausschliesslich an die Gemeinde. Die Beschwerdeführerin hatte die Möglichkeit, die Wiederherstellungsverfügung des Gemeinderates mit dem ordentlichen Rechtsmittel, wie es in der Rechtsmittelbelehrung vermerkt war, anzufechten. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, diese Verfügung sei nichtig, ist unbegründet. Die Ausführungen des Gemeinderates, wonach er sich um die Suche nach einer bewilligungsfähigen Lösung bemühe, bedeuten nicht, dass eine solche Lösung auf der bestehenden tatsächlichen und

rechtlichen Grundlage möglich war. Der Hinweis auf die Einreichung eines Baugesuchs in Ziff. 4 der Verfügung des Gemeinderates steht auch nicht im Widerspruch zur Annahme einer Bewilligungspflicht. Vor dem Vollzug der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands musste den Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt werden, ein Bewilligungsverfahren anhängig zu machen. Im Übrigen ist die Rüge der inhaltlichen Unbestimmtheit kein Nichtigkeitsgrund; solche Einwendungen hätten im ordentlichen Rechtsmittel gegen die Verfügung vorgebracht werden können.

Wenn der Gemeinderat die Anweisung des Baudepartements befolgt und die rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung vollzieht, hat die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, die Vollzugsanordnungen mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln anzufechten. Gegen eine aufsichtsrechtliche Anordnung, mit der eine Gemeinde dazu verpflichtet wird, gegenüber einem Privaten eine Verfügung zu erlassen, ist aber wie erwähnt kein Rechtsmittel des künftigen Verfügungsadressaten gegeben. Dieser kann ein Rechtsmittel erst ergreifen, wenn ihm die Verfügung bzw. die Vollstreckungsverfügung eröffnet wird.

3. Zivilrechtspflege

79

Art. 7 lit. b, Art. 15 lit. d, Art. 72, 77 Abs. 1 und Art. 84 ZPO (sGS 961.2); Art. 2 der Verordnung über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs (SR 944.8). Eine nach mündlicher Verhandlung erfolgte inhaltliche Ergänzung eines Massnahmege- suchs stellt, da der Schriftenwechsel nach Eingang von Gesuch und Gesuchsantwort sowie nach Durchführung der Verhandlung als abgeschlossen zu betrachten ist, eine unzulässige Klageänderung dar. Eine Entgegennahme der Ergänzung des Massnahmebegehrens als – ein in einem separaten Verfahren zu behandelndes – neues Gesuch fällt ausser Betracht, da der Präsident der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts zur Beurteilung von Streitigkeiten im Bereich des unlauteren Wettbewerbs nicht zuständig ist. Erlass eines Teilentscheids (Nichteintreten) und Überweisung der Streitsache auf Antrag der Gesuchstellerin an das Handelsgericht.

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 9. Oktober 2006

Am 14. März 2006 reichte die Gesuchstellerin beim Kantonsgericht Klage wegen Urheberrechtsverletzung ein, in deren Rahmen sie auch um Anordnung vorsorg-

licher Massnahmen ersuchte. Am 13. Juli 2006 fand die Verhandlung vor dem Präsidenten der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts statt. Am 25. Juli 2006 wurde der Beschluss gefasst, bezüglich der Frage, ob die Excelmakros des Messprogramms der Gesuchstellerin ein urheberrechtlich geschütztes Werk im Sinne von Art. 2 Abs. 3 URG darstellen, ein Kurzgutachten einzuholen.

Mit Eingabe vom 31. August 2006 ersuchte die Gesuchstellerin gestützt auf das UWG ferner um Anordnung eines superprovisorischen Verbots im bereits hängigen Verfahren, mit dem Inhalt, der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung von Haft oder Busse nach Art. 292 StGB im Zuwiderhandlungsfalle zu verbieten, Dritten gegenüber mündlich oder schriftlich mitzuteilen, dass sie mit der Gesuchstellerin zusammenarbeite und dieselben Produkte wie die Gesuchstellerin verwende.

Aus den Erwägungen:

II. 2. Das von der Gesuchstellerin mit Eingabe vom 31. August 2006 geltend gemachte Begehren stellt inhaltlich eine Ergänzung des Rechtsbegehrens des früheren Massnahmegesuchs dar und ist demzufolge als Klageänderung im Sinne von Art. 72 ZPO zu qualifizieren (vgl. den Ingress von Art. 72 ZPO). Gemäss der in Art. 72 ZPO enthaltenen Regelung, welche auf das Summarverfahren sachgemäss anzuwenden ist (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 10a zu Art. 72 ZPO), ist eine Klageänderung nur unter den dort genannten – kumulativ geforderten (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 4 zu Art. 72 ZPO) – Voraussetzungen zulässig und grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Schriftenwechsel beendet ist (Art. 72 Abs. 2 ZPO).

3. Im hängigen Verfahren ist der Schriftenwechsel – nach Eingang von Gesuch und Gesuchsantwort sowie nach Durchführung der Verhandlung – abgeschlossen. Eine Ergänzung des Rechtsbegehrens ist daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr möglich. Die Prüfung der weiteren in Art. 72 lit. a bis d ZPO genannten Voraussetzungen kann damit unterbleiben. Daran ändert nichts, dass – wie die Gesuchstellerin geltend macht – aus Gründen der Verfahrenseffizienz die gemeinsame Beurteilung der verschiedenen Begehren allenfalls wünschbar erschiene. Die dafür gesetzlich geforderten Kriterien sind eindeutig nicht erfüllt.

4. Zu prüfen bleibt, ob das mit Eingabe vom 31. August 2006 gestellte Begehren als – ein in einem separaten Verfahren zu behandelndes – neues Gesuch entgegengenommen werden kann. Dies würde indessen die Zuständigkeit des Kantonsgerichts zu seiner Beurteilung voraussetzen. Diese ist jedoch, weil sich der Anspruch – wie die Gesuchstellerin (zunächst) selbst ausführte bzw. Gegenteiliges aus der Begründung auch nicht ersichtlich ist – ausschliesslich auf das UWG stützt, nicht gegeben. Zur Beurteilung von Streitigkeiten im Bereich des unlauteren Wettbewerbs ist entweder das Handelsgericht (über der Streitwertgrenze von Fr. 20 000.–: vgl. Art. 15 lit. d ZPO i.V. m. Art. 2 der Verordnung über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs [SR 944.8]) oder der Kreisgerichtspräsident (vgl. Art. 7 lit. b ZPO) zuständig. Die Gesuchstellerin führte auf entsprechende Nachfrage des Präsidenten der III. Zivilkammer aus, dass

der Schaden und damit der Streitwert über Fr. 20 000.– liege und stellte für den Fall, dass sich das Kantonsgericht als unzuständig erachte, den (Eventual-)Antrag auf Überweisung an das Handelsgericht. Bei der Zuständigkeit des Handelsgerichts nach Art. 15 lit. d ZPO handelt es sich um einen Fall ausschliesslicher Zuständigkeit, womit die Prorogation einer anderweitigen Zuständigkeit durch die Parteien von vornherein ausser Frage steht.

III. Der Entscheid über die Unzulässigkeit der Klageänderung bzw. die Unzuständigkeit der angerufenen Instanz erfolgt durch Nichteintreten auf das entsprechende Begehren und kann grundsätzlich sowohl im Rahmen eines Teil- als auch des Endentscheids ergehen, was sich vornehmlich nach prozessökonomischen Gesichtspunkten beurteilt (vgl. Art. 84 ZPO; im Übrigen vgl. auch T. Soliva, Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Zürich 1992, 115). Der Erlass eines Teilentscheids betreffend Nichteintreten auf eine Klageänderung wird in der Lehre beispielsweise befürwortet, wenn – wie vorliegend – betreffend den ursprünglich geltend gemachten Ansprüchen noch ein Beweisverfahren erforderlich ist (vgl. auch Soliva, a. a. O., 115). Die Ausfällung eines Teilentscheids erscheint somit vorliegend als sachgerecht.

IV. Nach Art. 77 Abs. 1 ZPO wird der Prozess auf Antrag des Klägers ohne Unterbrechung der Rechtshängigkeit dem vom Kläger nachträglich als zuständig bezeichneten Richter überwiesen, wenn der angerufene Richter unzuständig ist. Daraus folgt, dass der Kläger die Gelegenheit haben muss, einen Überweisungsantrag zu stellen, bevor sich ein Gericht als unzuständig erklärt (vgl. GVP 1994 Nr. 53; im Übrigen vgl. auch Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 3 zu Art. 77 ZPO, m.w.H.).

Vorliegend hat die Gesuchstellerin eventualiter die Überweisung ihres Begehrens vom 31. August 2006 an das Handelsgericht beantragt. Demgemäss ergeht ein entsprechender Überweisungsbeschluss.

80

Art. 7 lit. b und Art. 197 lit. a ZPO (sGS 961.2). Der Kreisgerichtspräsident und nicht der Handelsgerichtspräsident ist zuständig, raschen Rechtsschutz für die schnelle Handhabung klaren Rechts zu gewähren, sofern es sich nicht um Summarsachen in den Materien handelt, in denen das Handelsgericht nach Art. 15 ZPO ausschliesslich (zwingend) zuständig ist.

Handelsgerichtspräsident, 4. Dezember 2006

Aus den Erwägungen:

Die Gesuchstellerin stützt ihr Gesuch auf Art. 196 lit. b in Verbindung mit Art. 197 lit. a Satz 1 ZPO, wonach der Richter raschen Rechtsschutz für die schnelle Handhabung klaren Rechts gewährt. Aus den folgenden Gründen ist die Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten nicht gegeben und der Kreisgerichtspräsident zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs zuständig.

a) Gemäss Art. 7 lit. b ZPO entscheidet der Kreisgerichtspräsident im summarischen Verfahren, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt. Die einzelnen Zuständigkeiten des Kreisgerichtspräsidenten im summarischen Verfahren ergeben sich aus Art. 196 ff. ZPO sowie aus dem Anhang zur Zivilprozessverordnung (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 5 zu Art. 7 ZPO). Beim raschen Rechtsschutz gemäss Art. 197 ZPO wird das summarische Verfahren angewendet (Art. 196 lit. b ZPO).

b) Von der Summarzuständigkeit des Kreisgerichtspräsidenten nach Art. 7 lit. b ZPO besteht insbesondere die Ausnahme nach Art. 9 ZPO, wonach der Präsident des zuständigen Gerichts über vorsorgliche Massnahmen und die Sicherstellung von Beweisen entscheidet (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 6a zu Art. 7 ZPO). Der Handelsgerichtspräsident entscheidet neben den Fällen von Art. 9 ZPO über Summarsachen, die in den Bereich der besonderen Zuständigkeit des Handelsgerichts nach Art. 15 ZPO gehören (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 6c zu Art. 7 und N 2b zu Art. 9 ZPO). Die Praxis geht davon aus, dass der Handelsgerichtspräsident in den Materien, in denen das Handelsgericht nach Art. 15 ZPO ausschliesslich (zwingend) zuständig ist, generell zum Entscheid in Summarsachen zuständig ist. Mithin geht in diesen Gebieten die Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten der allgemeinen Summarzuständigkeit des Kreisgerichtspräsidenten vor (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 2a zu Art. 15 ZPO). Dabei handelt es sich um eine ungeschriebene Ausnahme von der allgemeinen Zuständigkeit des Kreisgerichtspräsidenten nach Art. 7 lit. b ZPO. In der Zusammenstellung der Gesetzesvorschriften betreffend «Handelsgesellschaften und Genossenschaft» (lit. c Ziff. 68 ff. Anhang zur ZPV) wird nicht unterschieden, ob es sich um vorsorgliche Massnahmen handelt oder um Summarsachen, über die der Handelsgerichtspräsident aufgrund der ausschliesslichen (zwingenden) Zuständigkeit des Handelsgerichts (Art. 15 ZPO) entscheidet (vgl. den

Hinweis in Fussnote 1 bei lit. c vor Ziff. 68 ff. ZPV auf die Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten). Zu den Letzteren gehören z. B. die Einsetzung einer Revisionsstelle nach Art. 727 f. OR (Ziff. 77bis ZPV), die Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697a OR (Ziff. 75bis ZPV) oder die Ernennung, Abberufung und Ersetzung eines Liquidators (Ziff. 74 ZPV), nicht aber der Entscheid über Eröffnung oder Aufschub des Konkurses nach Art. 725a OR (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 2 zu Art. 15 und N 6c zu Art. 7 ZPO).

c) Die Gesuchstellerin stützt sich neben der Bestimmung betreffend raschen Rechtsschutz (Art. 197 lit. a Satz 1 ZPO) sinngemäss auf Art. 14 ZPO, welche die allgemeine sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts regelt. Diese Bestimmung ist indessen nicht anwendbar, nachdem beim raschen Rechtsschutz nicht die Vorschriften über das ordentliche, sondern das summarische Verfahren gelten (Art. 196 lit. b ZPO). Eine Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten gestützt auf Art. 9 lit. a und b ZPO kommt nicht in Betracht, da es beim raschen Rechtsschutz insbesondere nicht um den Erlass von vorsorglichen Massnahmen geht. Der Entscheid betreffend schnelle Handhabung klaren Rechts steht grundsätzlich hinsichtlich der Rechtskraft demjenigen im ordentlichen Verfahren gleich (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 4 zu Art. 197 ZPO). Nachdem eine Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten insbesondere gestützt auf Art. 9 lit. a ZPO zu verneinen ist, hat der Kreisgerichtspräsident aufgrund der allgemeinen Zuständigkeit gemäss Art. 7 lit. b ZPO über den raschen Rechtsschutz zu entscheiden.

81

Art. 62 ZPO (sGS 961.2). Ist eine Nachlassstundung bewilligt worden, so führt allein dieser Umstand nicht zu einer Sistierung des Zivilprozesses.

Handelsgericht, 31. Oktober 2006

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 62 ZPO sistiert der Richter den Prozess, wenn das Gesetz es vorschreibt (lit. a) oder das Urteil von der Entscheidung in einem anderen Verfahren abhängt (lit. b). Zudem kann er gemäss Art. 62 Abs. 2 ZPO die Sistierung des Verfahrens anordnen, wenn es aus wichtigen Gründen angezeigt ist. Die Bestimmung von Art. 207 Abs. 1 SchKG, welche die Einstellung des Prozesses vorsieht, ist vorliegend nicht anwendbar, da über den Beklagten nicht der Konkurs eröffnet bzw. dieser wieder aufgehoben worden ist. In Art. 297 SchKG ist, wenn eine Nachlassstundung bewilligt wird, keine Sistierung von gerichtlichen Verfahren vorgesehen. Auf die Einleitung und Weiterführung gerichtlicher Schritte gegen den Schuldner,

insbesondere in Zivilprozessen, hat die Nachlassstundung keinen Einfluss (SchKG-Vollmar, Basler Kommentar, 1998, Art. 297 N 10; vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 2 zu Art. 62 ZPO).

Gemäss Art. 62 Abs. 2 ZPO kann der Richter zudem die Sistierung des Verfahrens aus wichtigen Gründen anordnen. Das Vorliegen solcher Gründe ist nicht leichthin anzunehmen. Vielmehr muss die Einstellung des Verfahrens im Interesse einer einfacheren Prozesserledigung geradezu geboten sein (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 4b zu Art. 62 ZPO; GVP 1990 Nr. 73). Dass Gründe im Sinne von Art. 62 Abs. 2 ZPO vorliegen, ist vom Beklagten in keiner Weise dargetan worden. Vorliegend besteht vielmehr ein berechtigtes Interesse der Klägerin an einer beförderlichen Prozesserledigung. Das Sistierungsgesuch ist deshalb abzuweisen.

82

Art. 63, 83 lit. a und c sowie Art. 199 ZPO (sGS 961.2). Bei einer vorsorglichen Beweiserhebung besteht kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse, wenn eine Veränderung des Zustandes durch die Gesuchstellerin nach Einreichung des Gesuchs herbeigeführt worden ist und dieser im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht mehr festgestellt werden kann.

Handelsgerichtspräsident, 14. August 2006

Aus den Erwägungen:

b) Wird eine vorsorgliche Beweiserhebung nach Art. 199 ZPO verlangt, so hat der Gesuchsteller eine Beweisgefährdung glaubhaft zu machen. Er hat mithin darzulegen, dass eine Verschiebung der Beweiserhebung diese wesentlich erschweren oder sogar verunmöglichen könnte. Es sind dabei keine zu hohen Anforderungen zu stellen, indem etwa eine vorsorgliche Beweiserhebung nicht deshalb abgelehnt werden kann, «weil eine Veränderung des Zustandes durch die gesuchstellende Partei selbst herbeigeführt und damit dessen spätere Erhebung verunmöglicht werden soll (z. B. ... dringende Reparatur einer Maschine)» (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 4 zu Art. 199 ZPO). Auf ein Gesuch betreffend vorsorgliche Beweiserhebung ist indessen nur einzutreten, wenn ein Rechtsschutzinteresse an der vorsorglichen Beweiserhebung besteht (Art. 63 ZPO). Dass ein Rechtsschutzinteresse vorliegt, ist eine Prozessvoraussetzung, die von Amtes wegen zu prüfen ist (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 1b und 3a zu Art. 79 ZPO). Fehlt das Rechtsschutzinteresse, ist auf das Begehren nicht einzutreten (Art. 83 lit. a ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 2 zu Art. 63

ZPO). Fällt es nachträglich dahin, ist der Prozess zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Art. 83 lit. c ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 5 zu Art. 83 ZPO). Ein persönliches und aktuelles Interesse einer Partei besteht, wenn diese einen Nutzen ziehen kann z. B. aus der materiellen Beurteilung eines Anspruchs oder der Durchführung einer Beweissicherung (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3 zu Art. 63 ZPO).

Vorliegend verlangt die Gesuchstellerin eine vorsorgliche Beweiserhebung über den Zustand ihrer Mühlenanlage, welche als Folge eines Vorfalles vom 9. Dezember 2005 Schaden erlitten habe. Sie reichte dabei einen von ihr erstellten Schadensbericht ein und hielt fest, dass der entsprechende Zustand der Anlage festzustellen sei. Damit ist festzuhalten, dass im Gesuch vom 13. Juli 2006 die Begutachtung der Mühlenanlage im Zustand, wie er im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs vorlag, verlangt wird. Die Gesuchstellerin hat nun nach Einreichung des Gesuchs selber die Mühlenanlage verändert, womit davon auszugehen ist, dass der Zustand der Mühlenanlage in dem Zeitpunkt, wie er bei Gesuchseinreichung vorlag, nicht mehr von einem Experten festgestellt werden kann. Wie bereits ausgeführt, hat die Gesuchstellerin am 28. Juli 2006 mit der Durchführung der ordentlichen Sommerrevision der Mühlenanlage begonnen, wobei der Rotor der Anlage geöffnet und mittels des dazu notwendigen Kranes demontiert worden war. Die ausgebauten Teile wurden gelagert und können grundsätzlich durch einen Sachverständigen als Einzelteile besichtigt werden. Nachdem der Zustand der Anlage seit der Einreichung des Gesuchs vom 13. Juli 2006 verändert worden ist, steht der Gesuchsgegnerin grundsätzlich der Einwand offen, durch die Veränderung der Mühlenanlage und insbesondere den Ausbau von Teilen sei diese zusätzlich beschädigt worden bzw. die ausgebauten Teile würden sich nicht mehr im Zustand, wie er bei Einleitung des Gesuchs bestand, befinden. Nachdem aber der Zustand der Mühlenanlage im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht mehr festgestellt werden kann, ist ein Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin an der vorliegenden Beweiserhebung nachträglich dahingefallen. Das Gesuch ist deshalb zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abzuschreiben.

Im Übrigen kann die Gesuchstellerin gestützt auf die Ausführungen in Leuenberger/Uffer-Tobler N 4 zu Art. 199 ZPO a.E. nicht einwenden, sie sei berechtigt gewesen, den Zustand der Anlage zu verändern, und sie könne dennoch ein Interesse an der Feststellung dieses veränderten Zustandes haben. Es ist zutreffend, dass es im Belieben der Gesuchstellerin liegt, den Gegenstand, über welchen sie die Durchführung einer vorsorglichen Beweiserhebung beabsichtigt, nachträglich zu verändern; sie hat jedoch dann die allfälligen Folgen der Beweislosigkeit in einem anschliessend eingereichten Prozess zu tragen. Die Gesuchstellerin hat im Übrigen auch nicht glaubhaft dargelegt, dass sie nach der Änderung der Situation, insbesondere durch den Ausbau des Rotors und dessen fachgerechte Lagerung, noch ein Rechtsschutzinteresse an einer vorsorglichen Beweiserhebung hat, nachdem die ausgebauten Teile auch später, d. h. insbesondere im Rahmen eines Hauptprozesses, begutachtet werden können und eine Fotodokumentation über

die Revisionsarbeiten besteht. Sofern sie aber dennoch über ein hinreichendes Interesse an einer vorsorglichen Beweiserhebung verfügen sollte, bleibt es ihr unbenommen, ein neues Gesuch einzureichen, in welchem es um die Feststellung des Zustandes der Anlage geht, wie er z. B. am 31. Juli 2006 oder nach Abschluss der Revisionsarbeiten bestand.

83

Art. 67, 68 und 134 Abs. 2 ZPO (sGS 961.2). Abgrenzung zwischen Widerklage und Eventualbegehren: Die Widerklage bezieht sich auf das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem, wogegen der Begriff des Eventualbegehrens die Stellung eines Rechtsbegehrens unter mehreren Rechtsbegehren desselben Klägers (bzw. Widerklägers) verdeutlicht. Wird eine (eventuelle) Widerklage ohne vorgängige Vermittlung erst in der Klageantwort erhoben, ist sie verspätet.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 29. Juni 2006

Aus den Erwägungen:

III. 3. a) Der Beklagte beantragte im erstinstanzlichen Verfahren unter dem Titel «Widerklage», dass für den Fall, dass er zur Herausgabe der Aktien verpflichtet werden sollte, der Kläger Zug um Zug zu verpflichten sei, ihm den geleisteten Kaufpreis sowie die von ihm getragenen Steuerlasten zuzüglich Verzugszins seit jeweiligem Verfall zu erstatten. An diesem Rechtsbegehren hielt er auch im Berufungsverfahren fest.

Die Vorinstanz fasste dieses Rechtsbegehren des Beklagten als Eventualbegehren auf; eine Qualifikation als Widerklage lehnte sie ab. Gestützt darauf verzichtete sie auf die Durchführung eines Schriftenwechsels betreffend Widerklage. Der Beklagte selbst bezeichnet das betreffende Rechtsbegehren auch als Eventualklage.

b) Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, kann mit der Widerklage ein Anspruch des Beklagten in einem bereits hängigen Prozess geltend gemacht werden, womit sie nicht Verteidigungsmittel gegen die Klage darstellt, sondern einen selbständigen Gegenangriff mit eigenem Ziel erlaubt (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 1a zu Art. 68 ZPO m.w.H.). Eine eventuelle Widerklage liegt sodann vor, wenn eine Widerklage für den Fall erhoben wird, dass die Hauptklage ganz oder teilweise gutgeheissen bzw. abgewiesen wird (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 15 zu § 60 ZH-ZPO). Der Begriff der Widerklage bezieht sich somit auf das Verhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten.

Davon abzugrenzen ist der Begriff des Eventualbegehrens: Ein Kläger bzw. Widerkläger kann im gleichen Prozess mehrere Rechtsbegehren stellen (vgl. Art. 67 Abs. 1 ZPO). Werden diese Begehren nur für den Fall gestellt, dass das Hauptbegehren (desselben Klägers bzw. Widerklägers) abgewiesen wird, handelt es sich um sog. Eventualbegehren (vgl. Art. 67 Abs. 2 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 2 zu Art. 67 ZPO). Der Begriff des Eventualbegehrens verdeutlicht damit – anders als jener der Widerklage – die Stellung eines Rechtsbegehrens unter mehreren Rechtsbegehren desselben Klägers (bzw. Widerklägers).

Das vom Beklagten gestellte Rechtsbegehren, wonach der Kläger für den Fall der Rückgabe der Aktien zur Rückzahlung des Kaufpreises und Erstattung der von ihm getragenen Steuerlasten zu verpflichten sei, stellt somit einerseits ein Eventualbegehren (im Verhältnis zum Hauptbegehren des Beklagten auf Abweisung der Klage) und andererseits eine eventuelle Widerklage (für den Fall der Gutheissung der vom Kläger erhobenen Klage) dar.

c) In Lehre und Rechtsprechung wird eine eventuelle Widerklage nur unter der Voraussetzung als zulässig erachtet, dass sie von Anfang an rechtshängig ist, da die Rechtshängigkeit keine Bedingung ertrage (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a. a. O., N 15 zu § 60 ZH-ZPO, m.w.H.). Diese Voraussetzung erweist sich vorliegend als unproblematisch, da die Rechtshängigkeit mit Einreichung der Klageantwort beim Gericht eintritt (vgl. Art. 156 Abs. 3 ZPO). In Konflikt steht sie jedoch mit der Regelung von Art. 134 Abs. 2 ZPO, wonach die Widerklage vor dem Vermittler zu erheben ist, wenn ein Versöhnungsversuch stattfindet.

Bereits nach altem Recht war verlangt, dass das Widerklagebegehren im Vermittlungsverfahren formuliert wurde (vgl. Art. 96 Abs. 4 aZPO; GVP 1973 Nr. 20, S. 39 ff., 40). Diese Lösung wurde – trotz gegenteiligem Antrag des Regierungsrates (vgl. Handbuch zur ZPO, St.Gallen 1991, N GR 1 zu Art. 134 ZPO) – auch in der revidierten Fassung der ZPO beibehalten und soll auch für Fälle gelten, in denen sich eine Partei nach Art. 136 ZPO freiwillig für die Vermittlung entschliesst bzw. das Vermittlungsverfahren in schriftlicher Form durchgeführt wird (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 3a zu Art. 68 ZPO).

d) Vorliegend wurde die Widerklage vom Beklagten erstmals in der Klageantwort erhoben, was im Sinne der obigen Ausführungen als verspätet zu gelten hat. Auf die Widerklage ist daher nicht einzutreten. Dem Beklagten bleibt es indessen unbenommen, die von ihm für den Fall, dass er zur Herausgabe der Aktien verpflichtet werden sollte, gestellten Ansprüche gegen den Kläger klageweise selbst durchzusetzen.

84

Art. 86 Bst. e und Art. 239 ZPO (sGs 961.2). Nichtigkeitsgründe, Formale Anforderungen an Inhalt der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen.

Kassationsgericht, 19. Dezember 2006

Art. 239 ZPO regelt die Nichtigkeitsgründe. Nichtigkeitsgründe sind unter anderem tatsächliche Feststellungen, die dem Inhalt der Akten offensichtlich widersprechen oder sonst willkürlich sind (Art. 239 Abs. 1 Bst. b ZPO). Aktenwidrigkeits- und Willkür rügen beziehen sich somit ausschliesslich auf tatsächliche Feststellungen, nicht auf irgendwelche Erwägungen und insbesondere nicht auf rechtliche Beurteilungen.

Wer Aktenwidrigkeit oder Willkür rügt, hat demnach als Erstes eine bestimmte tatsächliche Feststellung der Vorinstanz zu bezeichnen und zu lokalisieren, das heisst: anzugeben, wo genau im angefochtenen Entscheid sie sich findet. Im Übrigen unterscheiden sich Aktenwidrigkeits- und Willkür rügen (GVP 1992 Nr. 53, präzisiert in: GVP 2000 Nr. 55).

Wer *Aktenwidrigkeit* im Besonderen rügt, hat als Zweites das Aktenstück oder die Aktenstelle genau zu bezeichnen, mit der die als Erstes bezeichnete und lokalisierte tatsächliche Feststellung in offensichtlichem und unverträglichem Widerspruch stehen soll. Als Drittes bleibt darzulegen, inwiefern die als Erstes bezeichnete und lokalisierte tatsächliche Feststellung dem als Zweites bezeichneten Aktenstück oder der als Zweites bezeichneten Aktenstelle in offensichtlichem und unverträglichem Widerspruch steht (Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 3b zu Art. 239 ZPO, mit Hinweisen).

Wer *Willkür* im Besonderen rügt, hat als Zweites zu begründen, inwiefern die als Erstes bezeichnete und lokalisierte tatsächliche Feststellung in den Akten, Beweismitteln und übrigen Umständen des Prozesses keine Stütze findet (Leuenberger Uffer-Tobler, N. 3c zu Art. 239 ZPO, mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer hat also konkret darzulegen, dass eine bestimmte tatsächliche Feststellung trotz Bestreitung von der Vorinstanz ohne Beweis, entgegen einem eindeutigen Beweisergebnis oder mit klar untauglichem Beweis getroffen wurde, und warum das Beweisergebnis eindeutig gegenteilig oder der beachtete Beweis untauglich sein soll.

Wer mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde geltend machen will, die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz und deren Urteilsbegründung bedürften der Ergänzung, weil die Vorinstanz in fehlerhafter Anwendung des kantonalen Rechts (Art. 86 Bst. e ZPO) einen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, hat in der Nichtigkeitsbeschwerde genau und mit Hinweisen auf die massgeblichen Stellen und Akten darzulegen, dass *entscheidwesentliche* Behauptungen und Beweisangebote dazu prozessrechtskonform unterbreitet worden waren, aber gleichwohl keine oder keine hinreichende Klärung des Tatbestandes erfolgte oder dass dazu Feststellungen in der Urteilsbegründung fehlen (GVP 2002 Nr. 84).

85

Art. 90 ff. v. a. 94 und Art. 56 Abs. 1 ZPO (sGs 961.2). Abgrenzung Recht zum Beweis und kantonalrechtliche Beweisführungsregeln; Verhandlungsmaxime.

Kassationsgericht, 4. April 2006

Der Beschwerdeführer rügt weiter, die Vorinstanz habe Art. 94 ZPO, wonach Beweise unmittelbar abzunehmen sind, dadurch verletzt, dass sie die angerufenen Zeugen nicht selber einvernommen, sondern auf die untersuchungsrichterlichen Einvernahmen im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer abgestellt und auch die beidseits vorgetragenen Anträge auf Parteibefragung nicht angenommen habe.

Inhaltlich ist das (auch) in Art. 90 ff. ZPO umschriebene Recht zum Beweis identisch mit dem gestützt auf Art. 8 ZGB gewährten Recht. Wie das Kassationsgericht wiederholt entschieden hat, kommt kantonalem Recht, das inhaltlich Bundesgesetzrecht entspricht, keine selbständige Bedeutung zu. Das Kassationsgericht kann daher bei hier gegebener Möglichkeit der Berufung an das Bundesgericht auf Rügen der Verletzung kantonalen Rechts nicht eintreten, soweit die gerügte Norm mit einer bundesgesetzlichen Norm übereinstimmt.

Der in Art. 94 ZPO statuierte Grundsatz der *unmittelbaren* Beweisabnahme ist zwar ein Teilgehalt des Rechts auf Beweis, der jedoch nicht von Art. 8 ZGB umfasst, sondern im Einzelnen durch das kantonale Verfahrensrecht normiert wird. Art. 8 ZGB regelt für den ganzen Bereich des Bundeszivilrechts die Beweislastverteilung, die Folgen einer Beweislosigkeit und gibt als Korrelat zur Beweislast der beweispflichtigen Partei Anspruch auf Zulassung zum Beweis. Art. 8 ZGB schreibt dem Richter jedoch nicht vor, mit welchen Mitteln und nach welchen Beweisregeln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis davon zu würdigen ist (BGE 112 II 179). Die eigentliche Beweisführung oder Beweisabnahme wird vom kantonalen Recht geregelt (Basler Kommentar zum ZGB, Hans Schmid, Art. 8 N 74). Art. 8 ZGB schliesst selbst vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus, und es wird Art. 8 ZGB auch nicht durch eine beschränkte Beweisabnahme verletzt, wenn der Richter schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist (BGE 114 II 291). Es wird weder durch Art. 8 ZGB, noch durch Art. 6 EMRK, sondern durch das kantonale Prozessrecht in Art. 94 ZPO das Unmittelbarkeitsprinzip im Beweisverfahren geregelt, sodass eine diesbezügliche Verletzung von Art. 94 ZPO als Verletzung kantonalen Rechts mit Nichtigkeitsbeschwerde gerügt werden kann. ...

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 56 Abs. 1 ZPO. Die Vorinstanz erwäge, es wäre riskant und unvernünftig gewesen, einen so hohen Geldbetrag in der Wohnung aufzubewahren, was der Beschwerdeführer nicht behauptet habe.

Was der Beschwerdeführer rügt, steht im Zusammenhang mit der Erwägung der Vorinstanz, wonach es höchst seltsam anmute, dass der Beschwerdeführer keine «papertrail» über den Verbleib des Geldes zwischen Entgegennahme und Weitergabe an den Beschwerdebeklagten nachzuweisen vermöge. Wenn die Vorinstanz anschliessend daran rein hypothetisch anmerkt, dass eine allfällige Aufbewahrung eines so hohen Geldbetrages in der Wohnung höchst riskant und unvernünftig gewesen *wäre*, hat die Vorinstanz keine tatsächliche Feststellung getroffen, ob das angebliche Geld in der Wohnung aufbewahrt wurde oder nicht. Sie hat im Gegenteil nur aufgrund der vorhandenen und fehlenden Beweismittel erkannt, dass konkrete und überprüfbare Angaben zum Verbleib des Geldbetrages zwischen Entgegennahme und Weitergabe gerade fehlten. Die Vorinstanz hat erkannt, dass sie mangels konkreter Vorbringen zum betreffenden Zusammenhang *keine* Feststellung treffen könne, während aber auch rein hypothetisch denkbare Abläufe (die ihrerseits nicht behauptet seien) nicht überzeugend wahrscheinlich wären. Zu dieser rein negativen Erkenntnis (es könne nichts Konkretes zum Verbleib angeblichen Bargeldes während einer bestimmten Dauer festgestellt werden) bedarf es nach Art. 56 Abs. 1 ZPO keiner Parteibehauptungen. Solche Behauptungen sind nach Art. 56 Abs. 1 ZPO nur für den rechtsrelevanten Sachverhalt, das heisst für *Tatsachen*, die zur materiellen Rechtsanwendung *festgestellt werden*, vorausgesetzt.

86

Art. 164 ZPO (sGS 961.2). Weist das Bundesgericht die Streitsache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung zurück, so bestimmt das kantonale Prozessrecht, in welcher Weise das Verfahren fortzusetzen ist. Weitere Vorbringen sind nur zulässig, sofern sie die Voraussetzungen gemäss Art. 164 ZPO erfüllen.

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 21. Juli 2006

Aus den Erwägungen:

II. 3. Soweit das Bundesgericht die Streitsache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung zurückweist, bestimmt das kantonale Prozessrecht, in welcher Weise das Verfahren fortzusetzen ist.

a) Das st.gallische Zivilprozessrecht kennt keinen Anspruch der Parteien auf eine neue Berufungsverhandlung oder auf weitere Eingaben zur Würdigung des bundesgerichtlichen Urteils oder des Prozessstoffes im Lichte der bundesgerichtlichen Erkenntnisse (vgl. Urteil Handelsgericht St.Gallen vom 29.9.2000 i. S. G. Sch AG gg. K. & Co., 4 [HG.2000.67-HGK]; ebenso für das zürcherische Prozessrecht

ZR 58 [1959] Nr. 180; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 10 zu § 270 ZPO). Den Parteien ist zur Wahrung des rechtlichen Gehörs nur dann Gelegenheit zur Würdigung und zur Teilnahme zu geben, wenn Beweisabnahmen wiederholt oder neu angeordnet werden (vgl. Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Vol. II, Bern 1990, Rz 1.2 zu Art. 66 OG), was vorliegend nicht der Fall ist.

b) Insbesondere kann der Sachverhalt nicht ohne Weiteres von Amtes wegen oder durch die Parteien ergänzt werden. Neue Vorbringen sind nur zulässig, soweit dies mit dem kantonalen Prozessrecht vereinbar ist (vgl. Art. 66 Abs. 1 OG; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 8.2.2001 i. S. G. Sch. AG gg. K. & Co., 4C.329/2000/rnd, 4 f.). Vorliegend gilt das ordentliche Verfahren. Das richterliche Fragerecht gemäss Art. 57 ZPO dient nur der Klarstellung unklarer oder unbestimmter Parteivorbringen. Aus den Materialien ergibt sich, dass der Verhandlungs- und Verfügungsgrundsatz im st.gallischen Zivilprozessrecht einen hohen Stellenwert hat, der nicht ohne Not durch das richterliche Fragerecht eingeschränkt werden soll (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 1a zu Art. 57 ZPO). Die materielle richterliche Prozessleitung ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime deshalb stark zurückgebunden (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 1 zu Art. 57 ZPO). Es wird sich nachfolgend zeigen, dass sich die behauptungs- und beweisbelastete Partei zu den entscheidenden vom Bundesgericht zurückgewiesenen Sachverhalten überhaupt nicht äusserte. Es besteht damit kein Raum, den Sachverhalt durch richterliche Fragen zu erweitern.

Bedürfte es zur Klärung der Verhältnisse zusätzlicher Beweise, die aber nicht beantragt wurden, hilft vorliegend auch Art. 93 ZPO nicht weiter, wonach der Richter unter bestimmten Umständen Beweise von Amtes wegen abnehmen darf. Eine ausnahmsweise Beweisanordnung ohne Parteiantrag setzt im Bereich der Verhandlungsmaxime voraus, dass von den Parteien zumindest die notwendigen Tatsachenbehauptungen aufgestellt wurden (Art. 93 Abs. 3 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 8a zu Art. 93 ZPO). Fehlen solche, so steht eine Beweisanordnung von Amtes wegen ausser Frage, und kann das Gericht die Lücke nicht schliessen. Hat die behauptungs- und beweisbelastete Partei bezüglich der gemäss bundesgerichtlicher Weisung zu ergänzenden Sachverhalte gar keine Tatsachenbehauptungen aufgestellt, verbietet sich in diesen Bereichen eine Beweisabnahme von Amtes wegen.

Es bleibt damit beim Aktenschluss nach beendetem Schriftenwechsel im Berufungsverfahren vor Kantonsgericht. Weitere Vorbringen wären nur zulässig gewesen, sofern sie die Voraussetzungen gemäss Art. 164 ZPO erfüllt hätten. Sofern die Liquidation nach Aktenschluss abgeschlossen worden wäre, hätte dies somit innert einer Frist von zehn Tagen nach deren Kenntnis dem Gericht unterbreitet werden müssen (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 4 zu Art. 81 ZPO).

Gegen diesen Entscheid wurden sowohl Berufung wie auch staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht erhoben.

87

Art. 238 Bst. c ZPO (sGs 961.2); Art. 274d Abs. 1 OR (SR 220). Sachliche Zuständigkeit des Kassationsgerichts; Folgen falscher Rechtsmittelbelehrung.

Kassationsgericht, 11. Juli 2006

Gemäss Art. 238 Bst. c ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen, «wenn das Bundesrecht ein einfaches, ein rasches oder ein beschleunigtes Verfahren vorschreibt». Gegenstand dieses Prozesses sind Ansprüche aus einem Mietvertrag. Davon gehen auch beide Parteien und die Vorinstanz aus.

Gemäss Art. 274d Abs. 1 OR haben «die Kantone für Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ein einfaches und rasches Verfahren» vorzusehen. Das «einfache und rasche Verfahren» soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine rasche Entscheidung ermöglichen. Es soll einfach und unkompliziert sein. Es soll mit anderen Worten anders als das ordentliche Verfahren in Zivilstreitigkeiten sein (Higi, Zürcher Kommentar, N 18 zu Art. 274d OR). Die Organisation des «einfachen und raschen Verfahrens» ist wiederum Sache der Kantone, wobei das Bundesrecht den Kantonen grundsätzlich einen grossen Freiraum zugesteht (Higi, N 19 zu Art. 274d OR). Art. 274d Abs. 1 OR verlangt die Geltung dieses Verfahrensgrundsatzes für alle dem Schlichtungsverfahren anschliessenden gerichtlichen Verfahren. Der Kanton St.Gallen hat dem Prinzip dadurch nachgelebt, dass dann, wenn das Bundesrecht ein einfaches, ein rasches oder ein beschleunigtes Verfahren vorschreibt, die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht ausgeschlossen ist (Art. 238 Bst. c ZPO). Damit können z. B. arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 20 000.– [heute: Fr. 30 000.00], mietrechtliche Streitigkeiten [unabhängig vom Streitwert], Konsumentenstreitsachen oder Kollisionsprozesse nicht vor das Kassationsgericht gebracht werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3 zu Art. 238 ZPO m.H. auf Handbuch zu Art. 238, K 1). Art. 238 Bst. c ZPO, der bestimmt in welchen Verfahren die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht generell *ausgeschlossen* ist (wenn das Bundesrecht ein einfaches, ein rasches oder ein beschleunigtes Verfahren vorschreibt), verweist mit einer Fussnote (Fn 2) ausdrücklich auf den Anwendungsfall des Art. 274d Abs. 1 OR.

In der Rechtsmittelbelehrung zum Urteilsdispositiv erklärte die Vorinstanz die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht zu Unrecht für zulässig. Eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung schafft indes keine nicht bestehenden Rechtsmittel (BGE 108 III 23 E. 3 S. 26; 119 IV 330 E. 1c S. 334; BGer 5C.32/2006 E. 4). Allerdings darf einer Partei aus einer falschen Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich auch kein Nachteil erwachsen, wobei sich aber nicht auf die unzutreffenden Angaben in einer Rechtsmittelbelehrung berufen kann, wer deren Unrichtigkeit kennt oder bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen (BGer 5C.32/2006 E. 4; BGE 121 II 72 E. 2a S. 78). Dies ist der Fall, wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist und sich

die Unzulässigkeit eines Rechtsmittels – wie vorliegend – bereits aus den einschlägigen Gesetzesnormen (hier: Art. 238 Bst. c ZPO mit Fn 2 und dortigem Hinweis auf Art. 274d Abs. 1 OR) ergibt (BGE 127 II 198 E. 2c; BGer 5C.32/2006 E. 4 m.H.).

88

Art. 258 ZPO (sGS 961.2). Einigen sich die Parteien im Beschwerdeverfahren über die umstrittenen vorsorglichen Massnahmen im Ehescheidungsprozess, so ist diese Vereinbarung von der ersten Instanz zu genehmigen.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident der II. Zivilkammer, 7. Juli 2006

Die Ehefrau erhob gegen die Festsetzung des vorsorglichen Familienunterhalts im Scheidungsverfahren eine Rechtsverweigerungsbeschwerde. Im Beschwerdeverfahren schlossen die Eheleute eine Konvention über sämtliche Scheidungsfolgen ab, die auch den vorsorglichen Unterhalt umfasste.

Aus den Erwägungen:

Vereinbarungen über vorsorgliche Massregeln im Scheidungsverfahren bedürfen der richterlichen Genehmigung (BGE 121 III 394; R. Vetterli, FamKomm Scheidung, N 14 zu Art. 175 ZGB mit weiteren Hinweisen). Eine solche kann jedoch im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht erteilt werden, weil dieses eine rein kassatorische Natur hat. Der angefochtene Entscheid darf nur aufgehoben, aber nicht durch einen neuen ersetzt werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 4 zu Art. 258), so zweckmässig das in einem solchen Fall auch erschiene. Die Vereinbarung wurde deshalb dem Scheidungsgericht zur inhaltlichen Prüfung und formellen Genehmigung überlassen. Nachdem das inzwischen rechtskräftig gewordene Scheidungsurteil nun auch den vorsorglichen Unterhalt regelt, ist das Beschwerdeverfahren gegenstandslos geworden und kann als erledigt abgeschrieben werden.

89

Art. 263 Abs. 1 ZPO (sGs 961.2); Art. 5 Abs. 2, 17 HonO (sGs 963.75). Kürzung Honorar bei mehreren je einzeln vertretenen Beklagten wegen Synergieeffekten.

Kassationsgericht, 4. April 2006

Gemäss Art. 263 Abs. 1 ZPO sind Parteikosten die Auslagen für die Vertretung, soweit diese der Interessenwahrung dienen. Damit wird klargestellt, dass der Richter durchaus befugt ist, eine Kürzung des Honorars vorzunehmen, nämlich dann, wenn die Vertretungskosten mit dem zu beurteilenden Prozess nicht in einem direkten Zusammenhang stehen (Leuenberger/Uffer, N 2b zu Art. 263 ZPO), und wohl auch dann, wenn der mit der Prozessführung verbundene Aufwand zum Honoraranspruch in einem Missverhältnis steht. Damit übereinstimmend lässt die Honorarordnung eine Überschreitung bzw. Unterschreitung des mittleren Honorars um bis zu 25 Prozent zu, wenn unter anderem der notwendige Zeitaufwand vom Normalfall abweicht, d. h. *besondere Umstände* vorliegen (Art. 17 HonO). Wird das mittlere Honorar unterschritten, ist dies im Entscheid zu begründen (Art. 5 Abs. 2 HonO).

Die Vorinstanz begründet die Abweichung vom Normalfall mit Hinweis auf Synergieeffekte. Diese werden vom Kantonsgericht allerdings nicht näher ausgeführt. Im angefochtenen Urteil wird dazu ausschliesslich auf den Entscheid vom 1. Juli 2004 verwiesen. Dort findet sich einzig nach Bestätigung des Rechts der Beklagten, je ihre eigenen Anwälte beizuziehen, der Satz, dass die Bemühungen des einen Rechtsvertreters die Arbeit des andern erleichtert hätten. Worin die Erleichterungen des einen Anwalts durch die Arbeit des andern Anwalts im Einzelnen bestanden haben, wird nicht dargelegt. Dies im Gegensatz zum Bezirksgericht, welches in seinem Urteil immerhin erwähnte, dass ein Anwalt im Bereich des Sachverhaltes und der andere im Bereich der Prozessführung jeweils vom anderen Anwalt profitiert habe (Urteil des Bezirksgerichtes St.Gallen, OV.1993.66–3B, act. 103, S. 38).

Das Kassationsgericht hat ausserhalb von Ermessensentscheiden bei der Überprüfung *kantonalen Rechts* freie Überprüfungsbefugnis. Im Rahmen dieser umfassenden Kognitionsbefugnis ergibt sich Folgendes:

Der allgemeine und nicht näher ausgeführte Hinweis auf Synergieeffekte bzw. auf Erleichterungen der Arbeit des einen Anwaltes durch den andern genügt als Begründung für eine Honorarkürzung um 20 Prozent nicht. Würden solch pauschale Hinweise als genügend erachtet, hiesse dies, dass im Regelfall bei Vertretung von zwei oder mehreren Beklagten durch je einen Anwalt im gleichen Prozess die Honorarnoten a priori und allein wegen der Mehrfachvertretung gekürzt werden dürften und müssten. Der Ausnahmefall, d. h. die Kürzung der Honorarnoten nur

bei besonderen Umständen, würde damit zur Regel, was aber nicht dem Gesetz entspricht. Vorliegend kommt hinzu, dass es als durchaus plausibel erscheint, die Interessen der Beklagten im Prozess nicht als in allen Teilen gleich gelagert zu betrachten. Dies anerkennt ausdrücklich auch die Beschwerdebeklagte, wenn sie, worauf der Beschwerdeführer 1 zu Recht hinweist, in der Replik «ein beachtliches Konfliktpotential» der Beklagten zur Sprache bringt. Unterschiedliche Interessen haben sich ja auch darin gezeigt, dass beispielsweise der Beschwerdeführer 2 der Expertise zuzustimmen bereit war, der Beschwerdeführer 1 jedoch nicht. Es ist jedenfalls nachvollziehbar, wenn der Beschwerdeführer 2 ausführt, dass allfällige Einsparungen durch Verweise auf die Rechtsschriften und die Akten des andern Anwalts mit einem erheblichen Koordinationsaufwand zur Erreichung der gleichen Prozesstaktik und zur Vermeidung von Widersprüchen in den Rechtsschriften kompensiert wurden. Dieser Koordinationsaufwand ist nicht etwa durch den Zuschlag nach Art. 17 HonO abgedeckt. Jener Zuschlag ist – wie dem Entscheid des Kantonsgerichtes vom 1. Juli 2004 entnommen werden kann – wegen der Schwierigkeit des Falls gewährt worden.

Ausnahmen von der Regel sind zu begründen. Die Kürzung des Honorars muss nachvollziehbar sein, was bei einem bloss summarischen Hinweis auf «Erleichterungen», welche nicht näher ausgeführt werden, und ohne Auseinandersetzung mit dem von den Beschwerdeführern geltend gemachten zusätzlichen Koordinationsaufwand nicht der Fall ist, sowenig es für die Honorarkürzung gemäss dem in der GVP 2000 Nr. 56 wiedergegebenen Entscheid genügt, auf «keine grossen rechtlichen Schwierigkeiten» hinzuweisen und das Geständnis des Angeschuldigten ins Feld zu führen (GVP 2000, Nr. 56, S. 146). Die Rüge der Verletzung von Art. 263 Abs. 1 ZPO ist daher berechtigt.

90

Art. 276 Abs. 1 lit. b ZPO (sGS 961.2). Bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen eines Gesuchs um Sicherstellung der Parteikosten ist auch auf die Ausführungen abzustellen, welche der Kautionspflichtige zur Begründung eines – mangels genügender Erfolgsaussichten jedoch abgewiesenen – Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung gemacht hat.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 9. Februar 2006

Aus den Erwägungen:

III. 3. b) Gemäss Art. 276 Abs. 1 lit. b ZPO hat der Kläger oder Widerkläger für die Prozesskosten Sicherheit zu leisten, wenn gegen ihn ein Konkurs- oder ein

Nachlassverfahren hängig ist, Verlustscheine bestehen oder er aus anderen Gründen zahlungsunfähig erscheint. Die Zahlungsunfähigkeit ist glaubhaft zu machen (GVP 1994 Nr. 64).

Mit der Generalklausel «aus anderen Gründen zahlungsunfähig erscheint» wollte der Gesetzgeber eine kasuistische Aufzählung vermeiden (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, N 649). Die Bestimmung lehnt sich an § 105 der Aargauer Zivilprozessordnung an (Botschaft und Entwurf des Regierungsrates vom 26. April 1988, N 649). Ein Abstellen auf die Rechtsprechung des Zürcher Kassationsgerichtes, wonach sich die Zahlungsunfähigkeit aus betreibungsrechtlichen Akten in einer Unfähigkeit, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, ausdrücken muss (Entscheid des Zürcher Kassationsgerichtes vom 27. August 1979 in SJZ 77 [1981] N. 33, 199, E. IV/2; ZR 85 [1986] Nr. 64, E. 3), ist vor diesem Hintergrund – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht angezeigt. Auch ergibt sich Derartiges nicht aus dem vom Kläger zitierten Entscheid des Kantonsgerichts. In GVP 1992 Nr. 55 wird zwar auf die erwähnte Zürcher Praxis Bezug genommen, jedoch festgehalten, dass das Liquidationsstadium einer Aktiengesellschaft nicht mit Zahlungsunfähigkeit gleichgestellt werden könne. Auch die Kommentierung von Leuenberger/Uffer-Tobler kann nicht dahingehend verstanden werden, dass sich die Zahlungsunfähigkeit zwingend aus Akten des Betreibungsrechts ergeben muss (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 4b zu Art. 276 ZPO).

Bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit ist allein die derzeitige Lage des Kautionspflichtigen von Belang (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 1998, N 14 zu § 105). Hierzu liess der Kläger in seiner Berufungsschrift ausführen, dass seine finanzielle Situation sehr schwierig sei und ihm die Mittel fehlten, um neben dem Lebensunterhalt für sich und seine Familie die Prozesskosten zu bestreiten. Zur Begründung führte er an, dass er aus seinem Betrieb kein Einkommen erziele und sämtliche – grundsätzlich vorhandenen – Vermögenswerte der Bank abgetreten habe. Der Kläger gesteht damit ein, die Prozesskosten nicht bezahlen zu können. Auf diese Aussage ist abzustellen, auch wenn der Kläger in seiner Stellungnahme zum Gesuch der Beklagten ausführt, er sei nicht zahlungsunfähig, da er nach wie vor in der Lage sei, einen selbständigen Betrieb zu führen. Dies hat umso mehr zu gelten, als die Zahlungsfähigkeit im vorliegenden Zusammenhang nicht losgelöst von der Höhe der möglicherweise beim Kläger anfallenden Prozesskosten zu beurteilen ist. Würde dieser Aspekt ausser Betracht gelassen, so würde man dem Zweck der Kautionspflicht in keiner Weise gerecht. Diese soll nämlich den Beklagten, welcher im Gegensatz zum Kläger die Kostenrisiken dieses Prozesses nicht freiwillig auf sich nimmt, vor der Gefahr schützen, dass seine Parteikosten trotz Obsiegens an ihm hängen bleiben, weil die ihm zugesprochene Parteientschädigung sich als uneinbringlich erweist (vgl. Bernhard Berger, Gedanken zur Kautionspflicht im Zivilprozess, ZBJV Bd. 140 [2004], 278 f.). Da die Prozesskosten – wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird – erheblich über der bereits geleisteten Einschreibgebühr liegen dürften, kann einzig auf Grund der

Tatsache, dass der Kläger diese doch noch geleistet hat, mangels Darlegung, inwieweit sich die Verhältnisse seit dem Zeitpunkt des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung zum Besseren verändert haben, nicht geschlossen werden, er sei nicht mehr zahlungsunfähig.

c) Nach dem Gesagten ist somit festzuhalten, dass der Kautionsgrund von Art. 276 Abs. 1 lit. b ZPO vorliegend erfüllt ist.

91

Art. 281, 282 und 286 Abs. 1 ZPO (sGS 961.2); Art. 26 HonO (sGS 963.75). An den Entscheid des Gerichtspräsidenten über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist das Gericht gebunden. Deren qualitative Beschränkung, konkret die Beschränkung der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters auf die nicht als aussichtslos betrachtete Argumentation, ist zulässig. Bei Nichtbeachtung der Einschränkung liegt nicht zu entschädigender Aufwand vor, was über eine Herabsetzung des tarifmässigen Honorars zu berücksichtigen ist.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. November 2006

3. Bei der Festsetzung der Parteientschädigung des Rechtsvertreters des Klägers ist vom Entscheid des Präsidenten der III. Zivilkammer vom 20. Februar 2006 betreffend Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung auszugehen. Gemäss diesem Entscheid wurde die Berufung nur in der Frage der Ungültigkeit der Kündigung infolge Vorliegens einer Sperrfrist als nicht aussichtslos betrachtet und nur diesbezüglich ein Bedarf nach anwaltlicher Vertretung bejaht. Das Gesuch wurde daher insoweit gutgeheissen, als für die Beurteilung dieser Frage in der Berufung ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt wurde. Insoweit wurde die unentgeltliche Prozessführung mit einer qualitativen Einschränkung gewährt. Wie aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich wird, hat sich der Rechtsvertreter des Klägers aber nicht darauf beschränkt, sondern auch geltend gemacht, die Kündigung sei vertragswidrig bzw. ungültig.

An den Entscheid des Präsidenten über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Kammer gebunden. Es handelt sich bei diesem Entscheid um einen prozessleitenden Zwischenentscheid, der nicht in Rechtskraft erwächst. Inwieweit er in Wiedererwägung gezogen werden kann, kann hier offen bleiben. Die Zuständigkeit dafür würde aber auf jeden Fall nach der Zivilprozessordnung einzig beim Präsidenten liegen, ein Rechtsmittel gibt es in zweiter Instanz nicht (vgl. zur analogen Situation beim Verwaltungsgericht R. Hirt, die Regelung der Kosten nach

st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St.Gallen 2004, 227 mit Hinweis auf VGE vom 16.11.98 i. S. L. und S. J.). Die vom Kläger gegen den Entscheid des Kammerpräsidenten vorgebrachten Argumente können daher in der jetzigen Situation nur noch im Rahmen einer allfälligen Anfechtung des vorliegenden Sachentscheids vorgebracht werden (Art. 87 Abs. 3 OG). Im Übrigen hat der Kammerpräsident auch nicht in Überschreitung seiner sachlichen Zuständigkeit gehandelt. Nach Art. 286 Abs. 1 ZPO bezeichnet der Gerichtspräsident in der Bewilligung unter anderem den Umfang der unentgeltlichen Prozessführung, womit auf deren verschiedene Aspekte gemäss Art. 282 ZPO Bezug genommen wird. Die unentgeltliche Prozessführung kann in diesem Rahmen und unter Beachtung der grundsätzlichen Voraussetzungen gemäss Art. 281 ZPO beschränkt werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur st.gallischen Zivilprozessordnung, Bern 1999, N 2 zu Art. 286). Grundsätzlich gilt, dass unnötiger Aufwand nicht zu entschädigen ist. Die vom Kammerpräsidenten vorgenommene Einschränkung bedeutet konkret nichts anderes, als dass in einem bestimmten Punkt im Voraus klar festgestellt wird, was als nicht zu entschädigender Aufwand zu gelten hat.

Vorerst ist festzuhalten, dass der Rechtsvertreter des Klägers selbstverständlich grundsätzlich berechtigt war, auch Ausführungen zu jenen Sachverhalten zu machen, die gemäss Entscheid vom 20. Februar 2006 als aussichtslos betrachtet wurden. Er macht dies aber ausserhalb der seinem Klienten gewährten unentgeltlichen Prozessführung. Der qualitativen Einschränkung der unentgeltlichen Prozessführung kann praktisch über die in Art. 26 HonO festgelegte Bandbreite des Honorars im Berufungsverfahren Rechnung getragen werden. Auszugehen ist von der Praxis der Kammer, dass in einem durchschnittlich aufwendigen schriftlichen Verfahren im Rahmen von Art. 26 lit. a HonO eine Entschädigung von 40 Prozent resultiert. Dieser Ansatz ist ermessensweise und unter Berücksichtigung des angemessenen Aufwands für die als nicht aussichtslos bezeichnete Argumentation zu kürzen. Vorliegend erscheint eine Kürzung um 10 Prozent als angemessen.

92

Art. 282 lit. c ZPO (sGS 961.2). Im einvernehmlichen Teil des Scheidungsverfahrens besteht in der Regel kein Anspruch auf unentgeltliche Vertretung.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident II. Zivilkammer, 10. November 2006

Die Eheleute reichten ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Sie waren sich aber sonst nur darüber einig, dass ihre beiden Kinder in die alleinige elterliche Sorge der Mutter zu stellen seien. Beide Ehegatten ersuchten darum, das Scheidungs-

verfahren unentgeltlich führen zu können. Sie wurden zwar von den Gerichtskosten befreit. Ihre Gesuche um unentgeltliche Vertretung wurden jedoch abgewiesen. Die Ehefrau akzeptierte diesen Entscheid, der Ehemann erhob dagegen Rekurs und verlangte die Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters rückwirkend seit Erteilung des Auftrags. Er macht geltend, mehrere Punkte – insbesondere sein Recht auf persönlichen Umgang mit den Kindern und seine Unterhaltspflicht – seien heftig umstritten und nicht einfach zu regeln. Im Übrigen bezahle die Ehefrau ihren Anwalt nun offenbar selbst, womit auch er nach dem Grundsatz der Waffengleichheit Anspruch auf unentgeltliche Vertretung habe.

Aus den Erwägungen:

Der Ehemann beantragt eine rückwirkende Bewilligung der unentgeltlichen Vertretung. Eine Rückwirkung wäre aber nur ausnahmsweise möglich (BGE 122 I 203). Sie ist grundsätzlich ausgeschlossen, soweit es um eine anwaltliche Tätigkeit in der Zeit vor Verfahrensbeginn geht. Für eine solche unentgeltliche Rechtsberatung im Hinblick auf ein gemeinsames Scheidungsbegehren braucht es stets ein besonderes Gesuch (Art. 3 VSch).

Im Übrigen wird einer bedürftigen Partei ein Rechtsbeistand bestellt, wenn das sachlich geboten ist. Die Notwendigkeit einer rechtskundigen Vertretung hängt namentlich davon ab, ob sich im Prozess schwierige Fragen stellen, ob es um Ansprüche von grosser Tragweite geht und ob auch die andere Partei anwaltlich vertreten wird (BGE 119 Ia 264; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 7 zu § 87; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 4a zu Art. 282). In einem Scheidungsverfahren wird ein Anwalt besonders dann benötigt, wenn der Scheidungspunkt oder die Kinderzuteilung umstritten sind, und ist am ehesten dann entbehrlich, wenn nur noch finanzielle Nebenpunkte von geringem Gewicht zu regeln sind (BGE 110 Ia 27; GVP 1994 Nr. 68).

Hier haben die Ehegatten gemeinsam die Scheidung verlangt und sich über die elterliche Sorge für die Kinder geeinigt. Damit sind die Statusfragen geklärt. Ob die Standpunkte in den übrigen Fragen weit auseinander liegen, steht hingegen noch nicht fest. Das einvernehmliche Scheidungsverfahren ist ja kein eigentlicher Prozess, in dem die Parteien als Kläger und Beklagte gegeneinander auftreten, sondern ein Stück freiwillige Gerichtsbarkeit. Dabei werden die Ehegatten persönlich angehört und haben ihren Scheidungswillen sowie ihre Zustimmung zu einer Vereinbarung selbst zu bestätigen (Art. 111 ZGB). Vertreter können in der Regel an den Anhörungen nicht teilnehmen (Art. 6 Abs. 2 VSch; vgl. auch OGer LU, ZBJV 2003, 127 ff.) und damit keine tragende Rolle übernehmen (R. Vetterli, Die Anhörung der Ehegatten, FamPra.ch 2001, 59, 62). Die Anwälte, welche sich schon vor Einreichung des Scheidungsbegehrens um eine einvernehmliche Lösung bemühten, sind in ihrer Vermittlungsfunktion offensichtlich gescheitert. Sie sollten es nun dem Familienrichter überlassen, einen neuen Verständigungsversuch zu unternehmen,

welcher durch ihre Präsenz wohl nicht erleichtert würde, sondern einen kontradiktorischen Charakter erhalte. Den Eheleuten ist es allerdings frei gestellt, ob sie sich ohne Rechtsbeistand auf einen Vergleich einlassen wollen. Bleibt es bei einer teilweisen Einigung über die Scheidungsfolgen, so schliesst das streitige Verfahren an das einvernehmliche an. Erst dann können die Ehegatten Anträge stellen, aus denen sich ergibt, ob ihre Auseinandersetzung wichtige und nicht leicht zu bewältigende Punkte betrifft.

Das Gesuch erweist sich mithin zumindest als verfrüht. Daran ändert die Behauptung nichts, die Ehefrau lasse sich weiterhin anwaltlich vertreten. Einerseits ist es zweifelhaft, ob die als bedürftig bezeichnete Ehefrau einen Anwalt privat bezahlen kann, und andererseits wäre das belanglos, weil auch dieser sich vorerst am Verfahren nicht aktiv beteiligen könnte.

93

Art. 286 Abs. 2 ZPO (sGS 961.2). Wird das Gesuch zu Beginn einer Verhandlung gestellt, so umfasst die Bewilligung der unentgeltlichen Vertretung auch den Vorbereitungsaufwand.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident II. Zivilkammer, 10. November 2006

Der Kreisgerichtspräsident befreite eine Ehefrau im Eheschutzverfahren zwar von den Gerichtskosten. Er lehnte jedoch eine unentgeltliche Vertretung ab, weil rechtlicher Beistand in der zweiten, von der Ehefrau selbst gewünschten Verhandlung nicht mehr notwendig gewesen und zudem zur Unzeit, nämlich erst am Gerichtstermin verlangt worden sei.

Aus den Erwägungen:

Für das summarische Eheschutzverfahren ist wohl eine Anhörung der Ehegatten vorgeschrieben (Art. 206 Abs. 1 ZPO; vgl. auch R. Vetterli, FamKomm Scheidung, N 9 Vorbem. zu Art. 175–179 ZGB), aber im Hinblick auf die gebotene Beschleunigung doch nur eine einzige Verhandlung. Die Familienrichterin war deshalb auch nach ergänzenden Beweisabnahmen grundsätzlich nicht verpflichtet, eine zweite anzusetzen. Wenn sie das aber auf Wunsch der Parteien gleichwohl tat und wenn dabei der Ehemann mit seinem Anwalt erschien, so verlangte es der Grundsatz der Waffengleichheit (BGE 120 Ia 217, 219; 119 Ia 134, 135; 112 Ia 114, 115), dass sich auch die Ehefrau anwaltlich vertreten lassen konnte.

Nach kantonalem Recht wird die unentgeltliche Prozessführung grundsätzlich nur für die Zukunft bewilligt. Eine Rückwirkung ist lediglich für den Fall vorgesehen,

dass es wegen der zeitlichen Dringlichkeit nicht möglich war, das Gesuch früher zu stellen (Art. 286 Abs. 2 ZPO). Mit dieser geänderten Bestimmung wurden die Konsequenzen aus einem Leiturteil des Bundesgerichts gezogen, das feststellte, aus der Bundesverfassung (Art. 4 aBV; heute Art. 29 Abs. 3 BV) ergebe sich kein Anspruch auf rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für Kosten, die schon vor Einreichung des Gesuchs entstanden (BGE 122 I 203). Der Entscheid schränkte das aber insoweit ein, als anwaltlicher Aufwand «im Hinblick auf die Verfahrensschritte», aus dessen Anlass das Gesuch gestellt wird, noch eingeschlossen und nur eine «darüber hinausgehende Rückwirkung» ausgenommen sei (BGE 122 I 208; vgl. auch BGE 120 Ia 16; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 1 zu Art. 286 in der früheren Fassung). Das kantonale Prozessrecht kann hinter diesem verfassungsmässigen Mindeststandard nicht zurückbleiben. Das bedeutet, dass ein Gesuch, welches in einer Rechtsschrift gestellt wird, auch die dafür geleisteten Bemühungen noch erfasst (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O.). Ebenso muss ein Gesuch, welches am Anfang einer Verhandlung eingereicht wird, nicht nur für die Mitwirkung an dieser, sondern auch für die damit notwendigerweise verbundene Vorbereitung bewilligt werden.

94

Art. 289 ZPO (sGS 961.2). Ein abgelehntes Gesuch auf unentgeltliche Prozessführung ist nur dann in Wiedererwägung zu ziehen, wenn die Verhältnisse sich erheblich verändert haben oder offensichtlich unrichtig beurteilt wurden.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident II. Zivilkammer, 15. März 2006

Aus den Erwägungen:

Im Allgemeinen kann der Richter zwar auf seinen Entscheid nicht mehr zurückkommen. Das gilt aber im Bereich der unentgeltlichen Prozessführung nicht (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, N 7 zu § 129; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, vor Art. 333). Hier ist ein neues Gesuch an sich jederzeit zulässig. Das bedeutet allerdings nicht, dass dieselben Fragen immer wieder aufgeworfen werden dürften, weil sonst eine Partei den Prozess beliebig verzögern könnte (Ries, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen ZPO, Diss. Aarau 1990, 161). Anspruch auf Wiedererwägung besteht nach einem verfassungsrechtlichen Mindeststandard nur dann, wenn die Verhältnisse sich inzwischen erheblich verändert haben oder wenn wichtige Tatsachen und Beweise angegeben werden, die früher nicht be-

kannt waren oder nicht vorgebracht werden konnten (BGE 113 Ia 151; 109 Ib 251; GVP 1977 Nr. 72; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 41 B VIII; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, Rz. 575). Tritt die zuständige Behörde auf ein Wiedererwägungsgesuch nicht ein, so steht dagegen zwar ein Rechtsmittel offen, mit dem aber nur geltend gemacht werden kann, das Vorliegen eines Wiedererwägungsgrundes sei zu Unrecht verneint worden (BGE 113 Ia 153; Rhinow/Krähenmann, a. a. O.). Damit setzt sich der Gesuchsteller jedoch nicht auseinander, vielmehr wiederholt er nur die schon im ersten Gesuch enthaltene Begründung. Eine Veränderung ist allenfalls insofern eingetreten, als er eine Verfügung über die Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen erhielt. Das ist aber nicht ohne Weiteres erheblich, weil er schon früher solche Beiträge nicht bezahlte, was zu Verlustscheinen führte, und nun bloss verspricht, er werde es diesmal tun. Sonst ist nicht ersichtlich, welche wichtigen Belege der Gesuchsteller erst jetzt hätte beschaffen können. Sein einziger Hinweis auf einen nicht früher erhältlichen zahnärztlichen Kostenvoranschlag genügt nicht, weil er selbst nicht behauptet, die offerierte Zahnbehandlung sei dringend und stehe unmittelbar bevor.

95

Art. 295 ff. ZPO (sGS 961.2). Die im Laufe eines liechtensteinischen Scheidungsverfahrens abgeschlossene, aber dem Scheidungsgericht nicht vorgelegte und von diesem auch nicht genehmigte Vereinbarung über die Herausgabe von Hausrat kann in der Schweiz nicht vollstreckt werden.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 22. Mai 2006

Der Ehemann stellte beim Kreisgerichtspräsidium das Gesuch, der geschiedenen Ehefrau zu befehlen, ihm mehrere Gegenstände herauszugeben, und berief sich dabei auf eine Vereinbarung, die in einem liechtensteinischen Scheidungsverfahren getroffen worden war.

Aus den Erwägungen:

Ausländische Urteile sind zu anerkennen und zu vollstrecken, wenn das IPRG oder ein Staatsvertrag es vorsieht. Der Vollstreckungsrichter entscheidet darüber vorfrageweise (Art. 29 Abs. 3 IPRG). Zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein besteht ein bilaterales Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen in Zivilsachen (SR 0.276.195.141). In formeller Hinsicht wird dabei verlangt, dass ein Urteilsorigi-

nal oder eine beglaubigte Abschrift und eine Rechtskraftbescheinigung vorgelegt werden (Art. 1, Art. 5 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 und Art. 7 Abs. 3). Beides ist hier nicht geschehen, womit eine Anerkennung und Vollstreckung ausgeschlossen ist. Weil es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt, die von Amtes wegen zu prüfen ist, kann auf das Gesuch nicht eingetreten werden (vgl. Art. 79 und Art. 83 lit. a ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 1 ff. zu Art. 79).

Hinzu kommt, dass der Beschluss des Landgerichts nicht als Entscheid im Sinne des Abkommens aufzufassen ist, der anerkannt und vollzogen werden könnte: Zwar ist ein gerichtlicher Vergleich einem Gerichtsentscheid gleichgestellt, sofern der Staat, in dem er abgeschlossen worden ist, ihn so behandelt (Art. 7 Abs. 2 des Abkommens und Art. 30 IPRG). Eine Vereinbarung der Ehegatten über die Scheidungsfolgen bedarf aber auch nach liechtensteinischem Recht der gerichtlichen Genehmigung (Art. 50 Abs. 2 Ehegesetz FL und § 519 Abs. 1 ZPO FL; vgl. www.gesetze.li) und eine solche ist nicht nachgewiesen. Der Beschluss des Landgerichts ist nicht das Scheidungsurteil und enthält auch keine Genehmigung der Parteivereinbarung. Ein Endurteil wird in diesem Beschluss erst in Aussicht gestellt.

Freilich könnte die fragliche Vereinbarung auch dann nicht als gerichtlicher Vergleich gelten, wenn sie als Ganzes im späteren Scheidungsurteil genehmigt worden sein sollte, denn die Liste mit den Gegenständen wurde dem Gericht offenbar nie unterbreitet und befindet sich auch nicht bei den Scheidungsakten. Ein Vergleichsinhalt, der dem Gericht nicht mitgeteilt wurde, entfaltet aber nur eine privatrechtliche Wirkung und gilt nicht als gerichtlicher Vergleich (Berti/Schnyder, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 30 IPRG). Das trifft hier umso mehr zu, als eine Scheidungskonvention zwingend gerichtlich genehmigt werden muss. Ein Konventionsbestandteil, der dem Gericht nicht bekannt war, kann folglich von der Genehmigung nicht erfasst sein und stellt damit auch keinen gerichtlichen Vergleich dar.

Damit stellt sich noch die Frage, ob der Gesuchsteller die Herausgabe der Gegenstände nach den Bestimmungen über den raschen Rechtsschutz im Summarverfahren verlangen kann. Grundsätzlich ist nicht auszuschliessen, dass ein mit rein privatrechtlicher Wirkung geschlossener Vergleich Grundlage für einen Besitzschutz zu bilden vermag. Indessen setzt Art. 197 lit. a ZPO voraus, dass der Sachverhalt nicht streitig oder sofort feststellbar ist und daran fehlt es hier offensichtlich: So ist namentlich umstritten, ob die vom Gesuchsteller eingereichte undatierte Liste mit derjenigen identisch ist, die im Vergleich erwähnt wurde. Die Gesuchsgegnerin verneint das jedenfalls und macht zudem geltend, sie habe dem Ehemann alle gewünschten Gegenstände ausgehändigt. Was zutrifft, lässt sich nicht rasch und eindeutig klären, womit keine liquiden tatsächlichen Verhältnisse vorliegen. Damit fehlt es auch für das Verfahren des raschen Rechtsschutzes an einer Prozessvoraussetzung.

4. Strafrechtspflege

96

Art. 3 Abs. 2 StP (sGS 962.1). Die Vorschriften des Gerichtsgesetzes über die Zeitbestimmungen sind grundsätzlich zwingend einzuhalten.

Anklagekammer, 21. November 2006

Aus den Erwägungen:

2. Die Fristansetzung in der angefochtenen untersuchungsrichterlichen Mitteilung an die Parteien vom 1. September 2006, nämlich «bis zum 15. September 2006 (Posteingang)», gibt zu folgenden aufsichtsrechtlichen Bemerkungen Anlass:

Die Vorschriften des Gerichtsgesetzes über Ordnungsstrafen, Eingaben, Eröffnung von Mitteilungen und Entscheiden, Zeitbestimmungen und Gebühren werden im Untersuchungs- und im Anklageverfahren sowie im Beschwerdeverfahren und in der Jugendstrafrechtspflege sachgemäss angewendet (Art. 3 Abs. 2 StP). Ergänzende Bestimmungen finden sich in der Gerichtsordnung vom 19. April 1991.

Entsprechend den gesetzlichen Fristen für Rechtsmittel (vgl. Art. 232, 239 f., 256 StP) und andere Rechtsbehelfe (z. B. Art. 171 Abs. 1, 186 Abs. 1 StP) sowie dem Grundgedanken der Zeitbestimmungen gemäss den Art. 77 ff. des Gerichtsgesetzes sind Fristen – abgesehen von Vorladungsterminen – in der Regel mit einer bestimmten Anzahl von Tagen (oder allenfalls einer längeren Zeiteinheit) anzugeben. So enthält das Gerichtsgesetz klare Regelungen über die Berechnung solcher Fristen (vgl. Art. 82 bis 84 GerG). Eine Abweichung vom erwähnten Grundsatz ist grundsätzlich nur ausnahmsweise zulässig, z. B. im Falle zeitlicher Dringlichkeit oder auch nach Vereinbarung. Im vorliegenden Fall sind keine solchen oder ähnlichen Gründe ersichtlich.

Am Gesagten vermag nichts zu ändern, dass gemäss Art. 179 Abs. 1 StP den Parteien «eine angemessene Frist» anzusetzen ist. Der Gesetzgeber wollte damit offensichtlich dem Umstand Rechnung tragen, dass der Untersuchungsrichter bei der Bestimmung der (angemessenen) Frist dem Umfang und der Schwierigkeit des einzelnen Falles Rechnung tragen kann. Dies entbindet indes den Untersuchungsrichter nicht, im Regelfall die Frist auf eine bestimmte Anzahl einer Zeiteinheit festzusetzen.

Im Übrigen führt im vorliegenden Fall die am 1. September 2006 (Versand der Parteimitteilung) auf den 15. September 2006 (Posteingang) festgesetzte Frist dazu, dass der Beschwerdeführerin, gerechnet ab dem Tag nach dem Eingang (vgl. Art. 82 Abs. 1 GerG), nicht einmal eine Frist von 14 Tagen zur Verfügung stand. Dies umso mehr, als eine allfällige Eingabe innert angesetzter Frist bei der Vorinstanz eingehen musste. Diesbezüglich kommt hinzu, dass es nicht angeht, beim postalischen Versand die Partei das Risiko des fristgerechten Eingangs bei der Be-

hörde tragen zu lassen. Gemäss Art. 84 Abs. 2 zweiter Satz GerG gilt vielmehr die Frist als eingehalten, wenn eine Eingabe bis 24 Uhr des letzten Tages der schweizerischen Post übergeben wurde.

97

Art. 6 Abs. 2 StP (sGS 962.1). Selbständige Zwangsmassnahmen durch die Polizei.

Anklagekammer, 26. September 2006

Aus den Erwägungen:

2.2 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). Es ist ihr insbesondere – unter Vorbehalt der Einbringung bei Gefahr in Verzug gemäss Art. 114 StP, der Feststellung der Personalien nach Art. 28 Abs. 2 PG und des Gewahrsams im Sinne von Art. 40 PG – verwehrt, eine Person gegen ihren Willen auf den Polizeiposten zu holen, um sie dort zu befragen (vgl. GVP 1982 Nr. 50).

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). ... 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.

2.3 Nachdem gegen den Anzeiger eine Strafanzeige wegen Verdachts des Exhibitionismus vorlag, ist – auch wenn er sich bei seiner Anhaltung personell ordnungsgemäss ausgewiesen hatte – zumindest aus zeitlichen Gründen seine Überführung auf den Polizeiposten grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Polizeibeamten wären aber verpflichtet gewesen, umgehend den Untersuchungsrichter zu benachrichtigen und bei ihm die Anweisungen über das weitere Vorgehen einzuholen. Eine zwischenzeitliche Anhörung des Festgenommenen durch die Polizei ist mit seinem Einverständnis möglich, nicht jedoch gegen seinen Willen. Eine, auch nur vorübergehende, Unterbringung in einer Zelle ohne entsprechende Anordnung des Untersuchungsrichters ist grundsätzlich nicht zulässig. Von dieser Regel kann nur abgewichen werden bei Gefahr in Verzug oder bei Vorliegen von anderen wichtigen Gründen. Eine – wenn auch nur sehr kurz dauernde – Unterbringung in einer Zelle muss aber immer auch in Bezug auf den in Frage kommenden Straftatbestand als verhältnismässig erscheinen. Dies ist bei Verdacht der Widerhandlung einzig gegen ein Antragsdelikt im Regelfall nicht gerechtfertigt. Der vom Anzeiger geltend gemachte Straftatbestand des Exhibitionismus sieht eine Strafandrohung von (lediglich) maximal sechs Monaten Gefängnis vor (vgl. Art. 194 StGB).

98

Art. 6 Abs. 2 und 3 StP (sGS 962.1). Selbständige Tätigkeit der Polizei bei Abklärungen über mutmasslich strafbare Handlungen. Polizeiliche Einvernahmen.

Anklagekammer, 24. Oktober 2006

Aus den Erwägungen:

3.1 Der Polizei obliegt in eigener Kompetenz die Aufdeckung strafbarer Handlungen, die Fahndung nach dem Täter sowie die Ermittlung und Sicherung von Spuren und Beweismitteln (Art. 6 Abs. 1 StP). Diese selbständige Tätigkeit richtet sich vor der Eröffnung einer Strafuntersuchung nach den Vorschriften des Polizeigesetzes (Art. 6 Abs. 2 StP). Wird aber – sei es aufgrund einer Anzeige eines Dritten, einer polizeilichen Rapporterstattung oder von Amtes wegen – eine Strafuntersuchung eröffnet, endet die selbständige Tätigkeit der Polizei. Nach Eröffnung der Strafuntersuchung hat sie – unter Vorbehalt der gesetzlich zugewiesenen Befugnisse bei Gefahr im Verzug – die Anordnungen der Staatsanwaltschaft (und der Gerichte) auszuführen (Art. 6 Abs. 3 StP).

Über die Eröffnung der Strafuntersuchung entscheidet der Untersuchungsrichter nach pflichtgemäßem Ermessen (Art. 173 StP). Die Eröffnung selbst erfolgt in Be-

zug auf einen bestimmten Sachverhaltskomplex. Weist dieser – was insbesondere bei gewerbsmässig begangenen Straftaten der Fall sein dürfte – mehrere Einzelkomponenten auf, obliegt es dem Untersuchungsrichter und nicht der Polizei, die sachlichen und persönlichen Umstände abzuklären, die für das richterliche Urteil oder die Aufhebung des Verfahrens von Bedeutung sein können (Art. 172 StP).

3.2 Dies bedeutet indessen nicht, dass der Polizei nach eröffneter Untersuchung keine weiteren Aufgaben mehr zukommen. Sie bleibt einerseits gestützt auf Art. 6 Abs. 1 StP für die Fahndung zuständig und hat andererseits nach Art. 6 Abs. 3 StP die ihr vom Untersuchungsrichter erteilten Aufträge auszuführen. Entscheidend ist aber, dass in diesem Stadium des Verfahrens, d. h. nach eröffneter Untersuchung, die Staatsanwaltschaft «Herrin des Verfahrens» ist und dementsprechend auch die Untersuchungsführung bestimmt. Ein selbständiges polizeiliches Ermittlungsverfahren – wie es etwa der Entwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung kennt (Art. 305 EStPO) – ist dem st.gallischen Strafprozessgesetz nicht bekannt.

3.3 Der Untersuchungsrichter darf zwar Befragungen an die Polizei delegieren. Zu beachten bleibt aber, dass die polizeiliche Einvernahme nur bei Übertretungen sowie zur Abklärung von Nebenumständen eines Verbrechens oder Vergehens genügt (Art. 75 Abs. 2 StP, Art. 82 Abs. 2 StP). Dient die Einvernahme (bei Verbrechen oder Vergehen) der Beweisführung im Strafverfahren, ist sie nach der gesetzlichen Konzeption zwingend durch den Untersuchungsrichter durchzuführen (Art. 75 Abs. 1 StP, Art. 82 Abs. 1 StP).

3.4. Bei der Abgrenzung zwischen polizeilicher Befragung und untersuchungsrichterlicher Einvernahme geht es nicht so sehr um eine organisationsrechtliche Aufgabenverteilung. Sie steht vielmehr in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Parteirechte im Strafverfahren. Die vielfältigen Teilnahme- und Mitwirkungsrechte der Parteien gelangen uneingeschränkt erst im Untersuchungsverfahren – und damit erst bei der Einvernahme durch den Untersuchungsrichter – zur Anwendung. Eine Verwertung der Einvernahmeprotokolle im gerichtlichen Beurteilungsverfahren setzt deshalb in aller Regel voraus, dass die beweisbildenden Aussagen vor dem Untersuchungsrichter und unter Wahrung der Parteirechte gemacht worden sind.

99

Art. 30 StP (sGS 962.1). Bestimmung des Gerichtsstands.

Vizepräsident des Kantonsgerichts, 8. Dezember 2006

Aus den Erwägungen:

Art. 30 StP erklärt den Kantonsgerichtspräsidenten zuständig zum Entscheid über Anstände betreffend örtliche Zuständigkeit im Gerichtsverfahren. Dem Gesetz lässt sich weder entnehmen, was unter «Anständen» zu verstehen ist, noch regelt es das anwendbare Verfahrensrecht. Es liegt diesbezüglich eine echte Gesetzeslücke vor, die mit den anerkannten Mitteln der richterlichen Rechtsfortbildung zu füllen ist. Dabei liegt es nahe, sich an den bewährten Grundsätzen im Bereich der interkantonalen Gerichtsstandsstreitigkeiten zu orientieren. Die Staatsanwaltschaft entscheidet zunächst in eigener Kompetenz über die Frage des Gerichtsstands und erhebt Anklage bei demjenigen Kreisgericht, das sie als örtlich zuständig betrachtet. Verneint das Kreisgerichtspräsidium seine Zuständigkeit, findet in analoger Anwendung der interkantonalen Regelung (vgl. E. Schwenk / F. Bänziger, Interkantonale Gerichtsstandsbestimmung in Strafsachen, 2. Aufl., Bern 2004, N. 561 ff.) ein Meinungsaustausch mit dem Ersten Staatsanwalt statt (vgl. dazu auch die frühere Regelung von Art. 137 Abs. 2 aStP). Kommt keine Einigung zustande, unterbreitet der Erste Staatsanwalt die Sache dem Kantonsgerichtspräsidium zur Bestimmung des Gerichtsstands. Für das Verfahren vor dem Kantonsgerichtspräsidium werden die (für interkantonale Gerichtsstandsstreitigkeiten) geltenden Regeln (vgl. dazu E. Schwenk / F. Bänziger, a. a. O., N. 584 ff.) in analoger Weise angewendet.

6. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die funktionalen Kompetenzen der Beamten der Staatsanwaltschaft zu trennen sind von der örtlichen Zuständigkeit der einzelnen Untersuchungsämter. Der Untersuchungsrichter eines regionalen Untersuchungsamts ist auf der Grundlage der (innerkantonal) organisationsrechtlichen Regelung zwar befugt, Anklage (auch) bei einem ausserhalb der eigenen Untersuchungsregion liegenden Kreisgericht zu erheben. Damit nicht geklärt ist aber die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Kreisgerichts, welche sich nach Art. 29 Abs. 1 StP ausschliesslich nach Art. 346 ff. StGB bestimmt.

Aus der Formulierung von Art. 7 Abs. 1 StP (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 StP) ist zu schliessen, dass das kantonale Untersuchungsamt für das gesamte Kantonsgebiet zuständig ist, während der Zuständigkeitsbereich der regionalen Untersuchungsämter – nicht unter funktionalen, sondern unter gerichtstandsrechtlichen Gesichtspunkten – grundsätzlich auf die Untersuchung von Straftaten beschränkt ist, bezüglich derer in der betreffenden Region (Art. 1 StPV) gestützt auf Art. 346 ff. StGB ein Gerichtsstand gegeben ist. Abweichungen von diesem Grundsatz sind insofern zulässig, als der Erste Staatsanwalt gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. e StP im

Einzelfall aus wichtigen Gründen Untersuchungen abweichend von der örtlichen Zuständigkeit einem Untersuchungsamt zuteilen kann.

Das Strafverfahren gegen X.Y. und Mitbeteiligte beschränkte sich in einer ersten Phase auf den Tatbestand des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage in St.Margrethen und in Haag und wurde von der Staatsanwaltschaft im Februar 2002 aufgrund eines Gerichtsstandsersuchens von den Strafuntersuchungsbehörden des Kantons Appenzell Ausserrhoden übernommen und zur Behandlung dem Untersuchungsamt Altstätten zugewiesen. In der Folge ergaben sich Hinweise, dass X.Y. in zahlreichen Fällen mit Hilfe gefälschter Lohnabrechnungen und anderer Urkunden Darlehen und Bankkredite erwirkt, Gebrauchsgegenstände geleast und Waren auf Kredit gekauft hatte. Mit Anklageschrift vom 22. August 2006 wurde X.Y. wegen gewerbsmässigem Betrug, betrügerischem Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage, gewerbsmässigem Kreditkartenmissbrauch, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfacher Fälschung von Ausweisen und grober Verkehrsregelverletzung zur gerichtlichen Beurteilung überwiesen.

Nachdem das Kreisgerichtspräsidium Untertoggenburg-Gossau die örtliche Zuständigkeit verneint hatte, gelangte die Staatsanwaltschaft Altstätten an das Kantonsgerichtspräsidium zur Bestimmung des Gerichtsstands. Es kann nun nicht Aufgabe des Kantonsgerichtspräsidiums sein, in den umfangreichen Akten nach Anhaltspunkten für eine sachgerechte Bestimmung des Gerichtsstands zu suchen. Will die Staatsanwaltschaft an einem Gericht ausserhalb der eigenen Region Anklage erheben, muss die Begründung für ein Abweichen von den ordentlichen Zuständigkeitsregeln so abgefasst sein, dass ihr ohne Durchsicht der Akten die für die Bestimmung des Gerichtsstands erforderlichen und wesentlichen Tatsachen entnommen werden können. Es ist in einer kurzen, aber vollständigen Übersicht darzulegen, welche strafbaren Handlungen dem Angeschuldigten zur Last gelegt werden, wie die aufgrund der Aktenlage in Frage kommenden Straftaten rechtlich zu würdigen sind und welche konkreten Verfolgungshandlungen von welchen Behörden zu welchem Zeitpunkt vorgenommen worden sind (BGE 116 IV 175 f.). Diesen Anforderungen vermögen weder die Anklageschrift oder die in der Zwischenzeit ergangene Korrespondenz noch die Eingabe an das Kantonsgerichtspräsidium vom 29. September 2006 zu genügen.

Eine summarische Durchsicht der Anklageschrift zeigt, dass die Zuständigkeit des Kreisgerichtes Untertoggenburg-Gossau keineswegs zwingend ist. Unbestritten scheint jedenfalls zu sein, dass unter dem Gesichtspunkt der schwersten Straftat i. S. von Art. 350 Ziff. 1 StGB vom Straftatbestand des gewerbsmässigen Betrugs (Art. 146 Abs. 2 StGB) auszugehen ist. Der erste zur Anklage gebrachte Betrug (Ziff. S 3; Seite 11) wurde noch vor der Übernahme des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft Altstätten am 11. Februar 2002 in St.Gallen verübt; wann die Untersuchung wegen dieses Delikts angehoben wurde (vgl. Art. 350 Ziff. 2 StGB), lässt sich der Anklageschrift nicht entnehmen. Ausführungsort des zweiten Betrugsversuchs vom 11. März 2002 (Ziff. S 3, Seite 15), des dritten Betrugs vom

30. Juli 2002 (Ziff. S 4, Seite 17) und des vierten Betrugs vom 11. Januar 2003 (Ziff. S 5, Seite 22) war ebenfalls St.Gallen. Die späteren Tatvorwürfe beziehen sich auf zahlreiche betrügerische Krediterhebungen in verschiedenen Kantonen, wobei nähere Details zu den Ausführungsorten in aller Regel nicht bekannt sind.

Die Staatsanwaltschaft Altstätten macht nun geltend, für den Gerichtsstand massgebend sei die Tatsache, dass X.Y. die bei den diversen Betrugshandlungen verwendeten Urkunden in aller Regel an ihrem späteren Wohnort in Arnegg (ab Ende 2002) gefälscht habe; diese Urkundenfälschungen seien als Vorbereitungshandlung zum gewerbsmässigen Betrug zu qualifizieren. Blosser Vorbereitungshandlungen sind aber für die Bestimmung des Gerichtsstands in aller Regel nicht massgebend (E. Schweri / F. Bänziger, a. a. O., N. 64); es sei denn, diese Vorbereitungshandlungen wären strafbar und in diesem Sinn für die Gerichtsstandsbestimmung entscheidend. Nachdem die von der Staatsanwaltschaft Altstätten geltend gemachte Zuständigkeit jedoch nicht an den Straftatbestand der mehrfachen Urkundenfälschung, sondern an denjenigen des gewerbsmässigen Betrugs anknüpft, sind die selbständig – wenn auch im Hinblick auf die späteren Betrugshandlungen – verübten Delikte für die Gerichtsstandsbestimmung unbeachtlich.

Ebenso wenig kann aber von einem eigentlichen Schwergewicht der deliktischen Tätigkeit im Zuständigkeitsbereich des Kreisgerichtes Untertoggenburg-Gossau gesprochen werden. Die Überlegungen, die den gesetzlichen Gerichtsstand als unzweckmässig erscheinen lassen und deshalb in Analogie zu Art. 263 BStP eine abweichende Gerichtsstandsfestsetzung rechtfertigen würden, müssten sich geradezu gebieterisch aufdrängen (BGE 86 IV 61). Dies ist in Berücksichtigung der Vielzahl konkurrenzierender Ausführungsorte offensichtlich nicht der Fall.

Entscheidend ist nun aber, dass eine einmal begründete Zuständigkeit – sei es durch ausdrückliche oder konkludente Anerkennung oder durch Vereinbarung zwischen den beteiligten Kantonen oder Regionen – nachträglich nur geändert werden kann, wenn sich erhebliche neue Tatsachen ergeben, die zum Zeitpunkt des Entscheids noch nicht bekannt waren oder wenn sich aufgrund anderer triftiger Gründe eine Neuurteilung geradezu aufdrängt (BGE 113 Ia 170f.; GVP 1982 Nr. 52). Mit der Übernahme des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft und der Zuteilung der Strafuntersuchung an das Untersuchungsamt Altstätten anerkannten die Strafuntersuchungsbehörden die Zuständigkeit der Untersuchungsregion Altstätten. Bis zur Einreichung der Anklageschrift beim Kreisgericht Untertoggenburg-Gossau wurde von Seiten des Untersuchungsamtes Altstätten nie ein Vorbehalt zur Zuständigkeitsfrage angebracht und wurde auch innerhalb der Staatsanwaltschaft nie eine Umteilung auf ein anderes Untersuchungsamt vorgenommen. Nachdem die für die Bestimmung des Gerichtsstands massgebenden Fakten den Strafuntersuchungsbehörden seit annähernd vier Jahren bekannt waren, kommt eine Änderung der in der Untersuchungsregion Altstätten begründeten Zuständigkeit zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr in Frage; denn die Untersuchung darf jedenfalls nicht so weit fortgeschritten sein, dass ein Wechsel des Gerichtsstands

nicht mehr zu verantworten wäre oder das Sachurteil bereits unmittelbar bevorsteht (BGE 86 IV 67).

7. Die Staatsanwaltschaft entscheidet autonom über die Untersuchungsführung. Nachdem aber ihre interne Organisationsstruktur mit der örtlichen Zuständigkeit der Kreisgerichte nicht übereinstimmt, besteht an der Schnittstelle zwischen staatsanwaltschaftlicher Untersuchung und gerichtlicher Beurteilung ein Koordinationsbedarf. Soll bei einem Kreisgericht ausserhalb des örtlichen Zuständigkeitsbereichs eines regionalen Untersuchungsamts Anklage erhoben werden, hat deshalb die Staatsanwaltschaft für klare Verhältnisse besorgt zu sein.

Ergeben sich im Verlauf des Verfahrens Hinweise darauf, dass unter dem Gesichtspunkt der örtlichen Zuständigkeit eine Änderung des Gerichtsstands angezeigt erscheint, ist entweder intern eine Umteilung an das örtlich zuständige Untersuchungsamt vorzunehmen oder in geeigneter Weise klarzustellen, dass i. S. von Art. 9 Abs. 1 lit. e StP das bisher zuständige Untersuchungsamt das Verfahren abweichend von der örtlichen Zuständigkeit weiter führt. Jedenfalls kann es nicht angehen, dass ein regionales Untersuchungsamt nach Abschluss der Untersuchung unter Hinweis auf ausserhalb der Rechtsordnung liegende Überlegungen Anklage bei einem ausserhalb des eigenen Zuständigkeitsbereichs liegenden Kreisgericht erhebt.

100

Art. 51 StP (sGS 962.1). Die Vertretungsbefugnis infolge Unmündigkeit ist bei der Ausübung von höchstpersönlichen Rechten einer urteilsfähigen Person ausgeschlossen.

Anklagekammer, 8. November 2006

Eine Vormundschaftsbehörde erstattete Anzeige gegen den am 13. März 1986 geborenen Paul X. wegen Verdachts auf sexuelle Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 StGB, weil dieser seit April 2005 eine intime Beziehung mit der am 4. April 1991 geborenen Klara Y. gepflegt habe. Klara Y. selber reichte weder Strafnach noch Zivilklage ein. Das Untersuchungsamt stellte das Strafverfahren gegen Paul X. gestützt auf Art. 187 Ziff. 3 StGB definitiv ein. Die vom Beistand von Klara Y. beauftragte Rechtsanwältin erhob im Namen von Klara Y. Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung. Klara Y. hatte keinen Auftrag zur Beschwerdeeinreichung erteilt. Die Anklagekammer trat auf die Beschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen:

3. a) Klara Y. ist aufgrund ihres Alters unmündig. In Bezug auf die sexuellen Kontakte, welche sie freiwillig und innerhalb einer Liebesbeziehung vornahm, ist sie hingegen als urteilsfähig einzustufen.

b) Die sexuelle Freiheit und Selbstbestimmung stellen ein Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 28 ZGB dar, wobei dieses Recht bzw. dessen Ausübung als höchstpersönlich im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB zu gelten hat (Bucher, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. I.2.1., Bern 1976, Art. 19 N 222; Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. A., Basel 1999, N 154 f., 466, 512; BSK ZGB I – Meili, Art. 28 N 17; Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Rz 07.26).

Höchstpersönliche Rechte sind Rechte, die so persönlicher Natur sind, dass sie grundsätzlich nicht durch einen Vertreter ausgeübt werden dürfen, vielmehr müssen sie durch die betroffene Person selbst ausgeübt werden (Riemer, Personenrecht des ZGB, Bern 2002, § 3 N 79). Auch der urteilsfähige Unmündige ist fähig, die höchstpersönlichen Rechte selber auszuüben. Unter Ausübung der Rechte wird nicht nur die Geltendmachung eines subjektiven Rechts verstanden, sondern die Gesamtheit der Rechtsgeschäfte, der rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen und Willenserklärungen, die in irgendeiner Weise die Rechtsbeziehung des Erklärenden oder eines Dritten beeinflussen. Die diesbezügliche Handlungsfähigkeit umfasst auch die Prozessfähigkeit; damit können die höchstpersönlichen Rechte auch im Prozess selbständig geltend gemacht werden. Dabei muss dem urteilsfähigen Unmündigen die Befugnis zuerkannt werden, selbständig seine Rechte als Geschädigter im Strafverfahren gegen den Verletzer wahrzunehmen,

d. h. insbesondere prozessuale Anträge zu stellen oder ein Rechtsmittel gegen ein Urteil zu ergreifen. Im Bereich der höchstpersönlichen Rechte kann der Urteilsfähige nicht bloss selbständig handeln, sondern dessen Möglichkeit des selbständigen Handelns schliesst die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters (insbesondere bei ausdrücklicher Ablehnung durch den urteilsfähigen Unmündigen) aus (Bucher, Berner Kommentar, a. a. O., Art. 12 N 92a, 117 f., Art. 19 N 194 ff., 207 ff., 223 ff., 232, 295; Bucher, Natürliche Personen, a. a. O., N 153; Riemer, a. a. O., § 3 N 93; Hausheer/Aebi-Müller, a. a. O., Rz 07.21 ff., 07.71 ff., 10.17).

c) Die Einreichung eines Rechtsmittels gegen die definitive Einstellungsverfügung, mit welcher von der Strafverfolgung von Paul X. wegen sexuellen Handlungen abgesehen wurde, betrifft die höchstpersönlichen Interessen von Klara Y. Beim Strafverfahren gegen ihren ehemaligen Freund und Sexualpartner ist ihr Recht auf sexuelle Freiheit mitbetroffen, zumal sie sich auf die Liebesbeziehung und die sexuellen Handlungen freiwillig eingelassen hat. Ob sie dabei die sexuellen Handlungen gewollt hat und damit besondere Umstände nach Art. 187 Ziff. 3 StGB für ein Absehen von der Strafverfolgung vorliegen, betreffen damit ihr höchstpersönliches Recht auf sexuelle Freiheit. Eine Vertretung von Klara Y. in diesem höchstpersönlichen Recht durch den Beistand bzw. die von ihm (alleine) beauftragte Rechtsanwältin ist damit ausgeschlossen, womit es an einer Legitimation zur Einreichung der Beschwerde durch den Vertretungsbeistand bzw. der beauftragten Rechtsanwältin fehlt. Eine persönliche Beschwerde von Klara Y., welche diesbezüglich prozessfähig wäre, liegt nicht vor.

Zudem widerspricht dieses Rechtsmittel eindeutig dem klar geäusserten Willen von Klara Y., welche anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme ausdrücklich zu Protokoll gab, dass nach ihrer Meinung Paul X. für die Sexualkontakte mit ihr nicht bestraft werden soll. Der Wille von Klara Y. geht im Rahmen dieser höchstpersönlichen Rechte hinsichtlich der Eingehung sexueller Handlungen wie auch der Ablehnung einer Bestrafung des damaligen Freundes Paul X. klar vor. Damit ist auch eine Beschwer bzw. ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung zu verneinen (vgl. Art. 223 StP).

d) Zusammenfassend ist auf die Beschwerde mangels gültiger Vertretungsbefugnis (und mangels Beschwer) nicht einzutreten.

101

Art. 67 StP (sGS 962.1). Die Staatsanwaltschaft ist grundsätzlich berechtigt, in eigener Kompetenz über die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren zu entscheiden. Dabei ist weder eine Entbindung vom Amtsgeheimnis noch eine Ermächtigung durch die Anklagekammer erforderlich.

Anklagekammer, 16. August 2006

Die Regierung des Kantons St.Gallen forderte die Staatsanwaltschaft auf, sie zwecks Beantwortung einer im Kantonsrat eingereichten Einfachen Anfrage über den Stand der Ermittlungen einer Strafuntersuchung zu informieren. Die Staatsanwaltschaft unterbreitete den Entwurf ihrer entsprechenden Stellungnahme der Anklagekammer und ersuchte um Entbindung vom Amtsgeheimnis. Die Anklagekammer trat auf dieses Gesuch im Sinne der Erwägungen nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1. Behördemitglieder und Beamte sind grundsätzlich an das Amtsgeheimnis gebunden (vgl. Art. 68 Staatsverwaltungsgesetz; Art. 37 GerG). Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, unterliegt der Strafandrohung von Art. 320 Ziff. 1 StGB. Nach Ziff. 2 dieser Bestimmung ist der Täter nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde offenbart hat.

Als Erstes bleibt zu klären, welche Behörde als «vorgesetzte Behörde» i. S. von Art. 320 Ziff. 2 StGB zu gelten hat. Art. 69 Staatsverwaltungsgesetz räumt in grundsätzlicher Hinsicht dem jeweiligen Departementsvorsteher oder der jeweiligen Departementsvorsteherin das Recht ein, die Bekanntgabe von Angelegenheiten, die dem Amtsgeheimnis unterliegen, zu bewilligen.

Art. 68 StP macht die Herausgabe von amtlichen Akten für Zwecke eines Strafverfahrens von der Zustimmung des «zuständigen Departements» abhängig (vgl. auch Art. 132 ZPO). Art. 85 lit. a StP verlangt für die Zeugeneinvernahme eines Behördemitglieds oder Beamten über Tatsachen, die dem Amtsgeheimnis unterstehen, eine Ermächtigung durch die «zuständige Behörde». Für Richter, Gerichtsschreiber und das Personal der Gerichte findet sich eine analoge Regelung in Art. 38 GerG. Demzufolge entscheiden die Präsidenten des Kantonsgerichts und des Verwaltungsgerichts in deren Zuständigkeits- und Aufsichtsbereich, ob Gerichtsakten herauszugeben oder über Strafverfahren Auskünfte zu erteilen sind. Für das Kassationsgericht und für die Anklagekammer sind nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift «ihre Präsidenten» zuständig.

2. Keine der genannten Gesetzesbestimmungen vermag eine abschliessende Antwort auf die hier interessierende Frage zu geben. Das Staatsverwaltungsgesetz richtet sich an Behördemitglieder und Beamte, die in den hierarchischen Aufbau der Staatsverwaltung integriert sind und dementsprechend einer einheitlichen Aufsicht unterstehen. Die (vergleichbaren) Bestimmungen des Gerichtsgesetzes regeln die Aktenherausgabe und die Erteilung von Auskünften durch gerichtliche Behörden und Beamten. Die Bestimmungen von Strafprozessgesetz (und Zivilprozessgesetz) schliesslich sind nicht anwendbar, weil sie die Auskunftgabe im Rahmen eines prozessualen Untersuchungs- oder Gerichtsverfahrens regeln.

3. Im Unterschied zu den übrigen Behördemitgliedern und Beamten untersteht die Staatsanwaltschaft einer geteilten Aufsicht (vgl. dazu Christoph Mettler, Staatsanwaltschaft, Basel 2000, 11). Während die administrative Aufsicht der Regierung bzw. dem Justiz- und Polizeidepartement obliegt (vgl. Art. 21 Abs. 1 StP), «wacht» die Anklagekammer in ihrer Eigenschaft als fachliche Aufsichtsbehörde «über die Einhaltung dieses Gesetzes (des Strafprozessgesetzes) durch die Strafverfolgungsbehörden und kann ihnen allgemeine Weisungen erteilen» (Art. 16 Abs. 1 StP). Der Anklagekammer, und nicht der Regierung, steht denn auch die Disziplinalgewalt über die Staatsanwälte und die Beamten und Angestellten der Staatsanwaltschaft zu (Art. 12 Abs. 2 lit. c Disziplinargesetz). Die geteilte Aufsicht durch Regierung und Anklagekammer zeigt, dass es sich bei der Staatsanwaltschaft nicht um eine blosse Verwaltungseinheit handelt, sondern dass ihr der Charakter einer eigenständigen Behörde, angesiedelt zwischen Verwaltung und Justiz, zukommt (vgl. dazu Walther Pfund, Geschichte und Stellung der Staatsanwaltschaft im st.gallischen Recht, Dornbirn 1921, 45 f.).

Die administrative Aufsicht durch die Regierung bezieht sich auf den äusseren Geschäftsgang und beschränkt sich in der Regel auf Vorkommnisse, welche die Funktionstüchtigkeit der Staatsanwaltschaft in Frage stellen (Christoph Mettler, a. a. O., 14). Ein fachliches Weisungsrecht der Regierung im konkreten Einzelfall besteht nicht (vgl. dazu auch BGE 107 Ia 255). Soweit andere Kantone ein beschränktes Weisungsrecht der Regierung kennen, beschränkt sich dieses in aller Regel auf die Kompetenz, einerseits Schwerpunkte der Strafverfolgung festzulegen und andererseits der Staatsanwaltschaft Weisungen zur Eröffnung (nicht aber zur Unterlassung) einer Strafuntersuchung zu erteilen (vgl. dazu Robert Hauser / Erhard Schweni / Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 97; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N. 101).

4. Nachdem der Regierung nur administrative, aber keine fachlichen Aufsichtsbefugnisse zukommen, steht ihr auch kein (rechtlich geschützter) Anspruch zu, von der Staatsanwaltschaft Auskünfte über die Einleitung und Durchführung konkreter Strafprozesse einzufordern (Christoph Mettler, a. a. O., 11 f.). Vielmehr hat sich die Staatsanwaltschaft bei der Herausgabe von Strafakten und der Erteilung von Auskünften auch gegenüber Regierung und Departement an die allgemeinen Grundsätze zu halten.

5. Art. 16 Abs. 1 StP räumt der Anklagekammer in ihrer Eigenschaft als fachliche Aufsichtsbehörde das Recht ein, den Strafverfolgungsbehörden, und damit insbesondere der Staatsanwaltschaft, allgemeine Weisungen zu erteilen. Zusätzlich ermächtigt Art. 67 StP die Anklagekammer, die Herausgabe von Strafakten und die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren zu regeln. Die Anklagekammer hat von dieser Delegationsbefugnis Gebrauch gemacht und im Jahr 2001 eine Weisung über die Akteneinsicht, die Herausgabe von Strafakten und die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren erlassen (GVP 2001 Nr. 75).

Nach Art. 2 der Weisung ist – je nach Konstellation – der mit der Untersuchung betraute Untersuchungsrichter oder der Staatsanwalt zuständig zum Entscheid über die Herausgabe von Strafakten und die Erteilung von Auskünften (vgl. auch Art. 67 Abs. 2 StP). Nachdem der Staatsanwalt als Leiter des Untersuchungsamtes ohnehin befugt ist, den Untersuchungsrichtern Weisungen zu erteilen und einzelne Untersuchungshandlungen selber vorzunehmen oder die Untersuchung selbst durchzuführen (Art. 8 StP), steht ihm auf jeden Fall das Recht zu, über die Herausgabe von Strafakten und die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren zu entscheiden.

Das bei der Herausgabe von Strafakten und der Erteilung von Auskünften einzuhaltende Verfahren ist in der genannten Weisung der Anklagekammer geregelt. Die Aktenherausgabe und Auskunfterteilung an die Regierung ist nach 3 lit. d der Weisung zulässig, wenn die geltend gemachten Interessen das öffentliche oder private Interesse an der Geheimhaltung überwiegen. Um diese Interessenabwägung vornehmen zu können, ist den Betroffenen nach Art. 4 der Weisung Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

6. Die Staatsanwaltschaft wird deshalb zunächst eine Interessenabwägung vorzunehmen haben. In diesem Zusammenhang wird sie insbesondere zu beachten haben, dass dem verfassungsmässigen Grundsatz der Gewaltentrennung in einem demokratischen Rechtsstaat ein hoher Stellenwert zukommt. Nach Art. 55 KV fassen Kantonsrat, Regierung und Gerichte ihre Beschlüsse je unabhängig. Aus dieser Garantie erwächst den staatlichen Behörden ein gegenseitiges «Einmischungsverbot» (Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, 236). Für jede der drei Gewalten sind denn auch unterschiedliche Zuständigkeiten und Verfahrensregelungen vorgesehen.

Im Bereich der Strafuntersuchung ist in erster Linie die Konferenz der Staatsanwälte für die Gewährleistung einer einheitlichen Gesetzesanwendung und die sachgerechte Aufgabenerfüllung durch die Untersuchungs- und Polizeiorgane zuständig (Art. 10 Abs. 1 StP). Gegen Verfügungen der Untersuchungsbehörden stehen die Beschwerde (Art. 230 StP), allenfalls die Rechtsverweigerungsbeschwerde (Art. 254 StP) oder die Aufsichtsbeschwerde (Art. 16 Abs. 1 StP) an die Anklagekammer zur Verfügung. Insofern sind Beanstandungen an konkreten Untersuchungsverfahren von den dazu Berechtigten auf dem dafür gesetzlich vorgesehenen Weg vorzubringen. Parlamentarische Aufsichtsrechte bilden weder einen Ersatz für fehlende

Rechtsmittelmöglichkeiten noch erlauben sie dem einzelnen Parlamentarier oder der einzelnen Parlamentarierin, sich in Belange der einer Justizaufsicht unterstehenden Verfahren der Staatsanwaltschaft einzumischen. Vorbehalten bleiben die Befugnisse des Kantonsrats im Rahmen seiner Oberaufsicht über das Strafverfahren (Art. 22 Abs. 1 StP), welche von der Rechtspflegekommission vorbereitet und vom Kantonsrat in seiner Gesamtheit wahrgenommen werden (Art. 14 Kantonsratsreglement).

7. Die vom Justiz- und Polizeidepartement gewünschten Auskünfte stehen im Zusammenhang mit der Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage durch die Regierung. Die fehlende Berechtigung des einzelnen Parlamentariers oder der einzelnen Parlamentarierin, auf dem Weg eines parlamentarischen Vorstosses Auskunft über eine konkrete Strafuntersuchung zu erhalten, legt es nahe, bei der Beantwortung eine gewisse Zurückhaltung an den Tag zu legen. Aus Sicht der Anklagekammer steht nichts entgegen, zum allgemeinen Gang des Verfahrens, zur Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft sowie zum Einsatz der Mittel Stellung zu nehmen. Hingegen erscheint es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht erforderlich, die einzelnen Untersuchungshandlungen unter Einbezug der aktuellen Beweisergebnisse darzulegen und insbesondere die Identität weiterer Betroffener offenzulegen.

8. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Staatsanwaltschaft grundsätzlich berechtigt ist, in eigener Kompetenz über die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren zu entscheiden. Eine Entbindung vom Amtsgeheimnis bzw. eine Ermächtigung durch die Anklagekammer ist dazu nicht erforderlich. Hingegen sind die in der Weisung der Anklagekammer über die Akteneinsicht, die Herausgabe von Strafakten und die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren festgelegten Grundsätze und Modalitäten zu beachten.

102

Art. 141 StP (sGS 962.1). Ernte und Verarbeitung von beschlagnahmten Hanfpflanzen: Zulässigkeit und Auflagen bzw. Bedingungen. Das Produkt der Verarbeitung unterliegt grundsätzlich weiterhin der prozessualen Beschlagnahme.

Anklagekammer, 29. September 2006

Die Staatsanwaltschaft beschlagnahmte die Hanfpflanzen auf verschiedenen Feldern wegen Verdachts auf Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und verfügte, dass die Hanfpflanzen bis zum Entscheid des Sachrichters am jetzigen Standort vollständig erhalten bleiben müssen oder unter polizeilicher Aufsicht vernichtet

werden können. Die Betroffenen (Beschwerdeführer) verlangten mit der Beschwerde die Freigabe der Pflanzen. Sie wiesen insbesondere darauf hin, dass sie den Hanfanbau dem kantonalen Landwirtschaftsamt gemeldet hätten. Zudem reichten sie je einen «Hanfanbauvertrag zur Gewinnung von ätherischen Ölen und Essenzen» ein. Die Anklagekammer schützte die Beschwerden teilweise und bewilligte die Ernte sowie die Verarbeitung der Hanfpflanzen unter Auflagen. Sie hielt aber fest, dass das dabei produzierte Destillat anstelle der Hanfpflanzen weiterhin der Beschlagnahme unterliege.

Aus den Erwägungen:

2. Beschlagnahmt werden Gegenstände und Vermögenswerte, die als Beweismittel dienen können oder deren Einziehung oder Verfall an den Staat in Frage kommt (Art. 141 Abs. 1 lit. a und b StP). Im Gesetz nicht besonders erwähnt, aber allgemeine Voraussetzung für die Anordnung eines jeden strafprozessualen Zwangsmittels ist ein hinreichender, objektiv begründeter konkreter Tatverdacht.

a) Nach Art. 1 Abs. 2 lit. a Ziff. 4 BetmG fällt Hanfkraut als Rohmaterial unter die vom Betäubungsmittelgesetz erfassten Substanzen. Dient das Hanfkraut der Gewinnung von Betäubungsmitteln, so verbietet Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG ausnahmslos Anbau und Inverkehrbringen. Wann Hanfkraut als Rohmaterial resp. als gebrauchsfertiges Betäubungsmittel zu gelten hat, geht aus dem Betäubungsmittelgesetz nicht hervor. Die Gesetzgebung zu den Lebensmitteln und der Landwirtschaft erlauben in bestimmten Fällen Anbau und Verkauf von Hanf. Dabei wurden durch die Bundesämter Grenzwerte für den Gehalt an THC festgesetzt, die nicht überschritten werden dürfen, damit die zugelassenen Produkte und Hanfsorten nicht als Betäubungsmittel missbraucht werden. Beim Industrierhanf liegt der Grenzwert bei einem THC-Gehalt von 0,3 Prozent. Dieser Grenzwert kann als Massstab dafür dienen, ab welchem Gehalt an THC ein Hanfprodukt als Betäubungsmittel gelten muss und nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG nicht mehr in Verkehr gebracht werden darf (vgl. BGE 126 IV 198 E. 1.).

b) Der THC-Gehalt der beschlagnahmten Hanffelder liegt über diesem Grenzwert. Damit war zumindest im Sinne eines Anfangstatverdachts davon auszugehen, dass die beschlagnahmten Hanfprodukte Betäubungsmittel darstellen können, welche grundsätzlich nicht in Verkehr gebracht werden dürfen. Den Beschwerdeführern steht jedoch der Nachweis eines legalen Verwendungszweckes offen, wofür sie bei Überschreitung des festgelegten Grenzwertes von einem THC-Gehalt von 0,3 Prozent im Sinne einer Beweislastumkehr eine Nachweispflicht trifft.

c) Die Beschwerdeführer machen eine Verarbeitung zu ätherischen Ölen und Essenzen mittels einer Destillationsanlage geltend. Der Hanfanbau wurde dem Landwirtschaftsamt St.Gallen ordnungsgemäss gemeldet und damit offen gelegt. Zudem wurde um Direktzahlungen für diese Anbauflächen ersucht. Die Abnahme der Hanfprodukte durch die X. Y. GmbH zur Gewinnung von ätherischen Ölen und Essenzen ist vertraglich geregelt. Der X. Y. GmbH wurde die Erstellung sowie die

Inbetriebnahme einer Destillationsanlage für die Herstellung von ätherischen Ölen aus Hanfblüten und sonstigen Kräutern von der Eidgenössischen Alkoholverwaltung bewilligt. Der Anfangs- und Endzeitpunkt einer Destillationsphase muss von der X. Y. GmbH gemeldet werden, überdies ist die Destillationsanlage, wird sie länger als sieben Tage nicht verwendet, plombiert. Die Entplombierung kann nur durch einen Aussendienstmitarbeiter der Eidgenössischen Alkoholverwaltung vorgenommen werden, was eine «Schwarzdestillation» bei gemeldeten Geräten praktisch verunmöglicht. Bei der Eidgenössischen Alkoholverwaltung bestehen keine konkreten Anhaltspunkte, dass ein nicht legaler Verwendungszweck bestehen könnte. Überdies ist durch die X. Y. GmbH eine Rohstoffbuchhaltung und ein Brennbuch zu führen mit der genauen Angabe der Rohstoffe, Mengen, Sorte, Herkunft etc., welches von einem Aussendienstmitarbeiter der Eidgenössischen Alkoholverwaltung kontrolliert wird. Die zu destillierenden wie auch die abdestillierten Rohstoffe müssen unter Verschluss aufbewahrt werden, die Denaturierung oder Vernichtung der abdestillierten Rohstoffe steht ebenfalls unter Kontrolle. Aus der von der X. Y. GmbH eingereichten Kopie des Rohstoff- und Brennbuches sind keine Unregelmässigkeiten erkennbar. Ebenso wurden von der X. Y. GmbH Bestätigungsschreiben des freiburgischen Untersuchungsrichters eingereicht, wonach keine Einwände gegen die Destillation von Hanf zu THC-freien Produkten erhoben würden. Schliesslich wurden von der X. Y. GmbH Arbeitsrapporte wie auch verschiedene Rechnungsunterlagen und eine Vereinbarung im Zusammenhang mit dem Handel mit ätherischem Hanföl bzw. Hanfdestillat eingereicht.

d) Damit wurde von den Beschwerdeführern ein legaler Verwendungszweck der Hanfpflanzen zumindest glaubhaft gemacht. Eine vom Untersuchungsrichter bereits am 28. Juli 2006 in Auftrag gegebene polizeiliche Abklärung hinsichtlich der X. Y. GmbH bzw. einer legalen Verwendung der Hanfpflanzen liegt immer noch nicht vor. Dies, obwohl der Erntezeitpunkt der beschlagnahmten Hanffelder unmittelbar bevorsteht und damit ein dringender Handlungsbedarf vorliegt. Nachdem sich der Tatverdacht nicht verdichtete, vielmehr ein legaler Verwendungszweck glaubhaft dargetan wurde, rechtfertigt sich eine Aufrechterhaltung der Beschlagnahme der Hanffelder mit einer Erhaltungspflicht der Hanfpflanzen nicht mehr. Den Beschwerdeführern ist zu gestatten, die Hanfpflanzen unter vom Untersuchungsamt zu regelnder Aufsicht zu ernten und entweder zu trocknen oder direkt dem Destillationsvorgang durch die X. Y. GmbH zuzuführen. Da es sich bei der Destillationsanlage um eine mobile Apparatur handeln soll, ist durch das Untersuchungsamt abzuklären und festzulegen, ob eine Destillation am Ort der Hanffelder oder am Sitz der X. Y. GmbH vorzunehmen ist. Ebenso ist unter vom Untersuchungsamt zu regelnder Aufsicht eine fachgerechte Entsorgung der abdestillierten Rohstoffe vorzunehmen bzw. sicherzustellen, um eine allfällige illegale Verwendung der noch THC enthaltenden «Abfallprodukte» zu verhindern. Diese Freigabe zur Ernte erfolgt indes nur unter der Auflage, dass der Hanf ausschliesslich zum erwähnten legalen Zweck verwendet wird und über die Ernte, einen allfälligen Transport, die Verarbeitung und die

fachgerechte Entsorgung der abdestillierten Rohstoffe lückenlos Buch geführt wird, um eine allfällige illegale Verwendung zu Betäubungsmittelzwecken ausschliessen zu können. Das aus den Hanfpflanzen produzierte Destillat unterliegt anstelle der Hanfpflanzen bis zur abschliessenden (allenfalls durch den Sachrichter vorzunehmenden) Feststellung des Verwendungszweckes weiterhin der Beschlagnahme.

103

Art. 145 Abs. 3 StP (sGS 962.1). Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände oder Vermögenswerte, wenn mehrere Personen darauf Anspruch erheben.

Anklagekammer, 5. Januar 2006

Das Untersuchungsamt wollte die bei der Bank X. Y. beschlagnahmten Vermögenswerte des Angeschuldigten freigeben. Weil sowohl die mutmasslich geschädigten Firmen als auch die Bank die beschlagnahmten Gelder beanspruchten, verfügte das Untersuchungsamt gestützt auf Art. 145 Abs. 3 StP, dass die gesperrten Vermögenswerte den geschädigten Firmen «uneingeschränkt und ohne Verrechnungsbefugnis von Seiten» der Bank zugesprochen werden. Gleichzeitig wurde der Bank eine Frist zur zivilrechtlichen Klageerhebung angesetzt. Die Anklagekammer schützte die von der X. Y. Bank (Beschwerdeführerin) gegen diese Verfügung eingereichte Rechtsverweigerungsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

2. Im vorliegenden Verfahren ist unbestritten, dass die Vermögenswerte auf den Konten des Angeschuldigten bei der Beschwerdeführerin mutmasslich aus deliktischer Herkunft stammen und strafprozessual gesperrt sind. Ebenso ist nicht streitig, dass damit diese Vermögenswerte grundsätzlich einzuziehen oder an die Geschädigten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes auszuhändigen sind (vgl. Art. 58 und 59 StGB).

Die Strafverfolgungsbehörden wollen nun die (strafprozessuale) Beschlagnahme der streitigen Konten aufheben und die entsprechenden Vermögenswerte «der berechtigten Person» zurückgeben. Da sowohl die Beschwerdeführerin (teilweise) als auch die mutmasslich geschädigten Firmen darauf Anspruch erheben, erliess die Vorinstanz eine Verfügung gemäss Art. 145 Abs. 3 StP. Dieses Vorgehen ist dem Grundsatz nach nicht bestritten. Es ist grundsätzlich bereits während des laufenden Strafverfahrens zulässig und ist zwingend einzuhalten, wenn – wie im vorliegenden Fall – mehrere Personen Anspruch auf die zurückzugebenden Vermögenswerte erheben. Als Folge dieses Rückgabeverfahrens bleibt die Beschlag-

nahme so lange aufrechterhalten, bis feststeht, an welche Person(en) und in welchem Umfange das Geld zurückzugeben ist.

Mit der von den Strafverfolgungsbehörden angeordneten Sperre der Konten bei der Beschwerdeführerin ist gewährleistet, dass der Angeschuldigte keinen Zugriff auf die mutmasslich deliktisch erlangten Vermögenswerte hat. Er selber erhebt hierauf auch keinen Anspruch. Die Vorinstanz hat mit dem streitigen Entscheid nicht nur die Aufhebung der Sperre verfügt, sondern zugleich angeordnet, dass die Konten saldiert und deren Gegenwert auf das Konto der geschädigten Firmen überwiesen werden sollen. Damit begnügt sich die Vorinstanz nicht nur mit einer Freigabe der gesperrten Konten, sondern ordnet eine Umverteilung der Vermögenswerte an. Dadurch werden insbesondere die Interessen der Beschwerdeführerin tangiert, welche Verrechnungsansprüche geltend macht.

3. Bei der Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände oder Vermögenswerte i. S. von Art. 145 StP kann es nur darum gehen, die durch die Beschlagnahme gestörten rechtmässigen Vermögensverhältnisse wieder herzustellen; der Untersuchungsrichter hat nicht über Gegenforderungen und andere zivilrechtliche Ansprüche zu befinden (GVP 1977 Nr. 34). Erfolgte die Sicherstellung bei einem gutgläubigen Dritten – wovon im vorliegenden Fall einstweilen ausgegangen werden darf –, ist die Rückgabe an diesen zu verfügen (BGE 120 Ia 121 f.); es ist dann allenfalls Aufgabe des Sachrichters, über die Eigentums- und Besitzverhältnisse zu entscheiden (GVP 1983 Nr. 69). Jedenfalls kann es nicht Aufgabe der strafprozessualen Beschlagnahme sein, ein die Parteirollen im Zivilprozess umkehrendes Gewahrsamsverhältnis zu begründen.

Dies Letztere beinhaltet aber gerade die angefochtene Verfügung, indem der Beschwerdeführerin eine Frist zur Klageerhebung angesetzt wird, obwohl sich die streitigen Vermögenswerte in ihrem Gewahrsam befinden. Die Beschwerde erweist sich deshalb als begründet und der streitige Entscheid ist aufzuheben.

Die Aufhebung der Verfügung hat nicht zwingend zur Folge, dass die Vorinstanz eine Neuurteilung vorzunehmen hat. Sie wird nach pflichtgemäßem Ermessen hierüber zu entscheiden haben. Dabei ist festzuhalten, dass es nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden ist, im Streitfalle während des laufenden Strafverfahrens Zuteilungen im Sinne von Art. 145 Abs. 3 StP vorzunehmen. Namentlich soll ohne klare Rechtsgrundlage mit einer untersuchungsrichterlichen Verfügung nicht ein die Parteirollen im Zivilprozess umkehrendes Gewahrsamsverhältnis begründet werden. Die Vorinstanz kann in der aufgrund der Verdachtslage als wahrscheinlich erscheinenden Anklageschrift (vgl. Art. 188 StP) Anträge zur Einziehung stellen. Dieses Recht steht auch den übrigen Parteien im Strafverfahren, namentlich den Geschädigten sowie auch gutgläubigen Dritterwerbenden, zu. Das Gericht wird dann über die Anträge zu entscheiden haben.

104

Art. 150 StP (sGS 962.1). Der Einspracheberechtigte kann im Entsiegelungsverfahren nur eine Beeinträchtigung seiner eigenen Interessen geltend machen.

Anklagekammer, 24. Oktober 2006

Aus den Erwägungen:

2.1. Wie grundsätzlich bei jedem andern Rechtsbehelf kann auch mit der Einsprache der (bisherige) Inhaber der zu durchsuchenden Datenträger nur eigene Rechte wahrnehmen, soweit er durch das angefochtene Vorgehen beschwert ist und ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat. Dementsprechend kann der Einspracheberechtigte im Entsiegelungsverfahren nach Art. 150 StP nur eine Beeinträchtigung seiner eigenen Interessen geltend machen. Dies insbesondere hinsichtlich der Wahrung des Zeugnisverweigerungsrechts des Berufs- und Amtsgeheimnisses gemäss Art. 85 StP zwecks Durchsetzung der in diesem Zusammenhang bei der Durchsuchung von Datenträgern zu berücksichtigenden gesetzlichen Vorgaben (vgl. Art. 149 Abs. 2 und 3 sowie Art. 151 Abs. 3 StP).

Der Bank kommt im Falle eines Editionsbegehrens die Rechtsstellung eines Zeugen zu. Sie ist deshalb grundsätzlich verpflichtet, die verlangten Auskünfte zu erteilen (vgl. Art. 88 StP) und allfälligen Editionsbegehren nachzukommen. Das Bankgeheimnis gemäss Art. 47 des Bankengesetzes begründet kein Zeugnisverweigerungsrecht. Es entbindet weder von der Aussagepflicht noch steht es prozessualen Zwangsmassnahmen entgegen (BGE 95 I 444).

Das Gesagte hat im vorliegenden Fall zur Folge, dass die Gesuchsgegner (Banken) nicht berechtigt sind, Einwände gegen den dringenden Tatverdacht hinsichtlich des dem Entsiegelungsgesuch zugrunde liegenden Strafverfahrens geltend zu machen. Die Strafuntersuchung richtet sich nicht gegen sie. ...

2.3 Da sich die dem hier zu beurteilenden Entsiegelungsgesuch zugrunde liegende Strafuntersuchung nicht gegen die Gesuchsgegner richtet, haben diese auch kein schützenswertes Interesse als bisherige Inhaber der versiegelten Datenträger, konkrete Einwände gegen die Art und Weise der Führung der Strafuntersuchung zu machen. Zudem hat sich die Akteneinsicht im Entsiegelungsverfahren grundsätzlich auf das für das Geltendmachen eigener Interessen der bisherigen Inhaber der Unterlagen Notwendige zu beschränken. Es kann nicht angehen, dass im Rahmen eines Entsiegelungsverfahrens Drittpersonen durch die Erhebung einer Einsprache Auskunft über ein Strafverfahren erhalten, von welchem sie persönlich nicht betroffen sind. Als nicht angeschuldigte Drittpersonen können die Gesuchsgegner nur ihre eigenen schützenswerten Interessen geltend machen, was hier vor allem bezüglich des Bankgeheimnisses in Frage kommen kann. Diesbezüglich wer-

den indes keine begründeten Einwände erhoben, was im Rahmen des Entsiegelungsentscheids mitzuberücksichtigen wäre. Die Strafverfolgungsbehörden haben von Amtes wegen bei der Durchsichtung von Datenträgern Privat- und Geschäftsgeheimnisse möglichst zu schonen (Art. 151 Abs. 1 erster Satz StP; Art. 2 Abs. 1 der Weisung der Anklagekammer «über die Wahrung von Privat- und Geschäftsgeheimnissen bei der Durchsichtung von Datenträgern», veröffentlicht in GVP 2001 Nr. 71).

105

Art. 152 StP (sGS 962.1). Keine Genehmigungspflicht für die Überwachung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs eines Drittanschlusses im Einverständnis des Angeschuldigten und mit der ausdrücklichen Einwilligung des Anschlussinhabers bzw. Benutzers des Anschlusses.

Präsident der Anklagekammer, 1. September 2006

In einem Strafverfahren wegen Verdachts sexueller Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB) ordnete das Untersuchungsamt auf Antrag des Angeschuldigten die rückwirkende Ermittlung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs auf den Telefonanschluss des mutmasslichen Opfers an. Dieses stimmte einer solchen Abklärung ausdrücklich zu. Der Untersuchungsrichter reichte die entsprechende Verfügung dem Präsidenten der Anklagekammer zur Genehmigung ein.

Aus den Erwägungen:

3. Gegenstand der Überwachung des Fernmeldeverkehrs bildet in erster Linie der Anschluss des Verdächtigten bzw. Angeschuldigten. Die Überwachung einer Drittperson ist nach Art. 4 Abs. 1 BÜPF zulässig, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss, dass die verdächtige Person den Anschluss der Drittperson benutzt oder benutzen lässt, um Mitteilungen entgegenzunehmen oder weiterzugeben. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Überwachung bezieht sich vielmehr auf den Anschluss des Opfers, wobei keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Angeschuldigte selbst diesen Anschluss benutzt hat.

4. Das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs stellt den Strafuntersuchungsbehörden einerseits das notwendige Instrumentarium zur Überwachung verschiedenartigster Kommunikationsvorgänge zur Verfügung und stellt andererseits den Schutz der Betroffenen vor unzulässiger Auskundschaftung des Geheim- und Privatbereichs sicher. Eine Überwachung des

Fernmeldeverkehrs ist nur unter qualifizierten Voraussetzungen möglich, und dem Schutz unbeteiligter Dritter wird ein hoher Stellenwert beigemessen. Dieser Schutz wird mit vielfältigen Kautelen, insbesondere mit dem Erfordernis richterlicher Genehmigung (Art. 7 BÜPF) sichergestellt. Das richterliche Genehmigungserfordernis beruht im Wesentlichen auf der Überlegung, dass angesichts der Heimlichkeit der Überwachung eine richterliche Behörde ihre Zustimmung zu erteilen und dabei quasi stellvertretend für die Betroffenen eine Rechtmässigkeitskontrolle vorzunehmen hat.

Im vorliegenden Fall zeigt sich, dass die angeordnete Überwachungsmaßnahme vor den Parteien nicht geheim gehalten wird. Vielmehr hat nicht nur der Rechtsvertreter des Angeschuldigten die rückwirkende Ermittlung von Randdaten ausdrücklich beantragt, sondern auch das mutmassliche Opfer als Anschlussinhaber und Benutzer des Anschlusses die ausdrückliche Zustimmung zur Einholung der gewünschten Auskünfte erteilt. Ein besonderes Schutzbedürfnis der Betroffenen – insbesondere des Benutzers des Anschlusses – ist deshalb nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass der Anschlussinhaber ohne Weiteres auch berechtigt wäre, gestützt auf Art. 45 FMG von der Anbieterin von Fernmeldediensten Auskunft über die für die Rechnungsstellung verwendeten Daten, insbesondere über die Adressierungselemente sowie den Zeitpunkt der Verbindung, zu verlangen. Die ausdrückliche Einwilligung des Anschlussinhabers bzw. des Benutzers des Anschlusses stellt in diesem Sinn – zumindest im Fall der rückwirkenden Ermittlung von Randdaten – einen die Rechtswidrigkeit der Überwachung (vgl. dazu Art. 179 ff. StGB) ausschliessenden Rechtfertigungsgrund dar, so dass es einer zusätzlichen richterlichen Genehmigung in aller Regel nicht mehr bedarf.

5. Festzuhalten bleibt aber, dass auch in derartigen Konstellationen die untersuchungsrichterlichen Anordnungsverfügungen der richterlichen Genehmigungsinstanz zu unterbreiten sind. Auch wenn es keiner richterlichen Genehmigung bedarf, ist jedenfalls sicherzustellen, dass der Entscheid über das Erfordernis einer richterlichen Genehmigung der Genehmigungsbehörde vorbehalten bleibt.

106

Art. 152 StP (sGS 962.1). Der Vollzug der Überwachung des Fernmeldeverkehrs obliegt ausschliesslich dem beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Energie und Kommunikation (UVEK) angesiedelten Dienst für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs.

Präsident der Anklagekammer, 24. November 2006

In einem Strafverfahren wegen Verdachts auf qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz wurde unter anderem die Überwachung von zwei bestimmten E-Mail-Adressen auf dem PC des Angeschuldigten genehmigt. In der Folge ersuchte das Untersuchungsamt um Erteilung der Genehmigung zur Einrichtung eines Computerprogramms zwecks aktiver Überwachung des PC. Dies wird im Wesentlichen mit Vollzugsproblemen begründet, weil das UVEK bzw. dessen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs zuständiges Dienstes nicht in der Lage sein soll, die angeordnete und genehmigte Überwachungsmaßnahme zu vollziehen. Der Präsident erteilte die Genehmigung im Sinne der Erwägungen nicht.

Aus den Erwägungen:

5. Um den «Vollzugsnotstand» zu beheben, beabsichtigt das Kantonale Untersuchungsamt die Einschleusung eines Computerprogramms auf dem PC von X. Y., mit welchem der gesamte E-Mail- und Chat-Verkehr des Angeschuldigten überwacht und zusätzlich noch die Festplatte durchsucht werden soll.

Das vom Kantonalen Untersuchungsamt in Aussicht genommene Vorgehen wirft diverse Fragen grundsätzlicher Natur auf. Zunächst einmal erscheint die Vermengung von Überwachung des E-Mail- und Chat-Verkehrs einerseits und die Ausforschung der Festplatte (inkl. temporärer Dateien) andererseits nicht unproblematisch zu sein. Während es sich bei der ersten Massnahme um eine Überwachung von laufenden Kommunikationsvorgängen handelt, stellt die zweite Massnahme in rechtlicher Hinsicht eine geheime Durchsuchung eines Datenträgers mit Hilfe (fernmelde-) technischer Überwachungsgeräte dar.

Die Überwachung des Fernmelde- und Internetverkehrs ist im Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs abschliessend geregelt. Das BÜPF gilt für alle staatlichen, konzessionierten oder meldepflichtigen Anbieterinnen von Post- und Fernmeldedienstleistungen sowie für Internet-Anbieterinnen (Art. 1 Abs. 2 BÜPF). Im Hinblick auf die Anordnung und die Genehmigung der Überwachung enthält das BÜPF detaillierte Regelungen (Art. 6f. BÜPF). Der Vollzug der Überwachung obliegt dem beim UVEK angesiedelten Dienst für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 2 Abs. 1 BÜPF). Der Dienst hat insbesondere die Anbieterinnen von Fernmeldediensten anzuweisen, die für

die Überwachung notwendigen Massnahmen zu treffen (Art. 13 Abs. 1 lit. b BÜPF), den von den Anbieterinnen umgeleiteten Fernmeldeverkehr entgegenzunehmen, aufzuzeichnen und der Anordnungsbehörde die Dokumente und Datenträger auszuliefern (Art. 13 Abs. 1 lit. c BÜPF) sowie für die Durchführung von Direktschaltungen zu sorgen (Art. 13 Abs. 1 lit. d BÜPF). Der Dienst bestimmt denn auch die technischen und organisatorischen Massnahmen zur Durchführung der Überwachung des Fernmeldeverkehrs (Art. 17 Abs. 1 VÜPF) und des Internetverkehrs (Art. 25 Abs. 1 VÜPF).

Mit dem Erlass des BÜPF hat der Bund die alleinige Kompetenz für die Regelung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs beansprucht. Er hat damit aber auch – abgesehen von den kantonal geregelten Anordnungs- und Genehmigungskompetenzen – die alleinige Verantwortung für die technischen und organisatorischen Massnahmen zur Durchführung der Überwachung übernommen.

Falls sich nun (tatsächliche oder vermeintliche) Probleme mit dem Vollzug rechtmässig angeordneter und genehmigter Überwachungsmassnahmen ergeben, kann es nicht Sinn der neu eingeführten bundesrechtlichen Regelung sein, allfällige Vollzugsprobleme mit dem auf kantonalem Recht beruhenden Einsatz technischer Überwachungsgeräte zu lösen.

Der Staatsanwaltschaft bzw. der kantonalen Polizei ist es in diesem Sinn verwehrt, mit eigenen technischen Mitteln in das verfassungsmässige Recht auf Achtung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 13 Abs. 1 BV) einzugreifen. Der vom Kantonalen Untersuchungsamt angeordnete Einsatz technischer Überwachungsgeräte zur Überwachung des E-Mail- und Chat-Verkehrs von X.Y. stellt in diesem Sinn nichts anderes als eine Umgehung der vom Bundesgesetzgeber getroffenen Zuständigkeitsregeln dar. Eine Genehmigung zum Einsatz technischer Überwachungsgeräte kann deshalb – soweit mit den technischen Überwachungsgeräten der Fernmeldeverkehr überwacht werden soll – nicht erteilt werden. Hingegen bleibt ausdrücklich festzuhalten, dass die Genehmigung zur Überwachung der beiden E-Mail-Adressen ... bereits mit Entscheid vom 8. November 2006 erteilt worden ist.

107

Art. 188 StP (sGS 962.1); Art. 63 ff. StGB (SR 311.0). Anklagegrundsatz, Immutabilitätsprinzip. Eine dem Anklagegrundsatz genügende Anklageschrift bei Körperverletzung muss in tatsächlicher Hinsicht zumindest den Grund, die Anzahl und die Schwere der Verletzungen klar bezeichnen und im Hinblick auf psychische Spätfolgen die Kausalität darlegen. Ein in erster Instanz solchermassen nicht angeklagter Sachverhalt kann nicht erstmals der Berufungsinstanz zum Entscheid unterbreitet werden. Eine «Ergänzung» bzw. «Nachbesserung» der Anklage ist im Berufungsverfahren ausgeschlossen (E. II.3.).

Strafzumessung bei sog. «Raser»-Fällen bzw. in krassen Fällen von groben Verkehrsregelverletzungen (E. IV.1.).

Kantonsgericht, Strafkammer, 5. September 2006

Aus den Erwägungen:

(Anklagegrundsatz)

II. 3. Die Vorinstanz hat hinsichtlich der geforderten Schuldsprüche wegen mehrfacher Körperverletzung und einzelner Verkehrsregelverletzungen eine Missachtung des Anklagegrundsatzes festgestellt. Die Staatsanwaltschaft geht davon aus, dass dieser Mangel im Berufungsverfahren heilbar sei und beantragt eine Verurteilung auch hinsichtlich der Körperverletzungen.

a) Die Anklageschrift hat eine Umgrenzungs- und Informationsfunktion. Sie dient der Bestimmung des Prozessgegenstandes und vermittelt dem Angeklagten die für die Durchführung des Verfahrens und die Verteidigung notwendigen Informationen. Einen Anklagepunkt zu beweisen ist grundsätzlich Aufgabe der Anklage und hat im Untersuchungsverfahren zu geschehen. Allerdings sind auch die Gerichte zu ergänzenden oder zusätzlichen Beweiserhebungen berechtigt (vgl. Art. 194 und 208 StP). Dies berechtigt jedoch nicht zu einem Abweichen von der Anklage, sondern dient allein der Klärung der Beweislage mit Bezug auf den Anklagevorwurf. Zur Ermittlung von nicht in der Anklage enthaltenen Sachverhalten darf das Gericht keine Beweise erheben (vgl. Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 50 N 6 und 6a). Nach Art. 188 lit. b StP bezeichnet die Anklageschrift unter anderem «den Sachverhalt, der Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung bildet, mit einer kurzen, übersichtlichen Darstellung des Untersuchungsergebnisses». Zur mehrfachen einfachen Körperverletzung ist in der Anklageschrift unter Verweis auf zwei Aktenstellen ein einziger Satz zu finden: «Indem beim Zusammenstoss mit dem Personenwagen von A.____ dieser sowie sein Mitfahrer V.____ verletzt wurden [...]». Der Verweis auf die Ausführungen betreffend Art. 111 StGB enthält keine weiteren Informationen, wird doch auch dort auf die gleichen Aktenstücke verwiesen. Wenig hilfreich ist

auch der Verweis auf die Ausführungen zu Art. 111 StGB bezüglich des subjektiven Tatbestands, da es in der Beurteilung einen wesentlichen Unterschied macht, ob jemand vorsätzlich eine Tötung oder aber eine einfache Körperverletzung in Kauf genommen hat. Eine dem Anklagegrundsatz genügende Anklageschrift bezüglich Körperverletzung muss in tatsächlicher Hinsicht zumindest den Grund, die Anzahl und die Schwere der von den einzelnen Personen erlittenen Verletzungen klar bezeichnen. Ausführungen zur Kausalität erscheinen unabdingbar, insbesondere dann, wenn – wie in der Anschlussberufung ausgeführt – psychische Spätfolgen den wesentlichsten Teil der Tatbestandsmässigkeit ausmachen sollen. Von alledem ist in der Anklageschrift nichts zu finden. Der Verweis auf die Aussage von V.____, der «starke Prellungen und Quetschungen an der ganzen rechten Körperseite erlitten» habe, sich «im Spital W.____ behandeln lassen» musste und jetzt bei Dr. J.____, in Behandlung sei, ergibt nichts über das Ausmass und die Schwere der Verletzungen. Insbesondere ist nicht der geringste Hinweis auf die psychischen Beeinträchtigungen enthalten. Noch weniger ergibt der Verweis auf die Aussage von A.____, der an der Lippe geblutet und «überall kleine Wunden» gehabt habe. «Ich habe mich überall angefasst und merkte, dass ich «ganz» bin. Mein Kollege hatte Schmerzen am rechten Bein und blutete an der Nase.» Die auf dieser Grundlage durch Verweis auf diese beiden Aktenstellen verfasste Anklageschrift leidet – wie von der Vorinstanz zu Recht festgestellt – an schweren Mängeln.

b) Aus dem Anklageprinzip folgt auch das Immutabilitätsprinzip, wonach die Anklage das Prozessthema für alle Instanzen festlegt und somit nur der in der Anklage umschriebene Sachverhalt beurteilt werden kann (Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, N 731). Ein in erster Instanz nicht angeklagter Sachverhalt kann daher nicht erstmals der Berufungsinstanz zum Entscheid unterbreitet werden. Diese aus dem Grundsatz der Immutabilität folgende Konsequenz einer unterbliebenen Anklage kann nicht durch eine «Nachbesserung», die in einem solchen Fall dann eine neue Anklage darstellen würde, umgangen werden. Auch im angefochtenen Urteil und dem dort zitierten Entscheid (GVP 1971 Nr. 51) wird richtigerweise (nur) festgehalten, dass ein Freispruch «mangels genügender Anklage» dem Angeklagten nicht die Einrede der «res iudicata» verschaffe und damit eine neue Anklage nicht den Grundsatz «ne bis in idem» verletze. Daraus folgt zwar, dass den Untersuchungsbehörden offen steht, «diesen Punkt neu anzuklagen», doch ist damit nicht gesagt, in welcher Form und insbesondere vor welcher Instanz dies zu erfolgen hat. Die Staatsanwaltschaft beruft sich auf Art. 238 Abs. 2 StP, wonach im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel zugelassen werden, soweit sie nicht rechtsmissbräuchlich zurückgehalten worden sind. Sie verkennt damit jedoch die Bedeutung dieser Bestimmung. Art. 238 StP, der sich an die Parteien generell und nicht nur die Anklagebehörde richtet, legt den Umfang der in einem Verfahren zu berücksichtigenden Beweismittel fest und dient damit der Klärung der Beweislage. Über die Umschreibung des Anklagesachverhaltes sagt diese Bestimmung nichts aus. Nach der Konzeption des

st.gallischen Strafprozesses ist jede Anklage beim Kreisgericht als erster Instanz zu erheben (Art. 18, Art. 19 und Art. 192 StP). Eine Ausnahme sieht Art. 247 StP für strafbare Handlungen eines Angeklagten vor, die erst während der Berufungshängigkeit des gegen ihn geführten Verfahrens bekannt werden. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend aber nicht. Wenn daher die beim Kreisgericht erhobene Anklage mit erheblichen Mängeln behaftet war, so dass sie den gesetzlichen Anforderungen nicht genüge, kann sie im Berufungsverfahren nicht «ergänzt» werden, da Art. 194 Abs. 1 StP nur eine Ergänzung der Untersuchung und nicht der Anklageschrift vorsieht und ein Fall von Art. 247 StP nicht vorliegt, da die geltend gemachten strafbaren Handlungen (nachträglich angeklagte schwere und einfache Körperverletzungen) schon vor dem erstinstanzlichen Verfahren bekannt waren, aber nicht rechtskonform zur Anklage gebracht wurden. Lediglich dann, wenn es sich nicht um schwerwiegende Mängel, sondern um blossе Präzisierungen handeln würde, die ursprüngliche Anklageschrift also grundsätzlich den Anforderungen von Art. 188 StP entsprochen hätte, könnte in der Zulassung der erstmals mit der Anschlussberufung «individualisierten und konkretisierten» Anklage betreffend mehrfache Körperverletzung kein Verstoß gegen die Verfassung (Anspruch auf rechtliches Gehör) und den daraus fliessenden Anklagegrundsatz erblickt werden (vgl. auch BGE 1P.227/2004, E. 1). Ein solcher Fall liegt aber hier klarerweise nicht vor, weshalb die Vorinstanz zu Recht eine materielle Prüfung nicht vorgenommen und den Angeklagten formell freigesprochen hat.

(Strafzumessung)

IV./1.

[...]

Die Vorinstanz ist richtigerweise von einer Einsatzstrafe von fünf Jahren ausgegangen. Zwar hat sich in der neueren Rechtsprechung die Praxis herausgebildet, bei Tötungsdelikten eine Einsatzstrafe im Bereich von zehn Jahren zu wählen und diese aufgrund der konkreten Tat- und Täterkomponenten im Einzelfall zu verändern. Diese Methode muss jedoch nicht zwangsläufig auch für die erst in der jüngsten Rechtsprechung und nur in spektakulär verlaufenden Einzelfällen als Tötungstatbestände erfassten Verkehrsunfälle angebracht sein. Zum einen sollen – wie bei der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit ausgeführt – nur ähnlich krasse Fälle wie derjenige in Gelfingen als eventualvorsätzliche Tötungen in Betracht gezogen werden (vgl. Hans Wiprächtiger, Entwicklungen im Strassenverkehrsrecht, Vortrag am Europainstitut der Universität Zürich vom 17. Februar 2006; Philippe Weissenberger, in: René Schaffhauser (Hrsg.), Tatort Strasse, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005, S. 432 f.; Guido Jenny, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004, ZBJV 142 (2006) S. 153 f.; Gunther Arzt, Der Apfelschuss – strafrechtliche Randbemerkungen zu Wilhelm Tell, recht 2004, S. 180 ff.), zum andern gilt es das gelebte Rechtsempfinden zu beachten (vgl. Hans Mathys, Zur Technik der Strafzumessung, SJZ 100 (2004) S. 180). In diesem Zusammenhang ist nicht zu verkennen, dass die einhellige Rechtsprechung in der Schweiz und die Anträge der Anklagebehörden im

Bereich der Strassenverkehrsdelinquenz die vom Gesetzgeber vorgegebenen Strafrahmen im Normalfall höchstens zu einem Drittel und selbst in neuester Zeit in Fällen direkten Vorsatzes bei hohen abstrakten wie auch konkreten Gefährdungen (z. B. mutwillige Überholmanöver bei Gegenverkehr, massive Missachtungen von Abstandsvorschriften bei hohen Fahrgeschwindigkeiten usw.) nur in aussergewöhnlichen Fällen einmal zur Hälfte ausschöpfen. So hat denn beispielsweise das Zürcher Obergericht den Autolenker von Winterthur-Töss, der den Tod seines Mitfahrers direkt zu verantworten hatte, wegen vorsätzlicher Tötung zu 5¼ Jahren verurteilt (vgl. BGE 6S. 114/2005), während sein Konkurrent beim Rennen, das vom Winterthurer Innerortsbereich über die A1 zur Raststätte Kempptthal und von dort zurück nach Winterthur-Töss geführt hatte, wegen mehrfacher grober Verkehrsregelverletzung vom Bezirksgericht Zürich mit einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 18 Monaten bestraft wurde. Die Rechtsprechung tut sich offensichtlich nicht nur schwer damit, den nicht direkt den Unfall verursachenden Mit-Raser als Mittäter der eventualvorsätzlichen Tötung zu bestrafen (vgl. BGE 6S. 114/2005), gänzlich ausser Betracht fällt die Verurteilung einer Vielzahl grösste Verkehrsregelverletzungen begehender Personen wegen versuchter eventualvorsätzlicher Tötung, Gefährdung des Lebens oder versuchter schwerer Körperverletzung. Dies zu Recht, weil damit der Grundsatz, dass aus den äusseren Umständen auf den Tötungs- oder Verletzungswillen geschlossen werden darf, wohl überstrapaziert würde und es dem gelebten Rechtsempfinden offensichtlich nicht entspricht, in Fällen ohne messbaren Erfolg einen Tötungs- oder Verletzungswillen vorschnell anzunehmen. Gerechtfertigt erschiene demgegenüber in krassen Fällen von groben Verkehrsregelverletzungen die Prüfung und Annahme des Straftatbestandes von Art. 129 StGB (Gefährdung des Lebens), allenfalls in direkter Konkurrenz mit fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung. Wird aber in einem Fall eventualvorsätzliche Tötung bejaht, darf allein der eingetretene Erfolg nicht dazu führen, innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens bei der Bemessung der Einsatzstrafe sich deutlich von der Minimalstrafe von fünf Jahren wegzubewegen. Denn grundsätzlich ist das Verschulden massgebend und der Erfolg entscheidet über die anwendbare Gesetzesnorm. Hinsichtlich des Verschuldens ist zu berücksichtigen, dass die von der Vorinstanz dafür aufgeführten Gründe notwendig sind, um den Eventualvorsatz hinsichtlich der Tötung in Mittäterschaft zu begründen. Bei einem schweren Verschulden innerhalb eines gegebenen Tötungsdeliktes wäre es falsch, am untersten Rand des Strafrahmens zu bleiben. Wenn die Annahme einer eventualvorsätzlichen Tötung aber nur in aussergewöhnlichen Fällen von krassen Verkehrsregelverletzungen gerechtfertigt ist, dann kann nicht aus den gleichen Gründen von einem schweren Verschulden innerhalb der Tötungsdelikte gesprochen werden. Jeder Tod eines Menschen wiegt schwer, unbesehen darum, ob den Verursacher am eingetretenen Erfolg ein schweres oder leichtes Verschulden trifft. Auch bei vorsätzlichen Tötungen müssen alle graduellen Abstufungen des Verschuldens möglich sein, was u. a. auch durch den gesetzlichen Strafrahmen von 5 bis 20 Jahren Zuchthaus zum Ausdruck gebracht wird (vgl. dazu auch Mathys, a. a. O.).

108

Art. 271 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Für die Bemessung der Kosten der privaten Verteidigung sind die Bestimmungen der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten massgebend.

Präsident der Anklagekammer, 24. Juli 2006

Aus den Erwägungen:

4. Dem Angeschuldigten werden die Kosten der privaten Verteidigung ersetzt, soweit ihm keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 271 Abs. 1 StP). Der Anspruch auf Ersatz der Vertretungskosten besteht unabhängig davon, ob der Beizug eines Verteidigers im Untersuchungs- oder Gerichtsverfahren notwendig war oder nicht (GVP 1958 Nr. 54). Dass die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung gegeben sind, ist grundsätzlich unbestritten.

Ebenso unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin Anspruch auf volle Entschädigung der Parteikosten hat. Anspruch auf volle Entschädigung bedeutet indessen nicht, dass die Honorarnote des Rechtsvertreters unbesehen zu übernehmen ist. Massgebend für die Bemessung der Parteientschädigung sind vielmehr die Bestimmungen der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (vgl. GVP 2002 Nr. 102).

Für den Bereich des Strafverfahrens sieht die Honorarordnung grundsätzlich zwei unterschiedliche Berechnungsmethoden vor. Art. 21 Abs. 1 HonO sieht eine Pauschale vor; diese beträgt Fr. 500.– bis Fr. 3000.–, wenn das Verfahren durch Verfügung des Untersuchungsrichters abgeschlossen wird. Art. 23 HonO erlaubt es dem Rechtsanwalt, stattdessen das Honorar nach Zeitaufwand zu bemessen; unnötiger Aufwand fällt dabei aber ausser Betracht.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht für die Rechtsvertretung im Untersuchungsverfahren einen Aufwand von 18,9 Stunden geltend. Wie schon die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht darauf hingewiesen hat, erweckt die detaillierte Honorarnote den Eindruck, dass mit dem Beizug eines juristischen Mitarbeiters zum Teil doppelter Aufwand entstanden und folglich auch in Rechnung gestellt worden ist. Wie es sich mit den einzelnen Positionen im Detail verhält, kann indessen dahingestellt bleiben. Auch bei einer Bemessung des Honorars nach Stundenaufwand ist nur der nötige Aufwand zu ersetzen; unnötiger Zeitaufwand fällt nach Art. 23 Abs. 3 HonO ausser Betracht. Als Massstab bei der Beantwortung der Frage, welcher Zeitaufwand für eine effiziente Verteidigung im Strafverfahren im Sinn der Honorarordnung nötig ist, hat der erfahrene Anwalt zu gelten, der im Bereich des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts über fundierte Kenntnisse verfügt und deshalb seine Leistungen (Aktenstudium, Beurteilung der Prozesschancen, Besprechungen mit dem Mandanten und mit Behörden, Verfassen von Eingaben etc.) von Anfang an zielgerichtet und effizient erbringt.

gen kann (Entscheide des Kassationsgerichts St.Gallen vom 18. September 1996 i. S. NS und vom 20. März 1997 i. S. AA). In vergleichbarer Weise sieht auch Art. 19 HonO vor, dass sich das Honorar innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, bemisst.

In dem zur Beurteilung stehenden Strafverfahren stand von allem Anfang an allein der Straftatbestand der einfachen Verletzung von Verkehrsregeln (Art. 90 Ziff. 1 SVG) und damit eine blossе Übertretung (Art. 101 StGB) zur Diskussion. Die in der seinerzeitigen Bussenverfügung ausgefallte Busse belief sich auf Fr. 300.–; hinzu kamen Verfahrenskosten von ebenfalls Fr. 300.–. Die Voraussetzungen für eine Eintragung im Strafregister waren bei dieser Situation nicht gegeben (Art. 360 Abs. 2 StGB; Art. 9 VO über das automatisierte Strafregister). Selbst wenn im Anschluss an die strafrechtliche Verurteilung noch ein Administrativmassnahmeverfahren durchgeführt worden wäre, hätte die Beschwerdeführerin im schlimmsten Fall mit einer Verwarnung (vgl. Art. 16a SVG) rechnen müssen. Der am Fahrzeug entstandene Sachschaden belief sich auf ca. Fr. 5000.–. Die Schadenersatzansprüche der Beschwerdeführerin waren zum Zeitpunkt der Einsprachebegründung (26.09.2005) – dem eigentlichen Kernstück der anwaltlichen Bemühungen – bereits erledigt, nachdem die Haftpflichtversicherung der Unfallgegnerin am 26. April 2005 die Reparaturkosten im Betrag von Fr. 4878.30 vollumfänglich übernommen hatte.

Der vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin geltend gemachte Honoraranspruch von Fr. 4080.– bzw. Fr. 3357.10 steht in einem Missverhältnis sowohl zu den objektiven Umständen des gegenüber seiner Mandantin erhobenen Tatvorwurfs wie auch zu den sie möglicherweise treffenden Folgen einer allfälligen Verurteilung. Für die Bemessung des Honorars kann deshalb nicht auf den getätigten Aufwand abgestellt werden, da dieser den Umständen nicht angemessen und folglich zumindest zum Teil unnötig i. S. von Art. 23 Abs. 3 HonO war.

Ausgangspunkt der Honorarbemessung bildet deshalb die Pauschale nach Art. 21 Abs. 1 lit. a HonO. Diese sieht einen Rahmen von Fr. 500.– bis Fr. 3000.– vor, wenn das Verfahren durch Verfügung des Untersuchungsrichters abgeschlossen wird. Innerhalb des für die Pauschale gesetzten Rahmens ist das Honorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, zu bemessen (Art. 19 HonO). Auf die konkreten Umstände des Falles – Übertretungstatbestand, Busse von geringer Höhe, kein Eintrag im Strafregister, bereits erfolgte Schadensregulierung – ist bereits hingewiesen worden. Diese legen eine Honorarbemessung im Bereich der unteren Hälfte der Pauschale nahe; ein Betrag von mehr als Fr. 1500.– kann jedenfalls nicht zugesprochen werden. Hinzu kommen die Barauslagen von 4 Prozent (Art. 29bis HonO) sowie 7,6 Prozent MWSt (Art. 28 HonO). Der Beschwerdeführerin wird somit für das Untersuchungsverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1678.55 zugesprochen.

5. Rechtsanwälte und Rechtsagenten

109

Art. 12 lit. a BGFA (SR 935.61). Verlangt ein Rechtsanwalt von seinem Klienten für eine diesem gestellte Honorarrechnung die Leistung einer Schuldanererkennung, so liegt ein Verstoss gegen das Gebot der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vor.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 7. September 2006

Im Rahmen eines anwaltsrechtlichen Disziplinarverfahrens war zu prüfen, ob ein Verstoss gegen die anwaltsrechtlichen Berufsregeln vorliegt, wenn ein Rechtsanwalt von seinem Klienten für eine diesem gestellte Honorarrechnung die Leistung einer Schuldanererkennung verlangt.

Aus den Erwägungen:

1. d) (...) Unter dem Titel der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (Art. 12 lit. a BGFA) ist die Verletzung ungeschriebener Berufsregeln zu ahnden, welche die Voraussetzung dafür bilden, dass der Anwalt seine gesetzliche Funktion als mit besonderen Rechten ausgestatteter Interessenvertreter vor Gericht und Behörden wirksam wahrnehmen kann. Eine solche Verletzung liegt vor, wenn ein zu beurteilendes Verhalten generell geeignet ist, das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Anwaltschaft als Teil der Rechtspflege zu stören (W. Fellmann, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 12 zu Art. 12 BGFA). Das ist beispielsweise der Fall bei groben Verstössen gegen die mandatsrechtliche Treuepflicht und in diesem Zusammenhang mit der Verletzung der resultierenden Aufklärungspflichten (Fellmann, a. a. O., Rz. 26 und 29 zu Art. 12 BGFA). (...)

3. (...) Ob eine Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA vorliegt, ist unter Berücksichtigung der oben erwähnten Grundsätze zu bestimmen. Ausgangspunkt bildet dabei die auftragsrechtliche Treuepflicht. Diese beinhaltet das Gebot, die Interessen des Auftraggebers umfassend zu wahren und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte. Der Beauftragte muss den Interessen des Auftraggebers gegenüber allen anderen Belangen stets den Vorrang einräumen. Insbesondere hat er die eigenen Interessen den Interessen des Auftraggebers unterzuordnen (W. Fellmann, Berner Kommentar, N 24 ff. zu Art. 398 OR). Das schliesst aber selbstredend nicht die Möglichkeit aus, dass die Parteien eine Vereinbarung über Zahlungsmodalitäten wie Kostenvorschüsse und Abschlagszahlungen vereinbaren (vgl. Fellmann, a. a. O., N 475 zu Art. 394 OR). Kostenvorschüsse betreffen das eigene, insoweit angesichts seiner eigenen Hauptleistung legitime Honorarinteresse des Anwalts, Abschlagszahlungen oder anderweitige Zahlungsmodalitäten wie Stundung oder Ratenzahlung können im Interesse beider Parteien sein. Das un-

mittelbare Verlangen einer Schuldanerkennung bei Rechnungsstellung ist demgegenüber ausschliesslich im eigenen Interesse des Anwalts, ohne dass es dafür wie beim Kostenvorschuss eine Rechtfertigung gibt. Die Wirkungen bestehen lediglich darin, dass dem Klienten allfällige Einwände zu Honorarhöhe, Umfang der Bemühungen oder Qualität der Dienstleistung abgeschnitten werden. Es geht insofern nicht wie beim Kostenvorschuss um eine legitime Honorarsicherung, sondern um einen mit der Treuepflicht nicht vereinbaren Schutz des Anwalts vor einer ordentlichen Prüfung der von ihm in Rechnung gestellten Bemühungen. Dieser Verstoß wiegt schwer, weil er in eindeutiger Weise die Interessen des Anwalts voranstellt und so das für die optimale Interessenwahrung notwendige Vertrauensverhältnis untergräbt. Der aus der Verletzung dieser Pflicht resultierende Anschein, dass nicht das wohlverstandene Interesse des Klienten im Zentrum der auftragsrechtlichen Beziehung steht, stellt die Integrität des Anwaltsstands bei entsprechender Duldung erheblich in Frage.

Die Anwaltskammer hat damit zutreffenderweise entschieden, dass auch unter dem BGFA das Einverlangen von Schuldanerkennungen von Klienten für Honorarrechnungen einen Verstoß gegen die allgemeine Berufsregel der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung darstellt.

Gegen diesen Entscheid wurde Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben.

6. Schuldbetreibung und Konkurs

110

Art. 17 und 43 Ziff. 1 SchKG (SR 281.1). Die Forderung der Spitalregion für einen notfallmässigen Krankentransport hat ihre Grundlage im öffentlichen Recht.

*Kantonsgericht, Obere Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung,
10. Februar 2006*

Aus den Erwägungen:

6. Besondere Probleme können die öffentlich-rechtlichen Forderungen an öffentliche Kassen gemäss Art. 43 Ziff. 1 SchKG stellen. Im Einzelfall ist es oft nicht leicht festzustellen und zu entscheiden, um welche Art von Forderung es sich handelt und welchen Status der Gläubiger tatsächlich hat (H. Reiser, zu den Ausnahmen von der Konkursbetreibung gemäss Art. 43 SchKG, in BISchK 2005 S. 63). Bei An-

stalten ist zu beachten, dass das Benützungsverhältnis und damit auch die entsprechende Geldforderung nicht notwendigerweise dem öffentlichen Recht untersteht. Auch die Forderungen öffentlicher Spitäler für Pflege und Beherbergung können dem Privatrecht unterstehen (H. Reiser, a. a. O., S. 64 f.; vgl. auch Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Genf/Basel 2002, § 20 N 1327 ff.).

Charakteristisch für eine als öffentlich-rechtlich im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 SchKG zu qualifizierende Forderung ist, dass der Anspruch auf dem durch das öffentliche Recht geschaffenen Subordinationsverhältnis zwischen Gemeinwesen und Bürger beruht und die geforderte Geldleistung den Interessen des betreffenden Gemeinwesens, und nicht etwa einer bestimmten Einzelperson dient (BGE 129 III 554). Die Beziehung ist dann öffentlichrechtlicher Natur, wenn durch sie ein besonderes Gewaltverhältnis begründet wird, kraft dessen die Anstalt dem Benützer gegenüber mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestattet ist, was in jedem Einzelfall anhand der konkreten Ausgestaltung der Benützungsordnung zu entscheiden ist. Als Gesichtspunkte gelten dabei insbesondere die unmittelbare Verfolgung öffentlicher Zwecke, im Vergleich zu denen die Absicht auf Erzielung eines Gewinnes von untergeordneter Bedeutung erscheint, sowie die einseitige, unabänderliche Regelung der Anstaltsbenützung durch Gesetz oder Verwaltungsverordnung, im Gegensatz zur freien Bestimmbarkeit der gegenseitigen Beziehungen der Beteiligten auf dem Boden der Gleichberechtigung. Wo die Benützungsordnung es gestattet, wesentliche Einzelheiten des Bezuges, insbesondere das Entgelt, durch besondere Vereinbarung zwischen der Anstalt und dem Benützer von Fall zu Fall verschieden zu gestalten, wobei die Einigung durch Unterhandlungen mit gegenseitigem Vor- und Nachgeben herbeigeführt wird, hat man es mit Vertragsverhältnissen des Privatrechts zu tun (BGE 105 II 234). Unter den Begriff der im öffentlichen Recht begründeten Leistungen an öffentliche Kassen fallen nur solche Leistungen, die der Staat bestimmten Personen im öffentlichen Interesse auferlegt hat und die einer öffentlichen Körperschaft oder Anstalt zugute kommen (BGE 54 III 225).

Besondere Vereinbarungen zwischen dem Spital und dem einzelnen Benützer bestehen nicht. Innerhalb der Benützungsordnung besteht kein Raum für eine privatrechtliche Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen Krankenanstalt und Patient. Der Patient wird durch die Inanspruchnahme der Leistungen des Spitals einem besonderen Rechtsverhältnis unterworfen (Sonderstatusverhältnis). Die Taxordnung ist eine einseitige, unabänderliche Verwaltungsverordnung. Es kommt im Wesentlichen darauf an, wie der betreffende Patient versichert ist. Die Leistungen sind für alle gleich versicherten Benützer grundsätzlich dieselben. Ein Kantonsspital hat in erster Linie die gesundheitliche Versorgung als Ziel und nicht die Gewinnmaximierung. Die Kosten werden letztlich im öffentlichen Interesse auferlegt, damit die Gesundheitsversorgung generell überhaupt gewährleistet werden kann. Die Beschwerdeführerin hat hier dargelegt, dass der Patient als Notfall mit dem Krankenwagen eingewiesen wurde. Der Transport mit der Ambulanz verursachte den Hauptteil der Kosten. Insbesondere hat die Ambulanz des Kantonsspitals auch

die Pflicht, einen Patienten notfallmässig ins Spital zu transportieren. Es besteht ein Kontrahierungszwang des Spitals. Dies gilt im Übrigen auch für die Behandlung eines Patienten. Es kann also nicht von einer privatrechtlichen Forderung gesprochen werden, vielmehr ist von einer öffentlich-rechtlichen Forderung der Spitalregion auszugehen.

111

Art. 80 und 81 SchKG (SR 281.1). Erweist sich ein definitiver Rechtsöffnungstitel als unklar, ist es nicht die Aufgabe des Rechtsöffnungsrichters, sondern jene des Sachrichters – im Rahmen eines Erläuterungsverfahrens –, diesen auszulegen.

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 6. März 2006

Aus den Erwägungen:

III. 4. d) (...)

Im Unterschied zur provisorischen Rechtsöffnung, bei der vom Schuldner jegliche Einwendungen glaubhaft gemacht werden können (vgl. Art. 82 Abs. 2 SchKG), kommt dem Richter im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung kein materiell-rechtlicher Spielraum zu. Stattdessen ist seine Kognition auf die Fragen beschränkt, ob der ihm vom Gläubiger vorgelegte Rechtsöffnungstitel nicht nichtig ist, ob er unter Wahrung des rechtlichen Gehörs des Schuldners zustande gekommen ist, ob er dem Gläubiger die betriebene Forderung in vollstreckbarer Weise zuspricht, ob kein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung mehr möglich ist und ob seit dessen Erlass nicht Tilgung, Stundung oder Verjährung eingetreten sind, die einer Vollstreckung entgegenstehen (P. Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, 213; vgl. auch BGE 113 III 9 Erw. 1b).

Mit Bezug auf die vollstreckbare Zusprechung der betriebenen Forderung hat der Rechtsöffnungsrichter zu prüfen, ob diese dem Gläubiger auf der Grundlage des Dispositivs des Titels klar und für den Schuldner unmissverständlich zusteht, wobei sie derart festgesetzt sein sollte, dass keine materiellen Fragen mehr zu klären sind.

e) Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass sich Ziffer II.1 Abs. 3 der Scheidungskonvention als unklar erweist, was im Übrigen allein schon die unterschiedlichen Auffassungen, welche die Parteien bezüglich ihrer Auslegung vertreten, unterstreichen. So lässt sich der fraglichen Bestimmung weder mit Gewissheit entnehmen, ob tatsächlich eine – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht – unbefristete passive Vererblichkeit der Unterhaltspflicht vereinbart worden ist, noch in welcher Höhe diese Unterhaltsrente geschuldet wäre.

Gestützt auf diese Erkenntnis hätte die Vorinstanz die Vollstreckbarkeit des ihr vorgelegten Urteils aber verneinen und von der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung absehen müssen. Dies gilt umso mehr, als sich der Inhalt einer Scheidungskonvention aufgrund deren Genehmigungsbedürftigkeit primär nach dem Verständnis bemisst, welches ihr vom genehmigenden Richter zugemessen wurde, wogegen der (auch lediglich normative) Wille der Parteien nur subsidiär beizuziehen ist (vgl. A. Holenstein, Kommentar zum Gerichtsgesetz des Kantons St.Gallen, Flawil 1987, N 6 zu Art. 93 GerG; ZR 79 [1980], Nr. 6, S. 7). Stattdessen nahm die Vorinstanz eine Auslegung des Rechtsöffnungstitels vor, was in unklaren Fällen wie hier entsprechend den obigen Ausführungen jedoch nicht ihre, sondern Aufgabe des Sachrichters – im Rahmen eines Erläuterungsverfahrens – ist (BGE 113 III 10 Erw. 1b; SJZ 82 [1986], 30 f., 31; Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. Aufl., Zürich 1995, 471, FN 19a). Darin, d. h. in der unzulässigerweise vorgenommenen Auslegung des (unklaren) Rechtsöffnungstitels und nicht – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht – in der Art und Weise dieser Auslegung und dem Ergebnis, deren Beurteilung vorliegend unterbleiben muss, ist ein willkürliches Handeln der Vorinstanz zu sehen.

Mit Bezug auf den angefochtenen Entscheid bleibt diese Feststellung jedoch letztlich ohne Wirkung: Dies ergibt sich als Folge aus Art. 56 Abs. 2 ZPO, wonach einer Partei weder mehr noch anderes zugesprochen werden darf, als sie verlangt, noch weniger als die Gegenpartei anerkennt.

112

Art. 81 Abs. 2 SchKG (SR 281.1); Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO (sGS 961.2). Mit den Einwendungen der nicht gehörigen Vorladung im Abänderungsprozess und der mangelhaften Eröffnung des Abänderungsurteils hat sich der Rechtsöffnungsrichter auch bei Vorliegen einer Rechtskraftbescheinigung auseinanderzusetzen.

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 26. Juli 2006

Aus den Erwägungen:

III. 1. Mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde kann unter anderem geltend gemacht werden, dass die Vorinstanz bei Ausübung ihrer Befugnisse willkürlich gehandelt habe (materielle Rechtsverweigerung; Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO).

Im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung wird der Rechtsvorschlag auf Gesuch hin aufgehoben, sofern die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruht und der Betriebene nicht durch Urkunden zu beweisen vermag, dass

die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft (Art. 80 und Art. 81 Abs. 1 SchKG). Handelt es sich bei dem Rechtsöffnungstitel um ein in einem anderen Kanton ergangenes vollstreckbares Urteil, so kann der Betriebene überdies die Einwendung erheben, er sei nicht richtig vorgeladen worden oder nicht gesetzlich vertreten gewesen (Art. 81 Abs. 2 SchKG).

Vorliegend erachtete die Vorinstanz das Urteil des Pretore della giurisdizione di Locarno-Città (mit Rechtskraftbescheinigung) als hinreichenden Beweis dafür, dass kein Anspruch auf die geltend gemachten Unterhaltsbeiträge besteht. Auf den Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe von dem Verfahren im Tessin nichts gewusst, ist das Kreisgericht in der Urteilsbegründung vom 2. Juni 2006 nicht eingegangen. Dieses Vorbringen ist jedoch von entscheidender Bedeutung. Sollte die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Gericht in Locarno tatsächlich nicht gehörig vorgeladen und ihr das Abänderungsurteil nicht eröffnet worden sein, so wäre dieses geradezu nichtig (vgl. BGE 129 I 364; 122 I 99) und die definitive Rechtsöffnung wohl zu erteilen.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners ist aus den Akten nicht ersichtlich, ob die Beschwerdeführerin von dem Prozess tatsächlich Kenntnis erhalten hat. Aus dem Urteil geht vielmehr hervor, dass sich die Gläubigerin im Vorfeld der Verhandlung trotz zweifacher Fristansetzung durch das Gericht nicht hat vernehmen lassen und offensichtlich auch zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen war. In analoger Anwendung von Art. 81 Abs. 2 SchKG wäre es unter diesen Umständen Sache der Vorinstanz gewesen, dem Einwand entweder selbst nachzugehen oder dem Beschwerdegegner den Nachweis des ordnungsgemässen Ablaufes des Tessiner Verfahrens, insbesondere der richtigen Vorladung, aufzuerlegen (Daniel Staehelin, Basler Kommentar, N 23 zu Art. 81 SchKG mit Hinweisen). Da sie dies nicht getan hat, sondern sich über die entsprechenden Einwendungen der Beschwerdeführerin ohne Begründung hinwegsetzte, ist ihr Entscheid willkürlich und aufzuheben.

113

Art. 265a Abs. 4 SchKG (SR 281.1); Art. 8 ZGB (SR 210). Im Feststellungsprozess obliegt dem Gläubiger, das Vorhandensein neuen Vermögens zu beweisen, und zwar unabhängig davon, in welcher Parteirolle er sich befindet. Er hat den (positiven) Beweis zu erbringen, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, und nicht der Schuldner den Negativbeweis, dass er kein neues Vermögen hat.

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 11. August 2006

Aus den Erwägungen:

III. 2. c) Nach herrschender Lehre obliegt im Feststellungsprozess hinsichtlich der Thematik des neuen Vermögens dem Gläubiger die Beweislast, und zwar unabhängig davon, in welcher Parteirolle er sich befindet (Ueli Huber, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum SchKG, Rz. 41 zu Art. 265a SchKG; Jürgen Brönnimann, Feststellung des neuen Vermögens, Arrest, Anfechtung, in: Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz [SchKG], Schriftenreihe SAV, Band 13, 124; Gut/Rajower/Sonnenmoser, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, AJP 1998, 537; Dominik Gasser, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens, ZBJV 1996, 19; Beat Fürstenberger, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 112; Dallèves/Foex/Jeandin [Hrsg.], Poursuite et faillite, N 34 zu Art. 265a SchKG; Nicolas Jeandin, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, SJ 1997, 291 f.). In seiner Entscheid vom 20. Juni 2001 hat das Bundesgericht ebenfalls klar festgehalten, dass der Gläubiger, unabhängig seiner Parteirolle, die Beweislast trage (Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Juni 2001 in SJ 2001 I 583). Der Gläubiger, hier der Beklagte, hat somit sämtliche Tatsachen nachzuweisen, aus welchen er das Vorhandensein neuen Vermögens ableitet; es obliegt ihm, die Beseitigung der Einrede des mangelnden neuen Vermögens zu erreichen. Dies war schon nach altem Recht so. In der Revision wurde die Verteilung der Beweislast nicht abgeändert. Diese Beweislastverteilung entspricht zudem Art. 8 ZGB. Der Vorteil für den Gläubiger gegenüber der Situation unter altem Recht besteht darin, dass er vom Bewilligungsverfahren her besser dokumentiert sein wird (Huber, a. a. O., N 41 zu Art. 265a SchKG; Fürstenberger, a. a. O., 112 f.; Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991, BBl 1991, Band III, 159; vgl. auch GVP 2002 Nr. 110, 278). Beizufügen ist, dass im Feststellungsprozess das Regelbeweis-mass als ungeschriebenes zivilprozessuales Prinzip des Bundesrechts Anwendung findet (Fürstenberger, a. a. O., 113; Jeandin, a. a. O., 292). Der Beweis muss somit zur vollen Überzeugung des Richters erbracht werden.

d) Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, werde der Rechtsvorschlag im summarischen Verfahren lediglich aufgrund der fehlenden Mitwirkung des Schuldners verweigert, lasse sich diese Beweislastverteilung nicht rechtfertigen. Dies entspreche auch der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB: Der Schuldner trage die Beweislast dafür, dass er nicht über neues Vermögen verfüge, da sein Rechtsvorschlag nur unter dieser Voraussetzung vom Gericht bewilligt werde. Gestützt wird diese Meinung von Gilliéron sowie Lorandi. Gilliéron vertritt die Ansicht, der Schuldner, welcher klage, trage gemäss Bundesrecht die Beweislast; er habe keinen Negativbeweis zu erbringen, sondern seine Vermögens- und Einkommensverhältnisse darzulegen (Pierre-Robert Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, N 30 zu Art. 265a SchKG). Lorandi stellt sich auf den Standpunkt, verweigere der Summarrichter die Bewilligung des Rechtsvorschlags, müsse der Schuldner im Feststellungsprozess nicht nur als Kläger auftreten, sondern er trage für das Vorliegen der Voraussetzungen zur Bewilligung des Rechtsvorschlags auch die Beweislast. Ansonsten könnte der Schuldner im summarischen Verfahren einfach untätig bleiben, ohne dass ihm ein negativer Entscheid Nachteile bringe, ausser dass ihm die Klägerrolle zufalle. Dies könne nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, sollte doch die Rechtsstellung des Gläubigers verstärkt werden. Sofern der Schuldner im Feststellungsverfahren als Kläger auftrete, müsse ihn auch die Beweislast treffen (Franco Lorandi, *Feststellung neuen Vermögens*, in: *Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, schriftliches Referat der Tagung vom 11. Oktober 1996 des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse, St.Gallen, 8).

e) Im Vernehmlassungsverfahren über die Änderung des SchKG war unter anderem vorgeschlagen worden, die Beweislast umzukehren. Der im Vernehmlassungsverfahren geäusserten Kritik wurde Rechnung getragen, und ein neues zweistufiges Verfahren vorgesehen. Das neue, dem ordentlichen Prozess vorgelagerte Bewilligungsverfahren erlaubt dem Gläubiger durch die Dokumentierungslast des Schuldners, die Prozesschancen besser einzuschätzen. Die zweite Stufe des Verfahrens, der Feststellungsprozess, entspricht aber im Wesentlichen der früheren Regelung von Art. 265 Abs. 3 SchKG (Bundesblatt, a. a. O., 159). In der Revision wurde denn die Verteilung der Beweislast nicht abgeändert (Huber, a. a. O., N 41 zu Art. 265a SchKG; Fürstenberger, a. a. O., 112; Gut/Rajower/Sonnenmoser, a. a. O., 537; Brönnimann, a. a. O., 124). Im Feststellungsprozess besteht zudem keine formelle Auskunftspflicht des ehemaligen Konkursiten (Fürstenberger, a. a. O., 113). Der Gesetzgeber hat damit in Kauf genommen, dass sich die Beweisführung für den Gläubiger nicht einfach gestaltet, und dass er unter Umständen kostspielige private Nachforschungen vorzunehmen hat, um weitere Aufschlüsse über das schuldenrische Vermögen zu erlangen. Weiter ist zu beachten, dass es sich bei der Einrede mangelnden neuen Vermögens nicht um ein Angriffs-, sondern um ein Verteidigungsmittel des Schuldners handelt; es ist damit Sache des Gläubigers, dieses zu beseitigen (Jeandin, a. a. O., 292 Fn 146). Er hat den (positiven) Beweis zu er-

bringen, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, und nicht der Schuldner den Negativbeweis, dass er kein neues Vermögen hat. Mit der herrschenden Lehre und gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist somit davon auszugehen, dass es im Feststellungsprozess dem Gläubiger obliegt, das Vorhandensein neuen Vermögens zu beweisen.

f) Eine andere Beweislastverteilung wäre vorzunehmen, falls die mangelhafte Mitwirkung des Schuldners im Bewilligungsverfahren als Beweisvereitelung zu qualifizieren wäre. Beweisvereitelung kann definiert werden als ein Verhalten des Gegners der beweisbelasteten Partei, das dazu führen kann, einen an sich möglichen Beweis zu verhindern oder zu erschweren und dadurch die Beweisführung der beweisbelasteten Partei scheitern zu lassen. Sie kann auch bereits vor Beginn des Prozesses vorkommen (Michael Beglinger, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, ZSR 1996, I, 481). Die Beweisvereitelung führt aber grundsätzlich nicht zu einer Beweislastumkehr, es sei denn, sie erweise sich geradezu als rechtsmissbräuchlich (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 3g Vorbemerkungen zu Art.90 ff. ZPO). Rechtsmissbrauch kann vorliegen, wenn sich eine Partei auf eine durch eine eigene Beweisvereitelung entstandene Beweislosigkeit der Gegenpartei beruft; dies kann nach Art.2 Abs.2 ZGB im Einzelfall zu einer Umkehrung der Beweislast führen (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 9b zu Art.123 ZPO; vgl. auch Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2006, 10 N 44; Beglinger, a. a. O., 487 ff.). Für die Anwendbarkeit von Art.2 Abs.2 ZGB als Beweislastvorschrift wird bei Beweisvereitelung positiv ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) vorausgesetzt. Dieses ist von demjenigen zu beweisen, der sich auf die Beweisvereitelung beruft. Das Verschulden muss sich nicht nur auf die Vernichtung des Beweisgegenstandes, sondern auch auf dessen Beweisfunktion beziehen. Das Verhalten der beweisvereitelnden Partei muss zudem offenbar rechtsmissbräuchlich sein (Beglinger, a. a. O., 491 ff.).

Beweisvereitelung ist hier jedoch nicht gegeben.

B. VERWALTUNGSPRAXIS

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

114

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

Erziehungsdepartement, 19. Dezember 2006

Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

2. Bürgerrecht

115

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

Departement des Innern, 9. Juni 2006

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

3. a) (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Erziehung und Bildung

116

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

Erziehungsdepartement, 10. Novemberr 2006

Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

117

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

Erziehungsdepartement, 20. September 2006

Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

118

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

Erziehungsrat, 23. Oktober 2006

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

119

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

Erziehungsrat, 28. Juli 2006

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Lotterien

120

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

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

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

¹ Gekürzte und zur Veröffentlichung leicht überarbeitete Fassung.

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

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

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

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

2 Schätzung der Zahl Reiskörner in einem Glas.

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

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

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

6 Nicht dem tatsächlichen!

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ BGE 99 IV 29 unten.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Begräbnisordnung

121

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

Departement des Innern, 22. August 2006

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

6. Raumplanung und öffentliches Baurecht

122

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

Regierung, 2. November 2005

Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ergebnis:

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

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

123

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

Baudepartement, 6. März 2006

Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ergebnis:

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

124

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

Baudepartement, 20. April 2006

Sachverhalt:

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

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

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

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ergebnis:

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

125

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

Baudepartement, 24. Januar 2006

Sachverhalt:

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

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

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

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

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ergebnis:

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

126

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

Regierung, 3. Oktober 2006

Sachverhalt:

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

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ergebnis:

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

7. Gebäudeversicherung

127

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

Verwaltungskommission der Gebäudeversicherungsanstalt, 1. März 2006

Aus den Erwägungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

...

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