St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 2008

St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 2008

© Mix
Produktgruppe aus vorbildlich bewirtschafteten Wäldern, kontrollierten Herkünften und Recyclingholz oder -fasern
www.fsc.org Zert.-Nr. SQS-COC-100144
© 1996 Forest Stewardship Council
FSC

Herausgegeben von der Staatskanzlei St.Gallen 2009

Cavelti AG – Druck und Media – 9201 Gossau

Inhalt

		Seite
Vorbemerkungen		V
Abkürzungen		V
Sachregister zum Band 2008		Reg 1
A. GERICHTSPRAXIS	Nr.	
I. Staats- und Verwaltungsrecht		1
1. Verfassung	1–4	1
2. Öffentliches Dienstrecht	5	30
3. Gemeinden	6	33
4. Erziehung und Bildung	7	37
5. Gesundheit und Soziales	8–18	42
6. Arbeit und Gewerbe	19	50
7. Strassenverkehr	20–22	52
8. Raumplanung und Baurecht	23–28	65
9. Abgaben	29–37	100
10. Öffentliches Beschaffungswesen	38–39	103
11. Regalien	40	118
II. Zivilrecht		124
1. Personen- und Familienrecht	41–45	124
2. Sachenrecht und Grundbuch	46–47	136
3. Obligationenrecht	48–52	145
4. Geistiges Eigentum	53	161
III. Strafrecht einschliesslich Opferhilfe	54–63	164
IV. Rechtspflege		181
1. Gerichtsorganisation und –verfahren allgemein	64	181
2. Verwaltungsrechtspflege	65–67	182
3. Zivilrechtspflege	68–75	190
4. Strafrechtspflege	76–90	207
5. Rechtsanwälte und Rechtsagenten	91–92	233
6. Schuldbetreibung und Konkurs	93	240
V. Internationales Recht	94–95	244
B. VERWALTUNGSPRAXIS		
I. Staats- und Verwaltungsrecht		256
1. Verfassung	96	256
2. Bürgerrecht	97	259
3. Gewerbe	98	263
4. Natur- und Umweltschutz	99	266
5. Raumplanung und öffentliches Baurecht	100–104	269
II. Verwaltungsrechtspflege	105–107	283

Vorbemerkungen

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

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

Abkürzungen

ABl	Amtsblatt (des Kantons St.Gallen)
ADG	Gesetz über die Amtsdauer vom 8. Januar 2004, sGS 117.1
aGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (Gesamtausgabe 1868/69)
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10
ALVG	Gesetz über Arbeitslosenversicherung und Arbeitsvermittlung vom 1. April 1993, sGS 361.0
AnwG	Anwaltsgesetz vom 11. November 1993, sGS 963.70
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
aStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
aStP	Gesetz über die Strafrechtspflege vom 9. August 1954
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
AVIG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz), SR 837.0
AVIV	Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung), 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
BBl	Bundesblatt
BBV	Berufsbildungsverordnung vom 13. November 2001, sGS 231.11
BesV	Besoldungsverordnung vom 27. Februar 1996, sGS 143.2
BevSG	Bevölkerungsschutzgesetz vom 25. Juni 2004, sGS 421.1
BG	Bundesgesetz
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000, SR 935.61
bGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (1956)
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1

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)
BStP	Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege, SR 312.0
BüG	Bundesgesetz vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz), SR 141
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG), SR 831.40
BVV 2	Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.441.1
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11
DelG	Delegationsgesetz vom 27. November 1967, sGS 141.5
DG	Disziplinargesetz vom 28. März 1974, sGS 161.3
DSG	Datenschutzgesetz vom 20. Januar 2009, SR 142.1
DSV	Datenschutzverordnung vom 24. Oktober 1995, sGS 142.11
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 ZGB	Einführungsgesetz 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
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
FHV	Finanzhaushaltsverordnung vom 17. Dezember 1996, sGS 831.1
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
FZG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz), SR 831.42

FZV	Verordnung vom 3. Oktober 1994 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsverordnung), SR 831.425
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
GeschKR	Geschäftsreglement des Kantonsrates vom 24. Oktober 1979, sGS 131.11
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
GestG	Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz), SR 272
GG	Gemeindegesetz 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	Gerichtskostentarif 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 Luftreinhaltemassnahmen 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
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
GvG	Gemeidevereinigungsgesetz vom 17. April 2007, sGS 151.3
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
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
HUe54	Übereinkunft vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozessrecht, SR 0.274.12
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
IRSG	Rechtshilfegesetz vom 20. März 1981, SR 351.1
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, 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	Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung, 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
KJV	Verordnung über Kinder- und Jugendheime vom 21. September 1999, sGS 912.4
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)
KV	Verfassung des Kantons St.Gallen vom 10. Juni 2001, sGS 111.1
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
LMV	Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe
LPG	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 über die landwirtschaftliche Pacht, SR 221.213.2
LugÜ	Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.11

MAR	Maturitäts-Anerkennungsreglement vom 16. Januar 1995, sGS 230.11
MelG	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)
nGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Reihe, chronologische Ordnung (ab 1956)
NHG	Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz, SR 451
OHG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz), SR 312.5
OR	Bundesgesetz 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	Rheingesetz 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	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000, 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
SchBl	Amtliches Schulblatt des Kantons St.Gallen
SchlT	Schlusstitel
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1
sGS	Gesetzessammlung 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
StG	Steuergesetz vom 9. April 1998, sGS 811.1
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
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	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG), 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	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), 231.1 SR
US	Universitätsstatut vom 3. November 1997, sGS 217.15
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	Veterinärgesetz 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
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
VRV	Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962, SR 741.11
VV	Vollzugsverordnung
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz), SR 221.229.1
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
VZV	Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976, SR 741.51
WBG	Wasserbaugesetz vom 23.März 1969, sGS 734.11
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

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 2008

(nach Rechtsquellen geordnet)

Übersicht

I. Entscheide zum kantonalen Recht — Seite

1. Grundlagen und Organisation von Kanton und Gemeinde . . . Reg 3
2. Erziehung, Bildung, Kultur . . . Reg 3
3. Gesundheitspflege, Sozialversicherung, Fürsorge . . . Reg 4
4. Landesverteidigung, öffentliche Sicherheit und Ordnung . . . Reg 4
5. Arbeit und Gewerbe . . . Reg 4
6. Land- und Forstwirtschaft, Tierhaltung, Umweltschutz . . . Reg 5
7. Verkehr, öffentliches Baurecht, Energie, Gewässernutzung und Gewässerschutz Reg 5
8. Öffentliche Finanzen, Regalien, staatliche Unternehmungen, Feuerschutz . . . Reg 6
9. Zivilrecht, Strafrecht, Rechtspflege . . . Reg 7

II. Entscheide zum Bundesrecht

1. Staat, Volk, Behörden . . . Reg 12
2. Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung . . . Reg 13
3. Strafrecht, Strafrechtspflege, Strafvollzug . . . Reg 17
4. Schule, Wissenschaft, Kultur . . . Reg 19
5. Landesverteidigung . . . Reg 19
6. Finanzen . . . Reg 19
7. Öffentliche Werke, Energie, Verkehr . . . Reg 19
8. Gesundheit (einschliesslich Umweltschutz), Arbeit, Soziale Sicherheit . . . Reg 22
9. Wirtschaft, Technische Zusammenarbeit . . . Reg 25

III. Entscheide zum Internationalen Recht

Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung . . . Reg 26

I. Entscheide zum kantonalen Recht[1]

1. Grundlagen und Organisation von Staat und Gemeinden

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

Art. 44 Die Initiative «Unsere Regeln gelten für alle» lässt für die vom Verfassungsrecht zwingend vorgesehene Interessenabwägung im Einzelfall keinen Raum und wirkt damit auf eine Gesetzgebung hin, die mit der verfassungsrechtlich verankerten Religionsfreiheit sowie dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar ist. Sie wurde deshalb von der Regierung zu Recht für ungültig erklärt.
Verwaltungsgericht, 22. Mai 2008 GVP 2008 Nr. 4

G über Referendum und Initiative (RIG), sGS 125.1

Art. 36 Siehe Art. 44 KV (GVP 2008 Nr. 4).

Besoldungsverordnung (BesV), sGS 143.2

Art. 18 Bei Arbeitsverhinderung eines kantonalen Angestellten wegen Feuerwehrdienstes ist die Besoldung nach den für Militär- und Zivilschutzdienst geltenden Vorschriften auszurichten.
Verwaltungsgericht, 13. März 2008 GVP 2008 Nr. 5

Gemeindegesetz vom 23. August 1979 (GG), sGS 151.2

Art. 229 Abs. 2. Die Aufhebung einer Tempo-30-Zone durch das Departement im Rahmen der Staatsaufsicht über die Gemeinden ist nur zulässig, wenn klares Recht oder wichtige öffentliche Interessen verletzt sind. Diese Voraussetzungen sind bei der Tempo-30-Zone im Gebiet Rotmonten-Waldguet in der Stadt St.Gallen nicht erfüllt.
Verwaltungsgericht, 18. Dezember 2008 GVP 2008 Nr. 6

Art. 241 Abs. 1. Siehe Art. 229 Abs. 2 GG (GVP 2008 Nr. 6).

Art. 243 Siehe Art. 43bis VRP (GVP 2008 Nr. 106).

2. Erziehung, Bildung, Kultur

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

Art. 20 Abs. 1 lit. a. Ein Schulweg von je 40 Minuten für Hin- und Rückweg ist für Unterstufenschüler nicht zumutbar. Kindern, die ausserhalb des Siedlungsgebiets wohnen, darf nicht generell ein längerer Schulweg zugemutet werden als solchen, die im Siedlungsgebiet wohnen.
Verwaltungsgericht, 12. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 7

1 Gliederung nach dem Systematischen Register (Stand: 1. Januar 2008); Übersicht im Register 2008 der Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen.

3. Gesundheitspflege, Sozialversicherung, Fürsorge

G über Mutterschaftsbeiträge (GMB), sGS 372.1

Art. 2 Die Bemessungsperiode nach einem Wohnsitzwechsel entspricht der verbleibenden Beitragsdauer. Beginn der ordentlichen sechsmonatigen Beitragsdauer für Mutterschaftsbeiträge nach Art. 7 Abs. 1 GMB ist der Tag der Niederkunft.
Versicherungsgericht, 18. Januar 2008 GVP 2008 Nr. 17

Art. 3 Siehe Art. 2 GMB (GVP 2008 Nr. 17).

Art. 4 Siehe Art. 2 GMB (GVP 2008 Nr. 17).

Art. 7 Abs. 1. Siehe Art. 2 GMB (GVP 2008 Nr. 17).

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

Art. 9 Es ist unzulässig, einer pflegebedürftigen Heimbewohnerin, deren Lebenshaltungskosten u.a. durch Sozialhilfeleistungen gedeckt werden, einen Vermögensfreibetrag von lediglich Fr. 4000.– zu belassen.
Verwaltungsgericht, 17. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 18

Art. 11 Siehe Art. 9 SHG (GVP 2008 Nr. 18).

---

4. Landesverteidigung, öffentliche Sicherheit und Ordnung

keine Entscheide

---

5. Arbeit und Gewerbe

Gastwirtschaftsgesetz (GWG), sGS 553.1

Art. 9 Im Rahmen von Art. 9 GWG ist nur zu prüfen, ob die nachgesuchte gastgewerbliche Nutzung durch eine rechtskräftige Baubewilligung erlaubt wird. Ist das Baubewilligungsverfahren noch nicht abgeschlossen, so ist zu prüfen, ob die gastgewerbliche Nutzung wenigstens für die Dauer des baurechtlichen Bewilligungs-, Rekurs- oder Beschwerdeverfahrens durch eine rechtskräftige vorsorgliche Massnahme der zuständigen Bau- oder Rechtsmittelbehörde zugelassen wurde. Fehlt es auch an einer solchen provisorischen Nutzungsberechtigung, darf das Patent nicht erteilt bzw. nicht erneuert werden.
Volkswirtschaftsdepartement, 24. April 2008 GVP 2008 Nr. 98

Tourismusgesetz (TourG), sGS 575.1

Art. 16 Abs. 1. Die Regelung der kommunalen Tourismusabgaben im referendumspflichtigen Reglement muss auch den Abgabesatz umfassen. Ergibt sich der Abgabesatz lediglich aus dem Tarif, der nicht dem Referendum unterstellt wurde, fehlt es an einer hinreichenden formellen gesetzlichen Grundlage zur Erhebung der kommunalen Tourismusabgabe.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 9. Januar 2008 GVP 2008 Nr. 19

Art. 17 Abs. 1. Siehe Art. 16 Abs. 1 TourG (GVP 2008 Nr. 19).

6. Land- und Forstwirtschaft, Tierhaltung, Umweltschutz

keine Entscheide

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

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

Art. 20 Siehe Art. 16a RPG (GVP 2008 Nr. 23).

Art. 33 Abs. 2 Bst. b. Das private Interesse, einer rechtskräftig verfügten Wiederherstellungsmassnahme – hier die Kürzung des sogenannten Baumhauses um 36 cm – nachträglich die rechtliche Basis durch Aufhebung des zu Grunde liegenden Sondernutzungsplans zu entziehen, vermag das öffentliche Interesse an der Beständigkeit dieses Plans nicht zu überwiegen, wenn dieser seinen Zweck nach wie vor erfüllt.

Baudepartement, 20. November 2008 GVP 2008 Nr. 101

Art. 59 Abs. 1. Siehe Art. 24c RPG (GVP 2008 Nr. 28).

Art. 60 Der Niveaupunkt als Referenzpunkt zur Ermittlung der Gebäudehöhe wird vom Schwerpunkt jenes Teils des Gebäudevolumens bestimmt, der den gewachsenen Boden durchschneidet. Veränderungen am Gebäudevolumen unter- oder oberhalb dieser Schnittebene haben keinen Einfluss auf die Festlegung des Niveaupunktes und damit auf die Gebäudehöhe.

Baudepartement, 11. September 2008 GVP 2008 Nr. 102

Art. 69 Abs. 3. Siehe 679 ZGB (GVP 2008 Nr. 46).

Art. 78 Abs. 2 lit. b. Siehe Art. 16a RPG (GVP 2008 Nr. 24).

Art. 78 Abs. 2 lit. g. Siehe Art. 22 Abs. 1 RPG (GVP 2008 Nr. 26).

Art. 82ter Wird ein Bauvorhaben trotz fehlender gesetzlicher Voraussetzungen zu Unrecht im Meldeverfahren bewilligt, bewirkt dies gegenüber den benachbarten Grundeigentümern eine Verletzung der Anzeigepflicht und damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Baudepartement, 28. April 2008 GVP 2008 Nr. 103

Enteignungsgesetz vom 31. Mai 1984 (EntG), sGS 735.1

Art. 6 Verhältnismässigkeit der Enteignung. Nur wenn die Mehrkosten einer Leitung durch gemeindeeigenen Boden (Strasse) bedeutend sind, ist ein Eingriff in das Privateigentum eines Anstössers verhältnismässig.

Regierung, 4. November 2008 GVP 2008 Nr. 104

G über die Gewässernutzung (GNG) sGS 751.1

Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1. Siehe Art. 24c RPG (GVP 2008 Nr. 28).

8. Öffentliche Finanzen, Regalien, staatliche Unternehmungen, Feuerschutz

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

Art. 13 Abs. 2. Voraussetzungen für die Begründung eines steuerrechtlichen Wohnsitzes. Beweislastverteilung, wenn die Wohnsitzverlegung nach der Beweiswürdigung weder bejaht noch widerlegt werden kann. Der steuerpflichtigen Person kann der Gegenbeweis für die von ihr behauptete subjektive Steuerpflicht an einem Ort auferlegt werden, wenn die von der Steuerbehörde angenommene bisherige subjektive Steuerpflicht als sehr wahrscheinlich gelten kann.

Verwaltungsgericht, 22. Januar 2008 GVP 2008 Nr. 31

Art. 29 Abs. 1. Einkommenssteuer. Ob eine Versicherungsleistung eine steuerfreie Schadenersatz- oder Genugtuungszahlung darstellt, ist gestützt auf eine Auslegung der Versicherungspolice sowie der allgemeinen Vertragsbedingungen zu ermitteln. Im konkreten Fall liegt keine steuerfreie Zahlung, sondern eine steuerbare Invaliditätsentschädigung vor.

Verwaltungsgericht, 13. März 2008 GVP 2008 Nr. 32

Art. 34 Abs. 1 lit. b. Bei der steuerrechtlichen Qualifikation von Leistungen zwischen getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten ist in erster Linie auf die im Eheschutzverfahren oder in der Scheidungskonvention festgelegte Aufteilung von Lasten und Beiträgen abzustellen.

Verwaltungsgericht, 22. Mai 2008 GVP 2008 Nr. 33

Art. 36 lit. b. Siehe Art. 29 Abs. 1 StG (GVP 2008 Nr. 32).

Art. 36 lit. f. Siehe Art. 34 Abs. 1 lit. b StG (GVP 2008 Nr. 33).

Art. 37 Siehe Art. 29 Abs. 1 StG (GVP 2008 Nr. 32).

Art. 44 Abs. 2. Siehe Art. 34 Abs. 1 lit. b StG (GVP 2008 Nr. 33).

Art. 45 Abs. 1 lit. a und lit. c. Siehe Art. 34 Abs. 1 lit. b StG (GVP 2008 Nr. 33).

Art. 49 Abs. 1. Ob ein Steuerpflichtiger für den Unterhalt des Kindes zur Hauptsache aufkommt, ist nicht allein aufgrund der Verhältnisse am Ende der Steuerperiode zu beurteilen, sondern es ist auf die Zeitspanne abzustellen, in der die am Stichtag geltenden Verhältnisse bestanden.

Verwaltungsgericht, 12. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 34

Art. 80 Abs. 1 lit. g. Einer Stiftung wurde die Steuerfreiheit wegen Fehlens eines offenen Destinatärkreises und Fehlens der Gemeinnützigkeit zu Recht verweigert.

Verwaltungsgericht, 9. September 2008 GVP 2008 Nr. 35

Art. 112 Abs. 1. Bei der nachträglichen Veranlagung eines ehemals Quellensteuerpflichtigen ist der gesamte dem Arbeitnehmer an der Quelle abgezogene Betrag an die Steuer anzurechnen, selbst wenn der Steuerbetrag vom Arbeitgeber nicht an die Steuerbehörde abgeliefert wurde.

Verwaltungsgericht, 13. März 2008 GVP 2008 Nr. 36

Art. 181 Abs. 2. Siehe Art. 230 StG (GVP 2008 Nr. 37).

Art. 229 Siehe Art. 230 StG (GVP 2008 Nr. 37).

Art. 230 Im Einspracheverfahren der Handänderungssteuer vor dem Gemeinderat hat der Steuerpflichtige das Recht, seine Einsprache mündlich zumindest vor einem Mitglied des Rates zu begründen. Dieses Recht steht nicht nur natürlichen, sondern auch juristischen Personen zu. Die im Einspracheverfahren beantragte mündliche Begründung kann nicht im Rekursverfahren vor der Verwaltungsrekurskommission nachgeholt werden.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 20. August 2008 GVP 2008 Nr. 37

V über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998 (VöB), sGS 841.11

Art. 16 lit. d. Die freihändige Vergabe eines Architekturauftrags für das Projekt Klanghaus Toggenburg ist unzulässig, da keine konkreten Vorarbeiten vorliegen, welche künstlerische Besonderheiten oder Schutzrechte des geistigen Eigentums dokumentieren.

Verwaltungsgericht, 14. Oktober 2008 GVP 2008 Nr. 38

Art. 27 Abs. 1. Ein Zuschlag ist rechtswidrig, wenn er einer Unternehmervariante erteilt wird, die den in den Submissionsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen nicht entspricht und deshalb nicht als gleichwertig gelten kann. Aufgrund weiterer Mängel bei der Bewertung der Angebote wurde die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vergabebehörde zurückgewiesen.

Verwaltungsgericht, 30. April 2008 GVP 2008 Nr. 39

G über die Jagd, den Schutz der wildlebenden Säugetiere und Vögel sowie deren Lebensräume vom 17. November 1994 (JG), sGS 853.1

Art. 10 Der Entscheid einer Gemeinde über die Vergabe eines Jagdreviers soll von der kantonalen Rekursinstanz nur dann aufgehoben werden, wenn er sich mit sachlichen Gründen nicht mehr vertreten lässt. Die Rekursinstanz verletzte im Streitfall das ihr zustehende Ermessen, indem sie den Pachtentscheid der Gemeinde aufgehoben hat.

Verwaltungsgericht, 19. August 2008 GVP 2008 Nr. 40

9. Zivilrecht, Strafrecht, Rechtspflege

EG zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 3. Juli 1911 / 22. Juni 1942, (EGzZGB), sGS 911.1

Art. 98 Siehe 679 ZGB (GVP 2008 Nr. 46).

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

Art. 55 Ausstand (Verwirkung).

Präsident des Kantonsgerichts, 24. September 2008 GVP 2008 Nr. 64

Art. 72 Abs. 1. Siehe Art. 294 ff. StP (GVP 2008 Nr. 89).

G über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 (VRP), sGS 951.1

Art. 12 Massgebender Sachverhalt im Rekursverfahren vor dem Erziehungsrat. Erstellt ein Experte des Erziehungsrates im Rekursverfahren gegen eine sonderpädagogische Massnahme einen Bericht über die aktuelle schulische Situation des Kindes, so sind seine Beobachtungen und Schlüsse im Rekursentscheid zu berücksichtigen, auch wenn sich die Verhältnisse bei Erlass der angefochtenen Verfügung anders präsentierten.
Erziehungsrat, 19. November 2008 GVP 2008 Nr. 105

Art. 18 Abs. 1. Es ist rechtmässig, in einem Rekursverfahren gegen die Verweigerung einer Ausnahmebewilligung als Raucherbetrieb ein Gesuch um vorsorgliche Zulassung des Rauchens während des Verfahrens abzuweisen.
Verwaltungsgerichtspräsident, 7. November 2008 GVP 2008 Nr. 65

Art. 40 Abs. 2. Abgabeverfügungen unterer kommunaler Instanzen sind gemäss rechtsetzendem Reglement der Gemeinden nur dann direkt bei der Verwaltungsrekurskommission anfechtbar, wenn es sich dabei um selbständige Abgabeverfügungen handelt, die noch nicht rechtskräftig sind.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 19. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 66

Art. 41 lit. h Ziff. 5. Siehe Art. 40 Abs. 2 VRP (GVP 2008 Nr. 66).

Art. 43bis Trifft ein Gemeindeparlament einen ablehnenden Einbürgerungsbeschluss, so steht dagegen das Rechtsmittel des Rekurses zur Verfügung.
Departement des Innern, 11. September 2008 GVP 2008 Nr. 106

Art. 45 Zur Erhebung einer Einsprache gegen eine erlassene Planungszone ist nur berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann. Dem Eigentümer eines ausserhalb des Planungsgebiets gelegenen Grundstückes, dem innerhalb des Planungsgebiets weder dingliche noch obligatorische Rechte an den betroffenen Grundstücken zustehen, fehlt ein solches Interesse grundsätzlich.
Baudepartement, 3. Juli 2008 GVP 2008 Nr. 107

Art. 79bis Siehe Art. 8 BV (GVP 2008 Nr. 1).

Art. 95 Abs. 2. Die Kostenregelung kann unabhängig vom Erfolgsprinzip nach dem Verursacherprinzip vorgenommen werden. Art. 98 Abs. 2 VRP (sGS 951.1). Der Beizug eines rechtskundigen Vertreters ist nicht notwendig für Handlungen, die von jedem Steuerpflichtigen erwartet werden.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 7. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 67

Art. 98 Abs. 2. Siehe Art. 95 Abs. 2 VRP (GVP 2008 Nr. 67).

Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990 (ZPG[2]), sGS 961.2

Art. 15 Abs. 1 lit. b. Der Handelsgerichtspräsident ist zur Anordnung der Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit zuständig. Die ehemalige Liquidatorin einer gelöschten Aktiengesellschaft mit Einzelzeichnungsberechtigung ist zur Einreichung eines Wiedereintragungsgesuches legitimiert.
Handelsgerichtspräsident, 7. November 2008 GVP 2008 Nr. 69

2 In Entscheiden auch mit ZPO abgekürzt.

Art. 79 lit. b. Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

Art. 83 lit. b. Siehe Art. 292 StGB (GVP 2008 Nr. 62).

Art. 154 Sachliche Zuständigkeit; Urheberrecht und Wettbewerbsrecht.
Kassationsgericht, 10. September 2008 GVP 2008 Nr. 70

Art. 164 Nachträgliche Eingabe; Sorgfaltspflicht.
Kassationsgericht, 18. November 2008 GVP 2008 Nr. 71

Art. 196 lit. e. Siehe Art. 15 Abs. 1 lit. b ZPO (GVP 2008 Nr. 69).

Art. 200 Siehe Art. 15 Abs. 1 lit. b ZPO (GVP 2008 Nr. 69).

Art. 239 Abs. 1 Bst. b. Willkürliche tatsächliche Feststellung aufgrund von Vermutungen (statt aufgrund der Abnahme beantragter Beweise).
Kassationsgericht, 17. Dezember 2008 GVP 2008 Nr. 72

Art. 247 lit. a. Behandlung von Indizien im Zulassungsverfahren der Revision. Eine um neue Tatsachen ergänzte Indizienkette, also die neuen Tatsachen in Verbindung mit dem Prozessstoff des Vorprozesses, kann ein neues Beweismittel darstellen. Ist diese ergänzte Indizienkette insgesamt als neues Beweismittel entscheiderheblich, liegt ein Revisionsgrund vor. Die Revisionsfrist läuft für jeden Revisionsgrund selbständig. War ein Zeuge bekannt, kann er keinen Revisionsgrund darstellen.
Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 8. Oktober 2008 GVP 2008 Nr. 73

Art. 248 Abs. 1. Siehe Art. 247 lit. a ZPO (GVP 2008 Nr. 73).

Art. 254 Abs. 1 lit. c. Einer kautionspflichtigen Partei kann nicht zugemutet werden, mit der Anfechtung der Kautionsverfügung bis zu einem Nichteintretensentscheid zuzuwarten, weshalb ein (erheblicher) Nachteil zu bejahen und die Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen Kautionsentscheide zuzulassen ist.
Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 6. Mai 2008 GVP 2008 Nr. 74

Art. 254 Abs. 2. Siehe Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO (GVP 2008 Nr. 74).

Art. 264 Begründung der Kostenverlegung.
Kassationsgericht, 17. Dezember 2008 GVP 2008 Nr. 75

Art. 266 lit. b. Siehe Art. 839 Abs. 3 ZGB (GVP 2008 Nr. 47).

Art. 276 Abs. 1 lit. b. Siehe Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO (GVP 2008 Nr. 74).

Zivilprozessverordnung, sGS 961.21

Ziff. 84bis Anhang 1. Siehe Art. 15 Abs. 1 lit. b ZPO (GVP 2008 Nr. 69).

Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999 (StP), sGS 962.1

Art. 16 Ausstandspflicht von Polizeibeamten.
Anklagekammer, 15. Oktober 2008 GVP 2008 Nr. 76

Art. 27 Abs. 1. Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93)

Art. 36 Abs. 3 letzter Satz aStP. Siehe Art. 43 ff. StP (GVP 2008 Nr. 77).

Art. 43 ff. Praxisänderung. Die gestützt auf Art. 36 Abs. 3 letzter Satz aStP und Art. 8 Abs. 1 lit. a OHG entwickelte Praxis, wonach der Zivilanspruch des Opfers auch ohne Zustimmung des Angeklagten noch im Gerichtsverfahren geltend gemacht werden konnte, gilt unter dem revidierten Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999 nicht mehr. Nach Abschluss der Untersuchung kann das Opfer die Zivilklage nur mit Zustimmung des Angeschuldigten anhängig machen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 4. Dezember 2007 GVP 2008 Nr. 77

Art. 44 Abs. 2. Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

Art. 44 Abs. 2 Satz 2. Siehe Art. 43 ff. StP (GVP 2008 Nr. 77).

Art. 55 Bei Bagatelldelikten besteht kein Anspruch auf amtliche oder notwendige Verteidigung.

Verwaltungsgerichtspräsident, 21. April 2008 GVP 2008 Nr. 78

Art. 133 Die Anordnung des vorzeitigen Massnahmenvollzugs ist auch im Nachverfahren nach Art. 65 Abs. 1 StGB grundsätzlich zulässig.

Anklagekammer, 29. Oktober 2008 GVP 2008 Nr. 79

Art. 142 Abs. 1. Die Staatsanwaltschaft entscheidet nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens über die Verrechnung des Erlöses beschlagnahmter Gegenstände oder Vermögenswerte mit den dem Angeschuldigten auferlegten Verfahrenskosten. Der Staat hat den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für einen definitiven Beizug zur Deckung der Kosten gegeben sind.

Anklagekammer, 19. Dezember 2007 GVP 2008 Nr. 80

Art. 150 Abs. 2. Umfang der Prüfung bei Entsiegelungsentscheiden, welche in internationalen Rechtshilfesachen ergehen.

Anklagekammer, 2. September 2008 GVP 2008 Nr. 81

Art. 181 ff. Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

Art. 200 Abs. 1. Siehe Art. 70 aStGB (GVP 2008 Nr. 57).

Art. 234 Abs. 1. Ausnahmsweise Beschränkung des rechtlichen Gehörs der angezeigten Person (Ausschluss der Akteneinsicht, Nichtgewährung einer Stellungnahme) im Beschwerdeverfahren gegen Nichteintretensverfügungen.

Anklagekammer, 4. Dezember 2008 GVP 2008 Nr. 82

Art. 239 Umfang der Berufungsbegründung (vgl. auch GVP 2007 Nr. 92). Wird nur die Art des Strafvollzuges angefochten, so ist eine Überprüfung der Schuldsprüche lediglich unter dem eingeschränkten Gesichtspunkt von offensichtlichen Gesetzesverletzungen zulässig. Die Vorschrift, sich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt über den Umfang der Anfechtung festzulegen, dient einem geregelten, klaren Verfahren und der Prozessökonomie und ist damit sachlich gerechtfertigt.

Kantonsgericht, Strafkammer, 9. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 83

Art. 242 Abs. 2. Siehe Art. 239 StP (GVP 2008 Nr. 83).

Art. 254 Nach der Gerichtshängigkeit des Strafverfahrens sind Anträge auf Beweiserhebungen beim Gericht und nicht bei der Staatsanwaltschaft einzureichen.

Anklagekammer, 29. Oktober 2008 GVP 2008 Nr. 84

Art. 254 Rechtsverweigerungsbeschwerde: Eintretensvoraussetzungen (Ergänzung der Rechtsprechung gemäss GVP 2002 Nr. 100).
Anklagekammer, 19. November 2008 GVP 2008 Nr. 85

Art. 254 Akteneinsicht im Strafverfahren. Grundsatz der Öffentlichkeit.
Anklagekammer, 4. Dezember 2008 GVP 2008 Nr. 86

Art. 254 Abs. 1 lit. a. Prozessuale Sorgfaltspflichten vor der Einreichung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde.
Anklagekammer, 17. März 2008 GVP 2008 Nr. 87

Art. 266 lit. a. Kostenauflage bei Einstellung des Strafverfahrens (Präzisierung der Rechtsprechung gemäss GVP 2000 Nr. 62).
Präsident der Anklagekammer, 10. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 88

Art. 294 ff. Der vom Kläger beim Kreisgerichtspräsidium mit Privatstrafklage- bzw. im anschliessend geführten Untersuchungsverfahren neu erhobene Vorwurf der falschen Anschuldigung stellt kein Ehrverletzungs- oder anderes Antragsdelikt, sondern eine von Amtes wegen zu verfolgende strafbare Handlung (Offizialdelikt) dar, die in den sachlichen Zuständigkeitsbereich der Strafverfolgungsbehörden fällt und daher nicht im Privatstrafklageverfahren, sondern im ordentlichen Verfahren zu beurteilen ist. Der mit der Untersuchung der Privatstrafklage befasste Gerichtspräsident hätte daher infolge sachlicher Unzuständigkeit zunächst gemäss Art.72 Abs.1 GerG den neu erhobenen Vorwurf der falschen Anschuldigung zur Beurteilung an das zuständige Untersuchungsamt überweisen müssen.
Kantonsgericht, Strafkammer, 6. März 2008 GVP 2008 Nr. 89

Art. 294 Abs. 1 lit. b. Abgrenzung zwischen ordentlichem Verfahren und Privatstrafklageverfahren. Der Verweisungsverfügung kommt keine materielle Rechtskraft zu.
Kantonsgericht, Strafkammer, 11. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 90

Art. 304 Abs. 3. Siehe Art. 294 Abs. 1 lit. b StP (GVP 2008 Nr. 90).

Art. 337 Abs. 1. Siehe Art. 266 lit. a StP (GVP 2008 Nr. 88).

Anwaltsgesetz vom 11. November 1993 (AnwG), sGS 963.70

Siehe BGFA. Anwaltskammer v. Mai 08 (GVP 2008 Nr. 91).

Art. 32 Begutachtung einer Anwaltsrechnung. Aktuelles Rechtsschutzinteresse.
Präsident der Anwaltskammer, 29. Oktober 2008 GVP 2008 Nr. 92

Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO), sGS 963.75

Art. 22 Abs. 1 lit. b. Siehe Art. 61 ATSG (GVP 2008 Nr. 12).

II. Entscheide zum Bundesrecht[3]

1. Staat, Volk, Behörden

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

Art. 8 Der Anspruch auf gleiche Pflichtlektionenzahl kann als vermögensrechtlicher Anspruch aus einem Dienstverhältnis auf dem Klageweg geltend gemacht werden. Auf das Gestaltungsbegehren der Kläger kann indes nicht eingetreten werden, da die Beseitigung der geltend gemachten Ungleichheit einen detaillierten neuen Erlass erfordern würde. Die Differenzen der Pflichtlektionenzahl zwischen Lehrkräften der Berufsmittelschulen und jenen der Wirtschafts- bzw. Fachmittelschulen verstossen aufgrund sachlicher Unterschiede nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung.

Verwaltungsgericht, 13. März 2008 GVP 2008 Nr. 1

Art. 8 Wird bei einer Nachklausur die gleiche Prüfung verwendet wie zum regulären Prüfungstermin in der Klasse, müssen die Rechte und Pflichten der Kandidatinnen und Kandidaten in der Nachklausur nach dem gleichen Massstab festgesetzt werden wie beim regulären Prüfungstermin – es sei denn, dass sachliche Gründe eine rechtliche Differenzierung rechtfertigen. Liegen keine solchen Gründe vor, muss bei der Nachklausur der gleiche Notenbonus gewährt werden wie bei der regulären Klausur. Anforderungen an die Begründung einer Abrundung von Zeugnisnoten.

Präsident Erziehungsrat, 7. April 2008 GVP 2008 Nr. 96

Art. 8 Es verstösst gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, Anschlussbeiträge für Ferienhäuser und für Grundstücke auswärtiger Eigentümer höher anzusetzen als solche für ganzjährig bewohnte Häuser und für Bauten einheimischer Eigentümer.

Verwaltungsgericht, 19. August 2008 GVP 2008 Nr. 2

Art. 8 Abs. 2 BV. Siehe Art. 14 BüG (GVP 2008 Nr. 97).

Art. 26 Abs. 1. Aus der Bestandesgarantie ergibt sich kein Anspruch auf Übertragung von zonenfremdem Wohnraum in bestehende landwirtschaftliche Bauten. Der betriebsnotwendige Wohnraum für einen Sömmerungsbetrieb ist nach Betriebsgrösse und -art festzulegen, nicht nach den persönlichen Bedürfnissen des Betriebsinhabers.

Verwaltungsgericht, 28. April 2008 GVP 2008 Nr. 3

3 Gliederung nach der Allgemeinen Systematik des Landesrechts im Inhaltsverzeichnis 2008 der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts und der Systematischen Sammlung des Bundesrecht, S. 9 ff. (Bern, Bundeskanzlei, 2008).

BG vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz, BüG), SR 141

Art. 14 Die Erwerbstätigkeit kann als ein möglicher Teil der Integration angesehen werden, so dass deren Fehlen einer Person grundsätzlich als ein in dieser Hinsicht bestehender Mangel vorwerfbar ist. Wird einer behinderten Person jedoch allein wegen der fehlenden Erwerbstätigkeit die Einbürgerung verweigert, so verstösst dies gegen das Diskriminierungsverbot. Ihr muss die Möglichkeit geboten werden, ihre Integration auch auf andere Weise als der Ausübung einer Erwerbstätigkeit darlegen zu können.

Departement des Innern, 14. Juli 2008 GVP 2008 Nr. 97

Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), SR 172.220.1

Art. 8 Abs. 1. Siehe Art. 110 Abs. 3 StGB (GVP 2008 Nr. 59).

2. Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung

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

Art. 8 Siehe Art. 239 Abs. 1 Bst. b ZPO (GVP 2008 Nr. 72).

Art. 28d Siehe Art. 65 URG (GVP 2008 Nr. 53).

Art. 133 Abs. 2. Aus der bisherigen Aufgabenteilung und dem Angebot einer fortdauernden Eigenbetreuung kann kein Vorrang bei der Kinderzuteilung abgeleitet werden, wenn sich die Betreuung in blosser Präsenz erschöpft und keine angemessene Behütung und beständige Förderung umfasst.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 23. April 2008 GVP 2008 Nr. 41

Art. 144 Abs. 2. Das Gericht ist bei der Ordnung der Elterntrennung gehalten, ein Kind im urteilsfähigen Alter zur Mitwirkung einzuladen. Unterlässt es dies, so ist der Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör verletzt und das hat in der Regel zur Konsequenz, dass der Entscheid aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung zurückgewiesen werden muss.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 4. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 42

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1. Ein Ehegatte, der verantwortungslos handelte, indem er seine Arbeitsstelle kündigte und sein ganzes Barvermögen verschwendete, kann sich nicht auf die Garantie des Existenzminimums berufen. Ihm ist zuzumuten, sich zunächst stärker einzuschränken und später die selbstbewohnte Liegenschaft zu verkaufen, um die Familie vor Not und Verschuldung zu bewahren.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 5. Mai 2008 GVP 2008 Nr. 43

Art. 273 Zeigen Kinder im urteilsfähigen Alter trotz langer Abwesenheit des Vaters und beharrlicher Beeinflussung durch die Mutter eine vorsichtige Bereitschaft, dem Vater wieder zu begegnen, so scheint es sinnvoll, beide Seiten im Sinne einer Aufforderung, aber nicht in Form eines zwangsweise durchsetzbaren Anspruchs einzuladen, einen Tag im Monat miteinander zu verbringen.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 5. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 44

Art. 372 Siehe Art. 395 ZGB (GVP 2008 Nr. 45).

Art. 395 Die Beiratschaft auf eigenes Begehren wird im Gesetz zwar nicht erwähnt, ist jedoch wie die Vormundschaft auf eigenes Begehren möglich, wenn die betroffene Person infolge von Altersschwäche, anderen Gebrechen oder von Unerfahrenheit ihre Angelegenheiten nicht gehörig zu besorgen vermag. Wie bei der Entmündigung setzt auch die Aufhebung der Beiratschaft voraus, dass sich die Verhältnisse seit deren Anordnung nachträglich verändert haben, es sei denn, es erweise sich, dass die Beiratschaft gar nie notwendig war. Anders als bei der Beistandschaft auf eigenes Begehren genügt ein Aufhebungsantrag allein nicht.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V,
16. Dezember 2008 GVP 2008 Nr. 45

Art. 439 Siehe Art. 395 ZGB (GVP 2008 Nr. 45).

Art. 679 Die von den Bäumen auf dem beklagtischen Grundstück ausgehende Beschattung bewirkt für das klägerische Grundstück im Winter einen Lichtentzug, der als übermässige Immission im Sinne von Art. 684 ZGB zu betrachten ist. Es liegt einer der seltenen Ausnahmefälle vor, in denen trotz Einhaltung der kantonalen Abstandsvorschriften eine Übermässigkeit deshalb zu bejahen ist, weil es sich nicht lediglich um markante Einzelbäume, sondern um eine dicht stehende Gruppe von neun Bäumen beträchtlicher Höhe (20–26 m) handelt, die als geschlossene Silhouette in Erscheinung treten, weshalb von ihnen ausserordentliche Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ausgehen und daher der bundesrechtliche Mindestimmissionsschutz zum Zug kommt.

Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 7. Juli 2008 GVP 2008 Nr. 46

Art. 684 Siehe 679 ZGB (GVP 2008 Nr. 46).

Art. 688 Siehe 679 ZGB (GVP 2008 Nr. 46).

Art. 839 Abs. 3. Kostenverlegung, wenn ein Verfahren zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zufolge Leistung einer hinreichenden Sicherheit gegenstandslos wird.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse im Personen-, Erb- und Sachenrecht,
14. November 2008 GVP 2008 Nr. 47

BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR), SR 220

Art. 41 ff. Tödlicher Schneesportunfall eines nicht durch einen Lehrer beaufsichtigten Jugendlichen abseits der markierten Piste anlässlich eines von einer Privatschule organisierten Skitags. Verneinung einer Sorgfaltspflichtverletzung der Schule.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. August 2008 GVP 2008 Nr. 48

Art. 97 Siehe Art. 41 ff. (GVP 2008 Nr. 48).

Art. 285 Wenn der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks trotz schriftlicher Ermahnung seine Bewirtschaftungspflicht nach Art. 21a LPG weiter verletzt, kann der Verpächter gestützt auf Art. 22b LPG mit einer Frist von sechs Monaten die Pacht auf den folgenden Frühjahr- oder Herbsttermin kündigen. Für die Anwendung von Art. 285 OR besteht im landwirtschaftlichen Pachtrecht kein Raum.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht,
7. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 49

Art. 328 Das schweizerische Arbeitsrecht kennt keinen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Eine verpönte Schlechterstellung liegt nur dann vor, wenn ein Angestellter gegenüber einer Vielzahl anderer Angestellter sachlich ungerechtfertigt deutlich ungünstiger gestellt wird und so eine den Angestellten verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Die Besserstellung einzelner Angestellter stellt keine Missachtung der Persönlichkeit der anderen Mitarbeiter dar. Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf die (ausserordentliche) Kündigung.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 8. April 2008 GVP 2008 Nr. 50

Art. 337 Siehe Art. 328 OR (GVP 2008 Nr. 50).

Art. 356 ff. Die Tarifparteien eines Gesamtarbeitsvertrages sind berechtigt, auch wenn vorübergehend ein vertragsloser Zustand herrschte, Ansprüche gegenüber einem Aussenseiter, entstanden unter dem früheren – allgemein gültig erklärten – Gesamtarbeitsvertrag, durchzusetzen.

Kantonsgericht St. Gallen, Präsident der III. Zivilkammer, 23. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 51

Art. 357b Abs. 1. Siehe Art. 356 ff. OR (GVP 2008 Nr. 51).

Art. 398 Siehe Art. 41 ff. (GVP 2008 Nr. 48).

Art. 938a Abs. 1. Siehe Art. 153 HRegV (GVP 2008 Nr. 52).

Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV)

Siehe Art. 356 ff. OR (GVP 2008 Nr. 51).

BG vom 4. Oktober 1985 über die landwirtschaftliche Pacht (LPG), SR 221.213.2

Art. 17 Siehe Art. 285 OR (GVP 2008 Nr. 49).

Art. 22b Siehe Art. 285 OR (GVP 2008 Nr. 49).

BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG), SR 221.229.1

Art. 88 Siehe Art. 29 Abs. 1 StG (GVP 2008 Nr. 32).

Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV), SR 221.411

Art. 153 Auflösung infolge fehlenden Rechtsdomizils. Art. 153 Abs. 5 HRegV ist nicht direkt anwendbar, wenn der gesetzliche Zustand zwar erst nach Erlass der Verfügung betreffend Auflösung infolge fehlenden Rechtsdomizils, jedoch vor der Eintragung der Auflösung im Handelsregister wiederhergestellt wurde. Kann die zu Recht erfolgte, bereits eingetragene Auflösung widerrufen werden, wenn der gesetzliche Zustand wiederhergestellt wird, so muss nach dem Grundsatz in maiore minus gelten, dass auch die korrekt erlassene Auflösungsverfügung bei nachträglicher Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes als inhaltlich gegenstandslos betrachtet und anstelle der Auflösung der Gesellschaft ihr neues Domizil im Handelsregister eingetragen werden kann.

Kantonsgericht, Präsident der Aufsichtsbehörde über das Handelsregister, 29. September 2008 GVP 2008 Nr. 52

Art. 155 Siehe Art. 153 HRegV (GVP 2008 Nr. 52).

Art. 164 Siehe Art. 15 Abs. 1 lit. b ZPO (GVP 2008 Nr. 69).

BG vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), 231.1 SR

Art. 65 Geht dem Gericht eine Schutzschrift erst nach Eingang eines Gesuchs um dringliche Anordnung einer Massnahme zu, ist die Schutzschrift dem Gesuchsteller grundsätzlich zusammen mit dem Entscheid über die dringliche Massnahme zuzustellen (E.3); die Sicherstellung von Datenträgern muss als Massnahme verhältnismässig sein. Sollen bei einem Gesuchsgegner alle Datenträger sichergestellt werden, um bestimmte Dateien zu suchen, mit denen der Gesuchsteller einen Beweis führen will, handelt es sich um einen grundsätzlich unzulässigen Suchbeweis. Frage offen gelassen, ob die Massnahme im Falle eines Beweisnotstandes ausnahmsweise zulässig sein könnte (E.4b).

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer,
15. April 2008 GVP 2008 Nr. 53

BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (GestG), SR 272

Art. 22 Ein Anwaltsvertrag ist in der Regel kein Vertrag über eine Leistung üblichen Verbrauchs im Sinne von Art. 22 GestG, welcher die Zuständigkeit für Konsumentenverträge festlegt. Eine Gerichtsstandsvereinbarung kann gültig vereinbart werden.

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer,
13. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 68

BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.1

Art. 204 Abs. 1. Die im Strafverfahren gegen den Angeklagten eingereichten Zivilforderungen der Kläger dürfen nur dann auch im Strafverfahren erledigt werden, wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung die Untersuchung abgeschlossen bzw. bereits Anklage erhoben worden ist und die Zivilkläger ihre Forderungen bereits geltend gemacht hatten, wobei dies nach kantonalem Verfahrensrecht rechtzeitig erfolgt sein musste. Diese Voraussetzungen sind im zu beurteilenden Fall nicht gegeben. Unter diesen Umständen konnte im Adhäsionsverfahren vor dem Strafrichter ein die Konkursmasse bindendes Urteil über den Bestand der Zivilforderungen nicht mehr erwirkt werden; dem Strafrichter fehlte die Zuständigkeit zu deren Beurteilung. Die Fortführung des Prozesses an einem anderen Ort als dem Konkursort und in einem anderen Verfahren ohne Vorliegen der Voraussetzung von Art. 250 SchKG gestützt auf die kantonalen Verfahrensvorschriften bildet eine Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Art. 207 SchKG kommt nicht zur Anwendung. Es folgen Hinweise betreffend Ersatzforderung des Staates und deren Verwendung zu Gunsten der Geschädigten.

Kantonsgericht, Strafkammer, 1. Juli 2008 GVP 2008 Nr. 93

Art. 207 Abs. 1. Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

Art. 213 Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

Art. 231 Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2. Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

Art. 250 Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG), SR 291

Art. 117 Siehe Art. 5 Ziff. 1 LugÜ (GVP 2008 Nr. 95).

3. Strafrecht, Strafrechtspflege, Strafvollzug

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0

Art. 30 Inhaltliche Anforderungen an den Strafantrag beim Tatbestand der sexuellen Belästigung.

Kantonsgericht, Strafkammer, 27. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 54

Art. 31 Siehe Art. 30 StGB (GVP 2008 Nr. 54).

Art. 40 Strafzumessung. Bei der Bestimmung einer Zusatzstrafe kann es nicht auf die Gleichartigkeit der Strafen ankommen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 24. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 55

Art. 46 Abs. 1. Siehe Art. 40 StGB (GVP 2008 Nr. 55).

Art. 47 Siehe Art. 40 StGB (GVP 2008 Nr. 55).

Art. 49 Abs. 1 und 2. Siehe Art. 40 StGB (GVP 2008 Nr. 55).

Art. 49 Abs. 2. Zusatzstrafe. Für die Frage, wann ein Täter als «verurteilt» im Sinn von Art. 49 Abs. 2 StGB gilt, ist auf den Zeitpunkt der ersten Urteilsfällung im Erstverfahren abzustellen. Demgegenüber ist für die Bemessung der Zusatzstrafe auf das rechtskräftige Urteil im Erstverfahren abzustellen, somit mitunter das Urteil einer Rechtsmittelinstanz. Die Zusatzstrafe ist sodann zum rechtskräftig gewordenen Urteil auszusprechen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 20. August 2008 GVP 2008 Nr. 56

Art. 70 aStGB. Wurde ein Angeklagter unter dem bis 30. September 2002 geltenden Verjährungsrecht in Abwesenheit verurteilt, berechnet sich die Verfolgungsverjährung, wie wenn die entsprechende Frist ungeachtet des Abwesenheitsurteils weiter gelaufen wäre (sog. Anrechnungstheorie).

Kantonsgericht, Strafkammer, 26. März 2008 GVP 2008 Nr. 57

Art. 71 Abs. 1 und 2. Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

Art. 72 Ziff. 2 Abs. 1 aStGB. Siehe Art. 70 aStGB (GVP 2008 Nr. 57).

Art. 73 Siehe Art. 204 Abs. 1 SchKG (GVP 2008 Nr. 93).

Art. 86 Abs. 1. Der Gefangene ist nach Verbüssung von zwei Dritteln der Strafe, mindestens von drei Monaten, bedingt zu entlassen, wenn es sein Verhalten im Strafvollzug rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, er werde weitere Verbrechen oder Vergehen begehen. Im konkreten Fall wurde eine gute Prognose entgegen der Annahme der Strafvollzugsbehörde bejaht.

Verwaltungsgericht, 3. April 2008 GVP 2008 Nr. 58

Art. 110 Abs. 3. Postangestellte sind – trotz ihres öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses – mangels amtlicher Funktion nicht als Beamte im Sinne des Strafrechts zu qualifizieren.
Kantonsgericht, Strafkammer, 27. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 59

Art. 134 Die Anwendbarkeit des Tatbestandes des Angriffs hängt nicht von der Anzahl verletzter Personen ab; entscheidend ist, dass nicht feststeht oder festgestellt werden kann, wer für die konkrete Verletzung verantwortlich ist. Selbst wenn nur der Angegriffene die verletzte Person ist, ist ohne weiteres denkbar, dass der eingetretene Erfolg nicht einem bestimmten Täter zugeordnet werden kann.
Kantonsgericht, Strafkammer, 6. Mai 2008 GVP 2008 Nr. 60

Art. 146 Trotz Aufgabe der Rechtsfiguren der verjährungsrechtlichen Einheit und des fortgesetzten Delikts sind mehrere tatsächliche Handlungen in gewissen Fällen der tatbestandlichen oder natürlichen Handlungseinheit rechtlich als Einheit zu qualifizieren (vgl. auch GVP 2007 Nr. 56). Verneinung der Handlungseinheit bei den vorliegenden geringfügigen Vermögensdelikten (Betrug).
Kantonsgericht, Strafkammer, 9. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 61

Art. 172ter Siehe Art. 146 StGB (GVP 2008 Nr. 61).

Art. 198 Siehe Art. 30 StGB (GVP 2008 Nr. 54).

Art. 285 Siehe Art. 110 Abs. 3 StGB (GVP 2008 Nr. 59).

Art. 286 Siehe Art. 110 Abs. 3 StGB (GVP 2008 Nr. 59).

Art. 292 Anordnung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB nicht nur im Umfang der Gutheissung der Klage, sondern auch im Umfang der Klageanerkennung.
Handelsgericht, 9. April 2008 GVP 2008 Nr. 62

BG vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), SR 312.5

Art. 2 Abs. 1. Siehe Art. 11 Abs. 3 OHG (GVP 2008 Nr. 63).

Art. 8 Abs. 1 lit. a. Siehe Art. 43 ff. StP (GVP 2008 Nr. 77).

Art. 11 Abs. 3. Eine Person, die im Ausland als Beifahrerin bei einem Autounfall schwer verletzt wurde, hat vorliegend keinen Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung nach OHG, weil keine Straftat (schwere Körperverletzung nach Art. 125 StGB) gegeben war. Die Frage des Vorliegens einer Straftat und damit der Opfereigenschaft ist mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beantworten. Eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit des Fahrers des Unfallwagens erschien im konkreten Fall zwar als möglich, aber nicht als überwiegend wahrscheinlich.
Versicherungsgericht, 3. Juli 2008 GVP 2008 Nr. 63

4. Schule, Wissenschaft, Kultur

BG vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG), SR 451

Art. 5 Die im BLN-Inventar für ein bestimmtes Objekt festgelegten Schutzziele bedürfen für ihre Verbindlichkeit gegenüber einem Grundeigentümer, dessen Grundstück im Perimeter dieses Objekts liegt, der Umsetzung durch den Erlass von grundeigentümerverbindlichen Schutzmassnahmen. Das BLN-Inventar allein stellt keine ausreichende Grundlage dar, um gegenüber den Regelbauvorschriften erhöhte Anforderungen an ein Bauvorhaben zu stellen.

Baudepartement, 27. Oktober 2008 GVP 2008 Nr. 99

---

5. Landesverteidigung

keine Entscheide

---

6. Finanzen

BG vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG), SR 642.11

Art. 26 Abs. 1 lit. b. Bei der Beurteilung der Notwendigkeit der auswärtigen Verpflegung ist grundsätzlich von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1,
26. September 2008 GVP 2008 Nr. 29

Art. 32 Abs. 2. Aufwendungen für den Gartenunterhalt sind als Liegenschaftsunterhaltskosten abziehbar, wenn sie einerseits mit dem steuerbaren Eigenmietwert in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen und andererseits zur Erhaltung des Gartens notwendig sind und nicht einer privaten Liebhaberei dienen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1,
11. Dezember 2008 GVP 2008 Nr. 30

---

7. Öffentliche Werke, Energie und Verkehr

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

Art. 16a Ein vormaliges Betriebsleiterpaar, das nie auf dem Hof wohnte, hat keinen Anspruch auf Wohnraum in der Landwirtschaftszone.

Verwaltungsgericht, 12. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 23

Art. 16a Es besteht kein Anspruch, die maschinelle Bewirtschaftung einer landwirtschaftlich genutzten Fläche mittels Geländeveränderungen zu optimieren.

Verwaltungsgericht, 3. April 2008 GVP 2008 Nr. 24

Art. 16a Geländeveränderungen in der Landwirtschaftszone müssen für die Bewirtschaftung notwendig sein. Dabei ist unerheblich, ob durch den Abbau von Lehm oder Torf oder aus anderen Gründen früher bereits einmal in den natürlichen Geländeverlauf eingegriffen worden war oder ob dieser zum ersten Mal verändert werden soll. Für den Stichtag zur Bestimmung der altrechtlichen Bauten und Anlagen ist in erster Linie auf das Inkrafttreten des früheren Gewässerschutzgesetzes und damit auf den 1. Juli 1972 abzustellen. Später erstellte Bauten und Anlagen fallen nur dann in den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG, wenn sie aufgrund einer Zonenplanänderung von der Bauzone in eine Nichtbauzone gelangten.

Verwaltungsgericht, 30. April 2008 GVP 2008 Nr. 25

Art. 22 Abs. 1. Eine Böschungsmauer von bis zu 5 m Höhe und rund 60 m Länge ist eine bewilligungspflichtige Geländeanpassung. Die Identität einer Blocksteinmauer von rund 55 m Länge, die Bestandesschutz geniesst, ist nicht gewahrt, wenn sie um rund das Doppelte verlängert wird.

Verwaltungsgericht, 19. August 2008 GVP 2008 Nr. 26

Art. 22 Abs. 1. Siehe Art. 16a RPG (GVP 2008 Nr. 24).

Art. 24 Siehe Art. 22 Abs. 1 RPG (GVP 2008 Nr. 26).

Art. 24 Abs. 1. Siehe Art. 16a RPG (GVP 2008 Nr. 25).

Art. 24c Geht ein rechtskräftig bewilligter Wiederaufbau einer Villa ausserhalb der Bauzone über das zulässige Erweiterungsmass hinaus, fällt eine nachträgliche Bewilligung von zusätzlichen Erweiterungen ausser Betracht. Der Bau eines nichtlandwirtschaftlich genutzten Stalls ausserhalb der Bauzone gilt nicht als notwendige Aussenanlage.

Verwaltungsgericht, 12. Februar 2008 GVP 2008 Nr. 27

Art. 24c Ob eine vorbestehende landwirtschaftliche Wohnbaute abgerissen und ersetzt oder lediglich saniert werden darf, hängt davon ab, ob sie am 1. Juli 1972 landwirtschaftlich genutzt war. Wurde die Landwirtschaft vor diesem Zeitpunkt aufgegeben, sind Abriss und Ersatzbaute zulässig. Als «landwirtschaftlich» gilt eine Nutzung, wenn das massgebliche Grundstück am 1. Juli 1972 landwirtschaftlich geschätzt war und darauf Gross- und Kleinvieh gehalten wurde. Unmassgeblich ist, ob der Betrieb gross genug war, um dem Inhaber ein existenzsicherndes Einkommen zu verschaffen.

Baudepartement, 13. August 2008 GVP 2008 Nr. 100

Art. 24c Die Erweiterung einer Baute oder Anlage, auf die Art. 24c RPG anwendbar ist und die den Gewässerabstand verletzt, ist mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung nicht vereinbar. Begriff des Baches als öffentliches Gewässer.

Verwaltungsgericht, 5. November 2008 GVP 2008 Nr. 28

Art. 24c Siehe Art. 16a RPG (GVP 2008 Nr. 25).

Art. 24c Siehe Art. 22 Abs. 1 RPG (GVP 2008 Nr. 26).

Art. 24d Abs. 1bis. Siehe Art. 24c RPG (GVP 2008 Nr. 27).

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

Art. 34 Abs. 3. Siehe Art. 26 Abs. 1 BV (GVP 2008 Nr. 3).

Art. 34 Abs. 3. Siehe Art. 16a RPG (GVP 2008 Nr. 23).

Art. 34 Abs. 4 lit. a. Siehe Art. 16a RPG (GVP 2008 Nr. 24).

Art. 34 Abs. 4 lit. a. Siehe Art. 16a RPG (GVP 2008 Nr. 25).

Art. 41 Siehe Art. 16a RPG (GVP 2008 Nr. 25).

Art. 41 Siehe Art. 22 Abs. 1 RPG (GVP 2008 Nr. 26).

Art. 42 Siehe Art. 22 Abs. 1 RPG (GVP 2008 Nr. 26).

Art. 42 Siehe Art. 24c RPG (GVP 2008 Nr. 27).

Art. 42 Siehe Art. 24c RPG (GVP 2008 Nr. 28).

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

Art. 14 Abs. 2 lit. b. Nach einer Verkehrsregelverletzung genügt allein der Hinweis auf das fortgeschrittene Alter des Fahrzeugführers nicht, um ein amtsärztliches Zeugnis zur Frage der Fahreignung einzuholen. Eine solche Abklärung ist nur dann gerechtfertigt, wenn zusätzlich konkrete Hinweise auf eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit bestehen.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 29. Mai 2008 GVP 2008 Nr. 20

Art. 14 Abs. 3. Siehe Art. 14 Abs. 2 lit. b SVG (GVP 2008 Nr. 20).

Art. 16c Abs. 1 lit. a. Wer am frühen Morgen und bei Regen auf der Autobahn mit einer Geschwindigkeit von 130 km/h zufolge Aquaplanings einen Selbstunfall verursacht, begeht administrativrechtlich eine schwere Widerhandlung.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 6. März 2008 GVP 2008 Nr. 21

Art. 16c Abs. 1 lit. a. Eine schwere Widerhandlung begeht, wer Fussgänger auf dem Fussgängerstreifen wahrnimmt, die Geschwindigkeit nicht reduziert, den Vortritt der Fussgänger missachtet und in einem Abstand von rund 2 Metern an ihnen vorbeifährt.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 20. August 2008 GVP 2008 Nr. 22

Art. 33 Abs. 2. Siehe Art. 16c SVG (GVP 2008 Nr. 22).

Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV), SR 741.11

Art. 6 Abs. 1. Siehe Art. 16c SVG (GVP 2008 Nr. 22).

Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 (SSV), SR 741.21

Art. 108 Abs. 2. Siehe Art. 229 Abs. 2 GG (GVP 2008 Nr. 6).

V vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung, VZV), SR 741.51

Art. 7 Abs. 1. Siehe Art. 14 Abs. 2 lit. b SVG (GVP 2008 Nr. 20).

Art. 27 lit. b. Siehe Art. 14 Abs. 2 lit. b SVG (GVP 2008 Nr. 20).

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

BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG), SR 830.1

Art. 16 Invaliditätsbemessung bei einem Selbständigerwerbenden. Zumutbarkeit des Wechsels in eine unselbständige Tätigkeit nach langjähriger selbständiger Tätigkeit. Bei der Arbeitgeberin des Versicherten handelte es sich um einen Familienbetrieb, dessen einziger Verwaltungsrat der Versicherte war. Da das Geschäftsergebnis eines solchen Gewerbebetriebes von einer Reihe nur schwer überblickbaren Komponenten, insbesondere auch solcher konjunktureller Natur abhängt, kann trotz der AHV-rechtlich als unselbständig qualifizierten Tätigkeit des Versicherten das ausserordentliche Bemessungsverfahren angewendet werden, sofern sich Validen- und Invalideneinkommen nicht zuverlässig ermitteln oder schätzen lassen. Im vorliegenden Fall liess sich das Valideneinkommen nicht zuverlässig ermitteln, daher Anwendung des ausserordentlichen Bemessungsverfahrens (Betätigungsvergleich). Zumutbarkeit eines Wechsels in eine unselbständige Tätigkeit: Der Versicherte hat eine vierjährige Lehre als Autospengler absolviert, war im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung 53 Jahre alt und seit mehr als 20 Jahren in der eigenen Firma tätig. Die Aufgabe dieser langjährigen selbständigen Tätigkeit zugunsten einer unselbständigen Tätigkeit erschiene nur dann als zumutbar, wenn dem Versicherten hiefür auch berufliche Massnahmen gewährt würden. Anspruch auf Arbeitsunfähigkeitsrente. Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zur erwerblichen Gewichtung des vorgenommenen Betätigungsvergleichs.

Versicherungsgericht, 31. Juli 2008 GVP 2008 Nr. 8

Art. 17 Abs. 1. Eine Blutspiegelbestimmung vermag gemäss neueren Erkenntnissen in der Medizin wegen der individuellen Bioverfügbarkeit nicht verlässlich zu beweisen, ob die versicherte Person Antidepressiva einnimmt. Im vorliegenden Fall war die von der IV-Stelle vorgenommene revisionsweise Rentenherabsetzung rechtswidrig. Sie war aufgrund eines Verlaufsgutachtens durchgeführt worden, in dem eine Verbesserung des Gesundheitszustands nur damit begründet worden war, die Blutspiegelbestimmung belege, dass die Beschwerdeführerin die verordneten Antidepressiva nicht wie behauptet einnehme.

Versicherungsgericht, 8. Mai 2008 GVP 2008 Nr. 9

Art. 23 Der Rückzug einer IV-Anmeldung, bevor der Leistungsanspruch verfügungsweise festgesetzt wurde, ist verfahrensmässig von einem Verzicht auf Leistungen i.S.v. Art. 23 ATSG zu unterscheiden.
Hat eine Krankenversicherung Vorleistungen erbracht, so erlangt sie im durch Anmeldung des Versicherten eingeleiteten IV-Verfahren Parteistellung. Deswegen liegt der Rückzug der Anmeldung nicht mehr im alleinigen Dispositionsbereich des Versicherten. Über ein allfälliges Abschreiben des Verfahrens hat die IV-Stelle auch gegenüber der Krankenversicherung formell korrekt zu verfügen.

Versicherungsgericht, 17. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 10

Art. 34 Siehe Art. 23 ATSG (GVP 2008 Nr. 10).

Art. 56 Abs. 2. Rechtsverzögerung durch Untätigkeit der Verwaltung? Eine unzulässige Rechtsverzögerung ist gegeben, wenn die Behörde ihren Entscheid in objektiv nicht gerechtfertigter Weise hinauszögert.
Bis zur Publizierung der Rechtsprechungsänderung mit dem Bundesgerichtsentscheid U 148/06 vom 28. August 2007 richtete sich die Beschwerdegegnerin noch zu Recht nach der Unfallversicherung aus und das IV-Verfahren – aufgrund einer Anmeldung aus dem Jahr 2003 wegen eines Unfalls von 1999 – lief in einem sachgerecht koordinierten Rhythmus. Danach unternahm sie abgesehen von einer Anfrage an die Arbeitslosenversicherung vom Dezember 2007 bis zum 10. März 2008 nichts mehr, somit während einer Zeit von etwa sechs Monaten. Untätigkeit des Versicherungsträgers während über neun bzw. zwölf Monaten bis zur Vornahme des nächsten angezeigten Verfahrensschrittes ist in der Rechtsprechung als Rechtsverzögerung betrachtet worden. Der vorliegende Ablauf ist, da der Beschwerdegegnerin eine gewisse Anpassungszeit zugestanden werden muss, zu tolerieren.
Rechtsverzögerung in Form einer positiven Anordnung, nämlich durch Anordnung unnötiger Beweismassnahmen? Auch wenn einzuräumen ist, dass das Verwaltungsverfahren bereits sehr lange gedauert hat, was für die Ausschöpfung des Ermessensspielraums sicher begrenzend ins Gewicht fällt, musste es der Beschwerdegegnerin unter den gegebenen Umständen unbenommen sein, dass sie noch einmal eine interdisziplinäre Abklärung veranlasste. Neu ruht die Abklärungslast nämlich allein auf dem IV-Verfahren.

Versicherungsgericht, 22. Oktober 2008 GVP 2008 Nr. 11

Art. 59 Siehe Art. 23 ATSG (GVP 2008 Nr. 10).

Art. 61 Die Erhöhung des Invaliditätsgrads von 30 auf 31 Prozent stellte zwar formell nur ein teilweises Obsiegen des Beschwerdeführers dar, da dieser im kantonalen Prozess die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu weiteren Abklärungen und eventualiter die Erhöhung des Invaliditätsgrads auf 33 Prozent anbegehrt hatte. Der beantragte Umfang der zuzusprechenden Rente beeinflusste vorliegend den Prozessaufwand indessen nicht, weshalb rechtsprechungsgemäss die «Überklagung» eine Reduktion der Parteientschädigung nicht rechtfertigt (Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 2008 i.S. A. [9C_466/2007] E.5 mit Hinweisen). Im erstinstanzlichen Sozialversicherungsverfahren, welches geprägt ist von der umfassenden Überprüfungskompetenz des Gerichts und der Rechtsanwendung von Amtes wegen, besteht kein Anlass, in Analogie zum zivilprozessualen Klageverfahren das Ausmass des Obsiegens einer Partei mit Auswirkung auf die zuzusprechende Parteientschädigung zu bestimmen, wenn sich der ursprünglich angefochtene Verwaltungsakt «nur» – aber immerhin – als teilweise rechtswidrig erweist, weil der zu dessen Korrektur erforderliche Vertretungsaufwand unabhängig von der quantitativen Komponente grundsätzlich als notwendig zu qualifizieren ist.

Versicherungsgericht, 24. September 2008 GVP 2008 Nr. 12

Art. 61 Siehe Art. 4 Abs. 1 AHVG (GVP 2008 Nr. 13).

BG vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), SR 831.10

Art. 4 Abs. 1. Abgrenzung selbständige/unselbständige Erwerbstätigkeit bei einem Versicherungsagenten. I.c. Qualifizierung des Beschwerdeführers und ehemaligen Agenten als unselbständigerwerbend, weil er (unter anderem in Bezug auf Miete, auf Personal oder sonstige Geschäftskosten) kein echtes Unternehmerrisiko zu

tragen hatte. Art. 61 ATSG (SR 830.1). Parteikosten und Beiladung: Die beigeladene unterliegende Partei muss sich nicht an der Parteientschädigung der obsiegenden beschwerdeführenden Partei beteiligen.

Versicherungsgericht, 11. Juni 2008 GVP 2008 Nr. 13

Art. 9 Siehe Art. 4 Abs. 1 AHVG (GVP 2008 Nr. 13).

BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG), SR 831.20

Art. 8 Abs. 1. Siehe Art. 16 ATSG (GVP 2008 Nr. 8).

Art. 28 Siehe Art. 17 Abs. 1 ATSG (GVP 2008 Nr. 9).

V vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV), SR 831.201

Art. 27 Siehe Art. 16 ATSG (GVP 2008 Nr. 8).

BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG), SR 831.40

Art. 2 Abs. 4. Ein Arbeitsverhältnis zwischen einer Arbeitsvermittlungsunternehmung und einem Polier, das über Jahre andauerte, aber stets mit auf drei Monate befristeten Kettenverträgen abgeschlossen wurde, ist in Bezug auf die berufliche Vorsorge als unbefristet zu behandeln. Die Befristung erfolgte überwiegend wahrscheinlich nur, um das BVG-Obligatorium zu umgehen, was rechtsmissbräuchlich ist. Der Arbeitnehmer untersteht für die ganze Anstellungsdauer dem BVG-Obligatorium.

Versicherungsgericht, 2. April 2008 GVP 2008 Nr. 14

Art. 73 Abs. 2. Abklärung des Anspruchs auf eine Invalidenrente auf der Grundlage einer Personalvorsorge-Freizügigkeits-Police. Frage des anwendbaren Rechts. Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen.
Streitig war, ob der Kläger mit Wirkung ab 2. November 2001 Anspruch auf eine Invalidenrente gemäss der am 24. Januar 1992 abgeschlossenen Personalvorsorge-Freizügigkeits-Police hat. Soweit die reglementarischen Normen den Leistungsanspruch abschliessend regeln, kommt dem Recht der obligatorischen beruflichen Vorsorge – und damit insbesondere Art. 23 BVG – keine eigenständige Bedeutung zu (vgl. dazu Art. 13 Abs. 1 FZV). Von Bedeutung war in diesem Zusammenhang, dass die in Frage stehende Personalvorsorge-Freizügigkeits-Police ausdrücklich auf die am 1. Januar 1987 in Kraft getretene Verordnung über die Erhaltung des Vorsorgeschutzes vom 12. November 1986 – im Sinn eines Vorbehalts – verwies, wobei einzelne Bestimmungen in Form einer nicht abschliessenden Aufzählung («insbesondere») aufgelistet wurden. Diese Verordnung wurde allerdings mit dem Erlass der FZV und seiner gesetzlichen Grundlage (Freizügigkeitsgesetz; FZG) am 1. Januar 1995 aufgehoben (vgl. Art. 21 der Schlussbestimmungen zur FZV). Die FZV und das FZG waren daher – als ergänzende Regelungen – auch für die Anwendung der hier streitigen Police massgebend. Dies ergab sich auch daraus, dass Invalidenleistungen ab November 2001 – und somit unter der Geltung des FZG und der FZV entstandene Ansprüche – streitig waren. Das angerufene Gericht war im Übrigen auch nur deshalb für die streitige Frage sachlich zuständig, weil es um die Beurteilung einer Angelegenheit betreffend Erhal-

tung der Vorsorge im Sinn des FZG ging (Art. 73 Abs. 1 lit.a BVG; in Kraft seit 1. Januar 2005). Die Bestimmungen des BVG betreffend die Rechtspflege (Art. 73 BVG) waren als Folge davon sinngemäss anwendbar (Art.25 FZG).

Versicherungsgericht, 16. April 2008 GVP 2008 Nr. 15

BG vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG), SR 831.42

Art. 25 Siehe Art. 73 Abs. 2 BVG (GVP 2008 Nr. 15).

V vom 3. Oktober 1994 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsverordnung, FZV), SR 831.425

Art. 13 Abs. 1. Siehe Art. 73 Abs. 2 BVG (GVP 2008 Nr. 15).

V vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2), SR 831.441.1

Art. 1 Abs. 1 lit. b. Siehe Art. 2 Abs. 4 BVG (GVP 2008 Nr. 14).

BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG), SR 837.0

Art. 30 Abs. 1 lit. e. Die verwaltungsrechtliche Sanktion bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens und muss verhältnismässig sein. Die versehentliche Nichtangabe von Ferien im (monatlich auszufüllenden) Formular «Angaben der versicherten Person» gegenüber der Arbeitslosenkasse bei vorgängig korrekter Meldung an das RAV führte im zu beurteilenden Fall nicht zu einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung von fünf Tagen. Als verhältnismässig wurde ein Tag erachtet.

Versicherungsgericht, 21. Oktober 2008 GVP 2008 Nr. 16

Art. 30 Abs. 2. Siehe Art. 30 Abs. 1 lit. e AVIG (GVP 2008 Nr. 16).

V vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV), SR 837.02

Art. 45 Abs. 2 lit. a. Siehe Art. 30 Abs. 1 lit. e AVIG (GVP 2008 Nr. 16).

---

9. Wirtschaft, Technische Zusammenarbeit

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

Organisation von Anwaltskanzleien in Form von Kapitalgesellschaften, Stellungnahme der Anwaltskammer des Kantons St.Gallen zu Handen des St.Gallischen Anwaltsverbandes vom 13. Mai 2008.

Anwaltskammer, im Mai 2008 GVP 2008 Nr. 91

III. Entscheide zum Internationalen Recht[4]

Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung

Übereinkunft vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozessrecht (HUe54), SR 0.274.12

Art. 4 Die Bewilligung der Gehaltsexekution, verfügt von einem österreichischen Bezirksgericht, stellt eine Vollstreckungsmassnahme dar. Deren Zustellung an einen Drittschuldner in der Schweiz ist wegen ihrer unzulässigen grenzüberschreitenden Wirkung abzulehnen.

Kantonsgericht, Einzelrichter in Rechtshilfesachen, 19. Mai 2008

GVP 2008 Nr. 94

Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ), SR 0.275.11

Art. 5 Ziff. 1. Eine schriftliche Einigung der Parteien auf einen Gerichtsstand liegt insbesondere nur dann vor, wenn bei einem Austausch per E-Mail die inhaltliche Übereinstimmung beider Erklärungen aus ihnen hinreichend deutlich hervorgeht, was vorliegend nicht der Fall ist. Auf das vorliegende Vertragsverhältnis, bei welchem die Klägerin mit Sitz in St.Gallen die charakteristische Leistung erbringt, ist schweizerisches Recht anzuwenden. Erfüllungsort ist damit St.Gallen, womit das Handelsgericht örtlich zuständig ist.

Handelsgericht, 7. April 2008 GVP 2008 Nr. 95

Art. 17 Siehe Art. 5 Ziff. 1 LugÜ (GVP 2008 Nr. 95).

4 Gliederung nach den Staatsverträgen im Inhaltsverzeichnis 2008 der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts und der Systematischen Sammlung des Bundesrechts, S. 343 ff. (Bern, Bundeskanzlei, 2008).

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

1

Art. 8 BV (SR 101), Art. 79bis VRP (sGS 951.1). Der Anspruch auf gleiche Pflichtlektionenzahl kann als vermögensrechtlicher Anspruch aus einem Dienstverhältnis auf dem Klageweg geltend gemacht werden. Auf das Gestaltungsbegehren der Kläger kann indes nicht eingetreten werden, da die Beseitigung der geltend gemachten Ungleichheit einen detaillierten neuen Erlass erfordern würde. Die Differenzen der Pflichtlektionenzahl zwischen Lehrkräften der Berufsmittelschulen und jenen der Wirtschafts- bzw. Fachmittelschulen verstossen aufgrund sachlicher Unterschiede nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung.

Verwaltungsgericht, 13. März 2008

Mit der ab 1. August 2005 geltenden ergänzenden Verordnung über das Dienstverhältnis der Lehrpersonen an Berufs- und Weiterbildungszentren (sGS 231.31, abgekürzt: EVD-BS) wurden die Lohnlaufbahnen der Lehrkräfte an Berufsfachschulen jenen der Lehrkräfte an den Mittelschulen (Maturitätsschule, Wirtschaftsmittelschule [WMS], Diplom- bzw. Fachmittelschule [abgekürzt: FMS]) angeglichen. Zudem erfolgte eine Harmonisierung der Pflichtlektionenzahl für Lehrpersonen an gewerblich-industriellen Berufsfachschulen und Lehrpersonen an kaufmännischen Berufsfachschulen. Gemäss Anhang der EVD-BS hat ein Lehrer an einer Berufsfachschule in der Laufbahn A für ein Vollpensum 25 Lektionen zu leisten. Demgegenüber hat eine Hauptlehrkraft für wissenschaftliche Fächer an einer Mittelschule gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a der ergänzenden Verordnung über das Dienstverhältnis der Mittelschul-Lehrkräfte (sGS 143.4, abgekürzt: EVD-MS) lediglich 23 Jahreswochenlektionen zu absolvieren.

Nach ergebnislosen Verhandlungen mit dem Bildungsdepartement erhoben vier langjährige Lehrpersonen an der BMS am gewerblichen Berufs- und Weiterbil-

dungszentrum bzw. dem kaufmännischen Berufs- und Weiterbildungszentrum St.Gallen Klage gegen den Kanton St.Gallen. Sie beantragen, es sei festzustellen, dass die Kläger als Lehrpersonen an den gewerblichen und kaufmännischen Berufsmittelschulen des Kantons St.Gallen gemäss Art. 8 Abs. 1 BV hinsichtlich Besoldung und Pflichtlektionenzahl gleich zu behandeln seien wie Lehrpersonen an den Wirtschaftsmittelschulen des Kantons St.Gallen. Zudem sei die Pflichtlektionenzahl der klagenden Lehrkräfte für das Schuljahr 2008/09 auf 23 Lektionen pro Woche herabzusetzen. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.

Aus den Erwägungen:

1.2. Die Klagelegitimation setzt ein schutzwürdiges Interesse an der vom Gericht verlangten Entscheidung voraus. Zur Anhebung eines Klagebegehrens im Sinn von Art. 79bis VRP ist legitimiert, wer einen vermögensrechtlichen Anspruch in eigenem Namen behauptet (vgl. GVP 2002 Nr. 75). Für die prozessuale Legitimation ist dagegen unerheblich, ob dem Kläger der behauptete Anspruch tatsächlich zusteht; über diese Frage ist mittels Sachurteil zu entscheiden.

1.2.1. Soweit die Kläger ihren Anspruch auf eine höhere Lektionenentschädigung im eigenen Namen und gestützt auf ein zwischen ihnen und dem Beklagten bestehendes Anstellungsverhältnis geltend machen, kann ihre Klagelegitimation bejaht werden. Dabei ist jedoch festzuhalten, dass das Urteil des Verwaltungsgerichts nur für die Kläger eine unmittelbare Rechtswirkung entfalten kann (vgl. BGE 121 I 104 E. 4). Das Ergebnis einer inzidenten Normenkontrolle entfaltet jedoch für künftige Verfahren in der gleichen Sache eine Bindungswirkung.

1.2.2. Die Kläger verlangen zum einen die Feststellung einer Verfassungsverletzung, zum andern – unter dem Titel «Leistungsbegehren» – die Herabsetzung der Pflichtlektionenzahl für das Schuljahr 2008/09 auf 23 Lektionen pro Woche. Das für ein Feststellungsbegehren notwendige Feststellungsinteresse ist im Klageverfahren als besondere Form des allgemeinen Rechtsschutzinteresses als Prozessvoraussetzung zu prüfen.

Die von den Klägern gestellten Rechtsbegehren können nebeneinander keinen Bestand haben. Das für ein Feststellungsbegehren notwendige Feststellungsinteresse fehlt namentlich dann, wenn das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei durch ein rechtsgestaltendes Urteil gewahrt werden kann (vgl. BGE 128 V 48 E. 3a mit Hinweisen). Entgegen der Bezeichnung der Kläger handelt es sich beim Begehren um Herabsetzung der Pflichtlektionenzahl um ein Gestaltungsbegehren, das bei einer Gutheissung zu einer neuen Rechtslage für die Kläger führen würde und damit einem Feststellungsbegehren in jedem Fall vorzugehen hätte. Auf das Feststellungsbegehren ist deshalb nur dann einzutreten, wenn das Gestaltungsbegehren als unzulässig zu qualifizieren ist.

1.2.2.1. Die Beseitigung von gesetzgeberischen Ungleichbehandlungen setzt in aller Regel nicht bloss die Aufhebung bzw. Nichtanwendung der in Frage stehen-

den Norm, sondern – um unzumutbare Regelungsdefizite zu verhindern – die Schaffung einer verfassungskonformen Ersatzregelung voraus (vgl. B. Rütsche, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Diss. Bern, Basel 2002, S. 89 ff.). Die Zulässigkeit und Zumutbarkeit von richterlichen Ersatzregelungen wurde vom Bundesgericht teilweise ausdrücklich abgelehnt, indem auf entsprechende Begehren nicht eingetreten wurde (vgl. BGE 125 I 107 E. 1b mit Hinweisen). Insbesondere im Bereich des Verbots der Doppelbesteuerung sowie hinsichtlich des Grundrechts auf gleichen Lohn für Mann und Frau (Art. 8 Abs. 2 Satz 3 BV) hat das Bundesgericht jedoch anerkannt, dass bei der Durchsetzung dieser Grundrechtsgehalte auch rechtsgestaltende Urteile möglich sein müssen (vgl. BGE 125 I 85 f. E. 4d/bb; 124 II 454 E. 10g mit Hinweisen). Aus der Praxis des Bundesgerichts folgt, dass eine allgemeine Bestimmung der zulässigen Rechtsfolgen einer Grundrechtsverletzung nicht möglich ist. Vielmehr hat eine einzelfallbezogene Abwägung der in Frage stehenden Interessen an einer Verwirklichung des Grundrechtsschutzes auf der einen Seite und an der Beachtung des Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzips auf der anderen Seite zu erfolgen (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 711; Rütsche, a. a. O., S. 331 ff.). Die Schaffung von Ersatzregeln kommt insbesondere dann in Betracht, wenn fundamentale schutzwürdige Interessen der Grundrechtsträger betroffen sind, der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber seit längerer Zeit untätig geblieben ist bzw. Anpassungsfristen unbenutzt verstreichen liess und eine Ersatzlösung relativ einfach zu treffen wäre (B. Rütsche, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, in: ZBl 6/2005, S. 273–304, S. 275 ff. mit Hinweisen; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 704 ff.; BGE 116 V 212 E. 3a).

Den politischen Behörden steht in Organisations- und Besoldungsfragen ein grosser Ermessensspielraum zu (BGE 123 I 8 E. 6b mit Hinweisen). Diesen Spielraum hat das Verwaltungsgericht nicht nur bei der Überprüfung einer geltend gemachten Ungleichbehandlung zu beachten, sondern ist den Behörden auch bei der Beseitigung der allfällig festgestellten Ungleichbehandlung zuzugestehen. Gemäss Art. 84 Abs. 2 und Art. 95 lit. g StVG und Art. 57 und Art. 85 MSG obliegt es der Regierung, die Besoldung sowie die Organisation des Lehrpersonals durch Verordnung festzulegen. Es liegt deshalb auch weitgehend im Ermessen der Regierung, durch welche Massnahmen die allenfalls zu Unrecht bestehende Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Kategorien von Lehrkräften behoben werden soll. Auch wenn im vorliegenden Fall die Beseitigung der allfälligen Ungleichbehandlung durch eine reine Regelgestaltung erfolgen könnte und damit die Schaffung einer gerichtlichen Ersatzregelung als relativ einfach erscheint, würde dadurch im vorliegenden Fall das administrative Vollzugsinteresse erheblich beeinträchtigt. Dem Verwaltungsgericht fehlen insbesondere die für eine planende Tätigkeit notwendigen Kenntnisse über die zur Verfügung stehenden Mittel. Es ist nicht genügend abschätzbar, wie weit zumindest kurzfristig der Schulbetrieb an der BMS durch eine richterliche Ersatzregelung über die Pflichtpensen der Lehrkräfte beeinträchtigt

würde, wie weit die zusätzliche Belastung des Staatshaushalts zumutbar wäre und insbesondere, welche neuen Ungleichbehandlungen innerhalb der an Berufsfachschulen unterrichtenden Lehrpersonen geschaffen würden. Demgegenüber erweist sich die geltend gemachte Ungleichbehandlung nicht als besonders schwerwiegend. Aufgrund dieser Interessenlage hat sich das Verwaltungsgericht im vorliegenden Fall einer gerichtlichen Ersatzlösung zu enthalten und die allenfalls notwendige Schaffung einer Ersatzregelung der Regierung zu überlassen.

Auf das Gestaltungsbegehren der Kläger ist deshalb nicht einzutreten.

1.2.2.2. Aus der vorangehenden Erwägung folgt, dass im vorliegenden Fall eine Aufhebung des in Frage stehenden Besoldungserlasses aufgrund der entstehenden Regelungsdefizite nicht möglich und die gerichtliche Schaffung einer Ersatzlösung mit dem administrativen Vollzugsinteresse nicht vereinbar ist. Da es sich um ein erstinstanzliches Klageverfahren handelt, kommt zudem auch die Rückweisung an die Vorinstanz als mögliche Rechtsfolge nicht in Betracht. Da auf das Gestaltungsbegehren nicht einzutreten ist, bleiben die übrigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens zu prüfen.

Das Bundesgericht hat die Feststellung von Grundrechtsverletzungen lange Zeit grundsätzlich nicht ins Urteilsdispositiv aufgenommen und die Beschwerde abgewiesen, obwohl eine Verfassungsverletzung festgestellt wurde (vgl. BGE 124 I 201 E. 5c). Von dieser Praxis ist das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid abgewichen und hat die Feststellung der Grundrechtswidrigkeit als eigenständige Rechtsfolge anerkannt und die Beschwerde gestützt auf diese Feststellung gutgeheissen (BGE 129 I 206 E. 9). Dieser Auffassung ist zu folgen. Auch wenn eine Aufhebung, Nichtanwendung des in Frage stehenden Erlasses oder die Schaffung einer Ersatzregelung nicht zulässig ist, muss durch die Feststellung der Rechtswidrigkeit dem Interesse des Grundrechtsträgers an einer Verwirklichung des ihm zustehenden Grundrechtsschutzes soweit wie möglich Rechnung getragen werden. Der Mangel an einer geeigneten Rechtsfolge lässt eine Grundrechtsverletzung noch nicht als zulässig und die Beschwerde als unbegründet erscheinen. Die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens setzt zudem voraus, dass der Kläger an der sofortigen Feststellung ein erhebliches und aktuelles schutzwürdiges Interesse hat, welches kein rechtliches zu sein braucht, sondern auch bloss tatsächlicher Natur sein kann. Dieses konkrete Interesse ist vom Kläger darzulegen, da die Klage nicht dazu dienen kann, Feststellungen zu bloss abstrakten Fragen des objektiven Rechts zu erlangen.

Da die Kläger nach wie vor entsprechend der in Frage stehenden Besoldungsverordnung entlöhnt werden und die darin festgehaltenen Pflichtstunden zu leisten haben, ist ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung der Rechtmässigkeit der EVD-BS zu bejahen.

1.3. Die Eingabe der Kläger entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 80 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 64 Abs. 1, Art. 45 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Klage ist daher im Umfang des Feststellungsbegehrens einzutreten.

2. Die Kläger bringen vor, dass das gegenüber Lehrkräften der WMS und FMS um zwei Stunden höhere Pflichtpensum für Lehrkräfte der BMS gegen das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV verstosse.

2.1. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit und damit Art. 8 Abs. 1 BV ist verletzt, wenn im öffentlichen Dienstverhältnis gleichwertige Arbeit ungleich entlöhnt wird. Ob verschiedene Tätigkeiten als gleichwertig zu betrachten sind, hängt von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können. Innerhalb der Grenze des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind die Behörden befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Kriterien auszuwählen, die für die Besoldung von Beamten massgebend sein sollen (vgl. BGE 129 I 165 E. 3.2 mit Hinweisen). Den Behörden steht – wie bereits festgehalten – insbesondere bei Organisations- und Besoldungsfragen ein grosser Ermessensspielraum zu. Dies vor allem dann, wenn durch die Beseitigung einer Ungleichbehandlung die Gefahr besteht, dass neue Ungleichheiten geschaffen werden und das Gefüge eines ganzen Besoldungssystems in Frage gestellt würde (BGE 123 I 8 E. 6b mit Hinweisen). Verfassungsrechtlich ist zudem nicht verlangt, dass die Besoldung allein nach der Qualität der geleisteten Arbeit bzw. den tatsächlich gestellten Anforderungen bestimmt wird. Ungleichbehandlungen müssen sich aber vernünftig begründen lassen bzw. sachlich haltbar sein. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass Art. 8 Abs. 1 BV (bzw. Art. 4 Abs. 1 aBV) nicht verletzt ist, wenn Besoldungsunterschiede auf objektive Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung, Familienlasten, Qualifikation, Art und Dauer der Ausbildung, Arbeitszeit, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortlichkeiten zurückzuführen sind. Im Bereich der Lehrerbesoldung wurden auch die notwendige Ausbildung, die Art der Schule, die Zahl der Unterrichtsstunden oder die Klassengrösse als sachliche Gründe für eine unterschiedliche Besoldung anerkannt (BGE 129 I 165 f. E. 3.2; 123 I 8 f. E. 6c und d; 121 I 106 f. E. 4d; 121 I 53 E. 4c mit Hinweisen).

2.2. . . .

2.2.1. Der Beklagte begründet die unterschiedlichen Pflichtpensen bei Lehrern der BMS und der WMS bzw. FMS insbesondere mit der organisatorischen Gliederung der Sekundarstufe II in zwei Schultypen sowie mit den unterschiedlichen Anforderungen, die diese Schulen an die Lehrpersonen stellten. Die Zweiteilung der Sekundarstufe II sei insbesondere aus der Entwicklung der jeweiligen Schultypen auf der Basis unterschiedlicher föderaler Regelungsebenen zu erklären. Erst im Jahr 2002 seien die zehn Berufsfachschulen – mit Ausnahme der Schreinerfachklassen und der Konditorenfachschule – in die Trägerschaft des Kantons überführt worden. Vor der Kantonalisierung hätten sich die Anstellungsbedingungen und die Lohnkarrieren von Lehrpersonen an gewerblich-industriellen und von solchen an kaufmännischen Berufsschulen unterschieden. Lehrpersonen an gewerblich-industriellen Berufsfachschulen hätten ein Pflichtpensum von 26 Lektionen, die Handelslehrpersonen an kaufmännischen Berufsfachschulen ein Pflichtpensum von 24 Lektionen zu leisten gehabt. Mit der EVD-BS sei diese Ungleichbehandlung behoben

worden. Das neue Pflichtpensum von 25 Lektionen habe damit der einen Gruppe von Berufslehrpersonen eine Verbesserung, für eine andere Gruppe eine Verschlechterung gebracht. Die Revision der Anstellungsbedingungen habe so aber kostenneutral erfolgen können. Die Trennung zwischen BMS und WMS bzw. FMS sei zudem aus pädagogischen und organisatorischen Gründen zu bevorzugen. Berufsmaturitätsschulen seien – mit Ausnahme der Berufsmaturitätslehrgänge für gelernte Berufsleute – von Teilzeitlernenden besucht, während die WMS und FMS Vollzeitschulen seien. Dies würde ermöglichen, diese Schulen an die Gymnasien anzugliedern und so Synergien zu schaffen.

Im Weiteren begründet der Beklagte die Ungleichbehandlung mit den unterschiedlichen Lektions-Dotationen je Fach. Diese seien insbesondere in der WMS wesentlich höher als beispielsweise in der kaufmännischen BMS. Die Stoffvermittlung erfolge an einer WMS damit vertiefter als in der BMS, was sich auch auf die notwendige Vorbereitungszeit und die Durchführung des Unterrichts auswirke. Zudem sei es einer Lehrperson an der WMS nicht im gleichen Mass möglich, Parallelklassen zu unterrichten und dadurch den Vorbereitungsaufwand zu vermindern. Auch führe eine Vollzeitschule, an der die Lehrperson einziger Ansprechpartner für Eltern und Schüler sei, zu einem intensiveren Betreuungsverhältnis als an einer Teilzeitschule. Ebenfalls ins Gewicht falle, dass die Lehrpersonen an der WMS in der Regel auch an Gymnasien unterrichteten, umgekehrt würden nur wenige Berufsschullehrer ausschliesslich Berufsmaturitätsunterricht erteilen, sondern würden auch im ordentlichen Berufsfachschulunterricht eingesetzt.

Aufgrund dieser nach Auffassung des Beklagten sachlich gerechtfertigten Trennung der WMS von der BMS und den sich daraus ergebenden Organisationseinheiten sei die Gleichbehandlung sämtlicher Berufsschullehrer höher zu bewerten als die Gleichstellung der Lehrpersonen der BMS mit jenen der WMS und FMS. Andernfalls würde die Homogenität innerhalb des Systems der Berufsfachschulen aufgebrochen, was zu unzumutbaren Ungleichbehandlungen einzelner Lehrpersonen führen würde. Zudem würden nicht sämtliche Berufsschullehrer, die Berufsmaturitätsunterricht erteilen, auch die Qualifikationen für den Unterricht an einer WMS oder FMS mitbringen. Für sie käme eine Gleichstellung mit den Lehrpersonen an der WMS und FMS ohnehin nicht in Frage, was zu weiteren Ungleichbehandlungen innerhalb der Gruppe der Berufsschullehrer führen würde.

2.2.2. Die Kläger sind demgegenüber der Auffassung, dass kein in der Rechtsprechung anerkanntes Motiv für eine ungleiche Besoldung erfüllt sei. Die Hauptlehrer an der BMS würden die identische Arbeit ausführen wie jene an der Mittelschule. In beiden Fällen würden die Schüler zur Berufsmaturität geführt. Bezüglich den Kriterien der geistigen Anforderungen, der Verantwortung in der Betreuung, im Selektionsverfahren und bei der Bearbeitung des Unterrichtsstoffs bestünden nicht die geringsten Unterschiede. Auch die Ausbildungsanforderungen seien identisch. Die Lehrpersonen müssten sogar noch eine zusätzliche berufspädagogische Qualifikation erbringen.

Das vom Beklagten in den Vordergrund gerückte Kriterium der organisatorischen Einheit der Berufsschulen ist nach Auffassung der Kläger kein sachliches Argument, das eine ungleiche Entlöhnung bei gleichwertiger Arbeit rechtfertigen könnte. Mit der Berufung auf organisatorische Strukturen könnten beliebige Lohndiskriminierungen gerechtfertigt werden. Zudem gebe es bereits heute unterschiedliche Besoldungen und Laufbahnen an den Berufsschulen.

Irrelevant sei auch, dass der Unterricht seitens der Auszubildenden berufsbegleitend und nicht vollzeitlich erfolge. Es sei nicht weniger anspruchsvoll, einen bestimmten Schulstoff innert kürzerer Zeit zu vermitteln, dies würde gar eine höhere methodische Leistung bedeuten. Zudem sei der Unterricht mit mehreren Parallelklassen nicht weniger anspruchsvoll, da ein zusätzlicher Korrekturaufwand entstünde und der stündliche Klassenwechsel eine erhebliche Umstellungsleistung erfordere. Zu beachten sei auch, dass an der BMS für erwachsene Berufsleute ebenfalls ein Vollzeitunterricht angeboten werde. Ein relevanter Unterschied hinsichtlich der Anforderungen an den Unterricht, der die unterschiedlichen Pflichtpensen rechtfertigen könnte, sei nicht zu erkennen.

2.3. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass zwischen den Lehrpersonen der BMS sowie der WMS und FMS keine relevanten Unterschiede hinsichtlich der Ausbildung, der notwendigen Berufserfahrung sowie der Aufgabenbereiche bestehen, die eine ungleiche Besoldung rechtfertigen würden. Beide Gruppen von Lehrpersonen führen die Schülerinnen und Schüler zu einer Berufsmatura bzw. im Falle der Lehrkräfte an einer FMS voraussichtlich zu einer Fachmatura und damit zu einem Abschluss, der den Zugang zu einer Fachhochschule gewährleistet. Der Beklagte hat die Gleichwertigkeit der Berufsaufträge von Lehrpersonen an den Berufs- und Weiterbildungszentren sowie an den Mittelschulen im Rahmen der Angleichung der Lohnlaufbahnen auch ausdrücklich anerkannt (vgl. Botschaft und Entwurf der Regierung vom 28. September 2004, S. 1). Obwohl heute nicht sämtliche Lehrkräfte der BMS über die notwendigen Qualifikationen verfügen, um an einer WMS oder FMS zu unterrichten, müssen seit dem Inkrafttreten der EVD-BS im Jahr 2005 die Lehrpersonen der BMS über einen Abschluss auf der Stufe Universität, Fachhochschule oder höhere Berufsbildung mit pädagogischem Abschluss verfügen und zudem noch eine berufspädagogische Bildung nachweisen können. Damit werden an die Ausbildung der BMS-Lehrkräfte weitgehend die gleichen Anforderungen gestellt wie an die Ausbildung der WMS- und FMS-Lehrkräfte. Zu prüfen bleibt, ob die vom Beklagten geltend gemachte, historisch begründete organisatorische Gliederung der Sekundarstufe II oder die Art der Schule die unterschiedlichen Pflichtpensen der Lehrpersonen zu rechtfertigen vermögen.

2.3.1. Die BMS sind als Teil der Berufsfachschulen dem Amt für Berufsbildung unterstellt, während die WMS und FMS dem Amt für Mittelschulen zugeteilt sind. Dementsprechend sind die BMS sowohl örtlich als auch organisatorisch den verschiedenen kantonalen Berufsfachschulen angegliedert, die WMS und die FMS (mit Ausnahme der Kantonsschule am Brühl St.Gallen) dagegen den kantonalen

Mittelschulen. Der Anschluss der BMS an die Berufsfachschulen erscheint aufgrund ihres ebenfalls in erster Linie (mit Ausnahme der Berufsmaturitätsausbildung nach Berufsabschluss [BMS-2 Lehrgänge]) lehrbegleitenden Charakters und des sich daraus ergebenden Teilzeitunterrichts als sinnvoll. Die sich daraus ergebende Zweiteilung der Sekundarstufe II vermag jedoch entgegen der Auffassung des Beklagten eine lohnmässige Ungleichbehandlung der Lehrkräfte an der BMS und WMS bzw. FMS nicht zu rechtfertigen. Der aus dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz fliessende Anspruch auf gleiche Entlöhnung für gleichwertige Arbeit bezieht sich zum einen nicht nur auf Dienstverhältnisse innerhalb der gleichen organisatorischen Einheit, sondern auf sämtliche Anstellungsverhältnisse eines grundrechtsgebundenen Arbeitgebers. Zum andern kann die organisatorische Gliederung einer Behörde – für sich allein betrachtet – nicht als sachlicher Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Gleichwertigkeit der in Frage stehenden Tätigkeiten gelten. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit würde durch die Zulassung dieses Anknüpfungskriteriums im öffentlichen Dienstverhältnis weitgehend illusorisch. Für die Beurteilung der Gleichwertigkeit der in Frage stehenden Tätigkeit ist deshalb nicht an die organisatorische Einteilung anzuknüpfen, sondern an die auszuübende Funktion als solche bzw. die daran gestellten Anforderungen, die individuellen Merkmale der Stelleninhaber (Alter, Dienstalter, Ausbildung usw.) sowie an die Art und Weise, wie die betroffenen Personen diese Funktionen ausführen.

2.3.2. Der Vergleich des Lehrplanes der BMS mit den Stundentafeln der WMS und FMS ergibt, dass die Lehrgänge der BMS über deutlich geringere Lektions-Dotationen verfügen als jene der WMS- und FMS-Lehrgänge. Während die Schüler der BMS zwischen 12–15 Lektionen pro Schulwoche zu bestreiten haben, sind es für Schüler an einer WMS oder FMS dagegen zwischen 30–36 Lektionen. Dieses Verhältnis spiegelt sich – mit Abweichungen je nach Fachrichtung – auch in den Hauptfächern Deutsch (WMS mit Schwerpunkt Sprache 480 Lektionen, FMS mit Schwerpunkt Erziehung 360, gewerbliche Berufsmaturität 240), 2. Landessprache (WMS 380/FMS 340/BMS 120), Englisch (WMS 440/FMS 340/BMS 160), Mathematik (WMS 320/FMS 320/BMS 240) und Rechnungswesen/BWL/VWL (WMS 960/BMS 400) wider. Die zwei in Frage stehenden Mittelschultypen unterscheiden sich zudem dahingehend, dass die BMS weitgehend (mit Ausnahme der Berufsmatura für Berufsleute) als Teilzeitschule besucht wird, die WMS und die FMS dagegen Vollzeitschulen sind. Daraus kann gefolgert werden und ist seitens der Kläger auch unbestritten, dass Lehrkräfte der BMS aufgrund der geringeren Stundenanzahl pro Fach und des Teilzeitcharakters der BMS häufiger verschiedenen Parallelklassen den gleichen oder ähnlichen Schulstoff zu vermitteln haben. Lehrkräfte an einer WMS oder FMS haben dagegen in weniger Parallelklassen ein breiteres und tieferes Stoffwissen zu vermitteln. Auch wenn durchaus anzuerkennen ist, dass die Vermittlung des für eine Berufsmatura notwendigen Pflichtstoffs in kürzerer Zeit anspruchvoll ist und das Führen von mehreren Parallelklassen eine erhöhte

Umstellungsleistung verlangt, kann vor diesem Hintergrund davon ausgegangen werden, dass Lehrkräfte der BMS durchschnittlich einen geringeren Vorbereitungsaufwand pro Lektion haben als Lehrkräfte der WMS und FMS. Nicht überzeugend ist dagegen die Auffassung der Kläger, dass das Führen von Parallelklassen zu einem höheren Korrekturaufwand führe. Es ist davon auszugehen, dass an der BMS häufiger Prüfungen zum gleichen Sachgebiet in verschiedenen Klassen durchgeführt werden, an der WMS und FMS dagegen – aufgrund der höheren Lektionenzahl pro Fach – häufiger Prüfungen zu verschiedenen Themenbereichen für die gleiche Schulklasse. Daraus kann geschlossen werden, dass der Aufwand für die Prüfungsvorbereitung sowie die Prüfungskorrektur an der BMS in etwa jenem an der WMS und FMS entspricht. Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag der Einwand, dass auch an der BMS Vollzeitklassen (BMS-2 Lehrgänge) geführt würden und deshalb eine Ungleichbehandlung der Lehrkräfte nicht gerechtfertigt sei. Aufgrund der lediglich einjährigen Dauer der BMS-2 Lehrgänge sind hier die Überlegungen des Bundesgerichts in dem von den Parteien verschiedentlich zitierten Urteil über die Besoldung von Mittelschullehrern und Berufsschullehrern einschlägig. Eine höhere Pensumsverpflichtung erscheint hier durch die geringeren Anforderungen an die Unterrichtsplanung aufgrund des kürzeren Zeithorizonts gerechtfertigt. Zudem ist bei einjährigen Lehrgängen die Wiederholungsrate des Unterrichtsstoffs wesentlich höher als bei Lehrgängen, die über acht Semester geführt werden (vgl. BGE 1P.413/1999 vom 6. Oktober 1999 E. 3b f.).

Aus dem Gesagten folgt, dass die vom Beklagten getroffene Unterscheidung zwischen Lehrkräften der BMS und jenen der WMS und FMS nachvollziehbar ist. Die Art der Schule und die daraus folgenden Unterschiede hinsichtlich Lektionenzahl pro Fach und der Möglichkeit, mehrere Parallelklassen zu führen, ist als sachliches Argument für eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der Pflichtpensen und damit auch in bezug auf die Besoldung pro Lektion anzuerkennen. Dies umso mehr, als die unterschiedliche Besoldung pro Lektion bei einem geringeren Vor- und Nachbearbeitungsaufwand pro Lektion zu einer Angleichung hinsichtlich des tatsächlichen Stundenlohnes führt. Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass die Beurteilungen der Gleichwertigkeit der Arbeit von Wertungsentscheidungen abhängen, die unterschiedlich ausfallen können und denen ein gewisser Schematismus inhärent ist. Auch hat der Beklagte zutreffend festgehalten, dass die Gleichbehandlung der Lehrkräfte der BMS mit jenen der WMS und FMS innerhalb der Lehrkräfte an Berufsschulen zu neuen Ungleichbehandlungen führen würde. Dies insbesondere deshalb, weil die Lehrkräfte der BMS nicht zwingend ausschliesslich Maturitätsunterricht erteilen und nicht durchwegs über die für den Unterricht an einer Mittelschule geforderten Qualifikationen verfügen. Die Festlegung der durch diese Lehrkräfte zu leistenden Pflichtlektionenzahl würde erheblich erschwert werden.

2.3.3. Die Zulässigkeit von Besoldungsunterschieden ist auch eine Frage des Masses. Die Kläger sind hinsichtlich der Einreihung in Lohnklassen und -stufen vollständig den Lehrkräften der WMS bzw. FMS gleichgestellt und erhalten damit auch

die gleiche Jahresbesoldung. Die Besoldung für eine Lektion (inkl. 13. Monatslohn) liegt bei Lehrkräften der BMS in der Lohnklasse 22/1 im Jahr 2008 bei Fr. 92.10 bei Lehrkräften einer Mittelschule bei Fr. 100.10, was einer Differenz von rund 8 Prozent entspricht (vgl. Besoldungstabelle Lektionen Mittelschullehrkräfte 2008, zur Zeit abrufbar unter www.schule.sg.ch, Schulverwaltung). Das Verhältnis von 8 Prozent bleibt auch bei einem Anstieg der Lohnklassen konstant. Wird berücksichtigt, dass das Bundesgericht auch Lohndifferenzen von über 30 Prozent (BGE 129 I 166 E. 3.2 f.) als zulässig erachtet hat, erscheint eine Differenz von lediglich 8 Prozent hinsichtlich der Lektionenbesoldung nicht bereits aufgrund seines Masses als unhaltbar.

2.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass eine unterschiedliche Pflichtstundenzahl für verschiedene Kategorien von Lehrkräften nicht zum vornherein gegen Art. 8 Abs. 1 BV verstösst. Der Regierung kommt bei der Gestaltung des Besoldungssystems und der Bestimmung der relevanten Anknüpfungspunkte für Besoldungsunterschiede ein weiter Ermessensspielraum zu. Die hier vorgebrachten Unterschiede hinsichtlich Art der Schule und die daraus folgenden Unterschiede in bezug auf Vor- und Nachbereitungsaufwand pro Lektion für Lehrkräfte der BMS im Vergleich zu jenen der WMS bzw. FMS können deshalb als sachliches Kriterium für eine ungleiche Festlegung der Pflichtpensen und damit auch einer ungleichen Besoldung pro Lektion anerkannt werden. Die Klage ist damit als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2

Art. 8 BV (SR 101). Es verstösst gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, Anschlussbeiträge für Ferienhäuser und für Grundstücke auswärtiger Eigentümer höher anzusetzen als solche für ganzjährig bewohnte Häuser und für Bauten einheimischer Eigentümer.

Verwaltungsgericht, 19. August 2008

Die Ortsgemeinde A. ist zuständig für die Versorgung der Gemeinden A. und B. mit Trink- und Löschwasser. Nach den Reglementen sind die Anschlussbeiträge für Ferienhäuser und für Grundstücke auswärtiger Eigentümer höher anzusetzen als solche für ganzjährig bewohnte Häuser und solche einheimischer Eigentümer. Die in Zürich wohnhafte M. ist Eigentümerin eines Wohnhauses in A. und erhob gegen die Wasseranschluss- und Feuerschutzeinkaufsbeiträge Rekurs. Die Verwaltungsrekurskommission schützte den Rekurs wegen Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots. Dagegen erhob die Ortsgemeinde A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 51 Abs. 1 BauG erheben die Gemeinden vom Grundeigentümer im Rahmen des ihm zukommenden Sondervorteils Beiträge an die Erschliessung. Beitragspflicht, Bemessung und Verteilung der Beiträge sowie das Verfahren der Einschätzung und Erhebung werden in Reglementen, Überbauungs- oder Gestaltungsplänen geregelt (Art. 51 Abs. 3 BauG). Gestützt auf diese Bestimmung setzte die Beschwerdeführerin am 1. März 2003 ihr vom Finanzdepartement am 5. März 2003 genehmigtes Wasserreglement (abgekürzt: WR) in Kraft. Dieses regelt die Abgabe von Trink- und Brauchwasser, die Löschwasserversorgung im Versorgungsgebiet sowie die Erhebung von Beiträgen und Gebühren.

2.1. Der Grundeigentümer hat nach Art. 39 Abs. 1 WR für Objekte, die dem Verteilnetz der Wasserversorgung angeschlossen werden, einen einmaligen Anschlussbeitrag zu entrichten. Der einmalige Anschlussbeitrag stellt eine Vorzugslast dar. Vorzugslasten sind ein wichtiges Instrument für die Finanzierung der baurechtlichen Erschliessung von Grundstücken (Wasser- und Energieversorgung, Abwasserentsorgung, Strassen). Sie ermöglichen die Abwälzung der Kosten öffentlicher Erschliessungsanlagen auf die Grundeigentümer direkt nach der Fertigstellung des Werks. Der Anschlussbeitrag ist bereits geschuldet, wenn für ein Grundstück die Möglichkeit des Anschlusses an das betreffende Versorgungsnetz geschaffen wird, wodurch ein besonderer wirtschaftlicher Vorteil entsteht (A. Hungerbühler, Grundsätze des Kausalabgabenrechts, in: ZBl 2003, S. 510). Als sog. Sondervorteil bezeichnet man einen dem Grundeigentümer zukommenden Vorteil wirtschaftlicher Natur, der im Verhältnis zu demjenigen, welcher der Allgemeinheit aus der Aktivität des Gemeinwesens erwächst, ein besonderer sein muss (B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 556; GVP 2003 Nr. 24 mit Hinweisen; GVP 1988 Nr. 33; VerwGE B 2007/144 vom 7. Juli 2008). Im konkreten Fall besteht der Sondervorteil im Anschluss des Grundstücks der Beschwerdegegnerin an die Wasserversorgung und dem Einbezug in den Feuerschutz, was zu einer Wertsteigerung des Grundstücks führt (vgl. P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 266).

2.2. Für Objekte, die nicht dem Verteilnetz der Wasserversorgung angeschlossen werden, hat der Grundeigentümer nach Art. 39 Abs. 2 WR unter anderem dann den einmaligen Anschlussbeitrag zu entrichten, wenn sie mit der nächstgelegenen Aussenkante nicht mehr als 30 m vom angeschlossenen Objekt entfernt sind (lit. b). Der Anschlussbeitrag setzt sich gemäss Art. 39 Abs. 3 WR aus einer festen Grundquote (lit. a) sowie einem nach der Nutzungsart und dem Zeitwert des Objekts abgestuften Zuschlag (lit. b) zusammen. Die Grundquote wird für jeden Anschluss erhoben und beträgt Fr. 200.– (Art. 40 WR). Der Gebäudezuschlag beträgt gemäss Art. 41 WR unter anderem für Ferienhäuser und Zweitwohnungen 1,5 Prozent des Zeitwerts (lit. a) und für Industrie- und Gewerbebetriebe sowie Wohnbauten 1 Prozent des Zeitwerts (lit. b). Für beitragspflichtige Eigentümer von Ferienhäusern und Ferienwohnungen, die ausserhalb der politischen Gemeinden A. und

B. Primärsteuerdomizil haben, erhöhen sich die Ansätze von Grundquote und Gebäudezuschlag um 50 Prozent (Art. 42 WR). Wird ein angeschlossenes Objekt abgebrochen oder zerstört und an dieser Stelle ein Neubau erstellt, so ist als Anschlussbeitrag der Gebäudezuschlag gemäss Art. 41 WR auf der Differenz zwischen den Zeitwerten der beiden Gebäude zu entrichten (Art. 44 Abs. 2 WR).

2.3. Gemäss Art. 49 WR hat der Grundeigentümer für Objekte, die nur in den Feuerschutz der Wasserversorgung gelangen, ohne ihrem Verteilnetz angeschlossen zu sein, einen einmaligen Feuerschutzeinkaufsbeitrag zu entrichten. Für Objekte, die mit der nächstgelegenen Aussenkante nicht mehr als 250 m Luftlinie von einem Hydranten entfernt sind, beträgt nach Art. 50 WR der Feuerschutzeinkaufsbeitrag 50 Prozent der Summe von Grundquote und Gebäudezuschlag gemäss Art. 40 und 41 WR. Schliesslich wird auch beim Feuerschutzeinkaufsbeitrag ein Steuerdomizilzuschlag von 50 Prozent für beitragspflichtige Eigentümer von Ferienhäusern und Ferienwohnungen mit auswärtigem Wohnsitz erhoben (Art. 52 WR).

2.4. Die Anschlussbeiträge sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einerseits nach den zu deckenden Kosten oder Kostenanteilen zu bemessen und andererseits auf die Nutzniesser der öffentlichen Einrichtung nach Massgabe des diesen erwachsenden wirtschaftlichen Sondervorteils zu verlegen (BGE 110 Ia 209). Die Bemessung der Anschlussbeiträge hat sich nach dem Äquivalenz- und dem Kostendeckungsprinzip zu richten. Gemäss dem Äquivalenzprinzip müssen die Beiträge in Beziehung zum objektiven Wert der vom Gemeinwesen erbrachten Leistung stehen und sich in vernünftigen Grenzen halten (GVP 2003 Nrn. 3 und 24 mit Hinweisen; BGE 126 I 188; 122 I 289; 121 I 238; vgl. Hänni, a. a. O., S. 266). Das Äquivalenzprinzip wird aus Art. 8 und 9 BV abgeleitet (BGE 128 I 46). Das Kostendeckungsprinzip verlangt sodann, dass die Gesamteingänge an Kausalabgaben den Gesamtaufwand für den betreffenden Verwaltungszweig nicht oder nur geringfügig überschreiten dürfen (BGE 126 I 188; Hungerbühler, a. a. O., S. 520). Bei der Erhebung von Anschlussbeiträgen hat das Gemeinwesen auch das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV zu berücksichtigen. Dieses verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Dieser Grundsatz ist verletzt, wenn ein Erlass rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (vgl. statt vieler BGE 131 I 313 E. 3.2.). Eine Regelung verstösst schliesslich gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV, wenn sie sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist (vgl. statt vieler BGE 132 I 157 E. 4.1.; 131 I 313 E. 3.2.; BGE 2C_153/2007 vom 10. Oktober 2007). Vorausgesetzt ist, dass sich die ungerechtfertigte Gleich- bzw. Ungleichbehandlung auf eine wesentliche Tatsache bezieht. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze

ein weiter Gestaltungsspielraum. Dieser ist insbesondere bei den öffentlichen Abgaben und bei der Verteilung der Last auf die Abgabepflichtigen gross (BGE 131 I 313 E. 3.2.). Bei der Bestimmung des Kreises der Abgabepflichtigen und der Bemessungsgrundlagen dürfen jedoch keine ungerechtfertigten Differenzierungen vorgenommen werden, und allfällige Abstufungen müssen auch ihrem Ausmass nach begründet sein (Hungerbühler, a. a. O., S. 527).

2.5. Bei gewissen Abgabearten unterscheiden die Gemeinden im Rahmen der Erhebung nach der Art der Nutzung der abgabepflichtigen Objekte oder nach dem Wohnsitz der Abgabepflichtigen. Im konkreten Fall ist streitig, ob allein aufgrund der Nutzung eines Grundstücks als Ferienhaus ein Gebäudezuschlag auf den Anschlussbeitrag zulässig ist und sich überdies ein sog. Steuerdomizilzuschlag auf diesen rechtfertigt. Das Bundesgericht entschied in diesem Zusammenhang, dass sich für die Bemessung des einmaligen Anschlussbeitrags der dem Eigentümer aus dem Anschluss erwachsende Vorteil und/oder die dem Gemeinwesen aus dem Bau der Wasserversorgungsanlagen entstehenden Kosten aufdrängten. Der Vorteil des Eigentümers sei bei Hauptwohnungen diesbezüglich zumindest nicht geringer als bei Zweitwohnungen, so dass unter diesem Gesichtspunkt eine Mehrbelastung von Zweitwohnungen nicht begründet werden könne. Der Anschluss eines Ferienhauses verursache dem Gemeinwesen ungeachtet der zeitlich beschränkten Benützung weder höhere noch tiefere Baukosten als eine ganzjährig bewohnte Liegenschaft, selbst wenn die Wasserversorgungsanlage auf Spitzenbelastungen ausgerichtet werden müsse (BGE 2P.257/1996 vom 10. Juli 1997, in: ZBl 1999, S. 179 mit Hinweis auf BGE 101 Ia 193, S. 198 ff.). Der im Zeitpunkt des Anschlusses oder der Anschlussmöglichkeit erhobene einmalige Anschlussbeitrag könne nicht von den an diesem Stichtag gegebenen Eigentumsverhältnissen, sondern nur von den objektiven Eigenschaften der Liegenschaft abhängen (Hungerbühler, a. a. O., S. 528). Der Grundeigentümer solle dabei gestützt auf jene Parameter belastet werden, die im Zeitpunkt der Planung oder des Baus der Anlage deren Dimensionierung bestimmt hätten (BGE 2P.232/2006 vom 16. April 2007, E. 3.3). Mit Bezug auf die Abwasserentsorgung führte das Bundesgericht aus, dass sich eine Erhöhung des Anschlussbeitrags für Personen mit Wohnsitz ausserhalb der Gemeinde nicht rechtfertigen lasse, soweit die Mehrkosten der Entsorgungsanlage mit der Zahl der Anschlüsse linear oder geringer anwachsen würden. Die bisher entstandenen oder durch den Bau weiterer Zweitwohnungen hinzukommenden Mehrkosten seien zumindest insoweit durch den einfachen Anschlussbeitrag gedeckt, als dieser überhaupt kostendeckend sei. Wenn dies nicht der Fall sei, müsse der Fehlbetrag gleichmässig auf alle Wohnungseigentümer verteilt und nicht nur einer Gruppe belastet werden (BGE 101 Ia 198 f.). Demgegenüber äussert Gygi die Auffassung, dass die Anschlussbeiträge für Auswärtige dann höher angesetzt werden dürften, wenn die Ortsansässigen nach dieser Finanzierungsart ungleich schwerer belastet würden (F. Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 273).

2.6. Im Zusammenhang mit den Benützungsgebühren ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung uneinheitlich. So erklärte das Bundesgericht kommunale Regelungen, die für die Trinkwasserversorgung von auswärts wohnenden Eigentümern höhere periodische Gebühren als von den in der Gemeinde wohnhaften verlangten, als gegen die Rechtsgleichheit verstossend (BGE 2P.402/1995 vom 5. September 1996). Nach einem neueren Urteil des Bundesgerichts muss der Ferienhauseigentümer hingegen in Kauf nehmen, dass er aufgrund der Ausrichtung der Wasserversorgung auf Spitzenbelastungen allenfalls bei den periodischen Benützungsgebühren stärker belastet wird, als es seinem tatsächlichen Wasserverbrauch entspreche (BGE 2P.257/1996 vom 10. Juli 1997, in: ZBl 1999, S. 179). Das Bundesgericht erachtete in seiner älteren Rechtsprechung eine unterschiedliche Behandlung von Einheimischen und Auswärtigen ausserdem dann als zulässig, wenn eine öffentliche Anstalt ihrem Zweck nach vorwiegend der einheimischen Bevölkerung dient (BGE 66 I 13) oder die in Frage stehenden Einrichtungen dauernd defizitär und aus den allgemeinen Mitteln des Gemeinwesens betrieben werden müssten. In diesem Fall rechtfertige sich unter Umständen die Bevorzugung der einheimischen Bevölkerung, da diese bereits durch die Entrichtung der allgemeinen Steuern ihren Beitrag an die Kosten der Einrichtung leiste (BGE 90 I 100). Eine gestützt auf die Art oder die Intensität der tatsächlichen Wohnnutzung erfolgende Differenzierung der Abgabebemessung darf somit nach der bundesgerichtlichen Praxis nur bei periodischen, auf einen bestimmten Zeitraum bezogenen Benutzungsgebühren gemacht werden (BGE 2P.257/1996 vom 10. Juli 1997, in: ZBl 1999, S. 179; vgl. Hungerbühler, a. a. O., S. 528; P. Karlen, Die Erhebung von Abwasserabgaben aus rechtlicher Sicht, URP 1999, S. 566).

3. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Unterscheidung zwischen ganzjährig bewohnten Wohnhäusern sowie Ferienhäusern und Zweitwohnungen auf objektiven Eigenschaften basiert und mit dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV vereinbar ist. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage. Der massgebende Sachverhalt ist unbestritten, und die Einholung weiterer Beweise erübrigt sich.

3.1. Die Beschwerdeführerin hält fest, dass sich der Gebäudezuschlag vorerst aus der speziellen Ausgangslage rechtfertige, die sich aus ihrer Wasserversorgung ergebe. Beim Versorgungsgebiet handle es sich um eine Bergregion, was zu erheblichen Mehrkosten gegenüber der Wasserversorgung im Flachland führe. Neben den rund 1 000 Personen mit ständigem Wohnsitz und konstantem Wasserverbrauch müsse sie aufgrund der grossen Anzahl von Ferienhäusern und Zweitwohnungen in Spitzenzeiten insgesamt rund 9 000 Personen mit Wasser versorgen. Diese Schwankungen und Ausrichtungen auf die Spitzenzeiten verursachten erhebliche Mehrkosten für die Infrastruktur und den Betrieb, da die Kapazität innert kurzer Zeit an die sich gerade im Versorgungsgebiet aufhaltende auswärtige Wohnbevölkerung angepasst werden müsse. Die durch die Eigentümer der Ferienhäuser verursachten erheblichen Mehrkosten könnten über den Wasserverbrauch aufgrund von deren geringen Abnahmemengen durch die erhobenen Benützungsge-

bühren nicht amortisiert werden. Die Unterscheidung zwischen ganzjährig bewohnten Wohnhäusern und Ferienhäusern sei deshalb objektiv und verletze die Rechtsgleichheit nicht. Andernfalls müsste die ständige Wohnbevölkerung die Wasserversorgung in der Dimension einer Kleinstadt finanzieren. Genau dies wäre der Fall, wenn von den Eigentümern der Ferienhäuser kein erhöhter Anschlussbeitrag erhoben werden könnte. Der Gebäudezuschlag von 1,5 Prozent für Ferienhäuser und Zweitwohnungen sei deshalb gerechtfertigt.

3.2. Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die Mehrkosten für die Wasserversorgung in der Bergregion fielen unabhängig von der Qualifikation als Wohn- oder Ferienhäuser an. Die Versorgungsanlage sei deshalb ungeachtet einer Differenzierung auf die genannten Spitzenkapazitäten auszubauen. Auch könnten Schwankungen im Wasserverbrauch der Beschwerdeführerin auf den einzelnen Anschluss keinen Einfluss haben. Die Beschwerdegegnerin bestreitet zudem, dass die Schwankungen zu erheblichen Mehrkosten für die Infrastruktur führten. Die Beschwerdeführerin müsse grundsätzlich davon ausgehen, dass sämtliche Wohnhäuser ständig bewohnt würden und es keine Ferienhäuser mehr gäbe. Die Unterscheidung zwischen Wohn- und Ferienhäusern stütze sich deshalb nicht auf ernsthafte sachliche Gründe und verletze das Rechtsgleichheitsgebot. Die Kosten aus dem Betrieb der Wasserversorgung seien nicht durch den einmaligen Anschlussbeitrag abzudecken, sondern durch die Gebühr für den Wasserbezug gemäss Art. 46 ff. WR.

3.3. Wie erwähnt ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Bemessung der Anschlussbeiträge auf die objektiven Eigenschaften des betreffenden Grundstücks und nicht auf die Eigentumsverhältnisse zum Zeitpunkt des Anschlusses an die Wasserversorgung abzustellen. Das Grundstück ist gestützt auf diejenigen Parameter zu belasten, die im Zeitpunkt der Planung bzw. des Baus der Anlage deren Dimensionierung bestimmt haben (BGE 2P.232/2006 vom 16. April 2007, E. 3.3). Würde bei der Erhebung von Anschlussbeiträgen darauf abgestellt, ob eine Baute als ständiger Wohnsitz oder als Ferienhaus benützt wird, würden nach der Praxis des Bundesgerichts keine objektiven Eigenschaften des Grundstücks berücksichtigt, was unzulässig wäre. Die Vorinstanz hat daher zu Recht festgehalten, es könnten für die Bemessung der Anschlussbeiträge keine Anknüpfungspunkte hinzugezogen werden, die nur auf die Nutzungsart der Liegenschaft abstellten. Zwar ist der Beschwerdeführerin grundsätzlich zuzustimmen, dass durch den Bau von Ferienhäusern und Zweitwohnungen sowie der damit verbundenen Ausweitung der Trinkwasserversorgung beträchtliche Schwankungen des Wasserverbrauchs und zusätzliche Kosten für die Infrastruktur und den Betrieb entstehen (vgl. Verbrauchstabelle). Diese hauptsächlich durch die Bewohner von Ferienhäusern und Zweitwohnungen verursachten Schwankungen können aber keine unterschiedliche Festsetzung der Anschlussbeiträge rechtfertigen, da sie mit diesen nicht in direktem Zusammenhang stehen. Die Anschlusskosten sind für das Gemeinwesen ungeachtet der Nutzungsintensität der Liegenschaften gleich hoch, ist der Anschluss eines Wohnhauses an die Wasserversorgung doch nicht teurer als derjenige eines Ferienhauses (BGE 101 Ia 198). Damit ist

der Beschwerdegegnerin beizupflichten, dass es für die Bemessung des Anschlussbeitrags nicht darauf ankommen kann, ob ein Grundstück ganzjährig als Wohnhaus oder als Ferienhaus genutzt wird. Entscheidend ist vielmehr, dass mit dem Anschluss der Liegenschaft an die Wasserversorgung die Voraussetzung für die ganzjährige Nutzung geschaffen wird, weshalb diese, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, auch auf die Spitzenzeiten auszurichten ist. Gegen eine unterschiedliche Behandlung von ständigen Wohnbauten und Ferienhäusern und damit eine unterschiedliche Bemessung der Anschlussbeiträge spricht schliesslich auch das Äquivalenzprinzip. Aus dem Anschluss an die Wasserversorgung kommt einem mit einem Ferienhaus oder einer Zweitwohnung überbauten Grundstück kein grösserer Sondervorteil zu als einem mit einem ständig bewohnten Haus überbauten Grundstück. Schliesslich steht das Argument der Beschwerdeführerin, wonach die ständige Wohnbevölkerung im Vergleich zu den Eigentümern von Ferienhäusern und Zweitwohnungen nur unterproportional für die sich auf 70–80 Prozent der Gesamtkosten belaufenden Fixkosten verantwortlich sei, in keinem direkten Zusammenhang mit der Bemessung der Anschlussbeiträge. Daran ändert auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts, wonach die durch die Eigentümer der Ferienhäuser verursachten Mehrkosten aufgrund von deren geringen Abnahmemengen durch die erhobenen Benützungsgebühren nicht amortisiert werden könnten. Dies ist für die Bemessung der Anschlussbeiträge nicht von Belang, sondern würde gegebenenfalls eine generelle Anpassung der Beiträge rechtfertigen. Allfällige Leistungen der Beschwerdeführerin aus allgemeinen Steuermitteln vermögen deshalb eine stärkere Belastung der auswärtigen Eigentümer nicht zu begründen. Wachsen die Mehrkosten der Versorgungsanlage mit der Zahl der Anschlüsse linear oder geringer, lässt sich daraus keine Erhöhung der Anschlussbeiträge für die auswärtigen Eigentümer ableiten. Die bisher entstandenen oder durch den Bau weiterer Ferienhäuser hinzukommenden Mehrkosten sind durch die einfachen Anschlussbeiträge zu decken. Ein Fehlbetrag wäre nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht einer spezifischen Gruppe zu belasten, sondern müsste gleichmässig auf alle Pflichtigen verteilt werden (BGE 101 Ia 198 f.). Zu Recht entschied daher die Vorinstanz, dass der Gebäudezuschlag auf den Anschlussbeiträgen bei Ferienhäusern und Zweitwohnungen als rechtswidrig zu beurteilen ist und gegen das Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV verstösst.

4. Im Weiteren ist streitig, ob der in Art. 42 WR geregelte Steuerdomizilzuschlag von 50 Prozent auf die Grundquote und der Gebäudezuschlag für beitragspflichtige Eigentümer von Ferienhäusern und Zweitwohnungen mit Primärsteuerdomizil ausserhalb der Gemeinden A. und B. rechtmässig ist.

4.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, gestützt auf Art. 50 FSG müsse sich die politische Gemeinde, sofern sie nicht selber Trägerin der Löschwasserversorgung sei, an den Kosten zur Sicherstellung von Löschwasser angemessen beteiligen. Personen mit Primärsteuerdomizil in den politischen Gemeinden A. und B. trügen mit ihren Steuern indirekt in der Regel 15 bis 25 Prozent zum Haushalt der Ortsgemeinde bei. Die Eigentümer von Liegenschaften im Versorgungsgebiet ohne Pri-

märsteuerdomizil in den besagten Gemeinden erlangten durch den Anschluss an die Wasserversorgung einen Sondervorteil, da sie von den Steuergeldern der politischen Gemeinden an die Löschwasserversorgung gemäss Art. 50 FSG profitierten, ohne an diese Steuergelder einen im Vergleich zur einheimischen Bevölkerung adäquaten Beitrag zu leisten. Die beschränkte Steuerpflicht am Ort der gelegenen Sache vermöge diesen Sondervorteil nicht auszugleichen, weshalb sich die Erhebung des Steuerdomizilzuschlags rechtfertige.

4.2. Die Beschwerdegegnerin macht demgegenüber geltend, dass die Beschwerdeführerin die Höhe der Beteiligung der politischen Gemeinde an den Kosten zur Sicherstellung von Löschwasser bewusst nicht darlege, weshalb der behauptete Beitrag von 15 bis 25 Prozent nicht bewiesen sei. Durch den Anschluss an die Wasserversorgung erzielten alle Eigentümer und nicht nur diejenigen von Objekten ohne Primärsteuerdomizil einen Sondervorteil. Daran ändere auch dann nichts, wenn die politische Gemeinde einen Beitrag an die Löschwasserversorgung leiste, zumal die Eigentümer von Ferienhäusern am Ort der gelegenen Sache beschränkt steuerpflichtig seien.

4.3. Wie in E. 2.5. ausgeführt, bemisst sich der Anschlussbeitrag des Grundeigentümers ausschliesslich nach den objektiven Kriterien der Liegenschaft. Es kann in diesem Zusammenhang deshalb keine Rolle spielen, ob das Primärsteuerdomizil des Grundeigentümers allenfalls ausserhalb der politischen Gemeinde liegt. Selbst wenn nach der älteren Rechtsprechung die unterschiedliche Behandlung von einheimischen und auswärtigen Grundeigentümern als zulässig betrachtet würde, weil die in Frage stehenden Einrichtungen dauernd defizitär sind und aus allgemeinen Mitteln des Gemeinwesens finanziert werden müssen (ZBl 1974, S. 394 mit Hinweis auf BGE 90 I 100), wäre eine solche Bevorzugung der einheimischen Grundeigentümer im vorliegenden Fall unzulässig, da die finanziellen Verhältnisse der Ortsgemeinde gesund sind (vgl. «Sarganserländer» vom 12. April 2007, S. 6). Eine Bevorzugung der einheimischen Bevölkerung im Zusammenhang mit dem Steuerdomizilzuschlag wäre auch dann nicht gerechtfertigt, wenn die einheimischen Steuerzahler gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin für 15 bis 25 Prozent des Haushalts der Ortsgemeinde mittels allgemeiner Steuermittel aufkommen würden. Diese Zuwendungen betreffen Beiträge der politischen Gemeinden an die Löschwasserversorgung. Die Beschwerdeführerin hat diese Leistungen allerdings nicht näher substantiiert. Leistungen an die Löschwasserversorgung können aber nicht mit solchen an die Trinkwasserversorgung gleichgesetzt werden. Hinzu kommt, dass auch Grundeigentümer mit auswärtigem Wohnsitz durch ihre beschränkte Steuerpflicht am Ort der gelegenen Sache und durch die Entrichtung von Grundsteuern einen Beitrag zum Steueraufkommen der Standortgemeinden ihrer Grundstücke leisten. Zu Recht hat daher die Vorinstanz auch den Steuerdomizilzuschlag als mit dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV nicht vereinbar und deshalb als rechtswidrig qualifiziert.

3

Art. 26 Abs. 1 BV (SR 101); Art. 34 Abs. 3 RPV (SR 700.1). Aus der Bestandesgarantie ergibt sich kein Anspruch auf Übertragung von zonenfremdem Wohnraum in bestehende landwirtschaftliche Bauten. Der betriebsnotwendige Wohnraum für einen Sömmerungsbetrieb ist nach Betriebsgrösse und -art festzulegen, nicht nach den persönlichen Bedürfnissen des Betriebsinhabers.

Verwaltungsgericht, 28. April 2008

A. ist Eigentümer eines Grundstücks in der Landwirtschaftszone in M. Auf dem Grundstück befinden sich ein Alpstall (Assek.-Nr. 341) sowie ein Holzschopf mit Remise (Assek.-Nr. 1538). 1997 erteilte das damals zuständige Planungsamt (heute Amt für Raumentwicklung und Geoinformation, AREG) die Zustimmung zum Wiederaufbau des brandgeschädigten Alpstalls. Gleichzeitig wurde die Bewilligung zur Erstellung von zonenkonformem Wohnraum in genau bestimmtem Umfang erteilt (Erdgeschoss: Aufenthaltsraum mit Küche, ein Fenster, ein Doppelfenster; Keller, ein Fenster; Treppenaufgang, ein Fenster; Dusche/WC, ein Fenster; Raum für Boiler; nach oben offene Remise, ein Doppeltor; Obergeschoss: Zimmer, ein Doppelfenster; Treppenaufgang; Diele für Geräte und Holz, kein Zugang via Treppe). Bei der Bauausführung wich A. von den bewilligten Plänen ab. Im Erdgeschoss wurden der Aufenthaltsraum, das Kellerabteil und der Duschraum mit WC vergrössert. Die Remise wurde verkleinert und auf den Raum für den Boiler wurde gänzlich verzichtet. Im Aufenthaltsraum wurde ein zusätzliches Fenster und anstelle des bewilligten einfachen Fensters ein Doppelfenster eingebaut. Der Treppenaufgang wurde so verlegt, dass das gesamte Obergeschoss, in dem der Boden nunmehr auf der ganzen Fläche eingezogen wurde, eingeschlossen werden konnte. Auf der Nordseite wurde anstelle der ursprünglich bewilligten Gerätediele ein Zimmer mit einem Fenster eingebaut. Im Bereich der nach oben offenen Remise entstand ein weiteres Zimmer, das über ein Dachfenster belichtet wird. In der Folge reichte A. auf Aufforderung der Gemeinde M. ein Baugesuch für die nicht bewilligten Erweiterungen ein. Im Rahmen des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens verweigerte das AREG die Zustimmung zu den Projektänderungen und hielt die Gemeinde an, für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu sorgen. Hierauf verlangte der Gemeinderat M. den Rückbau der beiden zusätzlichen im Obergeschoss eingebauten Zimmer durch Entfernung der Trennwände und Fenster, des Teppichs sowie des Bodens über der Remise. Das Baudepartement wies einen Rekurs von A. gegen diese Verfügung ab. Auch eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine unvollständige und unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz. Das Baudepartement habe übersehen,

dass mit der Baubewilligung vom 2. Dezember 1997 kein neuer Wohnraum, sondern teils Wiederaufbau und teils Ersatzbau für zum Betrieb des Beschwerdeführers bereits vorhanden gewesenen Wohnraum bewilligt worden sei. Bereits im abgebrannten Gebäude sei nebst dem Stall auch Wohnraum vorhanden gewesen. Zusätzlich habe auch im Holzschopf bzw. der Remise ein Wohnhausteil bestanden. Diese beiden Wohnhausteile seien zum Wiederaufbau des Gebäudes Assek.-Nr. 341 zusammengelegt worden. Dabei sei die Wohnraumfläche des Gebäudes Assek.-Nr. 1538 auf das Gebäude Assek.-Nr. 341 übertragen worden. Den bei den Akten liegenden Plänen könne entnommen werden, dass das Gebäude Assek.-Nr. 1538 über rund 41,8 m² Bruttogeschossfläche und rund 43,15 m² nicht anrechenbare Fläche (Keller) verfügt habe. In annähernd gleichem Ausmass sei Wohnraum auch beim Gebäude Assek.-Nr. 341 vorbestanden. Insgesamt habe die vorbestandene Wohnfläche somit schätzungsweise um die 150 m² betragen. Demgegenüber belaufe sich die 1997 bewilligte Wohnraumfläche auf 100,5 m² Bruttogeschossfläche (anrechenbare und nicht anrechenbare Fläche). Damit sei Wohnraum in einem Ausmass bewilligt worden, das nicht dem vorbestandenen Wohnraum entspreche, sondern erheblich darunter liege. Mit Blick auf die Bestandes- und Erweiterungsgarantie verfüge der Beschwerdeführer damit über eine nicht berücksichtigte Bestandesreserve.

Die Bestandesgarantie ergibt sich unmittelbar aus der Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV). Sie besagt, dass formell und materiell rechtmässig unter altem Recht erstellte Bauten in ihrem Bestand geschützt bleiben, auch wenn sie nach neuem Recht unzulässig sind. Sie gewährleistet grundsätzlich, dass eine bestehende Baute oder Anlage beibehalten und weiterhin genutzt werden darf. Sie gewährleistet ferner, dass an bestehenden, mit geltendem Recht in Widerspruch stehenden Bauten oder Bauteilen werterhaltende Unterhaltsarbeiten vorgenommen werden dürfen. Eingriffe in die Substanz und in die Grundstruktur der Baute, wie namentlich Umbauten, Erweiterungen und Zweckänderungen, sind nicht zulässig (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 744 mit weiteren Hinweisen). Keine Grundlage stellt die Bestandesgarantie indes entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers für einen «Wohnraumtransfer» von einer Baute auf eine andere dar. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er habe Anspruch auf einen vollständigen Ersatz des Wohnteils des Gebäudes Vers.-Nr. 1538 im Gebäude Vers.-Nr. 341, erweist sich die Beschwerde als nicht stichhaltig. Nicht nachvollziehbar ist sodann der Hinweis des Beschwerdeführers auf die Erweiterungsgarantie, die zum vornherein nur auf zonenfremde Bauten Anwendung findet. Indes gibt es keine Hinweise darauf und auch der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass es sich bei den beiden Gebäuden Assek.-Nrn. 341 und 1538 um zonenfremde Bauten handeln würde. Nicht gefolgt werden kann dem Beschwerdeführer sodann, wenn er geltend macht, dass es sich bei dem bereits ausgeführten, nicht bewilligten Einbau von zwei weiteren Wohnräumen lediglich um eine Veränderung des bewilligten Wohnraums handeln soll. Als Wohnraum wurden im Ober-

schoss lediglich ein Zimmer mit einer Fläche von 23,1 m², der Treppenaufgang von 5,1 m² sowie eine Diele für Geräte und Holz von 14,1 m² bewilligt. Der Beschwerdeführer wich von diesen Bauplänen ab und erstellte den Treppenaufgang so, dass zwei weitere, nicht vorgesehene Wohnräume eingebaut wurden. Damit wurde zweifellos zusätzlicher Wohnraum geschaffen. Der Umstand, dass die beiden Räume innerhalb des bewilligten Gebäudevolumens erstellt wurden, spielt, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, keine Rolle. Soweit der Beschwerdeführer eine unvollständige und unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend macht, ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

3. Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, dass der Umstand, dass sein Grundstück als Sömmerungsgebiet ausgeschieden sei, nicht bedeute, dass auf diesem Betrieb überhaupt keine landwirtschaftlichen Nutzflächen vorhanden oder nicht zulässig seien. Es sei dem Beschwerdeführer auch nicht untersagt, seinen Betrieb weitergehend denn nur als reinen Sömmerungsbetrieb zu bewirtschaften, wobei die vorhandenen landwirtschaftlichen Nutzflächen bei der Beurteilung des Bewirtschaftungsaufwandes und des dazu notwendigen Wohnraumes zu berücksichtigen seien. Selbst wenn man aber davon ausgehe, dass der Betrieb des Beschwerdeführers ausschliesslich als Sömmerungsbetrieb gelten könne, werde im angefochtenen Entscheid ein Wohnraumbedarf von mindestens zwei Personen als notwendig anerkannt, was mindestens zwei Schlafzimmer erforderlich mache. Die Gründe, mit denen die Bewilligung eines zusätzlichen Zimmers für die zweite Arbeitskraft verweigert werde, seien nicht sachgerecht und widersprächen den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit. Namentlich gehe es nicht an, ein zweites Zimmer mit der Begründung zu verweigern, die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers könne ja die Funktion der zusätzlichen Arbeitskraft übernehmen. Sachlich unmöglich und unverhältnismässig sei es auch zu verlangen, der Bedarf für zwei Zimmer könne mit der Unterteilung des bestehenden bewilligten Zimmers abgedeckt werden. Eine gleichmässige Aufteilung in zwei Hälften hätte zur Folge, dass keines der beiden Zimmer die Minimalfläche von 14 m² gemäss Art. 36 Abs. 3 des Baureglements der Gemeinde M. (abgekürzt: BauR) für ein Schlafzimmer für zwei Personen aufweisen würde. Teile man das bewilligte Schlafzimmer in einen mindestens 14 m² grossen Raum und ein Einzelschlafzimmer von etwas über 8 m² auf, sei zu berücksichtigen, dass entgegen dem angefochtenen Entscheid die Mindestraumhöhe im kleineren Schlafzimmer nicht eingehalten werde.

3.1. Dem landwirtschaftlichen Produktionskataster kann entnommen werden, dass das Grundstück überwiegend als Sömmerungsgebiet ausgeschieden wurde und ein kleiner Teil in der Bergzone II liegt. Gemäss Art. 24 Abs. 2 der Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und Anerkennung von Betriebsformen (SR 910.91, abgekürzt: LBV) gelten die Flächen im Sömmerungsgebiet als Sömmerungsflächen, auch wenn sie anders genutzt werden. Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zutreffend festhält, können solche Flächen daher nicht mehr zur landwirtschaftlichen Nutzfläche (vgl. Art. 14 LBV) gezählt werden, selbst wenn

ihre Bewirtschaftung intensiviert wird, indem sie beispielsweise gemäht werden und das Futter abtransportiert wird (Weisungen und Erläuterungen des Bundesamts für Landwirtschaft zur Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und Anerkennung von Betriebsformen vom 31. Januar 2007, S. 17). Der Einwand des Beschwerdeführers, er benötige zusätzlichen Wohnraum im Hinblick auf die Bewirtschaftung der landwirtschaftlichen Nutzfläche, erweist sich als nicht stichhaltig. Zutreffend ist sodann die Schlussfolgerung im angefochtenen Entscheid, wonach ein Sömmerungsbetrieb im Sinne von Art. 9 LBV nicht als landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 BGBB gelten kann. Reine Sömmerungsbetriebe entsprechen nicht der Idee des Gewerbes als Lebenszentrum, da sie nicht ganzjährig bewirtschaftet werden können (E. Hofer, in: Kommentar BGBB, Brugg 1995, N 35 zu Art. 7 BGBB). Eine kantonale Ausnahmeregelung (vgl. Art. 5 lit. a BGBB), welche die Sömmerungsbetriebe den gewerblichen Betrieben gleichstellen würde, existiert nicht. Das Raumplanungsrecht gestattet Bauten für den Wohnbedarf, wie das Baudepartement im angefochtenen Entscheid zutreffend ausführt, nur für landwirtschaftliche Gewerbe im Sinne von Art. 7 BGBB (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 14 zu Art. 16a). Allerdings dürfen die Sömmerungsbetriebe gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. d LBV über Gebäude oder Einrichtungen verfügen, die für die Sömmerung nötig sind. Dazu gehört auch Wohnraum, soweit er für die Bewirtschaftung des Sömmerungsbetriebs notwendig ist. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, wenn die Vorinstanz für die Beurteilung, in welchem Umfang Wohnraum bei Sömmerungsbetrieben als zonenkonform und damit bewilligungsfähig zu gelten hat, in analoger Weise auf Art. 34 Abs. 3 RPV abstellt.

3.2. Gemäss Art. 34 Abs. 3 RPV sind Bauten für den Wohnbedarf zonenkonform, wenn sie für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich sind. Die Unentbehrlichkeit richtet sich dabei weder nach den subjektiven Vorstellungen und Wünschen des Gesuchstellers noch nach der persönlichen Zweckmässigkeit und Bequemlichkeit. Vielmehr ist in jedem einzelnen Fall anhand objektiver Kriterien zu prüfen, ob eine betriebliche Notwendigkeit besteht, ausserhalb der Bauzonen Wohnsitz zu nehmen. Dabei ist zu untersuchen, in welchem Umfang die Anwesenheit des Bewirtschafters und der betrieblich benötigten Arbeitskräfte notwendig ist. Der landwirtschaftliche Zweck darf nicht bloss Vorwand sein, um ein Bauvorhaben zu realisieren, das für die Bewirtschaftung nicht objektiv erforderlich ist (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 14 zu Art. 16a).

3.3. Massgebend ist vorliegend der objektive Bedarf an Arbeitskräften für einen Sömmerungsbetrieb. Nicht berücksichtigt werden kann hingegen, wie bereits ausgeführt wurde, die vom Beschwerdeführer angestrebte ganzjährige Nutzung. Gemäss dem Amtsbericht des landwirtschaftlichen Zentrums Flawil ist zur Bewirtschaftung des Sömmerungsbetriebs eine Vollzeitarbeitskraft notwendig, wobei zeitweilig auch der Beizug einer Hilfskraft geboten sein kann. Auch der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass der Wohnraumbedarf für einen reinen Sömmerungsbetrieb bei 1,5 Arbeitskräften liegt. Indes stellt er sich auf den Standpunkt, er

lebe mit seiner Lebenspartnerin in fester Beziehung und benötige daher einen grösseren Wohnraum.

3.4. Zu den Familienangehörigen, welche im Sinne von Art. 34 Abs. 3 RPV Wohnraum in der Landwirtschaftszone beanspruchen dürfen, zählen unter anderem die Ehegatten und Lebenspartner sowie minderjährige und in Ausbildung stehende Kinder (vgl. Waldmann/Hänni, a. a. O., N 14 zu Art. 16a; BVR 1993 S. 196). Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob der vorliegend bewilligte Wohnraum für den Beschwerdeführer, seine Lebenspartnerin sowie die Hilfskraft, welche zeitweise nötig ist, genügt. Anzumerken bleibt, dass die Darstellung des Beschwerdeführers, wonach seine Lebenspartnerin auf dem Betrieb nicht mitarbeitet, wenig glaubwürdig ist. So hat der Beschwerdeführer beispielsweise in seinem Schreiben an das Amt für Umweltschutz ausgeführt, dass er den Betrieb zusammen mit seiner Lebenspartnerin und der gemeinsamen Tochter bewirtschaften und bewohnen möchte. Ausserdem kann dem Schreiben des Landwirtschaftsamtes des Kantons Thurgau an den Beschwerdeführer und dessen Sohn entnommen werden, dass die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers im Jahr 2005 für den Betrieb für 24,18 Grossvieheinheiten Normalstösse Sömmerungsbeiträge beantragt hat. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann indes mit Blick auf die nachstehenden Erwägungen offenbleiben.

3.5. Nach vollzogenem Rückbau stehen dem Beschwerdeführer immer noch ein Aufenthaltsraum mit Küche im Erdgeschoss von 19,4 m^2 und ein Wohn-/Schlafzimmer im Obergeschoss von 23,1 m^2 zur Verfügung. Es ist der Vorinstanz und dem AREG darin zuzustimmen, dass das Schlafzimmer bei Bedarf in zwei getrennte Schlafräume unterteilt werden könnte. Der bauliche Aufwand ist, wenn auch nicht geringfügig, so doch vertretbar. Mit der räumlichen Trennung können unbestrittenermassen auch die Vorgaben von Art. 36 BauR bezüglich der Bodenfläche für ein Einzel- und ein Doppelschlafzimmer von 8 m^2 bzw. 14 m^2 eingehalten werden. Ob diesfalls die Mindestraumhöhe von 2,2 m über mindestens 5 m^2 der Bodenfläche beim kleineren Zimmer nicht vollkommen eingehalten wird, wie der Beschwerdeführer geltend macht, kann offen bleiben. Art. 36 BauR stellt in bezug auf die wohnhygienischen Vorgaben auf eine ganzjährige Nutzung der Wohnräume ab. Wie dargelegt, handelt es sich aber beim Betrieb des Beschwerdeführers um einen Sömmerungsbetrieb, der nur über die für die Sömmerung notwendigen Gebäude verfügen darf. Eine durchschnittliche Sömmerung dauert rund 100 Tage (vgl. Art. 6 Abs. 2 der Verordnung über Sömmerungsbeiträge, SR 910.133; Hofer, a. a. O., N 35 zu Art. 7). Selbst wenn die Sömmerung auf dem Betrieb des Beschwerdeführers länger dauern sollte, ist zu berücksichtigen, dass sich der Wohnbedarf nur an dieser beschränkten Zeit von wenigen Monaten zu richten hat. Hinzu kommt, dass der Beizug einer Hilfskraft entsprechend dem Amtsbericht des landwirtschaftlichen Zentrums Flawil nur zeitweilig, d. h. nicht während der gesamten Sömmerungszeit, geboten ist. Unter diesen Umständen ist es mit Blick auf die übergeordneten raumplanerischen Interessen an der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet ohne weite-

res zu vertreten, wenn die lichte Raumhöhe im kleineren Schlafzimmer gegebenenfalls nicht auf den gesamten 5 m² eingehalten wird. Sodann fällt in Betracht, dass der Beschwerdeführer gegebenenfalls auch den als «Keller» bezeichneten Raum im Erdgeschoss, der über eine Grundfläche von 7,4 m² und ein Fenster verfügt, als zusätzlichen Schlafraum benützen könnte. Dass die Vorgabe von Art. 36 BauR, wonach ein Einzelschlafzimmer über eine Bodenfläche von 8 m² verfügen muss, knapp nicht eingehalten ist, wäre auch hier im Interesse an der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet hinzunehmen.

3.6. Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer vorgenommenen Erweiterungen zu Recht als objektiv nicht betriebsnotwendig und folglich nicht bewilligungsfähig beurteilt hat. Die Beschwerde ist insofern als unbegründet abzuweisen.

4

Art. 44 KV (sGS 111.1), Art. 36 RIG (sGS 125.1). Die Initiative «Unsere Regeln gelten für alle» lässt für die vom Verfassungsrecht zwingend vorgesehene Interessenabwägung im Einzelfall keinen Raum und wirkt damit auf eine Gesetzgebung hin, die mit der verfassungsrechtlich verankerten Religionsfreiheit sowie dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar ist. Sie wurde deshalb von der Regierung zu Recht für ungültig erklärt.

Verwaltungsgericht, 22. Mai 2008

Am 28. November 2007 unterbreitete das Initiativkomitee «Unsere Regeln gelten für alle» der Regierung folgendes Initiativbegehren zur Vorprüfung:

> «Initiativtext
> Der Kanton St.Gallen sorgt dafür, dass in den öffentlichen Schulen gleiche Rechte und Pflichten für alle Schülerinnen und Schüler gelten, unabhängig von Religion und Geschlecht. Ebenso festzulegen sind Sanktionen gegen die gesetzlichen Vertreter von Schülerinnen und Schülern, die sich nicht an diese Rechte und Pflichten halten.
> Begründung:
> Die Tatsache, dass heute muslimische Schülerinnen und Schüler sich zum Beispiel während der Fastenzeit vom Turnunterricht oder von Schülerreisen dispensieren lassen, den Schwimmunterricht nicht besuchen, dass schulhausinterne Regeln betreffend Kopfbedeckungen (Käppli während dem Unterricht abnehmen) im Fall eines Kopftuches nicht durchgesetzt werden, führt mitunter zur Ausgrenzung einzelner Kinder in unserer Gesellschaft. Dies, obwohl die Klassenlehrpersonen die Umstände thematisieren, um die fehlende Integration besorgt sind und den betroffenen Schülerinnen und Schülern in der sozialen Führung spezielles Augenmerk widmen. Nicht ohne Grund wird daher das Tragen des Kopftuches, das Tolerieren von Schulabsenzen aus kulturellen/religiösen Gründen von Experten, auch muslimischen, ausnahmslos abgelehnt.

Selbst in laizistischen islamischen Staaten (Türkei) gilt ein Kopftuchverbot in der Schule. Die Gleichbehandlung aller Schülerinnen und Schüler ist mit dem Islam vereinbar; nicht aber mit dessen fundamentalistischen Strömungen, welche in unserem Land nicht zu tolerieren sind. Dies sollte eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein. Eine neu zu schaffende ausdrückliche gesetzliche Grundlage bietet die Pflicht, unsere Regeln und Wertordnung durchzusetzen.»

Mit Beschluss vom 22. Januar 2008 verneinte die Regierung die Zulässigkeit des eingereichten Initiativbegehrens. Zur Begründung führte sie aus, das Begehren könne nicht anders interpretiert werden, als dass die Verwirklichung des Grundrechtsanspruchs von Art. 15 BV bzw. Art. 2 lit. i KV generell verhindert werden soll. Würde die Initiative angenommen, müsste insbesondere die Teilnahme religiöser Minderheiten an spezifischen Feiertagen unterbunden werden; zudem würden verhältnismässige Konzessionen innerhalb des Unterrichts verunmöglicht. Auch verletze das Initiativbegehren durch die geforderte absolute Gleichbehandlung das Differenzierungsgebot gemäss Art. 8 BV bzw. Art. 2 lit. b KV. Das Initiativkomitee und sieben Komiteemitglieder erhoben Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Zu prüfen ist, ob das Initiativbegehren «Unsere Regeln gelten für alle» von der Regierung zu Recht als verfassungswidrig und dementsprechend als ungültig erklärt wurde.

2.1. Gemäss Art. 44 KV in Verbindung mit Art. 36 RIG ist eine Volksinitiative ganz oder teilweise für ungültig zu erklären, wenn sie gegen übergeordnetes Recht verstösst, undurchführbar ist oder die Einheit der Materie oder der Form nicht wahrt. Für sämtliche kantonalen Initiativen hat das gesamte Bundesrecht (Bundesverfassung, Gesetze, Verordnungen, Gewohnheitsrecht) einschliesslich des Völkerrechts als übergeordnetes Recht zu gelten. Eine kantonale Gesetzesinitiative ist zudem dem Verfassungsrecht des Kantons, dem interkantonalen Recht sowie Staatsverträgen, die vom Kanton abgeschlossen wurden, unterstellt (BGE 1P.451/2006 vom 28. Februar 2007 E. 2.1; BGE 124 I 118 E. 5b; 119 Ia 157 E. 2b mit Hinweisen). Ein Widerspruch zum übergeordneten Recht liegt vor, wenn das Initiativbegehren dazu führt, dass das höherrangige Recht nicht angewendet oder aufgehoben würde. Dies unabhängig davon, ob die Kollision lediglich einen konkreten Einzelfall oder eine Vielzahl von Konstellationen betrifft. Aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts hat auch eine Initiative, die übergeordnetes Recht unnötig wiederholt, als unzulässig zu gelten (vgl. Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rz. 2118 ff.).

Die Behörde, die sich über die materielle Gültigkeit einer Initiative ausspricht, hat diese nach den anerkannten Interpretationsgrundsätzen auszulegen. Grundsätzlich ist vom Wortlaut der Initiative auszugehen. Massgebend ist dabei, wie der Ini-

tiativtext von den Stimmberechtigten und den späteren Adressaten des vorgeschlagenen Erlasses vernünftigerweise verstanden werden muss. Vorrangig ist der Text deshalb aus sich selbst heraus und nicht nach dem subjektiven Willen der Initianten zu interpretieren (Hangartner/Kley, a. a. O., Rz. 2124). Eine allfällige Begründung des Volksbegehrens und Meinungsäusserungen der Initianten dürfen allerdings mitberücksichtigt werden. Es ist von verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten jene zu wählen, welche einerseits dem Sinn und Zweck der Initiative am besten entspricht, anderseits im Sinne der verfassungs- und bundesrechtskonformen Auslegung mit dem übergeordneten Recht von Bund und Kanton vereinbar erscheint. Eine Initiative ist dann als gültig zu erklären und der Volksabstimmung zu unterstellen, wenn ihr ein Sinn beigemessen werden kann, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt (BGE 129 I 395 E. 2.2 mit Hinweisen; Hangartner/Kley, a. a. O., Rz. 2124 ff.; L. Odermatt, Ungültigerklärung von Volksinitiativen, in: AJP 1996, S. 710–724, S. 715). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt zudem, dass bei einer als mit höherrangigem Recht nicht vereinbar beurteilten Initiative geprüft wird, ob eine Teilungültigkeit angenommen werden kann.

2.2. Das zu beurteilende Initiativbegehren ist insbesondere auf seine Übereinstimmung mit dem Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) zu prüfen.

2.2.1. Die in Art. 15 BV verankerte und in Art. 2 Abs. 1 lit. i KV wiederholte Glaubens- und Gewissensfreiheit schützt den Einzelnen im Grundsatz vor jeder Einflussnahme des Staates auf seine religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen. Die Religionsfreiheit umfasst sowohl die innere Freiheit zu glauben, nicht zu glauben oder die religiöse Anschauung zu ändern, wie auch die äussere Freiheit, entsprechende Überzeugungen innerhalb gewisser Schranken zu äussern, zu praktizieren und zu verbreiten (BGE 123 I 300 E. 2b/aa; 119 Ia 184 E. 4c). Sie enthält den Anspruch des Einzelnen darauf, sein Verhalten grundsätzlich nach den Lehren des Glaubens auszurichten und den Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln. Zur derart gewährleisteten Religionsausübung zählen über kultische Handlungen hinaus auch die Beachtung religiöser Gebräuche und andere Äusserungen des religiösen Lebens, soweit solche Verhaltensweisen Ausdruck der religiösen Überzeugung sind (vgl. zuletzt BGE 1D_12/2007 vom 27. Februar 2008 E. 2.3 sowie BGE 123 I 300 E. 2b/aa; 119 Ia 184 E. 4c). Art. 15 Abs. 4 BV unterstreicht zudem den negativen Schutzbereich der Religionsfreiheit. Der Staat hat sich jeder direkten oder indirekten Beeinflussung des Einzelnen im Bereich religiöser oder weltanschaulicher Fragestellungen zu enthalten. Die konfessionelle Neutralität verpflichtet den Staat jedoch nicht zu einem Ausschluss des Religiösen aus dem staatlichen Handlungsbereich, sondern zur Unparteilichkeit gegenüber den in einer pluralistischen Gesellschaft bestehenden religiösen und weltanschaulichen Auffassungen. Dadurch soll der konfessionelle Friede gesichert und die religiöse Entfaltung des Einzelnen unterstützt werden. Die Einhaltung der konfessionellen Neutralität setzt stets eine Abwägung und Prüfung der in Frage stehenden individualrechtlichen An-

sprüche sowie der teilweise gegenläufigen öffentlichen Interessen voraus (B. Ehrenzeller, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Bd. VII/2, Heidelberg 2007, § 212 N. 23 und 29 ff.; Kiener/Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 269, mit Hinweisen). Unter dem Schutz der Religionsfreiheit stehen nicht nur die traditionellen Glaubensformen der christlich-abendländischen Kirchen und Religionsgemeinschaften, sondern alle Religionen, unabhängig von ihrer quantitativen Verbreitung in der Schweiz (BGE 119 Ia 184 E. 4b; 123 I 300 E. 2b/aa).

Die konfessionelle Neutralität erhält besonderes Gewicht im Bereich der öffentlichen Schule. Der Unterricht ist für alle Personen, unabhängig von ihrer religiösen und weltanschaulichen Überzeugung, obligatorisch. Die Verpflichtung zur konfessionellen Neutralität macht im schulischen Bereich insbesondere eine Abwägung der individualrechtlichen Ansprüche der Schüler, Eltern und der Lehrkräfte einerseits und der öffentlichen Interessen an der Durchsetzung des Schulobligatoriums (Art. 62 Abs. 2 BV), der Sicherung eines geordneten und effizienten Schulbetriebs sowie an der Erhaltung des konfessionellen Friedens (Art. 72 Abs. 2 BV) andererseits erforderlich (GVP 2005 Nr. 86; Tappenbeck/Pahud de Mortanges, Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule, in: AJP 2007, S. 1401–1414, S. 1403 ff. und S. 1413; Kiener/Kälin, a. a. O., S. 269 ff.; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, N 405 ff.; U. J. Cavelti, in: St. Galler Kommentar zur BV, Zürich 2002, N 23 zu Art. 15 BV; J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 83).

2.2.2. Ein Initiativbegehren in Form der Einheitsinitiative (Art. 43 KV; Art. 53bis ff. RIG) belässt dem Kantonsrat bei der Umsetzung einen grossen Spielraum, um einen mit dem übergeordneten Recht in Einklang stehenden Gesetzestext zu formulieren. Dementsprechend sind an die Ungültigerklärung einer Volksinitiative in dieser Form strenge Anforderungen zu stellen.

Das hier in Frage stehende Initiativbegehren kann, wenn auf die erläuternden Ausführungen der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift abgestellt wird, als Anstoss zur Schaffung von Leitlinien für den Umgang mit der zunehmenden Pluralisierung der religiösen Ausrichtung von Schülerinnen und Schülern verstanden werden. So interpretiert würde das Initiativbegehren auf Richtlinien zur Abwägung der in verschiedenen Konstellationen im schulischen Bereich voraussichtlich in Frage stehenden Interessen der Schülerinnen und Schüler fremder Religionen wie auch der betroffenen öffentlichen Interessen hinwirken. Die Beschwerdeführer verweisen in ihrer Beschwerdeschrift denn auch ausdrücklich auf die vom Kanton Solothurn verfassten Richtlinien für den Umgang mit Fragen der Religion in der Schule. Der Kanton Solothurn liess sich vom Grundsatz leiten, dass in der obligatorischen Schule gleiche Rechte und Pflichten für alle gelten sollen, unabhängig von ihrer Religion. Gleichzeitig wird aber auch festgehalten, dass die Schule so weit als möglich darauf Rücksicht nehmen soll, dass Schülerinnen und Schüler ihre religiösen Pflichten erfüllen können. Dementsprechend differenziert wurden die verschie-

denen Empfehlungen zu Fragen der Bekleidungsvorschriften, der Dispensation vom Unterricht oder von Klassenlagern sowie dem Gestalten von christlichen Feiertagen formuliert. Die Beschwerdeführer sprechen sich in der Beschwerdeschrift verschiedentlich für die Einhaltung der Religionsfreiheit und die Gleichbehandlung aller Schülerinnen und Schüler aus und zitieren verschiedene Aufsätze, die sich für eine differenzierte Abwägung der im Einzelfall in Frage stehenden Interessen aussprechen. Würde das Initiativbegehren in diesem Sinn verstanden, wäre das aus der verfassungsrechtlich gewährleisteten Glaubens- und Gewissensfreiheit fliessende Neutralitätsgebot des Staates in keiner Art und Weise beeinträchtigt.

Massgebend für die Auslegung eines Initiativbegehrens ist jedoch in erster Linie der Initiativtext. Dieser verlangt, dass sämtlichen Schülerinnen und Schülern die gleichen Rechte und Pflichten zukommen, unabhängig von Religion und Geschlecht. Als Sinn und Zweck des Begehrens erscheint die Durchsetzung einer Gleichbehandlung, die insbesondere Unterschiede hinsichtlich Religion und Weltanschauung zwischen den Schülerinnen und Schülern ausblenden soll. Sämtliche Schülerinnen und Schüler sollen jenen Regeln unterworfen werden, die für «uns», d. h. für eine durch die christlich-abendländische Kultur geprägten Bevölkerungsmehrheit, gelten. Die Beschwerdeführer halten in ihrer Begründung denn auch ausdrücklich fest, dass die neu zu schaffende gesetzliche Grundlage die Möglichkeit biete, «unsere Regeln und Wertordnung durchzusetzen». Weder der Initiativtext noch seine Begründung enthalten einen Vorbehalt, wonach eine Abwägung der in Frage stehenden Interessen möglich bleiben soll. Wie aus der Beschwerdeschrift hervorgeht, soll vielmehr an Stelle der von den Beschwerdeführern als willkürlich empfundenen Abwägung von Fall zu Fall eine einheitliche Regelung treten, die sämtlichen Schülerinnen und Schülern – unbesehen ihrer religiösen Ausrichtung – die gleichen Rechte und Pflichten auferlegt.

Eine strikte Gleichbehandlung von Schülern unterschiedlicher religiöser Zugehörigkeit ist dazu geeignet, die Möglichkeit der Betroffenen, ihr Verhalten nach den Lehren ihres Glaubens auszurichten und ihren Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln, erheblich einzuschränken. Dies kann sowohl die Möglichkeit betreffen, an religiösen Feiertagen mitzuwirken, die nicht auf Sonn- oder Feiertage fallen, wie auch die Einhaltung von religiösen Bekleidungs- und Verhaltensvorschriften beeinträchtigen. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit verbietet nicht, sämtlichen Schülerinnen und Schülern grundsätzlich die gleichen schulischen Pflichten aufzuerlegen. Die sich daraus ergebenden Beschränkungen der Religionsfreiheit bedürfen aber stets einer Rechtfertigung entsprechend den Vorgaben von Art. 36 BV. Erforderlich ist demnach insbesondere eine Gesamtwürdigung und Abwägung der im konkreten Einzelfall in Frage stehenden individuellen und öffentlichen Interessen (vgl. GVP 2005 Nr. 86; BGE 117 Ia 311; 114 Ia 129). Die von der Initiative geforderte strikte Gleichbehandlung lässt für eine solche Abwägung im Einzelfall jedoch keinen Raum. Zu Recht hat die Regierung darauf hingewiesen, dass dadurch Schüle-

rinnen und Schülern die Teilnahme an religiösen Feiertagen kategorisch verweigert werden müsste und verhältnismässige Konzessionen innerhalb des Unterrichts verunmöglicht würden. Sowohl ein generelles Kopftuchverbot für Schülerinnen während des Unterrichts als auch die pauschale Verweigerung einer Bewilligung für Schulabsenzen während eines religiösen Feiertages stellen eine rechtfertigungsbedürftige Verletzung der Religionsfreiheit dar. Erforderlich und von der entscheidenden Behörde deshalb stets darzutun ist ein überwiegendes öffentliches Interesse, das die konkreten Beschränkungen als verhältnismässig erscheinen lässt. Da der Initiativtext für eine solche Abwägung keinen Raum lässt, würde die Umsetzung der Initiative zu nicht gerechtfertigten Eingriffen in die positiven und negativen Gehalte der Religionsfreiheit führen.

2.3. Fraglich ist zudem die Vereinbarkeit des Initiativbegehrens mit dem Gebot der Gleichbehandlung (Art. 8 BV).

2.3.1. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Die Rechtsgleichheit gilt nach dem klaren Wortlaut auch für Ausländer (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 142). Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz weist zwei wesentliche Gehalte auf. Einerseits ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich (Gleichheitsgebot), andererseits Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich (Differenzierungsgebot) zu behandeln. Sowohl für eine Gleichbehandlung wie auch für eine Ungleichbehandlung müssen demnach sachliche Gründe vorliegen (statt vieler BGE 131 V 114 E. 3.4.2; Kiener/Kälin, a. a. O., S. 346 f.).

Art. 8 Abs. 2 BV beinhaltet zudem ein Diskriminierungsverbot, wonach niemand wegen den exemplarisch genannten Kriterien ungleich behandelt werden darf. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht. Eine indirekte oder mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen jedoch Angehörige einer solchen Gruppe besonders benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (BGE 132 I 169 E. 3; Kiener/Kälin, a. a. O., S. 359 ff.).

2.3.2. Die von der Initiative geforderte Gleichbehandlung von Schülerinnen und Schülern sowohl hinsichtlich Religion als auch Geschlecht entspricht grundsätzlich dem in Art. 8 Abs. 2 und 3 BV explizit enthaltenen Diskriminierungsverbot. Insbesondere hinsichtlich des Kriteriums der Religion geht aus dem Initiativtext wie auch aus der Begründung hervor, dass nicht eine relative Gleichheit hinsichtlich schulischer Rechte und Pflichten verlangt wird. Vielmehr soll die Religion als Kriterium für eine unterschiedliche Behandlung der Kinder von vornherein ausscheiden. Die Beschwerdeführer gehen davon aus, dass dadurch eine materielle Rechtsgleich-

heit verwirklicht und das Verbot der Diskriminierung beachtet werde. Die Beschwerdeführer lassen dabei jedoch unberücksichtigt, dass beispielsweise eine gesetzliche Regelung, die eine Schulabsenz aufgrund eines religiösen Feiertages oder das Tragen von Kopfbedeckungen während des Unterrichts grundsätzlich verbietet, bei einer gleichen Anwendung auf sämtliche Schülerinnen und Schüler zu einer indirekten Diskriminierung führen kann. Schülern, die nicht dem christlichen Glauben angehören, wird dadurch verwehrt, an religiösen Feiern, die nicht auf Sonn- oder Feiertage fallen, teilzunehmen oder religiösen Bekleidungsvorschriften nachzukommen, während Schüler des christlichen Glaubens durch diese Regelung bei ihrer Glaubensausübung nicht beeinträchtigt werden, da ihre Feiertage ohnehin schulfrei sind und der christliche Glaube keine Kopfbedeckung vorschreibt. Obwohl diese Regelungen keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthalten, sind sie dazu geeignet, in ihrer tatsächlichen Auswirkung Angehörige einer solchen Gruppe zu benachteiligen. Die absolute Gleichbehandlung der Kinder hinsichtlich ihrer schulischen Pflichten und Rechte unbesehen ihrer Religion und ihres Geschlechts kann damit zu einer rechtfertigungsbedürftigen indirekten Diskriminierung führen. Diese Rechtfertigung bedarf wiederum einer Untersuchung der durch die in Frage stehende Regelung verfolgten Ziele (sachliche Gründe) sowie der Verhältnismässigkeit der Diskriminierung in bezug auf diese Ziele. Das hier vorliegende Begehren auf Schaffung einer gesetzlichen Regelung, die eine strikte Gleichbehandlung der Schülerinnen und Schüler vorsehen soll, lässt für eine solche Interessenabwägung bei der Rechtsetzung und Rechtsanwendung keinen Raum.

2.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vorliegende Initiativtext der Legislative keinen Freiraum lässt, um eine Regelung auszuarbeiten, die eine Abwägung der in verschiedenen Konstellationen in Frage stehenden Interessen der Schülerinnen und Schüler sowie ihrer Eltern einerseits sowie der öffentlichen Interessen anderseits vorsieht. Ein Vorbehalt zugunsten einer Abwägung der Interessen von Fall zu Fall würde dem Bestreben der Initianten, wie es im Initiativtext zum Ausdruck kommt und in der Beschwerdeschrift verdeutlicht wird, entgegenlaufen. Jede Beeinträchtigung der Religionsfreiheit bedarf gemäss Art. 36 BV einer Verhältnismässigkeitsprüfung und die Verletzung des Differenzierungsgebots hinreichender sachlicher Gründe. Indem die Initiative für die vom Verfassungsrecht zwingend vorgesehene Interessenabwägung im Einzelfall keinen Raum lässt, wirkt sie auf eine Gesetzgebung hin, die mit der verfassungsrechtlich verankerten Religionsfreiheit sowie dem Gleichheitsgebot nicht vereinbar ist. Sie wurde deshalb von der Regierung zu Recht für ungültig erklärt, und die Beschwerde ist als unbegründet abzuweisen.

2. Öffentliches Dienstrecht

5

Art. 18 BesV (sGS 143.2). Bei Arbeitsverhinderung eines kantonalen Angestellten wegen Feuerwehrdienstes ist die Besoldung nach den für Militär- und Zivilschutzdienst geltenden Vorschriften auszurichten.

Verwaltungsgericht, 13. März 2008

X. Y. ist kantonaler Angestellter. An seinem Wohnort im Kanton Thurgau leistet er Feuerwehrdienst. Er beabsichtigte, einen einwöchigen Feuerwehrkurs zu absolvieren und beanspruchte dafür Lohnfortzahlung. Die Bereichspersonalleiterin teilte ihm mit, es stehe jedem Mitbürger frei, aktiven Feuerwehrdienst zu leisten. Feuerwehrdienst gelte deshalb als Freizeitbeschäftigung und könne nicht als Arbeitszeit abgegolten werden. Es werde den Mitarbeitern freigestellt, ob sie den Feuerwehreinsatz in der Freizeit, im unbezahlten Urlaub oder während der Ferien leisten würden. Nachdem X. Y. eine anfechtbare Verfügung verlangt hatte, wurde ihm beschieden, für interne Weisungen würden keine Verfügungen erlassen. X. Y. erhob Klage, die vom Verwaltungsgericht geschützt wurde.

Aus den Erwägungen:

2. Art. 14 ff. BesV regelt die Besoldung unter besonderen Umständen. Art. 14 und 15 BesV haben die Besoldung während Krankheit und Unfall zum Gegenstand, während Art. 16 BesV die Besoldung während der Mutterschaft betrifft. Art. 17 BesV enthält Bestimmungen über die Besoldung während des Militärdienstes, des Zivilschutzdienstes und des zivilen Ersatzdienstes. Art. 18 BesV hält fest, dass bei gleichwertigen Einsätzen im Dienst der Allgemeinheit, insbesondere bei Rettungsdiensten, die Bestimmungen nach Art. 17 BesV sachgemäss angewendet werden können.

2.1. Der Feuerwehrdienst ist in Art. 14 ff. BesV, namentlich in Art. 17 und 18 BesV, nicht explizit erwähnt. Unbestritten ist, dass sich das Merkmal der Gleichwertigkeit in Art. 18 BesV auf die in Art. 17 BesV genannten Dienste bezieht. Dies ergibt sich namentlich aus den Randtiteln «a) Grundsatz» zu Art. 17 BesV und «b) andere Dienste» zu Art. 18 BesV. Der Kläger vertritt die Auffassung, Feuerwehrdienst sei den in Art. 17 BesV genannten Diensten gleichwertig und falle daher unter Art. 18 BesV.

2.2. In Art. 18 BesV werden die dem Militär- und Zivilschutzdienst gleichwertigen Dienste nicht näher umschrieben. In der Botschaft der Regierung an den Kantonsrat vom 27. Februar 1996 zur Genehmigung der BesV wird ausgeführt, unter Art. 18 BesV fielen z. B. Dienstleistungen im Schweizerischen Freiwilligenkorps für Katastrophenhilfe, im Auftrag des Schweizerischen Roten Kreuzes oder des Inter-

nationalen Komitees vom Roten Kreuz. Der Beklagte hält fest, der Feuerwehrdienst sei mit diesen Dienstleistungen nicht vergleichbar. Deshalb sei er in Art. 18 BesV und in den Materialien zur Besoldungsverordnung nicht erwähnt.

2.3. Zutreffend ist, dass der Feuerwehrdienst in Art. 17 und 18 BesV nicht erwähnt ist. Art. 18 BesV enthält indessen einen unbestimmten Gesetzesbegriff. In der Botschaft der Regierung werden die genannten Dienste nur beispielhaft aufgezählt, wie sich aus der Verwendung des entsprechenden Begriffs ergibt. Insbesondere wird in der Botschaft nicht festgehalten, die Aufzählung sei abschliessend und Feuerwehrdienst falle nicht unter die Rettungsdienste gemäss Art. 18 BesV. Es ist daher nach Sinn und Zweck sowie nach der Systematik der gesetzlichen Bestimmungen zu prüfen, ob das Begehren des Klägers berechtigt ist.

2.4. In der VStD finden sich keine Bestimmungen über die Lohnfortzahlung bei Feuerwehrdienst. Im Rahmen der Besoldung unter besonderen Umständen sind lediglich die Leistungen bei Krankheit, Unfall und Mutterschaft geregelt (Art. 42 ff. VStD). Art. 59 VStD enthält eine Regelung für die Bekleidung öffentlicher Ämter, und Art. 21 f. VStD hat die Gewährung von Urlaub zum Gegenstand.

Die Bestimmungen von Art. 14 ff. BesV über die Besoldung unter besonderen Umständen regeln die Besoldung bei unverschuldeter Verhinderung des Angestellten an der Arbeitsleistung. Im Wesentlichen wird der Besoldungsanspruch in solchen Fällen geregelt, in denen es dem Angestellten aus Gründen, die in seiner Person liegen, unmöglich oder unzumutbar ist, die Arbeit zu leisten. Im zivilen Arbeitsrecht sind diese Tatbestände in Art. 324a OR geregelt. Diese Vorschrift bestimmt, dass bei unverschuldeten Verhinderungen an der Arbeitsleistung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten hat, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde.

«Verhindert» im Sinn von Art. 324a OR bedeutet, dass die Arbeitsleistung dem betroffenen Arbeitnehmer unmöglich oder unzumutbar ist. Nach Lehre und Rechtsprechung zum zivilen Arbeitsrecht fallen neben Krankheit und Unfall insbesondere auch der obligatorische Militär-, Schutz-, Feuerwehr- und Zivildienst darunter (Portmann, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2007, N 43 zu Art. 324a OR).

Vorliegend ist Art. 324a OR nicht unmittelbar anwendbar, da die Streitsache ein öffentlich-rechtliches Angestelltenverhältnis zum Gegenstand hat. Die Bedeutung der erwähnten privatrechtlichen Bestimmung wird lediglich zur Auslegung des Begriffs «gleichwertige Einsätze im Dienst der Allgemeinheit» im Sinn von Art. 18 BesV herangezogen. Der Standpunkt des Beklagten, es stehe jedem Mitbürger bzw. jeder Mitbürgerin frei, aktiven Feuerwehrdienst zu leisten, weshalb dieser als Freizeitbeschäftigung gelte, ist unhaltbar. Der Feuerwehrdienst ist eine gesetzlich

verankerte Pflicht, die im Kanton St.Gallen in Art. 34 ff. FSG geregelt ist. Im Kanton Thurgau, dem Wohnkanton des Klägers, verhält es sich gleich: Nach § 24 Abs. 1 des Thurgauer Gesetzes über den Feuerschutz vom 19. Januar 1994 (sGS 708.1) besteht die Feuerwehrpflicht für Männer und Frauen; sie ist am Wohnsitz zu erfüllen. Nach § 26 Abs. 1 bestimmt die Gemeindebehörde, wer Feuerwehrdienst zu leisten hat. Es besteht daher kein Rechtsanspruch, von der persönlichen Dienstleistung befreit zu werden. Das Gesetz schreibt lediglich vor, dass die Behörde neben den Bedürfnissen der Feuerwehr die beruflichen und persönlichen Verhältnisse und Fähigkeiten der Pflichtigen zu berücksichtigen hat (§ 26 Abs. 1 Satz 2 des Thurgauer Feuerschutzgesetzes). § 26 Abs. 3 erklärt den Besuch von Übungen und Kursen als obligatorisch.

Der Standpunkt des Beklagten, es stehe im Belieben einer jeden pflichtigen Person, aktiven Feuerwehrdienst zu leisten, verkennt damit die Rechtslage, und zwar sowohl jene im Kanton St.Gallen als auch jene im Kanton Thurgau. Es wäre im Übrigen auch nicht entscheidend, ob die persönliche Dienstleistung auf einer freiwillig getroffenen Entscheidung des Pflichtigen beruht. Auch Dienste für das Katastrophenhilfekorps oder für das Schweizerische Rote Kreuz oder das IKRK beruhen letztlich auf der freiwillig getroffenen Entscheidung einer Person, den jeweiligen Organisationen beizutreten. Auch öffentliche Ämter werden in der Regel freiwillig ausgeübt, und selbst gewisse militärische Beförderungsdienste sind faktisch als freiwillig zu betrachten. Das Bundesgericht hat z. B. den freiwilligen militärischen Frauendienst ausdrücklich als unverschuldetes Hindernis an der Arbeitsleistung anerkannt und sogar die Arbeitsleistung, die als Sanktion für die Verweigerung des Militärdienstes ausgesprochen wurde, als unverschuldet qualifiziert (BGE 122 III 268, 271). Der Angestellte ist nicht gehalten, jegliche Verpflichtungen ausserhalb der beruflichen Tätigkeit abzulehnen, damit er möglichst wenig an der Arbeit gehindert wird. Dem Angestellten ist es auch nicht verboten, in der Freizeit Sport zu treiben und sich damit einem erhöhten Unfallrisiko auszusetzen. Selbst bei an sich riskanten Sportarten gelten Unfälle grundsätzlich als unverschuldet (Portmann, a. a. O., N 28 zu Art. 324a OR, BGE 122 III 271). Umso weniger lässt es sich rechtfertigen, die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung wie die Leistung von Feuerwehrdienst nicht zu den unverschuldeten Verhinderungen an der Arbeitsleistung zu zählen.

Wohl wurden in der Botschaft der Regierung zur Genehmigung der Besoldungsverordnung als Rettungseinsätze im Sinn von Art. 18 BesV lediglich Dienstleistungen im Schweizerischen Freiwilligenkorps für Katastrophenhilfe, im Auftrag des Schweizerischen Roten Kreuzes oder des IKRK erwähnt. Diesen Dienstleistungen haftet weit mehr das Element der Freiwilligkeit an als dem Feuerwehrdienst. Dieser ist wie erwähnt eine gesetzliche Pflicht, was bei den von der Regierung erwähnten Rettungseinsätzen nicht der Fall ist. Insbesondere wäre auch nicht einzusehen, weshalb freiwillige Einsätze im Ausland gegenüber solchen in der Schweiz privilegiert würden. Im Übrigen ist die Feuerwehr nach Art. 40 FSG allgemeine

Schadenwehr bei Ereignissen, die rasche und grössere Hilfe erfordern, und sie leistet unverzüglich Hilfe, insbesondere bei Bränden und Explosionen, Elementarereignissen und Ereignissen, welche die Umwelt schädigen oder gefährden. Dies kennzeichnet die Feuerwehr, wie der Kläger zutreffend ausführt, als Rettungsdienst im Sinn von Art. 18 BesV.

2.5. Aus dem Gesagten folgt, dass die Klage gutzuheissen ist. Es ist festzuhalten, dass der Feuerwehrdienst als Rettungsdienst im Sinne von Art. 18 BesV zu qualifizieren ist. Da es sich um eine unmittelbar auf gesetzlicher Verpflichtung beruhende Dienstleistung handelt, liegt eine unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung vor, welche eine Lohnfortzahlung analog den Vorschriften der BesV für den Militärdienst rechtfertigt. Dem Kläger ist daher für den Besuch des Feuerwehrkurses die Besoldung gemäss Art. 17 BesV auszurichten.

3. Gemeinden

6

Art. 229 Abs. 2 und Art. 241 Abs. 1 GG (sGS 151.2), Art. 108 Abs. 2 SSV (SR 741.21). Die Aufhebung einer Tempo-30-Zone durch das Departement im Rahmen der Staatsaufsicht über die Gemeinden ist nur zulässig, wenn klares Recht oder wichtige öffentliche Interessen verletzt sind. Diese Voraussetzungen sind bei der Tempo-30-Zone im Gebiet Rotmonten-Waldguet in der Stadt St.Gallen nicht erfüllt.

Verwaltungsgericht, 18. Dezember 2008

Am 30. Oktober 2007 beschloss der Stadtrat St.Gallen eine Zonensignalisation «Höchstgeschwindigkeit 30 km/h» als Verkehrsanordnung für das Gebiet Rotmonten-Waldguet. Dagegen erhob X. Y. Rekurs. Zu seiner Legitimation führte er aus, er wohne zwar nicht in dem von der Tempo-30-Zone unmittelbar betroffenen Gebiet, sondern an der Guisanstrasse. Auf dieser sei die Verkehrssicherheit weit weniger gewährleistet als auf denjenigen Strassen, für die mit einer Tempo-30-Zone Verkehrsbeschränkungen verfügt worden seien. Ausserdem erhob er Aufsichtsbeschwerde gegen die Verkehrsanordnung. Das Sicherheits- und Justizdepartement trat auf den Rekurs von X. Y. wegen fehlender Legitimation nicht ein, hiess hingegen seine Aufsichtsbeschwerde gut und hob die Tempo-30-Zone auf. Es erwog, die Anordnung einer Tempo-30-Zone im Teilgebiet Waldguet widerspreche den strassenverkehrsrechtlichen Vorgaben und der aktuellen Rechtsprechung. Die

Stadt St.Gallen erhob gegen die aufsichtsrechtliche Aufhebung der Tempo-30-Zone Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin rügt, das Departement sei auf die Aufsichtsbeschwerde des Rekurrenten eingetreten, ohne eine Eintretensvoraussetzung zu prüfen.

2.1. Art. 241 Abs. 1 GG bestimmt ausdrücklich, dass jedermann Mängel in der Führung der Verwaltung einer Gemeinde bei der Aufsichtsbehörde anzeigen kann. Der Rekurrent hat ausdrücklich eine Prüfung seines Rekurses als Aufsichtsbeschwerde beantragt, falls seine Rekursberechtigung verneint werden sollte. Die Aufsichtsbeschwerde bzw. aufsichtsrechtliche Anzeige ist nicht an besondere Formen und Fristen gebunden, und insbesondere muss der Anzeiger keine Legitimation zur Einreichung einer Anzeige bzw. Aufsichtsbeschwerde dartun. Mit einem solchen Rechtsbehelf kann eine Privatperson eine Behörde dazu anhalten, in Ausübung ihrer Aufsichtsfunktion einen bestimmten Sachverhalt zu prüfen oder eine Behörde zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 1218). Der Anzeiger ist aber nicht am aufsichtsrechtlichen Verfahren beteiligt; ihm kommen keine Parteirechte zu. Die Aufsichtsbeschwerde ist gegenüber einem Rechtsmittel subsidiär. Richtet sich eine Aufsichtsbeschwerde gegen eine Verfügung oder einen Entscheid, so ist ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde zulässig, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder wichtige öffentliche Interessen missachtet wurden (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1225 mit Hinweisen).

2.2. Bei der Ausübung der Staatsaufsicht haben die kantonalen Behörden den Ermessensspielraum der Gemeinden zu wahren. Art. 229 Abs. 2 GG bestimmt ausdrücklich, dass sich die Staatsaufsicht im Bereich der Gemeindeautonomie auf die Überprüfung der Rechtmässigkeit beschränkt.

Dem Stadtrat ist beizupflichten, dass der Gemeinde ein Ermessensspielraum zusteht, wo und nach welchen Grundsätzen Tempo-30-Zonen und Begegnungszonen eingerichtet werden. Allerdings sind die rechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung solcher Zonen im Strassenverkehrsgesetz und in der Signalisationsverordnung des Bundes (SVG bzw. SSV) abschliessend geregelt. Der Entscheidungsspielraum bzw. der Bereich des kommunalen Ermessens erstreckt sich im wesentlichen auf die Frage, ob in den dafür geeigneten Gebieten und beim Vorliegen der bundesrechtlichen Voraussetzungen Tempo-30-Zonen oder Begegnungszonen angeordnet werden sollen. In bezug auf die rechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung solcher Verkehrsbeschränkungen steht den Gemeinden hingegen kein Ermessensspielraum zu. Ein gewisser Beurteilungsspielraum kommt der Gemeinde aber zu, wenn es um die Anwendung der bundesrechtlichen Vorschriften geht, was nachfolgend näher auszuführen ist.

2.3. Das Bundesgericht hat im Urteil 2A.38/2006 vom 13. Juli 2006 zur Tempo-30-Zone im Gebiet Kesselhalden in St.Gallen klargestellt, dass solche Zonen nur zu-

lässig sind, wenn die Voraussetzungen nach Art. 108 Abs. 2 SSV erfüllt sind (vgl. auch die Urteile des Verwaltungsgerichts B 2005/43 vom 6. Dezember 2005 und B 2006/208 vom 23. Januar 2007, beide publiziert in: www.gerichte.sg.ch).

Für Geschwindigkeitsbeschränkungen kommt namentlich Art. 32 Abs. 3 SVG zur Anwendung. Danach kann die vom Bundesrat festgesetzte Höchstgeschwindigkeit für bestimmte Strassenstrecken von der zuständigen Behörde nur aufgrund eines Gutachtens herab- oder heraufgesetzt werden. Der Bundesrat hat von der Kompetenz zum Erlass näherer Bestimmungen in Art. 108 SSV Gebrauch gemacht. Dies erfolgte im Bestreben, dass abweichende Geschwindigkeiten im schweizerischen Verkehrsraum nach einheitlichen Kriterien erfolgen sollen. Die Gründe für eine Herabsetzung der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit sind in Art. 108 Abs. 1 SSV in allgemeiner Weise und in Art. 108 Abs. 2 SSV detailliert und abschliessend aufgeführt. Danach können die allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten herabgesetzt werden, wenn eine Gefahr nur schwer oder nicht rechtzeitig erkennbar und anders nicht zu beheben ist (lit. a), bestimmte Strassenbenützer eines besonderen, nicht anders zu erreichenden Schutzes bedürfen (lit. b), auf Strecken mit grosser Verkehrsbelastung der Verkehrsablauf verbessert werden kann (lit. c), dadurch eine im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung übermässige Umweltbelastung (Lärm, Schadstoffe) vermindert werden kann, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren ist (lit. d). Vor der Festlegung von abweichenden Höchstgeschwindigkeiten wird durch ein Gutachten abgeklärt, ob die Massnahme nötig sowie zweckmässig und verhältnismässig ist oder ob andere Massnahmen vorzuziehen sind (Art. 108 Abs. 4 SSV).

2.4. Art. 108 Abs. 2 SSV enthält zahlreiche unbestimmte Gesetzesbegriffe. Ob eine Gefahr schwer oder nicht rechtzeitig erkennbar ist, muss aufgrund der konkreten örtlichen Verhältnisse abgeklärt werden. Art. 108 Abs. 4 SSV schreibt sogar ausdrücklich ein Gutachten vor. Auch besteht ein gewisser Ermessensspielraum, welche Personengruppen als besonders schutzwürdig eingestuft werden. Die Feststellung des massgebenden Sachverhalts und dessen Würdigung lassen der Gemeinde einen gewissen Beurteilungsspielraum offen. Der Beschwerdeführerin ist zudem beizupflichten, dass sie im Regelfall die örtlichen Verhältnisse am besten kennt.

Das Bundesgericht hielt im Urteil zur Tempo-30-Zone im Gebiet Kesselhalden fest, es gäbe im betroffenen Wohnquartier keinen Durchgangsverkehr und nur eine geringe Verkehrsdichte, so dass weder eine Gefährdungssituation noch eine übermässige Umweltbelastung im Sinn von Art. 108 Abs. 2 SSV bestehe. In jenem Verfahren war gar nicht streitig, dass die Voraussetzungen von Art. 108 Abs. 2 SSV nicht erfüllt waren. Streitig war vielmehr, ob Tempo-30-Zonen unmittelbar gestützt auf Art. 3 Abs. 4 SVG bzw. aus anderen als den in Art. 108 Abs. 2 SSV aufgeführten Gründen erlassen werden können. Vorliegend ist hingegen streitig, ob die Voraussetzungen nach Art. 108 Abs. 2 lit. a und b SSV erfüllt sind.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, es bestehe eine nur schwer oder nicht rechtzeitig erkennbare Gefahr. Sie begründet dies mit teilweise unübersichtlichen

Situationen des Strassenraums bei schmalen, kurvigen Strassen, versetzt angeordneten Parkfeldern, eingeschränkter Sicht auf den Strassenraum und teilweise schlecht überschaubaren Situationen an den Knoten. Als Gefahrensituation wurde im Gutachten (Ziff. 42.1) festgehalten, eine Gefahr für die Bewohner und Bewohnerinnen stellten diejenigen Hauszugänge dar, welche direkt auf die Fahrbahn führten. Dies bedeute, dass Personen beim Verlassen der Häuser ohne weiteren Schutz direkt auf die Fahrbahn treten müssten und dadurch einer erhöhten Gefahr ausgesetzt seien.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, es bestünden Gefahrensituationen für die schwächsten Verkehrsteilnehmer, vor allem für Kinder und ältere Menschen sowie für die Kinder auf dem Weg zur Schule oder zum Kindergarten bzw. -hort. Dazu wird ausgeführt, die Kinder müssten im Teilgebiet Rotmonten-Waldguet die Strassen ohne gesicherte Querungsmöglichkeiten überschreiten, um die zwei Kindergärten an der Waldgutstrasse zu erreichen. An schönen Sommertagen verursachten Parkplatzsuchende einen im Verhältnis zum normalen Verkehrsaufkommen spürbaren Zusatzverkehr. An solchen Tagen seien auch Kinder, beispielsweise zu Fuss, auf Fahrrädern oder Kickboards, unterwegs zum Freibad.

Aufgrund des Gutachtens und der Darlegungen der Beschwerdeführerin bestehen verschiedene Anhaltspunkte, dass die Voraussetzungen von Art. 108 Abs. 2 lit. a oder b SSV erfüllt sein können. Namentlich die eingeschränkte Übersichtlichkeit und die Funktion als Schulweg bzw. Zugang zu Kindergärten und -horten bzw. zum Schwimmbad lassen es als vertretbar erscheinen, dass Kinder mittels einer Geschwindigkeitsreduktion besonders geschützt werden. Jedenfalls lässt sich aufgrund der Akten und namentlich des Gutachtens nicht ohne weiteres folgern, die Voraussetzungen für eine Tempo-30-Zone seien offensichtlich nicht erfüllt. Wie erwähnt, wird ein aufsichtsrechtlicher Eingriff als zulässig erachtet, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder wichtige öffentliche Interessen missachtet werden. Von einer klaren Sachlage, wonach die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 108 Abs. 2 lit. a oder b SSV offensichtlich nicht erfüllt sind, kann im vorliegenden Fall aber nicht gesprochen werden. Die Voraussetzungen für ein aufsichtsrechtliches Eingreifen waren daher nicht erfüllt. Daher ist die Beschwerde der Stadt St.Gallen gutzuheissen.

4. Erziehung und Bildung

7

Art. 20 Abs. 1 lit. a VSG (sGS 213.1). Ein Schulweg von je 40 Minuten für Hin- und Rückweg ist für Unterstufenschüler nicht zumutbar. Kindern, die ausserhalb des Siedlungsgebiets wohnen, darf nicht generell ein längerer Schulweg zugemutet werden als solchen, die im Siedlungsgebiet wohnen.

Verwaltungsgericht, 12. Februar 2008

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. a VSG hat die Schulgemeinde für den Transport von Kindern mit unzumutbarem Schulweg zu sorgen. Beim Begriff der «Zumutbarkeit» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Ein solcher liegt dann vor, wenn die Umschreibung des Tatbestandes unbestimmt ist. Die betreffende Norm bedient sich Worten, die – aus sich heraus – keinen genügenden Aufschluss darüber geben, ob ein bestimmter Sachverhalt noch unter den Normtatbestand fällt oder nicht. Die nähere Bestimmung eines unbestimmten Rechtsbegriffs wird als Rechtsfrage betrachtet. Das in der Kognition auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP) ist somit befugt, die Konkretisierung durch die Vorinstanz frei zu überprüfen. Dennoch sind der verwaltungsgerichtlichen Befugnis zur Überprüfung der Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen gewisse Grenzen gesetzt. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts darf einer vertretbaren Auslegung eines unbestimmten Begriffs durch die Verwaltung bzw. durch die Vorinstanz die Anerkennung nicht versagt werden. Insbesondere in Bereichen, in denen die Würdigung örtlicher oder persönlicher Verhältnisse notwendig ist, belässt das Verwaltungsgericht der Vorinstanz bzw. der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum bei der Auslegung und Anwendung des in Frage stehenden Rechtsbegriffs (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 724 f. mit Hinweisen). Eine besondere Zurückhaltung ist dort angebracht, wo die Rechtsanwendung eng mit der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung verflochten ist (vgl. BGE 2A.112/2007 vom 30. Juli 2007 E. 3.2).

3.1. Ob ein Schulweg als zumutbar gelten kann, ist gestützt auf eine Würdigung der konkreten Gesamtumstände zu beurteilen. Insbesondere ist die Person des Schülers, die Art des Schulwegs (Länge, Marschzeit, Höhenunterschied, Beschaffenheit) sowie die sich daraus ergebende Gefährlichkeit des Weges zu berücksichtigen. Es obliegt den Schulgemeinden, diese Kriterien entsprechend den örtlichen Verhältnissen zu konkretisieren. So ist es nicht unzulässig, dass ländlich geprägte Schulgemeinden den Kindern einen längeren Schulweg zumuten als Schulgemeinden innerhalb einer Agglomeration. Die Berücksichtigung der konkreten Gesamtumstände kann zudem unter Umständen dazu führen, dass ein in der Stadt verlau-

fender Schulweg aufgrund der Gefährlichkeit als unzumutbar qualifiziert werden muss, obwohl er deutlich kürzer ist als ein ausserhalb des Siedlungsgebiets verlaufender Weg. Massgebend ist damit immer die gesamthafte Beurteilung der Länge, Beschaffenheit und Gefährlichkeit des Schulweges im konkreten Einzelfall. Ausser Acht zu bleiben hat dagegen, ob ein Weg subjektiv als lang, schlecht begehbar oder gefährlich empfunden wird; abzustellen ist einzig auf objektivierte Kriterien (BGE 2P.101/2004 vom 14. Oktober 2004 E. 4.1; H. Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern 2003, S. 226 mit Hinweisen).

3.2. Bei der Beurteilung, welche Anforderungen an ein Kind im Hinblick auf den Schulweg gestellt werden können, sind insbesondere das Alter sowie die physischen und intellektuellen Fähigkeiten des Kindes zu berücksichtigen. Was einem Oberstufenschüler zugemutet werden darf, kann ein Kind im Kindergartenalter überfordern. Das vorausschauende Gefahrenbewusstsein und die Fähigkeit, die Gefahren des Strassenverkehrs gut einschätzen und entsprechend reagieren zu können, kann bei Kindergärtlern und Unterstufenschülerinnen und -schülern nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden (LGVE 2004 III N. 16, E. 3.5 mit Hinweis; Plotke, a.a.O, S. 226 f.).

Im vorliegenden Fall steht der Schulweg eines siebenjährigen Mädchens (geboren am 31. Dezember 2000) in Frage, das seit Sommer 2007 die Primarschule in A. besucht. Das Begehren wird von sieben Elternpaaren aus dem Quartier R. unterstützt, die ebenfalls bereits jetzt oder in absehbarer Zeit Kinder im schulpflichtigen Alter haben. Das Mädchen legt den grössten Teil der Wegstrecke zusammen mit einer Schulkameradin zurück. Sporadisch stossen ein bis zwei Kinder aus der Überbauung E. hinzu. Auch wenn Art. 19 SVG das Radfahren nur für Kinder im vorschulpflichtigen Alter untersagt, stimmen die Parteien darin überein, dass der hier zu beurteilende Schulweg von Kindern im Alter zwischen 6 und 8 Jahren noch nicht mit dem Fahrrad bewältigt werden kann. Dementsprechend ist die Zumutbarkeit des Schulweges aus Sicht eines siebenjährigen Kindes mit normaler Konstitution zu beurteilen, das die in Frage stehende Strecke in der Regel zusammen mit einer Schulkameradin und ohne Fahrrad absolviert.

3.3. Zur Frage der zumutbaren Länge eines Schulweges besteht eine reichhaltige Praxis eidgenössischer sowie kantonaler Spruchbehörden (mit einer Übersicht S. Horváth, Der verfassungsmässige Anspruch auf einen zumutbaren Schulweg, in: ZBl 2007, S. 633–665). Als zumutbar bezüglich der Länge wurden erachtet: ein Schulweg von 1,7 km Länge (30 Minuten Dauer) mit geringfügiger Steigung für Primarschüler (VPB 64/2000 Nr. 1 E. 4.1); ein ungefährlicher Schulweg von bis zu 1,6 km Länge für Kinder ab der 4. Primarklasse (LGVE 2004 III N. 16 E. 3.6); ein Schulweg von viermal 1,6 km Länge, der in 25 Minuten zurückgelegt werden kann, für Kindergartenschüler (Entscheid des Erziehungs- und Kulturdepartements Luzern vom 29. September 2000, E. 6b zitiert nach Horváth, a. a. O., Fn. 115); ein Schulweg von 2,5 km für Kinder im Kindergartenalter (Erziehungsdepartement Basel, 9. August 1996, zit. nach Plotke, a. a. O., S. 227 Fn. 10). Als unzumutbar wurde be-

zeichnet: ein Schulweg von 2,6 bis 3,5 km Länge für Kindergartenschüler (Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz 1997, S. 164 ff. E. 3a/bb); ein Schulweg von 1,9 bis 3,7 km Länge auf einer schmalen Kantonsstrasse ohne Trottoir und einer Höhenlage von über 960 m.ü.M. für Kinder der ersten bis fünften Klasse (Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Appenzell-Ausserrhoden 2001, S. 46 f. E. 4a); ein aus verkehrstechnischer Sicht unbedenklicher Schulweg von 1,3 km Länge, für den Kindergartenschüler 40 bis 50 Minuten benötigen (Entscheid des Bildungs- und Kulturdepartements Luzern vom 11. November 2005 E. 2.3, zitiert nach Horváth, a. a. O., Fn. 120).

3.3.1. Die Vorinstanz hat die Gutheissung der Beschwerde insbesondere damit begründet, dass bei der Beurteilung der Zumutbarkeit des Schulweges die örtlichen Gegebenheiten und Gewohnheiten mit zu berücksichtigen seien. Für dünn besiedelte Regionen und Streusiedlungen bzw. für Wohnhäuser ausserhalb der eigentlichen Siedlungsgebiete seien im Vergleich zu Städten und Agglomerationen bzw. Kernsiedlungen unterschiedliche Gesichtspunkte ausschlaggebend. Auf dem «Land» beschränke sich die Prüfung vor allem auf die Kriterien wie Abgeschiedenheit, Höhendifferenz, Waldpassagen und besondere Exponiertheit hinsichtlich Witterungsverhältnisse. Der Schulbehörde stehe es deshalb offen, von den Schulkindern zu verlangen, dass sie längere Schulwege als andernorts zurücklegen. In Siedlungsgebieten müssten die Eltern ihre Kinder demgegenüber mit gewissen üblichen Gefahrenherden zurechtkommen lassen. Kindern, die in Siedlungsgebieten wohnen, dürfe jedoch nicht ein gleich langer Schulweg zugemutet werden wie Kindern, deren Eltern einen Wohnort fernab der ordentlichen Überbauungen gewählt hätten. Da die betroffene Schülerin mit ihren Eltern in einem eingezonten Wohnquartier am Westrand des Dorfes A. wohne, müsse ein Schulweg von 1,966 km und eine Höhendifferenz von rund 50 m als sehr weit und für die Kinder nicht zumutbar bezeichnet werden.

3.3.2. Die Vorinstanz ist im vorliegenden Fall davon ausgegangen, dass bei Kindern, die innerhalb des Siedlungsgebiets wohnen, der Schulweg generell weniger lang sein dürfe als bei Kindern, die ausserhalb des Siedlungsgebietes wohnen. Diese Auffassung ist insofern zutreffend, als innerhalb einer Schulgemeinde die zumutbare Schulweglänge je nach Gefährlichkeit und Beschaffenheit der Strecken variieren kann. Unzulässig ist dagegen eine nicht auf die tatsächlichen Gegebenheiten abstellende, pauschal vorgenommene Differenzierung der zumutbaren Weglänge innerhalb der gleichen Schulgemeinde je nach Wohnort der Kinder. Dies hätte eine Ungleichbehandlung der betroffenen Schülerinnen und Schüler zur Folge (Art. 8 Abs. 1 BV), die durch sachliche Gründe zu rechtfertigen wäre (vgl. auch AGVE 2000, S. 111 ff. E. 6e/cc). Die Vorinstanz legt in ihrem Entscheid keine Gründe dar, die eine ungleiche Behandlung der Kinder je nach ihrem Wohnort als gerechtfertigt erscheinen liessen. Nicht stichhaltig ist insbesondere das Argument, dass Kindern, die ausserhalb des Siedlungsgebiets wohnen, ein längerer Weg zugemutet werden könne, weil die Eltern sich für diesen Wohnort fernab der ordentlichen

Überbauungen entschieden hätten. Die Schulgemeinde hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der Entscheid, ausserhalb des Siedlungsgebietes zu wohnen, nicht immer freiwillig erfolgt. Zudem erscheint die Sanktionierung einer freien Wohnsitzentscheidung nicht mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Niederlassungsfreiheit vereinbar. Eine Schulgemeinde kann bei der Konkretisierung der Voraussetzungen für einen Anspruch auf unentgeltlichen Schultransport die örtlichen Verhältnisse berücksichtigen; die festgelegten Kriterien sind dann aber für die gesamte Schulgemeinde gleich anzuwenden. Die vorinstanzliche Entscheidung beruht damit auf einer mit dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot bzw. Differenzierungsverbot nicht zu vereinbarenden Begründung.

3.3.3. Im folgenden ist zu prüfen, ob der zu beurteilende Schulweg einer Unterstufenschülerin auch dann nicht zugemutet werden kann, wenn sowohl für Kinder innerhalb wie auch ausserhalb des Siedlungsgebietes der gleiche Massstab angelegt wird.

Gemäss Praxis der Schulgemeinde haben Kindergärtler sowie Erst- und Zweitklässler mit einem Schulweg von mehr als 2 km Anspruch auf eine «angemessene Lösung». Bei der Konkretisierung der zumutbaren Weglänge kommt der Schulgemeinde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Die von der Schulgemeinde als zumutbar definierte Weglänge von 2 km geht nicht über den von Praxis und Lehre als zulässig anerkannten Rahmen hinaus und liegt damit innerhalb des Beurteilungsspielraums der Schulgemeinde. Die im Anschluss an den Augenschein von der Präsidentin der Regionalen Schulaufsicht getroffenen Abklärungen haben ergeben, dass der in Frage stehende Schulweg 1,966 km beträgt. Diese Feststellung wird von den Parteien nicht bestritten oder in Frage gestellt. Die Schulgemeinde bringt jedoch vor, dass auch die Möglichkeit bestehe, auf dem Trottoir entlang der W-strasse/A-strasse nach A. zu gelangen, was den Schulweg auf 1,88 km verkürzen würde. Der Schulrat hat ausdrücklich die während des Augenscheins abgeschrittene Strecke empfohlen. Deshalb ist auch im Beschwerdeverfahren auf diesen Schulweg abzustellen. Mit einer Länge von 1,966 km bleibt der zu beurteilende Schulweg zwar knapp unter der von der Schulgemeinde als unzumutbar definierten Weglänge von 2 km und mehr. Verschiedene Familien, die das Begehren der Eltern unterstützt haben, wohnen dagegen – soweit dies anhand der Akten ersichtlich ist – mehr als 2 km vom Schulhaus entfernt. Das homogene Quartier ist bezüglich der Transportberechtigung einheitlich zu behandeln. Bereits deshalb rechtfertigt es sich, der betroffenen Schülerin einen Anspruch auf einen unentgeltlichen Schulbustransport zuzuerkennen.

Die Schulgemeinde stellte bei der Beurteilung der Zumutbarkeit zudem in erster Linie auf die zurückzulegende Anzahl Kilometer ab, ohne die von den Kindern benötigte Marschzeit zu berücksichtigen. Für die gleiche Streckenlänge kann – je nach Beschaffenheit der Strecke – eine deutlich längere Wegzeit resultieren. Das Berücksichtigen der Marschzeit bei der Beurteilung der zumutbaren Weglänge erscheint deshalb zur Vermeidung von indirekten Ungleichbehandlungen von Kindern

innerhalb der gleichen Schulgemeinde als unerlässlich. Im vorliegenden Fall wird der Schulweg auf 35 Minuten bis zum Schulhaus E. bzw. auf 40 Minuten bis zum Schulhaus O. veranschlagt, was von den Parteien nicht bestritten wird. Wie sich anlässlich des Augenscheins der Vorinstanz gezeigt hat, verläuft die Strecke vorwiegend auf Gemeindestrassen 1. und 2. Klasse, deren Beschaffenheit keine besonderen Schwierigkeiten für die Kinder verursacht. Zu gewissen Zeitverzögerungen kann es beim Bahnübergang kommen. Zudem können Schnee und Eis das Vorankommen erschweren und die Marschzeit verlängern. Nicht ins Gewicht fällt dagegen die als gering einzustufende Höhendifferenz von ca. 50 m. Auch wenn entgegen der Auffassung der Eltern ein Fussmarsch von über 30 Minuten nicht per se als unzumutbar erscheint, ist eine Marschzeit von 40 Minuten, die sich je nach Begleitumständen noch verlängern kann, für Unterstufenschülerinnen und -schüler als lang zu bezeichnen, insbesondere dann, wenn die Strecke viermal täglich zurückzulegen ist.

3.4. Bei der Beurteilung der Gefährlichkeit des Weges spielt das subjektive Empfinden eine erhebliche Rolle, was eine Objektivierung der Gefährlichkeit erschwert. Immerhin gelten Strassen ohne Trottoir, insbesondere enge Durchgangsstrassen mit hohem Verkehrsaufkommen, Lastwagenverkehr oder unübersichtlichen Kurven, längere Partien durch einsame Wälder, das Fehlen von Fussgängerstreifen, Lichtsignalanlagen und dergleichen sowie das Risiko von Übergriffen auf einsamen und abgelegenen Strassenteilen als gefährlich (Plotke, a. a. O., S. 228 ff.). Wegen der Gefährlichkeit als unzumutbar erachtete die Rechtsprechung einen teilweise sehr steilen Wanderweg von 2,5 km Länge mit einer Höhendifferenz von etwa 500 m, der weitgehend durch Waldgebiet führte, für Schüler der 1. und 3. Primarklasse (VPB 64/2000 Nr. 56 E. 5.2), einen Schulweg von 2,9 km mit einer Höhendifferenz von 260 m und der notwendigen Überquerung einer Kantonsstrasse ohne Fussgängerstreifen oder Verkehrsampel für eine Erstklässlerin (Primarschule), ebenso der (alternative) Schulweg über eine Dorfstrasse ohne jedes Trottoir, die bergauf etwa 2 km durch den Wald führte (PVG 2002 Nr. 1 E. 2b), und einen Schulweg von über 3 km Länge auf einer Staatsstrasse ohne Trottoir, die teilweise durch bewaldetes Gebiet führte und nicht beleuchtet war, für einen Zweitklässler (BVR 2003, S. 197 ff. E. 4c/cc, 4d).

Die Beurteilung der Gefährlichkeit setzt in besonderem Mass die Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse voraus. Das Verwaltungsgericht weicht deshalb nur dann von den Einschätzungen der Verwaltungsbehörden, welche überdies einen Augenschein vor Ort durchführten, ab, wenn dafür triftige Gründe vorliegen. Da im vorliegenden Fall bereits aufgrund der Weglänge und der Marschzeit ein Anspruch auf einen Schülertransport zu bejahen ist, kann hier letztlich offen bleiben, ob der in Frage stehende Schulweg aufgrund seiner Gefährlichkeit einem Unterstufenschüler zumutbar ist.

3.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der zu beurteilende Schulweg hinsichtlich Länge in km nur knapp unter der von der Schulgemeinde als unzumutbar defi-

nierten Weglänge von 2 km liegt, aber mit einer Marschzeit von 40 Minuten pro Weg als zu lang und für Unterstufenschüler unzumutbar einzustufen ist. Zudem wohnen in der unmittelbaren Nachbarschaft der Eltern der betroffenen Schülerin schulpflichtige Kinder mit einem Schulweg von über 2 km Länge. Aufgrund der langen Marschzeit und der Notwendigkeit, für das gesamte Quartier eine einheitliche Lösung zu treffen, ist im vorliegenden Fall ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Schülertransport zu bejahen.

5. Gesundheit und Soziales

8

Art. 16 ATSG (SR 830.1). Art. 8 Abs. 1 IVG (SR 831.20). Art. 27 IVV (SR 831.201). Invaliditätsbemessung bei einem Selbständigerwerbenden. Zumutbarkeit des Wechsels in eine unselbständige Tätigkeit nach langjähriger selbständiger Tätigkeit. Bei der Arbeitgeberin des Versicherten handelte es sich um einen Familienbetrieb, dessen einziger Verwaltungsrat der Versicherte war. Da das Geschäftsergebnis eines solchen Gewerbebetriebes von einer Reihe nur schwer überblickbaren Komponenten, insbesondere auch solcher konjunktureller Natur abhängt, kann trotz der AHV-rechtlich als unselbständig qualifizierten Tätigkeit des Versicherten das ausserordentliche Bemessungsverfahren angewendet werden, sofern sich Validen- und Invalideneinkommen nicht zuverlässig ermitteln oder schätzen lassen. Im vorliegenden Fall liess sich das Valideneinkommen nicht zuverlässig ermitteln, daher Anwendung des ausserordentlichen Bemessungsverfahrens (Betätigungsvergleich). Zumutbarkeit eines Wechsels in eine unselbständige Tätigkeit: Der Versicherte hat eine vierjährige Lehre als Autospengler absolviert, war im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung 53 Jahre alt und seit mehr als 20 Jahren in der eigenen Firma tätig. Die Aufgabe dieser langjährigen selbständigen Tätigkeit zugunsten einer unselbständigen Tätigkeit erschiene nur dann als zumutbar, wenn dem Versicherten hiefür auch berufliche Massnahmen gewährt würden. Anspruch auf Arbeitsunfähigkeitsrente. Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zur erwerblichen Gewichtung des vorgenommenen Betätigungsvergleichs.

Versicherungsgericht, 31. Juli 2008 (IV 2006/270; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

9

Art. 17 Abs. 1 ATSG (SR 830.1). Art. 28 IVG (SR 831.20). Eine Blutspiegelbestimmung vermag gemäss neueren Erkenntnissen in der Medizin wegen der individuellen Bioverfügbarkeit nicht verlässlich zu beweisen, ob die versicherte Person Antidepressiva einnimmt. Im vorliegenden Fall war die von der IV-Stelle vorgenommene revisionsweise Rentenherabsetzung rechtswidrig. Sie war aufgrund eines Verlaufsgutachtens durchgeführt worden, in dem eine Verbesserung des Gesundheitszustands nur damit begründet worden war, die Blutspiegelbestimmung belege, dass die Beschwerdeführerin die verordneten Antidepressiva nicht wie behauptet einnehme.

Versicherungsgericht, 8. Mai 2008 (IV 2006/295; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch) – Bestätigung (im Ergebnis) durch Urteil des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2008 (8C_474/2008).

10

Art. 23, 34 und 59 ATSG (SR 830.1). Der Rückzug einer IV-Anmeldung, bevor der Leistungsanspruch verfügungsweise festgesetzt wurde, ist verfahrensmässig von einem Verzicht auf Leistungen i. S.v. Art. 23 ATSG zu unterscheiden.

Hat eine Krankenversicherung Vorleistungen erbracht, so erlangt sie im durch Anmeldung des Versicherten eingeleiteten IV-Verfahren Parteistellung. Deswegen liegt der Rückzug der Anmeldung nicht mehr im alleinigen Dispositionsbereich des Versicherten. Über ein allfälliges Abschreiben des Verfahrens hat die IV-Stelle auch gegenüber der Krankenversicherung formell korrekt zu verfügen.

Versicherungsgericht, 17. Juni 2008 (IV 2008/70; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

11

Art. 56 Abs. 2 ATSG (SR 830.1). Rechtsverzögerung durch Untätigkeit der Verwaltung? Eine unzulässige Rechtsverzögerung ist gegeben, wenn die Behörde ihren Entscheid in objektiv nicht gerechtfertigter Weise hinauszögert.

Bis zur Publizierung der Rechtsprechungsänderung mit dem Bundesgerichtsentscheid U 148/06 vom 28. August 2007 richtete sich die Beschwerdegegnerin noch zu Recht nach der Unfallversicherung aus und das IV-Verfahren – aufgrund einer Anmeldung aus dem Jahr 2003 wegen eines Unfalls von 1999 – lief in einem sachgerecht koordinierten Rhythmus. Danach unternahm sie abgesehen von einer Anfrage an die Arbeitslosenversicherung vom Dezember 2007 bis zum 10. März 2008 nichts mehr, somit während einer Zeit von etwa sechs Monaten. Untätigkeit des Versicherungsträgers während über neun bzw. zwölf Monaten bis zur Vornahme des nächsten angezeigten Verfahrensschrittes ist in der Rechtsprechung als Rechtsverzögerung betrachtet worden. Der vorliegende Ablauf ist, da der Beschwerdegegnerin eine gewisse Anpassungszeit zugestanden werden muss, zu tolerieren.

Rechtsverzögerung in Form einer positiven Anordnung, nämlich durch Anordnung unnötiger Beweismassnahmen? Auch wenn einzuräumen ist, dass das Verwaltungsverfahren bereits sehr lange gedauert hat, was für die Ausschöpfung des Ermessensspielraums sicher begrenzend ins Gewicht fällt, musste es der Beschwerdegegnerin unter den gegebenen Umständen unbenommen sein, dass sie noch einmal eine interdisziplinäre Abklärung veranlasste. Neu ruht die Abklärungslast nämlich allein auf dem IV-Verfahren.

Versicherungsgericht, 22. Oktober 2008 (IV 2008/257; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

12

Art. 61 ATSG (SR 830.1). Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75). Die Erhöhung des Invaliditätsgrads von 30 auf 31 Prozent stellte zwar formell nur ein teilweises Obsiegen des Beschwerdeführers dar, da dieser im kantonalen Prozess die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu weiteren Abklärungen und eventualiter die Erhöhung des Invaliditätsgrads auf 33 Prozent anbegehrt hatte. Der beantragte Umfang der zuzusprechenden Rente beeinflusste vorliegend den Prozessaufwand indessen nicht, weshalb rechtsprechungsgemäss die «Überklagung» eine Reduktion der Parteientschädigung nicht rechtfertigt (Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 2008 i. S. A. [9C_466/2007] E. 5 mit Hinweisen). Im erstinstanzlichen Sozialversicherungsverfahren, welches geprägt ist von der umfassenden Überprüfungskompetenz des Gerichts und der Rechtsanwendung von Amtes wegen, besteht kein Anlass, in Analogie zum zivilprozessualen Klageverfahren das Ausmass des Obsiegens einer Partei mit Auswirkung auf die zuzusprechende Parteientschädigung zu bestimmen, wenn sich der ursprünglich angefochtene Verwaltungsakt «nur» – aber immerhin – als teilweise rechtswidrig erweist, weil der zu dessen Korrektur erforderliche Vertretungsaufwand unabhängig von der quantitativen Komponente grundsätzlich als notwendig zu qualifizieren ist.

Versicherungsgericht, 24. September 2008 (UV 2008/77; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

13

Art. 4 Abs. 1 und Art. 9 AHVG (SR 831.10). Abgrenzung selbständige/unselbständige Erwerbstätigkeit bei einem Versicherungsagenten. I.c. Qualifizierung des Beschwerdeführers und ehemaligen Agenten als unselbständigerwerbend, weil er (unter anderem in Bezug auf Miete, auf Personal oder sonstige Geschäftskosten) kein echtes Unternehmerrisiko zu tragen hatte.

Art. 61 ATSG (SR 830.1). Parteikosten und Beiladung: Die beigeladene unterliegende Partei muss sich nicht an der Parteientschädigung der obsiegenden beschwerdeführenden Partei beteiligen.

Versicherungsgericht, 11. Juni 2008 (AHV 2007/21; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

14

Art. 2 Abs. 4 BVG (SR 831.40). Art. 1 Abs. 1 lit. b BVV 2 (SR 831.441.1). Ein Arbeitsverhältnis zwischen einer Arbeitsvermittlungsunternehmung und einem Polier, das über Jahre andauerte, aber stets mit auf drei Monate befristeten Kettenverträgen abgeschlossen wurde, ist in Bezug auf die berufliche Vorsorge als unbefristet zu behandeln. Die Befristung erfolgte überwiegend wahrscheinlich nur, um das BVG-Obligatorium zu umgehen, was rechtsmissbräuchlich ist. Der Arbeitnehmer untersteht für die ganze Anstellungsdauer dem BVG-Obligatorium.

Versicherungsgericht, 2. April 2008 (BV 2008/1; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

15

Art. 73 Abs. 2 BVG (SR 831.40). Art. 25 FZG (SR 831.42). Art. 13 Abs. 1 FZV (SR 831.425). Abklärung des Anspruchs auf eine Invalidenrente auf der Grundlage einer Personalvorsorge-Freizügigkeits-Police. Frage des anwendbaren Rechts. Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen.

Streitig war, ob der Kläger mit Wirkung ab 2. November 2001 Anspruch auf eine Invalidenrente gemäss der am 24. Januar 1992 abgeschlossenen Personalvorsorge-Freizügigkeits-Police hat. Soweit die reglementarischen Normen den Leistungsanspruch abschliessend regeln, kommt dem Recht der obligatorischen beruflichen Vorsorge – und damit insbesondere Art. 23 BVG – keine eigenständige Bedeutung zu (vgl. dazu Art. 13 Abs. 1 FZV). Von Bedeutung war in diesem Zusammenhang, dass die in Frage stehende Personalvorsorge-Freizügigkeits-Police ausdrücklich auf die am 1. Januar 1987 in Kraft getretene Verordnung über die Erhaltung des Vorsorgeschutzes vom 12. November 1986 – im Sinn eines Vorbehalts – verwies, wobei einzelne Bestimmungen in Form einer nicht abschliessenden Aufzählung («insbesondere») aufgelistet wurden. Diese Verordnung wurde allerdings mit dem Erlass der FZV und seiner gesetzlichen Grundlage (Freizügigkeitsgesetz; FZG) am 1. Januar 1995 aufgehoben (vgl. Art. 21 der Schlussbestimmungen zur FZV). Die FZV und das FZG waren daher – als ergänzende Regelungen – auch für die Anwendung der hier streitigen Police massgebend. Dies ergab sich auch daraus, dass Invalidenleistungen ab November 2001 – und somit unter der Geltung des FZG und der FZV entstandene Ansprüche – streitig waren. Das angerufene Gericht war im

Übrigen auch nur deshalb für die streitige Frage sachlich zuständig, weil es um die Beurteilung einer Angelegenheit betreffend Erhaltung der Vorsorge im Sinn des FZG ging (Art. 73 Abs. 1 lit. a BVG; in Kraft seit 1. Januar 2005). Die Bestimmungen des BVG betreffend die Rechtspflege (Art. 73 BVG) waren als Folge davon sinngemäss anwendbar (Art. 25 FZG).

Versicherungsgericht, 16. April 2008 (BV 2007/20; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

16

Art. 30 Abs. 1 lit. e und Art. 30 Abs. 2 AVIG (SR 837.0), Art. 45 Abs. 2 lit. a AVIV (SR 837.02). Die verwaltungsrechtliche Sanktion bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens und muss verhältnismässig sein. Die versehentliche Nichtangabe von Ferien im (monatlich auszufüllenden) Formular «Angaben der versicherten Person» gegenüber der Arbeitslosenkasse bei vorgängig korrekter Meldung an das RAV führte im zu beurteilenden Fall nicht zu einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung von fünf Tagen. Als verhältnismässig wurde ein Tag erachtet.

Versicherungsgericht, 21. Oktober 2008 (AVI 2008/34; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

17

Art. 2, 3, 4 und 7 Abs. 1 GMB (sGS 372.1). Die Bemessungsperiode nach einem Wohnsitzwechsel entspricht der verbleibenden Beitragsdauer.

Beginn der ordentlichen sechsmonatigen Beitragsdauer für Mutterschaftsbeiträge nach Art. 7 Abs. 1 GMB ist der Tag der Niederkunft.

Versicherungsgericht, 18. Januar 2008 (MB 2007/1; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

18

Art. 9 und 11 SHG (sGS 381.1). Es ist unzulässig, einer pflegebedürftigen Heimbewohnerin, deren Lebenshaltungskosten u. a. durch Sozialhilfeleistungen gedeckt werden, einen Vermögensfreibetrag von lediglich Fr. 4000.– zu belassen.

Verwaltungsgericht, 17. Juni 2008

C. lebt in einem Pflegeheim. Sie stellte beim Sozialamt ihrer Wohngemeinde O. ein Gesuch um finanzielle Unterstützung, da ihre Rente und die Ergänzungsleistungen nicht mehr ausreichten, um den Heimaufenthalt zu bezahlen. Die Gemeinde lehnte das Gesuch ab und wies C. an, in ein kostengünstigeres Heim zu wechseln. Sie hielt fest, C. habe per 1. Juli 2006 über ein Vermögen von Fr. 16 241.– verfügt. Sie könne daher in den nächsten Monaten das Defizit aus ihrem Vermögen tragen. Das Departement des Innern hiess den Rekurs von C. gut. Es hielt fest, die Verwertung von Vermögen sei Voraussetzung für die Gewährung von Sozialhilfeleistungen. Indes werde auch der unterstützten Person ein Schonvermögen zugestanden, welches die für die Persönlichkeitsentfaltung notwendige Bewegungsfreiheit erhalte. Aufgrund der konkreten Verhältnisse beim Heimaufenthalt sei der Freibetrag von Fr. 4000.– gemäss den SKOS-Richtlinien zu tief. Dagegen erhob der Gemeinderat O. Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht als unbegründet abgewiesen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 9 SHG hat Anspruch auf finanzielle Sozialhilfe, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann. Finanzielle Sozialhilfe wird so bemessen, dass die hilfsbedürftige Person die laufenden Bedürfnisse für den Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln decken kann (Art. 11 Abs. 1 SHG).

2.1. In der Praxis richtet sich die Bemessung der finanziellen Sozialhilfe nach den Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien). Diese sind allerdings für die Gemeinde entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht verbindlich. Insbesondere sind die Gemeinden nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts befugt, die Ansätze der SKOS-Richtlinien bezüglich einzelner Leistungsansätze zu modifizieren und gewisse Pauschalen zu unterschreiten (GVP 2001 Nr. 5). Aus Art. 11 SHG lässt sich keine konkrete betragsmässige Höhe der finanziellen Sozialhilfe ableiten. Insbesondere ist es auch zulässig, in besonderen Fällen die Ansätze gemäss SKOS-Richtlinien zu überschreiten. Die politische Gemeinde hat im konkreten Einzelfall, d. h. im Rahmen der Rechtsanwendung, zu bestimmen, welche Geldleistung für den notwendigen Lebensunterhalt erforderlich ist.

2.2. In den SKOS-Richtlinien Ziff. E 2.1 wird festgehalten, zur Stärkung der Eigenverantwortung und zur Förderung des Willens zur Selbsthilfe sei zu Beginn der Unterstützung oder bei Ablösung einer laufenden Unterstützung einer Person ein Vermögensfreibetrag zuzugestehen, wobei die Empfehlung für Einzelpersonen auf Fr. 4000.– lautet.

2.3. Die Beschwerdegegnerin bezieht eine AHV-Rente (nicht eine IV-Rente, wie die Beschwerdeführerin fälschlicherweise annimmt) sowie Ergänzungsleistungen. Sie besass zum Zeitpunkt des Gesuchs um Sozialhilfeleistungen ein Barvermögen von rund Fr. 16 200.–, wobei Fr. 6062.– auf ein Mietkautionskonto entfielen und somit illiquid waren. Im Weiteren steht fest, dass die Vorinstanz die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin lediglich für die Zeit vom 28. August 2006 bis 31. Dezember 2007 prüfte. Soweit die Beschwerdeführerin auf die finanzielle Lage der Beschwerdegegnerin seit Januar 2008 hinweist, geht dies am Streitgegenstand vorbei.

Unangefochten blieb der Rekursentscheid, soweit die Zumutbarkeit der Verlegung in ein anderes Pflegeheim verneint wurde. Aufgrund des Arztzeugnisses ist eine Umplazierung unzumutbar. Dazu erübrigen sich weitere Erörterungen, und es kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (E. 3.1). Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin für die Zeit zwischen 28. August 2006 und 31. Dezember 2007 zu Recht ein sog. Schonvermögen von rund Fr. 16 200.– zugestanden hat.

2.4. Zutreffend ist, dass die SKOS-Richtlinien in der Regel ein Schonvermögen von maximal Fr. 4000.– vorsehen. In den Richtlinien ist ausdrücklich festgehalten, dass es sich um Empfehlungen handelt. Von solchen kann in begründeten Einzelfällen abgewichen werden. Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin ist es nicht willkürlich, bei einer Gesuchstellerin, die sich in einem Pflegeheim aufhält, von den SKOS-Richtlinien abzuweichen. Eine Pflegeheim-Patientin befindet sich in einer völlig anderen Situation als beispielsweise eine erwerbsfähige junge Person. Der Beschwerdegegnerin werden monatlich Heimkosten von rund Fr. 8000.– bis Fr. 9000.– in Rechnung gestellt. Allein die Höhe dieser regelmässigen Rechnungen gebietet es, das Schonvermögen bei erheblich mehr als Fr. 4000.– anzusetzen. Die finanzielle Selbständigkeit bzw. die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Beschwerdegegnerin würde in unzumutbarer Weise eingeschränkt, wenn ihr trotz laufender Rechnungen in der erwähnten Höhe lediglich ein Barvermögen von rund Fr. 4000.– belassen würde. Wohl werden Selbstbehalte der Krankenkasse und Zahnarztrechnungen durch Ergänzungsleistungen gedeckt. Allein das Verfahren betreffend Vorprüfung und Kostengutsprache kann aber eine gewisse Zeit beanspruchen, die es unter Umständen erforderlich macht, dass die Rechnungen vor der Kostengutsprache bezahlt werden. Da bei einem Pflegeheimaufenthalt hohe Kontobewegungen möglich sind, hielt das Departement zutreffend fest, dass ein Grundstock von Fr. 4000.– nicht ausreicht, um unerwünschte Negativsaldi zu verhindern. Zu Recht hielt die Vorinstanz auch fest, dass die besondere persönliche und finanzielle Situation der Beschwerdegegnerin eine entsprechende

Flexibilität notwendig macht und es unsinnig ist, sie zum Aufbrauchen ihres verbliebenen Vermögens von rund Fr. 16 200.– bis auf Fr. 4000.– zu verpflichten. Hinzu kommt, dass rund Fr. 6000.– auf ein Mietzinskautionskonto entfallen und daher illiquid sind.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Daher ist sie abzuweisen.

6. Arbeit und Gewerbe

19

Art. 16 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 TourG (sGS 575.1). Die Regelung der kommunalen Tourismusabgaben im referendumspflichtigen Reglement muss auch den Abgabesatz umfassen. Ergibt sich der Abgabesatz lediglich aus dem Tarif, der nicht dem Referendum unterstellt wurde, fehlt es an einer hinreichenden formellen gesetzlichen Grundlage zur Erhebung der kommunalen Tourismusabgabe.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 9. Januar 2008

Aus den Erwägungen:

Umstritten ist die Höhe der bei der Rekurrentin erhobenen Kurtaxe für das Jahr 2007.

a) ...

b) Kurtaxen sind vom übernachtenden, nicht ortsansässigen Gast zu entrichtende, der Finanzierung touristischer Einrichtungen und Veranstaltungen dienende öffentliche Abgaben (A. Marantelli, Grundprobleme des schweizerischen Tourismusabgaberechts, Bern 1991, S. 5). Mit dem Ertrag der so genannten Kurtaxe sollen die Kosten gedeckt werden, welche eine Gemeinde im Hinblick auf den Ausbau des lokalen Tourismus auf sich nimmt (A. Schmid, Hinweise zur rechtlichen Natur der Kurtaxe, StR 41/1986, S. 178). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedarf die Kurtaxe als voraussetzungslos geschuldete, zweckgebundene Sondersteuer von geringer Höhe wie grundsätzlich alle öffentlichen Abgaben einer umfassenden Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn. Die Erträge der Kurtaxe dürfen zudem lediglich dem Zwecke des Kurbetriebes dienen (BGE 102 Ia 144). Das heisst, dass der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen zwingend in einem Gesetz im formellen Sinn festgehalten sein müssen. Da die Kurtaxe voraussetzungslos geschuldet ist, können bei deren Bemessung weder das Kostendeckungs- noch das Äquivalenzprinzip die dem Gesetzesvorbehalt zukommende Schutzfunktion über-

nehmen (vgl. VRKE I/2 vom 12. Juni 1996 in Sachen A. W., S. 9; Marantelli, a. a. O., S. 123 f.). In der Lehre wird die Kurtaxe zuweilen nicht als Zwecksteuer, sondern als Kostenanlastungssteuer bezeichnet (Marantelli, a. a. O., S. 20 ff.). Ungeachtet der dogmatischen Qualifikation der Kurtaxe wird jedoch unverändert am strikten Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage festgehalten (Marantelli, a. a. O., S. 25 ff.). Folglich ist bei der Kurtaxe im Gegensatz zu herkömmlichen Gebühren nicht nur die Bemessungsgrundlage, sondern auch das Mass der Abgabe, der so genannte Steuersatz, in einem Gesetz im formellen Sinn zu regeln (Marantelli, a. a. O., S. 126 f.). Einem Gesetz im formellen Sinn sind kommunale Erlasse gleichgestellt, wenn sie von der nach kantonalem Recht ermächtigten Gemeindelegislative beschlossen wurden oder aber dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstanden (BGE 120 Ia 265 E. 2a).

Gemäss Art. 16 Abs. 1 TourG kann die politische Gemeinde von Gästen und Nutzniessern Tourismusabgaben erheben. Sie regelt durch Reglement unter anderem die Abgabepflicht, die Bemessungsgrundlage und den Abgabesatz (Art. 17 Abs. 1 TourG). Diese Regeln erfüllen die materiellen Anforderungen an die Bestimmtheit der formell-gesetzlichen Grundlage für eine voraussetzungslos geschuldete Sondersteuer, wie sie die Kurtaxe darstellt, offensichtlich nicht. Eine detaillierte Regelung in einem entsprechenden Gemeindeerlass ist unverzichtbar.

Der Gemeinderat erliess am 6. Februar 1996 gestützt auf Art. 16 TourG das Reglement über die Erhebung von Kurtaxen (nachfolgend: Reglement) sowie den dazu gehörenden Tarif. Das Reglement wurde vom 13. Februar bis 13. März 1996 dem fakultativen Referendum unterstellt und am 12. April 1996 zusammen mit dem Tarif vom Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St.Gallen genehmigt. Gemäss Art. 3 des Reglements unterliegt jeder Gast der Kurtaxenpflicht. Gast ist jede Person, die, ohne steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt zu haben, in der Gemeinde übernachtet und die Möglichkeit hat, deren touristisches Angebot zu benützen. Grundeigentum nach Art. 655 ZGB in der Gemeinde befreit nicht von der Kurtaxenpflicht (Art. 3 Abs. 3 Reglement). Steuerobjekt ist bei der Einzeltaxe jede Übernachtung eines Gastes (Art. 7 Reglement). Bei der Pauschalkurtaxe entrichten Eigentümer oder Dauermieter von Ferienhäusern und -wohnungen für sich und die unentgeltlich beherbergten Angehörigen und Besucher die Kurtaxe als Jahrespauschale (Art. 8 Abs. 1 Reglement). Die Höhe der Pauschale richtet sich nach der Anzahl der Zimmer. Die jährlichen Ansätze sind im Tarif zum Reglement über die Erhebung von Kurtaxen festgelegt (Art. 10 Reglement). Der Vollzug des Kurtaxenreglements ist dem Verein Tourismus übertragen (Art. 2 Abs. 1 Reglement). Verfügungen des Vereins Tourismus können mit Rekurs beim Gemeinderat angefochten werden. Die Rekursfrist beträgt 14 Tage (Art. 16 Abs. 1 Reglement).

Beim fraglichen Reglement handelt es sich zweifellos um ein Gesetz im formellen Sinn, es wurde von der Gemeindeexekutive erlassen und dem fakultativen Referendum unterstellt. Steuersubjekt und Steuerobjekt der umstrittenen Pauschalkurtaxe sind darin geregelt (Art. 3 und 8). Auch die Bemessungsgrundlage wird in

Art. 10 Reglement definiert, wonach sich die Höhe der Pauschale nach der Anzahl Zimmer richtet. Der Steuersatz pro Zimmer ist jedoch nicht im Reglement, sondern im von der Vorinstanz erlassenen Tarif dazu enthalten. Demnach beträgt die jährliche Pauschalkurtaxe Fr. 80.– pro Zimmer, mindestens Fr. 120.– und maximal Fr. 400.–. Damit sind jedoch die für die Kurtaxe als Sondersteuer strengen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nicht erfüllt. Es fehlt eine Regelung des Abgabesatzes in einem formellen Gesetz, da der Tarif zum Reglement nicht dem Referendum unterstellt worden ist. Auch das kantonale TourG verlangt in Art. 17 Abs. 1 lit. b explizit und zwingend die Regelung von Bemessungsgrundlage und Abgabesatz im kommunalen Reglement (vgl. dazu auch Botschaft des Regierungsrates zum Tourismusgesetz vom 25. Oktober 1994, ABl 1994 S. 2494). Da es sich bei der Kurtaxe nicht um eine Gebühr handelt, ist Art. 36 lit. a GG, der Gebührentarife als Ausnahme von der Referendumspflicht erwähnt, nicht anwendbar.

7. Strassenverkehr

20

Art. 14 Abs. 2 lit. b, Art. 14 Abs. 3 SVG (SR 741.01), Art. 7 Abs. 1, Art. 27 lit. b VZV (SR 741.51). Nach einer Verkehrsregelverletzung genügt allein der Hinweis auf das fortgeschrittene Alter des Fahrzeugführers nicht, um ein amtsärztliches Zeugnis zur Frage der Fahreignung einzuholen. Eine solche Abklärung ist nur dann gerechtfertigt, wenn zusätzlich konkrete Hinweise auf eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit bestehen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 29. Mai 2008

Der Rekurrent besitzt den Führerausweis der Kategorie B seit 1962. Er ist 71-jährig und im ADMAS-Register nicht verzeichnet. Die letzte vertrauensärztliche Untersuchung fand am 9. November 2006 statt. Am Freitag, 19. Oktober 2007, fuhr der Rekurrent um 09.25 Uhr mit einem Lieferwagen auf der Autobahn A1 zwischen Rheineck und St.Margrethen in Richtung Au. Auf der offenen Brücke des Lieferwagens waren Pflanzen und Sträucher. Die Ladung war nicht gesichert. Nachdem der Rekurrent einen Strauch verloren hatte, hielt er auf dem Pannenstreifen an. Die Polizei musste auf der Überholspur Erde und einen Strauch entfernen. Das Strassenverkehrsamt eröffnete gegen den Rekurrenten ein Verfahren zur Abklärung der Fahreignung.

Aus den Erwägungen:

2. b) Führerausweise dürfen nicht erteilt werden, wenn der Bewerber nicht über eine körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügt, die zum sicheren Führen von Motorfahrzeugen ausreicht (Art. 14 Abs. 2 lit. b des Strassenverkehrsgesetzes; SR 741.01, abgekürzt: SVG). Bestehen Bedenken über die Eignung eines Führers, so ist er einer neuen Prüfung zu unterwerfen (Art. 14 Abs. 3 SVG). Führerausweise sind zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr bestehen (Art. 16 Abs. 1 SVG). Wegen fehlender Fahreignung wird einer Person der Führerausweis auf unbestimmte Zeit entzogen, wenn ihre körperliche und geistige Leistungsfähigkeit nicht oder nicht mehr ausreicht, ein Motorfahrzeug sicher zu führen (Art. 16d Abs. 1 lit. a SVG). Art. 16d Abs. 1 lit. a SVG ersetzt Art. 14 Abs. 2 lit. b in der bis am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (AS 1959 S. 679, abgekürzt: aSVG), wonach demjenigen der Führerausweis nicht erteilt (bzw. gemäss Art. 16 Abs. 1 SVG – entzogen) wird, der «durch körperliche oder geistige Krankheiten oder Gebrechen gehindert ist, ein Fahrzeug sicher zu führen». Selbstverständlich ist das neurechtliche «und» («körperliche und geistige Leistungsfähigkeit») als «oder» zu verstehen, wie das alte Recht noch deutlich machte. In der Botschaft wird ausgeführt, dass darunter alle in Betracht kommenden medizinischen und psychischen Gründe fallen. Damit hat sich am sachlichen Anwendungsbereich des neuen Rechts gegenüber Art. 14 Abs. 2 lit. b aSVG nichts geändert (vgl. R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St.Gallen 2003, S. 218).

Wer einen Führerausweis erwerben will, muss die medizinischen Mindestanforderungen nach Anhang 1 der VZV (Nervensystem, Sehschärfe und Gesichtsfeld, Gehör, Brustkorb und Wirbelsäule, Atmungsorgane, Herz und Gefässe, Bauch- und Stoffwechselorgane sowie Gliedmassen) erfüllen (Art. 7 Abs. 1 VZV). Autofahrer, die älter als 70 Jahre sind, müssen sich in Abständen von zwei Jahren einer vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung unterziehen (Art. 27 Abs. 1 lit. b VZV), die der Überprüfung von Sinnesleistungen und kognitiven Leistungen und der somatischen Gesundheit gemäss der in Anhang 1 VZV genannten medizinischen Mindestanforderungen dient (vgl. Anhang 2 VZV in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung, AS S. 5018 ff.).

Die Fahrsicherheit erreicht im mittleren Lebensalter ihr Maximum und fällt danach wieder kontinuierlich ab. Es sind die normalen, altersbedingt physiologischen Probleme wie verlangsamte Wahrnehmung und Verarbeitung, eingeschränktes Sehvermögen (Sehschärfe, Dämmerungs- und Nachtsehen, Gesichtsfeld) und Einschränkungen des Bewegungsapparates (z. B. Kopfdrehen), welche die Fahreignung kompromittieren. Die reine Reaktionsfähigkeit ist beim gesunden Senior entgegen der landläufigen Meinung meist nicht wesentlich eingeschränkt. Der gesunde Alternde erreicht die Grenzen seiner Fahreignung mit etwa 80 bis 85 Jahren, schränkt sich aber in der Regel selbst zunehmend ein: Wahl der Tageszeit, Ver-

kehrsdichte, Strecke etc. kompensieren seine Leistungsfähigkeit (R. Seeger, Fahren im Alter – Hauptprobleme und sinnvolle Konzepte zur Überprüfung der Fahreignung aus verkehrsmedizinischer Sicht, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005, St. Gallen 2005, S. 12 f.; U. Castelberg, Fahreignung im Alter, Ärztegesellschaft des Kantons Bern, 4/2006–2). Anders verhält es sich jedoch bei kranken Alternden mit verkehrsrelevanten medizinisch bedingten Einschränkungen wie einer beginnenden Demenz, ungenügendem Sehvermögen, Folgen von Schlaganfällen, Kreislauferkrankungen usw. Die Fahreignung ist hier oftmals fraglich oder nicht mehr gegeben (vgl. R. Seeger, Richtlinien zur Beurteilung der Fahreignung von Seniorinnen und Senioren, in: PrimaryCare 2007; 7 Nr. 22, S. 361).

Bei gesunden über 70-Jährigen kann somit gesagt werden, je älter sie sind, umso eher können Zweifel an der Fahreignung begründet sein oder je näher bei 70 sie altersmässig noch sind, umso stärkere konkrete Anhaltspunkte braucht es, um Zweifel an der Fahreignung zu begründen.

c) Die Einholung eines amtsärztlichen Zeugnisses zur Abklärung der Fahreignung ist dann anzuordnen, wenn berechtigte Zweifel an der Fahreignung des Betroffenen bestehen, also daran, dass er die medizinischen Mindestanforderungen nicht mehr erfüllt und es ihm somit an der körperlichen und/oder geistigen Leistungsfähigkeit fehlt, die zum sicheren Führen von Motorfahrzeugen ausreicht. Die blosse Anordnung einer Abklärung der Fahreignung setzt damit konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass der fragliche Inhaber des Führerausweises mehr als jede andere Person der Gefahr ausgesetzt ist, sich in einem Zustand ans Steuer eines Fahrzeuges zu setzen, der das sichere Führen nicht mehr gewährleistet (vgl. BGE vom 27. November 2002, 6A.65/2002, E. 5.2). Dies gilt sowohl für den Zustand nach Alkohol- oder Drogenkonsum als auch für den allgemeinen körperlichen und geistigen Zustand.

Dass über 70-jährige Fahrzeuglenker alle zwei Jahre eine Kontrolluntersuchung zu absolvieren haben, trägt dem erhöhten Risiko einer beeinträchtigten körperlichen und/oder geistigen Leistungsfähigkeit genügend Rechnung (vgl. auch R. Seeger, a. a. O., in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005, S. 19). Es kann daher nicht angehen, lediglich aufgrund des Alters von über 70 Jahren aus jeder Verkehrsregelverletzung – egal welcher Art – generell Zweifel an der Fahreignung zu begründen. Im Gegenteil, auch bei über 70-jährigen Fahrzeuglenkern ist immer eine Einzelabklärung notwendig und es ist zu prüfen, ob konkrete Anhaltspunkte für begründete Zweifel an der Fahreignung im Sinn von Nichterfüllen der medizinischen Mindestanforderungen sowie der körperlichen und/oder geistigen Leistungsfähigkeit, die zum sicheren Führen von Motorfahrzeugen ausreichen, vorliegen.

Die Vorinstanz hat keine Einzelprüfung durchgeführt. Sie bringt keine konkreten Anhaltspunkte vor, welche Zweifel an der Fahreignung des Rekurrenten begründen.

d) Gemäss Art. 30 Abs. 2 SVG ist die Ladung auf Fahrzeugen so anzubringen, dass sie niemanden gefährdet oder belästigt und nicht herunterfallen kann. Ge-

mäss BGE 97 II 238 muss die Stabilität einer Ladung, um den Anforderungen von Art. 30 Abs. 2 SVG zu genügen, nicht nur für den normalen Verkehr, sondern auch für den Fall leichter Unfälle gewährleistet sein (vgl. R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band I, Bern 2002, Rz 491). Der Rekurrent hat eine Verkehrsregelverletzung begangen, indem er von der offenen Ladebrücke seines Lieferwagens einen Strauch auf der Autobahn verloren hat. Die Schwere dieser Widerhandlung ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Zu prüfen ist aber, inwiefern ein Zusammenhang zwischen der Art der Verkehrsregelverletzung und der Fahreignung des Rekurrenten besteht. Zum sicheren Führen eines Motorfahrzeuges gehört unbestrittenermassen auch eine korrekte Sicherung der mitgeführten Ladung. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass bei einer Widerhandlung gegen die Vorschriften über das Mitführen einer Ladung automatisch Zweifel an der Fahreignung im Sinn der körperlichen und/oder geistigen Fähigkeit des Rekurrenten, ein Fahrzeug sicher zu führen, bestehen. Dazu müssten weitere Anhaltspunkte vorliegen. Solche sind beim Rekurrenten jedoch nicht ersichtlich. Dieser besitzt einen ungetrübten automobilistischen Leumund und hat sich im Strassenverkehr bisher unauffällig verhalten. Auch sein Verhalten anlässlich des Vorfalls vom 19. Oktober 2007 war, indem er den Verlust eines Strauches bemerkte und daraufhin auf dem Pannenstreifen anhielt, vernünftig und unauffällig. Hinzu kommt, dass der Rekurrent 71 Jahre alt ist. Da bei ihm von einem gesunden Senior auszugehen ist – was aufgrund des unauffälligen vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchs vom 9. November 2006 berechtigt ist –, müssen bei ihm übermässige altersbedingte Einschränkungen in Bezug auf die Fahrsicherheit verneint werden. Schliesslich steht die nächste vertrauensärztliche Kontrolluntersuchung im November dieses Jahres an.

Zusammenfassend ergibt sich, dass keine ausreichend berechtigte Zweifel an der Fahreignung des Rekurrenten im Sinn von Nichterfüllen der medizinischen Mindestanforderungen sowie der körperlichen und/oder geistigen Leistungsfähigkeit, die zum sicheren Führen von Motorfahrzeugen ausreichen, vorliegen. Es besteht somit kein Grund, ein amtsärztliches Zeugnis einzuholen. Dies wäre eine unverhältnismässige Massnahme. Der Rekurs ist deshalb gutzuheissen und die angefochtene Zwischenverfügung vom 28. November 2007 aufzuheben.

21

Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG (SR 741.01). Wer am frühen Morgen und bei Regen auf der Autobahn mit einer Geschwindigkeit von 130 km/h zufolge Aquaplanings einen Selbstunfall verursacht, begeht administrativrechtlich eine schwere Widerhandlung.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 6. März 2008

Am Montag, 20. August 2007, lenkte der Rekurrent um 5.38 Uhr einen Personenwagen auf der Autobahn A1 von Wil her kommend in Richtung St. Gallen. Es regnete und die Fahrbahn war dementsprechend nass. Ausgangs des Bürerstichs auf der Höhe von Niederwil geriet der Personenwagen, dessen Tempomat auf 130 km/h eingestellt war, auf der Überholspur infolge Aquaplanings ins Schleudern. Er überquerte beide Fahrspuren, kollidierte frontal mit der rechtsseitigen Leitplanke, drehte sich um die eigene Achse, kollidierte mit dem Heck erneut mit der rechtsseitigen Leitplanke und stand schliesslich unbeleuchtet quer zur Fahrtrichtung mit der Fahrzeugfront gegen die rechte Leitplanke auf der Normalspur still. Am Fahrzeug entstand Total-, an der Leitplanke Sachschaden. Der Rekurrent blieb unverletzt. Im Strafverfahren wurde der Rekurrent zufolge Nichtanpassens der Geschwindigkeit an die Strassenverhältnisse zu einer Busse von Fr. 700.– verurteilt. Das Strassenverkehrsamt entzog ihm anschliessend den Führerausweis für drei Monate.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 16 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes (SR 741.01, abgekürzt: 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 von 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).

4. Die Vorinstanz hat den Führerausweis gestützt auf Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG entzogen und ist damit von einer schweren Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften ausgegangen. Im Rekurs wird beantragt, die Verkehrsregelverlet-

zung höchstens als mittelschwere Widerhandlung einzustufen. Im Fall einer mittelschweren Widerhandlung wäre der Entzug des Führerausweises auf Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG zu stützen.

b) Gemäss Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG begeht eine schwere Widerhandlung, wer durch grobe Verletzung von Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt. Mit der am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Änderung des Strassenverkehrsgesetzes hat der Gesetzgeber den Wortlaut von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG gänzlich dem Tatbestand von Art. 90 Ziff. 2 SVG angeglichen. Gemäss Botschaft ist damit keine materielle Änderung zum früheren Recht gewollt (vgl. Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung des Strassenverkehrsgesetzes, AS 1959 S. 679, abgekürzt: aSVG; vgl. Botschaft, in: BBl 1999 S. 4489; R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St.Gallen 2003, S. 161 ff., insbesondere S. 186). Damit stimmt Art. 90 Ziff. 2 SVG in Fortführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 16 Abs. 3 lit. a aSVG mit Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG überein (vgl. BGE 123 II 37 E. 1b mit Hinweis auf 120 Ib 285). Die dreifache Abstufung der Schwere der Widerhandlungen im Administrativrecht im Gegensatz zur doppelten Abstufung im Strafrecht führt deshalb dazu, dass die einfache Verkehrsregelverletzung im Sinn von Art. 90 Ziff. 1 SVG die leichte und die mittelschwere Widerhandlung im Sinn von Art. 16a und Art. 16b SVG umfasst.

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 Sinn von Art. 90 Ziff. 2 SVG ist bereits bei einer erhöhten abstrakten Gefährdung gegeben. Die erhöhte abstrakte Gefahr setzt die naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung voraus (vgl. BGE 123 II 106 E. 2a und 37 E. 1b). Grobe Fahrlässigkeit ist immer dann zu bejahen, wenn der Täter sich der allgemeinen Gefährlichkeit seiner krass verkehrswidrigen Fahrweise bewusst ist. Sie kann aber auch vorliegen, wenn er die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer pflichtwidrig gar nicht in Betracht zieht, also unbewusst fahrlässig handelt. In solchen Fällen bedarf jedoch die Annahme grober Fahrlässigkeit einer sorgfältigen Prüfung. Sie wird nur zu bejahen sein, wenn das Nichtbedenken der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ebenfalls auf Rücksichtslosigkeit beruht und daher besonders vorwerfbar ist (vgl. BGE 118 IV 283 E. 4). Die Annahme einer schweren Widerhandlung 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 (BBl 1999 S. 4489). Es gelten damit bezüglich der Abgrenzung dieser Widerhandlungen die bisherigen bekannten Massstäbe.

c/aa) Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Verwaltungsbehörde an die rechtliche Qualifikation des Sachverhaltes im Strafurteil gebunden, wenn die rechtliche Würdigung sehr stark von der Würdigung von Tatsachen abhängt, die der Strafrichter besser kennt als die Verwaltungsbehörde (was etwa dann der Fall ist, wenn er den Beschuldigten persönlich einvernommen hat: BGE 104 Ib 359; 119 Ib 158 E. 3c/bb). Der Rekurrent wurde von der zuständigen Strafbehörde allein gestützt auf den Polizeirapport vom 28. August 2007 und das Protokoll der polizeilichen Befragung im Anschluss an den Unfall vom 20. August 2007 mit Bussenverfügung vom 24. Oktober 2007 wegen einfacher Verkehrsregelverletzung im Sinn von Art. 90 Ziff. 1 SVG schuldig erklärt. Die Verwaltungsbehörde stützte ihre Würdigung auf dieselben Grundlagen und weder im vorinstanzlichen noch im Rekursverfahren wurden zusätzliche tatsächliche Abklärungen beantragt. Unter diesen Umständen ist die Verwaltungsbehörde an die rechtliche Würdigung im Strafurteil nicht gebunden. Dementsprechend erweist sich die im Rekurs geäusserte Auffassung, der Schluss auf eine schwere Gefährdung des Verkehrs im Sinn von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG sei unzulässig, weil der Strafrichter den Beschwerdeführer nicht wegen grober Verkehrsregelverletzung im Sinn von Art. 90 Ziff. 2 SVG schuldig gesprochen habe, als unzutreffend.

bb) Der Rekurrent hat auf der Autobahn die Herrschaft über den von ihm gelenkten Personenwagen verloren. Ein vom Lenker nicht mehr beherrschtes Fahrzeug insbesondere auf Autobahnen, wo ausschliesslich mit relativ hohen Geschwindigkeiten gefahren wird, bedeutet immer eine ernstliche Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer. Für nachfolgende Fahrzeuge besteht besonders die Gefahr von Auffahrunfällen mit erheblichen Folgen für die Beteiligten (vgl. BGE 120 Ib 312 E. 4c).

Auch vorliegend zog der vom Rekurrenten verursachte Selbstunfall eine schwere Verkehrsgefährdung nach sich. Auch am Montagmorgen um 5.40 Uhr ist auf der vom Rekurrenten befahrenen Strecke mit Verkehrsaufkommen zu rechnen. Ein Indiz dafür, dass der Rekurrent im fraglichen Zeitpunkt nicht als einziger Lenker unterwegs war, stellt der Umstand dar, dass er auf der Überhol- und nicht auf der Normalspur fuhr. Das Fahrzeug schleuderte von der Überholspur über die Normalspur auf den Pannenstreifen und zurück auf die Normalspur, wo es total beschädigt und ohne Beleuchtung quer zur Fahrbahn zum Stillstand kam. Damit stellte es während längerer Zeit ein Hindernis dar, dessen Erkennbarkeit für nachfolgende Fahrzeuglenker angesichts der Dunkelheit, des Regens und der nassen Strasse erschwert war. Es ist mithin glücklichen Umständen zu verdanken, dass keine weiteren Verkehrsteilnehmer in den vom Rekurrenten verursachten Unfall involviert wurden.

cc) Für die Sicherheit im Strassenverkehr ist von grundlegender Bedeutung, dass die Verkehrsteilnehmer ihre Geschwindigkeit den Umständen anpassen (vgl. BGE vom 6. Juni 2003, 6A.29/2003, E. 3.3). Bei der hier in Frage stehenden Verkehrsregelverletzung ist zu prüfen, ob der Fahrzeuglenker unter den gegebenen Verhältnissen zu schnell gefahren ist. Je weniger die Geschwindigkeit den Verhält-

nissen angepasst ist, desto schwerer wiegt das Verschulden. Bei der Beurteilung können allgemeine Empfehlungen berücksichtigt werden, welche den Fahrzeuglenkern für gewisse Situationen (zum Beispiel Witterungsbedingungen, welche insbesondere die Gefahr von Aquaplaning schaffen) die Einhaltung bestimmter Tempolimiten anraten (vgl. BGE vom 6. Juni 2003, 6A.29/2003, E. 3.2.2 und 3.3). Aquaplaning ist darauf zurückzuführen, dass die Reifen beim Abrollvorgang auf nasser Fahrbahn nicht genügend Wasser in die Profilschnitte aufzunehmen oder zu verdrängen vermögen, so dass sie aufschwimmen (vgl. BGE vom 19. Juli 2007, 6A.89/2006, E. 2.2). Bei welcher Geschwindigkeit Aquaplaning auftritt, wird vorab beeinflusst vom Ausmass des Wasserfilms, von der Beschaffenheit der Fahrbahnoberfläche sowie von der Art der Reifen und von ihrem Zustand. Ausschlaggebend für das Aufschwimmen der Reifen auf einem Wasserkeil mit Verlust der Steuerungs- und Bremsmöglichkeit ist letztlich die Fahrgeschwindigkeit (vgl. R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band I: Grundlagen, Verkehrszulassung und Verkehrsregeln, 2. Aufl. 2002, Rz. 607). Ob es zu einem Aufschwimmen der Reifen kommt, hängt wesentlich von der Geschwindigkeit des Fahrzeugs ab. Untersuchungen haben ergeben, dass je nach Bauart und Verschleiss der Reifen schon bei Geschwindigkeiten unter 80 km/h auf entsprechend nasser Fahrbahn akute Aquaplaning-Gefahr droht (vgl. BGE 120 Ib 312 E. 4c mit Hinweis auf BGE 103 IV 41). Wer mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h auf der Normalspur einer regennassen Fahrbahn unterwegs ist, den trifft in der Regel ein mittelschweres bis schweres Verschulden (vgl. BGE vom 20. Oktober 2005, 6A.41/2005). Konkret hat das Bundesgericht das Verschulden eines Lenkers, der Ende August gegen 20.00 Uhr auf der Autobahn bei starkem Regen bei einer Geschwindigkeit von etwa 120 km/h infolge Aquaplanings die Herrschaft über sein Fahrzeug verlor, als schwer gewertet, da der Lenker unter diesen Umständen grobfahrlässig gehandelt habe, weil er sich der Gefährlichkeit der verkehrswidrigen Fahrweise bewusst sein musste und es auch war (vgl. BGE 120 Ib 312 E. 4c). Die Verwaltungsrekurskommission ist im Fall einer Fahrzeuglenkerin, die im September nachmittags um 15.00 Uhr an der gleichen Stelle wie der Rekurrent bei starkem Regen und einer Geschwindigkeit von 100 km/h infolge Aquaplanings die Herrschaft über das Fahrzeug verlor, von einem schweren Verschulden ausgegangen (vgl. VRKE IV-2003/43 vom 2. Juli 2003 E. 4b/bb).

Der Rekurrent war nachts bei Regen auf der Autobahn mit einer über der zulässigen Höchstgeschwindigkeit liegenden Geschwindigkeit von 130 km/h unterwegs. Die allgemeine Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen von 120 km/h gemäss Art. 4a Abs. 1 lit. d der Verkehrsregelnverordnung (SR 741.11, abgekürzt: VRV) bezieht sich gemäss dem Wortlaut ausdrücklich auf günstige Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnisse. Zur Intensität des Regens im Zeitpunkt des Unfalls ist den Akten lediglich zu entnehmen, dass es nach Angaben des Rekurrenten offenbar nicht erforderlich war, den Scheibenwischer «speziell schnell» laufen zu lassen. Unbestritten ist, dass die Fahrbahn nass war und dass es im Zeitpunkt des Unfalls nach wie

vor regnete. Zudem war es Nacht. Damit waren sowohl die Strassen- als auch die Sichtverhältnisse keinesfalls günstig. In dieser Situation muss der Autofahrer selbst auf Autobahnen mit vereinzelten grossen Wasserlachen infolge unebener Fahrbahn oder ungenügenden Abflusses rechnen (vgl. Schaffhauser, a. a. O., Rz. 607 mit Hinweisen). Dass bei Regen und relativ hoher Geschwindigkeit die Gefahr von Aquaplaning latent vorhanden ist, muss bei einem Autofahrer als bekannt vorausgesetzt werden. Im Zweifelsfall gebietet denn auch die Vorsichtspflicht, eine Sicherheitsmarge einzulegen und die bei optimalen Verhältnissen auf Autobahnen zulässige Geschwindigkeit den Umständen entsprechend – gegebenenfalls auch erheblich – herabzusetzen (vgl. dazu GVP 1994 Nr. 14). Der Rekurrent hätte sich als routinierter Autofahrer – im vorinstanzlichen Verfahren gab er auf dem «Fragebogen zur beruflichen Angewiesenheit» eine durchschnittliche monatliche Fahrleistung von rund 2 900 Kilometern an – bei den gegebenen Verhältnissen der Gefahr des Aufschwimmens eines oder mehrerer Reifen bewusst sein und die Geschwindigkeit deutlich reduzieren müssen. Im Gegenteil ist er aber in grobfahrlässiger Weise gar von der zulässigen Höchstgeschwindigkeit nach oben abgewichen. Unter diesen Umständen ist die Vorinstanz zu Recht von einem schweren Verschulden des Rekurrenten ausgegangen.

d) Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Vorinstanz zu Recht von einer schweren Widerhandlung gegen die Verkehrsregeln ausgegangen ist und den Entzug des Führerausweises auf Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG gestützt hat.

22

Art. 16c Abs. 1 lit. a, Art. 33 Abs. 2 SVG (SR 741.01), Art. 6 Abs. 1 VRV (SR 741.11). Eine schwere Widerhandlung begeht, wer Fussgänger auf dem Fussgängerstreifen wahrnimmt, die Geschwindigkeit nicht reduziert, den Vortritt der Fussgänger missachtet und in einem Abstand von rund 2 Metern an ihnen vorbeifährt.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 20. August 2008

Aus den Erwägungen:

5. Gemäss Art. 33 Abs. 2 SVG hat der Fahrzeugführer vor Fussgängerstreifen besonders vorsichtig zu fahren und nötigenfalls anzuhalten, um den Fussgängern, die sich schon auf dem Streifen befinden oder im Begriff sind, ihn zu betreten, den Vortritt zu lassen. Diese Bestimmung wird in Art. 6 Abs. 1 VRV konkretisiert. Danach muss der Fahrzeugführer vor Fussgängerstreifen ohne Verkehrsregelung je-

dem Fussgänger oder Benützer eines fahrzeugähnlichen Gerätes, der sich bereits auf dem Streifen befindet oder davor wartet und ersichtlich die Fahrbahn überqueren will, den Vortritt gewähren. Er muss die Geschwindigkeit rechtzeitig mässigen und nötigenfalls anhalten, damit er dieser Pflicht nachkommen kann.

In tatsächlicher Hinsicht ist nicht bestritten, dass sich die beiden Fussgänger in der Stadt St.Gallen auf dem den Marktplatz auf der Höhe der Liegenschaft Nr. 18/20 überquerenden Fussgängerstreifen befanden. Der Rekurrent hat die Fussgänger gemäss seiner Darstellung anlässlich der polizeilichen Befragung im Anschluss an den Vorfall wahrgenommen, als sie noch ganz auf der anderen Seite des nicht mit einer Insel unterbrochenen Fussgängerstreifens, auf der anderen Fahrspur waren. Später gab er an, er habe sie «irgendwo in der Mitte» gesehen. Aus dem Umstand, dass der seitliche Abstand zwischen den Fussgängern auf dem Fussgängerstreifen und dem Fahrzeug des Rekurrenten im Zeitpunkt, als er den Fussgängerstreifen befuhr, ungefähr 2 Meter betrug, ergibt sich, dass er die Fussgänger in einem Zeitpunkt erkannt haben musste, in welchem er ohne Weiteres entsprechend den Regeln von Art. 33 Abs. 2 SVG und Art. 6 Abs. 1 VRV noch vor dem Fussgängerstreifen hätte anhalten und den Fussgängern das ihnen zustehende Vortrittsrecht gewähren können. Dies gilt umso mehr, als er sein Fahrzeug noch unmittelbar vorher auf rund 40 km/h beschleunigte. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Rekurrent am Dienstag, 29. Januar 2008, um 20.05 Uhr, als Lenker eines Personenwagens in St.Gallen auf dem Marktplatz in Richtung Schibenertor fahrend das Vortrittsrecht zweier Fussgänger auf dem Fussgängerstreifen Höhe Liegenschaft 18/20 missachtet und damit Art. 33 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 VRV schuldhaft verletzt hat.

6. b) Gemäss Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG begeht eine schwere Widerhandlung, wer durch grobe Verletzung von Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt. Mit der am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Änderung des Strassenverkehrsgesetzes hat der Gesetzgeber den Wortlaut von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG gänzlich dem Tatbestand von Art. 90 Ziff. 2 SVG angeglichen. Gemäss Botschaft ist damit keine materielle Änderung zum früheren Recht gewollt (vgl. Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung des Strassenverkehrsgesetzes, AS 1959 S. 679, abgekürzt: aSVG; vgl. Botschaft, in: BBl 1999 S. 4489; R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St.Gallen 2003, S. 161 ff., insbesondere S. 186). Damit stimmt Art. 90 Ziff. 2 SVG in Fortführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 16 Abs. 3 lit. a aSVG mit Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG überein (vgl. BGE 123 II 37 E. 1b mit Hinweis auf 120 Ib 285). Die dreifache Abstufung der Schwere der Widerhandlungen im Administrativrecht im Gegensatz zur doppelten Abstufung im Strafrecht führt deshalb dazu, dass die einfache Verkehrsregelverletzung im Sinn von Art. 90 Ziff. 1 SVG die leichte und die mittelschwere Widerhandlung im Sinn von Art. 16a und Art. 16b SVG umfasst.

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 Sinn von Art. 90 Ziff. 2 SVG ist bereits bei einer erhöhten abstrakten Gefährdung gegeben. Die erhöhte abstrakte Gefahr setzt die naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung voraus (vgl. BGE 123 II 106 E. 2a und 37 E. 1b). Grobe Fahrlässigkeit ist immer dann zu bejahen, wenn der Täter sich der allgemeinen Gefährlichkeit seiner krass verkehrswidrigen Fahrweise bewusst ist. Sie kann aber auch vorliegen, wenn er die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer pflichtwidrig gar nicht in Betracht zieht, also unbewusst fahrlässig handelt. In solchen Fällen bedarf jedoch die Annahme grober Fahrlässigkeit einer sorgfältigen Prüfung. Sie wird nur zu bejahen sein, wenn das Nichtbedenken der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ebenfalls auf Rücksichtslosigkeit beruht und daher besonders vorwerfbar ist (vgl. BGE 118 IV 285 E. 4). Die Annahme einer schweren Widerhandlung 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 (BBl 1999 S. 4489). Es gelten damit bezüglich der Abgrenzung dieser Widerhandlungen die bisherigen bekannten Massstäbe.

Ein Fussgänger wird dann konkret gefährdet, wenn er den Fussgängerstreifen bereits betreten hat und er anhalten, einen oder mehrere Schritte zurückgehen oder seinen Gang beschleunigen muss, um zu vermeiden, von einem Fahrzeug angefahren zu werden. Wenn ein Fahrzeuglenker den bereits auf dem Fussgängerstreifen befindlichen Fussgänger realisiert hat und dennoch zufährt, in der Annahme, der Fussgänger werde dem Recht des Stärkeren nachgeben und schon anhalten oder schneller gehen, dass es zu keinem Unfall kommt, handelt rücksichtslos und erfüllt somit eindeutig Art. 90 Ziff. 2 SVG auch subjektiv. Übersieht ein mit angemessener Geschwindigkeit fahrender Lenker einen Fussgänger, der in angemessenem Abstand vor ihm den Fussgängerstreifen betreten hat, so kommt es darauf an, ob er den Fussgänger mit Leichtigkeit hätte erkennen können und wie lange er nicht reagiert hat, obwohl er hätte bremsen müssen (vgl. J. Boll, Grobe Verkehrsregelverletzung, Davos 1999, S. 92 f.).

Vorab ist festzuhalten, dass es sich bei Art. 33 Abs. 2 SVG um eine zentrale Verkehrsvorschrift handelt, deren Missachtung regelmässig zu schweren Unfällen führt (vgl. BGE 6A.80/2006 vom 24. Januar 2007, E. 3.3). Nach Art. 33 Abs. 2 SVG muss im Bereich von Fussgängerstreifen so gefahren werden, dass ein Anhalten zur Vortrittsgewährung an Fussgänger noch möglich bleibt. Der Rekurrent verletzte diese Vorschrift, indem er die beiden Fussgänger, welche von links den Marktplatz auf dem Fussgängerstreifen auf der Höhe der Liegenschaft 18/20 überqueren woll-

ten und auf welche die Sicht nicht beschränkt war, zwar zur Kenntnis nahm, jedoch seine Geschwindigkeit nicht reduzierte, sondern im Gegenteil erhöhte, sei es, dass er – wie die Polizei wahrnahm – den Motor hochdrehen liess, sei es, dass er – wie er selbst schilderte – vom ersten über den zweiten in den dritten Gang schaltete. Jedenfalls erreichte er eine Geschwindigkeit, die es ihm nicht mehr erlaubte, den Fussgängern, die bereits im Begriff waren, den Marktplatz zu überqueren, den ihnen zukommenden Vortritt auf dem Fussgängerstreifen zu gewähren. Wo genau sich der Rekurrent mit seinem Fahrzeug befunden hat, als die beiden Fussgänger links von seiner Fahrtrichtung den rund 15 Meter langen Fussgängerstreifen betraten, steht nicht fest. Ebenso wenig stehen Beschleunigung und Geschwindigkeit des Fahrzeugs und die Geschwindigkeit der Fussgänger fest. Die Polizei stellte zur Sachverhaltsermittlung den beiden Fussgängern per E-Mail verschiedene Fragen zum Ablauf des Vorfalls. Dabei hat sie zwar nicht danach gefragt, ob sie gezwungen gewesen seien, wegen der Fahrweise des Rekurrenten anzuhalten. Soweit die beiden Fussgänger zur Schätzung von Geschwindigkeiten und Distanzen aufgefordert wurden, sind ihre Angaben wohl durch das subjektive Erleben, nach welchem sich die Polizei in erster Linie erkundigt hat (1. Wie haben Sie den Vorfall subjektiv erlebt? 2. Fühlten Sie sich zu irgendeinem Zeitpunkt gefährdet?), beeinflusst. So beträgt deren Schätzung der Geschwindigkeit des Rekurrenten mit 75 bis 80 km/h rund das Doppelte jener der Polizei von 40 km/h. Der seitliche Abstand wird auf höchstens oder rund einen Meter geschätzt, während eine Messung aufgrund des Luftbildes bereits zwischen der Mitte des zweiten Schienenstranges der Trogenerbahn und der linken Begrenzung des Fahrstreifens des Rekurrenten von gegen zwei Metern ergibt. Zur Frage nach dem Standort im Zeitpunkt, als das Fahrzeug des Rekurrenten beschleunigt wurde, gab die eine Person an, «Mitte Fussgängerstreifen». Die andere realisierte nicht genau, von wo das Auto kam. Als sie das Auto gesehen habe, sei sie etwa bei den zweiten Bahnschienen, ca. auf dem fünften Streifen (von rechts) gestanden. Die Polizeipatrouille beobachtete den Ablauf der Ereignisse aus der Entfernung von wenigen Metern und konnte über das Dach des Fahrzeugs des Rekurrenten hinweg und aufgrund der konkreten Standorte der Fussgänger ohne weiteres erkennen, ob letztere durch das Verhalten des Rekurrenten anhalten mussten. Daraus und aus den polizeilichen Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich, dass die beiden Fussgänger aufgrund des Verhaltens des Rekurrenten zum Anhalten gezwungen waren.

Auch in subjektiver Hinsicht liegt eine schwere Widerhandlung vor. Der Rekurrent hat in der polizeilichen Befragung im Anschluss an den Vorfall nicht bestritten, die beiden Fussgänger wahrgenommen zu haben, als sie sich bereits auf dem Fussgängerstreifen befanden. Vielmehr ging er davon aus, er werde genügend Abstand haben, andernfalls er angehalten hätte. Damit hat er das Vortrittsrecht der Fussgänger vorsätzlich verletzt. Dieses Recht kommt gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 VRV insbesondere jenen Personen zu, die sich bereits auf dem Fussgängerstreifen befinden. Die Fussgänger hatten den gegen 15 Meter langen

Streifen auch nicht in einem Zeitpunkt betreten, in welchem der Rekurrent lediglich noch mit einem brüsken Manöver rechtzeitig hätte anhalten können. Auch die Länge des Streifens ist nicht geeignet, am Vortrittsrecht der Fussgänger etwas zu ändern. Gemäss Art. 47 Abs. 3 VRV gilt lediglich bei Fussgängerstreifen ohne Verkehrsregelung, die durch eine Verkehrsinsel unterteilt sind, jeder Teil des Überganges als selbständiger Streifen. Schliesslich ist das Fussgängeraufkommen auf dem Marktplatz an einem Dienstagabend um 20.00 Uhr nicht so intensiv, dass Fahrzeuge darauf angewiesen wären, dass Fussgänger auf die Ausübung ihres Vortrittsrechts auf dem Fussgängerstreifen verzichten.

Die Aussagen des Rekurrenten gegenüber der Polizei sind im Übrigen widersprüchlich. Einerseits gibt er an, von Anfang an geschaut zu haben, ob sich eventuell Fussgänger von links näherten, und keine gesehen zu haben. Erst danach habe er gesehen, dass die Fussgänger irgendwo in der Mitte gewesen seien. Anderseits will er die Fussgänger noch sehr weit weg, also auf der anderen Fahrspur gesehen haben. Selbst wenn der Rekurrent die Fussgänger zunächst nicht bewusst wahrgenommen haben sollte und ihr Vortrittsrecht nicht mehr oder nur mit einer brüsken Bremsung hätte wahren können, ist sein Verschulden schwer im Sinn von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG. Die Sicht von der vom Rekurrenten befahrenen Fahrspur auf den Fussgängerstreifen war gegen links und insbesondere auch zum linksseitigen Trottoir nicht eingeschränkt. Hingegen war die Sicht auf das rechtsseitige Trottoir – wie sich aus der zweiten Fotografie im Polizeirapport ergibt – durch einen parkierten Personenwagen und den Patrouillenwagen der Stadtpolizei leicht beeinträchtigt (zur Zulässigkeit des Haltens vor Fussgängerstreifen vgl. Art. 18 Abs. 2 lit. e VRV, wonach das freiwillige Halten auf und seitlich angrenzend an Fussgängerstreifen sowie, wo keine Halteverbotslinie angebracht ist, näher als fünf Meter vor dem Fussgängerstreifen auf der Fahrbahn und dem angrenzenden Trottoir untersagt ist). Zudem verläuft die Strasse im Bereich des Fussgängerstreifens in einer leichten Rechtskurve. Unter diesen Umständen wäre es geboten gewesen, die Aufmerksamkeit nicht nur auf die linke, sondern insbesondere auch auf die rechte Seite des Fussgängerstreifens zu richten. Die leicht beeinträchtigte Sicht und die Tatsache, dass es sich beim Marktplatz um einen zentralen Platz der St.Galler Innenstadt handelt, der auch an einem Dienstagabend um 20.00 Uhr belebt ist, hätten den Rekurrenten zu erhöhter Vorsicht und Aufmerksamkeit verpflichtet. Demgegenüber hat er vielmehr sein Fahrzeug auf eine nach der Darstellung im Polizeirapport unangepasst hohe Geschwindigkeit beschleunigt («für die Verhältnisse im Zentrum der Stadt zu schnell»). In diesem Verhalten kommt, soweit der Rekurrent das Vortrittsrecht der Fussgänger nicht bewusst verletzt hat, zumindest eine Gedankenlosigkeit zum Ausdruck, die als Rücksichtslosigkeit und damit als schweres Verschulden zu bewerten ist.

8. Raumplanung und Baurecht

23

Art. 16a RPG (SR 700), Art. 34 Abs. 3 RPV (700.1) und Art. 20 BauG (sGS 731.1). Ein vormaliges Betriebsleiterpaar, das nie auf dem Hof wohnte, hat keinen Anspruch auf Wohnraum in der Landwirtschaftszone.

Verwaltungsgericht, 12. Februar 2008

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung für eine Bewilligung ist nach Art. 22 Abs. 2 RPG, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (lit. a) und dass das Land erschlossen ist (lit. b). In der Landwirtschaftszone zonenkonform sind nach Art. 16a Abs. 1 RPG in Verbindung mit Art. 20 BauG Bauten und Anlagen, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Nach Art. 34 Abs. 4 RPV darf die Bewilligung nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (lit. a); der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b) und der Betrieb voraussichtlich länger bestehen kann (lit. c).

2.1. Mit Art. 16a RPG sollte an den strengen Kriterien, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die Zonenkonformität aufgestellt hatte, festgehalten werden (vgl. ZBl 2002 S. 585 mit Hinweis u. a. auf Botschaft des Bundesrats zu einer Teilrevision des RPG vom 22. Mai 1996, BBl 1996 III 533). Davon ging auch der Verordnungsgeber beim Erlass der konkretisierenden Norm von Art. 34 Abs. 3 RPV aus. Danach sind Bauten für den Wohnbedarf zonenkonform, wenn der Wohnbedarf für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich ist, einschliesslich des Wohnbedarfs der abtretenden Generation (vgl. B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 405 mit Hinweis auf ZBl 2002 S. 585 und Pra 2001 Nr. 143, S. 858; Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 16a N 14).

2.2. Die Unentbehrlichkeit richtet sich weder nach den subjektiven Vorstellungen und Wünschen des Gesuchstellers noch nach der persönlichen Zweckmässigkeit und Bequemlichkeit. Vielmehr ist in jedem einzelnen Fall anhand objektiver Kriterien zu prüfen, ob eine betriebliche Notwendigkeit besteht, ausserhalb der Bauzonen Wohnsitz zu nehmen. Dabei ist zu unterscheiden, in welchem Umfang eine ständige Anwesenheit des Bewirtschafters und der betrieblich benötigten Arbeitskräfte notwendig ist. Diese Beurteilung hängt insbesondere von Art und Umfang der betriebsnotwendigen Überwachungsaufgaben, von der Distanz zur nächsten Wohnzone sowie von der Frage ab, ob das Gewerbe hauptberuflich ausgeübt wird.

Ist die Betriebsführung auch von der Wohnzone aus möglich oder verlangen die betrieblichen Verhältnisse keine dauernde Anwesenheit, fehlt es am erforderlichen sachlichen Bezug des Bauvorhabens zur landwirtschaftlichen Produktion (vgl. Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 16a N 14). In der Landwirtschaftszone sind somit nur solche Wohngebäude zonenkonform, die in ihrer konkreten Ausgestaltung für eine zweckmässige Bewirtschaftung des Bodens am vorgesehenen Standort notwendig und nicht überdimensioniert sind. Der landwirtschaftliche Zweck darf nicht bloss Vorwand sein, um ein Bauvorhaben zu verwirklichen, das für die Bewirtschaftung des Bodens nicht erforderlich ist. Das Vorrecht, ausserhalb der Bauzone zu wohnen, bleibt daher einem relativ engen Personenkreis vorbehalten. Dazu zählen nur Leute, die als Betriebsinhaber oder Hilfskraft unmittelbar in der Landwirtschaft tätig sind, ihre Familienangehörigen sowie die abtretende Generation, welche ein Leben lang in der Landwirtschaft tätig war (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 405 mit Hinweis auf BGE 121 II 310 Erw. 3b; ZBl 1995 S. 378 f. Erw. 3a und BGE 121 II 68 f. Erw. 3a mit Hinweisen; vgl. auch P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 175 mit Hinweisen).

2.3. Einem abtretenden Landwirt steht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann ein Anspruch auf Wohnraum in der Landwirtschaftszone zu, wenn er den Hof zuvor selber bewirtschaftet und dort während längerer Zeit gelebt hat. Das Bundesgericht argumentiert, diese Voraussetzung ergebe sich aus dem Zweck des Altenteilsrechts. Dieses solle dem Bewirtschafter sein Vorrecht, ausserhalb der Bauzone zu wohnen, auch im Ruhestand sichern. Es wäre aus sozialen Gründen unbillig, den Bauern, der den Hof ein Leben lang geführt hat, nach der Übergabe des Betriebs zum Verlassen seiner vertrauten Umgebung zu zwingen. Zudem erleichtere sein Verbleiben auf dem Hof die landwirtschaftliche Generationenfolge. Der bisherige Betriebsinhaber könne den Nachfolger mit Rat und Tat unterstützen und bei Bedarf gelegentlich einspringen. Diese Zielsetzungen schliessen es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus, das Altenteilsrecht auf ehemalige Landwirte auszudehnen, die den Betrieb bisher nicht geführt und nicht auf ihm gelebt haben. Ihnen fehle die soziale und betriebliche Verwurzelung, welche die Aufrechterhaltung des Vorrechts, in der Landwirtschaftszone wohnen zu dürfen, rechtfertigen würde (Urteil des Bundesgerichts vom 22. August 2001, 1A.19/2001, in: ZBl 2002 S. 582 f. mit Hinweis auf BGE 112 Ib 259 E. 2a; vgl. auch Bundesamt für Raumentwicklung, Neues Raumplanungsrecht, Erläuterungen zur RPV und Empfehlungen für den Vollzug, Bern 2001, S. 31 und VerwGE vom 27. Februar 2007 i. S. S. H. in: www.gerichte.sg.ch). Ausserdem muss der Bedarf aktuell sein; daran fehlt es, wenn eine Hofübergabe an die nächste Generation ungewiss und frühestens in 20 Jahren zu erwarten ist (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 14 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts vom 16. November 2000, 1A.130/2000, in: ZBl 2002 S. 136 ff.).

3. Nach Art. 24 RPG können abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder deren Zweck zu ändern, wenn: der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen

erfordert (lit. a); keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (lit. b). Nicht zonenkonforme Bauten und Anlagen sind erlaubt, wenn sie standortgebunden sind. Das Erfordernis der Standortgebundenheit verlangt, dass eine Baute oder Anlage auf eine bestimmte Lage ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Ob dies zutrifft, beurteilt sich allein nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Generell sind bei der Standortgebundenheit strenge Anforderungen zu stellen (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 24 RPG N 8 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; Heer, a.a.O, Rz. 427 mit Hinweisen).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stimmt der Begriff der Zonenkonformität bei Landwirtschaftsbetrieben im Wesentlichen mit demjenigen der Standortgebundenheit im Sinn von Art. 24 RPG überein (BGE 125 II 281, 121 II 310).

4. Unbestritten ist, dass der Landwirtschaftsbetrieb der Beschwerdeführer voraussichtlich länger bestehen kann und dass die ordentliche Bewirtschaftung die dauernde Anwesenheit des Betriebsleiterpaares erfordert. Dementsprechend hat das Amt für Raumentwicklung (ARE) festgehalten, für den für die Beschwerdeführer und ihre Kinder vorgesehenen Wohnraum könne eine ordentliche Bewilligung nach Art. 22 Abs. 1 RPG in Verbindung mit Art. 20 BauG und Art. 16a Abs. 1 RPG sowie Art. 34 Abs. 3 RPV in Aussicht gestellt werden. Strittig ist, ob das Baugesuch (auch) hätte abgewiesen werden dürfen, weil das ARE die Zustimmung zur Einliegerwohnung verweigert hat.

4.1. Unbestritten ist, dass die Eltern des Beschwerdeführers und heutigen Betriebsleiters den Landwirtschaftsbetrieb zwar bewirtschaftet haben, ohne allerdings je auf dem Hof zu wohnen. Sie lebten an der O-gasse in der Bauzone von S. Nach der Hofübergabe haben die vormaligen Betriebsleiter dieses Wohnhaus den Beschwerdeführern überlassen und sind in eine Eigentumswohnung an der O-gasse gezogen. Zudem fand die Hofübergabe bzw. der Generationenwechsel gemäss Angaben des Betriebsberaters am 1. Januar 1995 statt, somit vor mehr als 13 Jahren. Bei dieser Sachlage ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, die rechtlichen Voraussetzungen für die Einräumung eines Altenteilrechts in der Landwirtschaftszone seien nicht erfüllt. Daran ändert nichts, dass die ordentliche Bürgerversammlung am 22. März 1996 einen Baurechts- und einen Pachtvertrag mit dem Beschwerdeführer genehmigt hat bzw. dass die Erstellung eines Wohnhauses bereits zu diesem Zeitpunkt geplant war und dass das Vorhaben aus verschiedenen Gründen, u. a. wegen eines Grundwasserschutzareals, vorerst nicht verwirklicht werden konnte. Hinzu kommt, dass das ARE dem Bau einer Einliegerwohnung in der nun geplanten Grössenordnung wohl auch zu einem früheren Zeitpunkt nicht hätte zustimmen können. Unberücksichtigt bleiben muss weiter, dass es den Beschwerdeführern seit langem ein Anliegen ist, zusammen mit dem vormaligen Betriebsleiterpaar in unmittelbarer Nähe der Betriebsgebäude wohnen zu können.

4.2. Die Beschwerdeführer wenden zwar ein, die Eltern würden auf dem Hof mitarbeiten bzw. es handle sich um Angestellte, und die wirtschaftliche Existenz des Betriebs werde in Frage gestellt, wenn die Generationen, was die Wohnverhältnisse anbetreffe, nun «künstlich» getrennt würden. Die Tatsache, dass der Betrieb rund zwei Kilometer von der Wohnung des vormaligen Betriebsleiterpaares entfernt liege, bedeute für den Vater des Beschwerdeführers eine immer grössere Hürde, denn er möchte auch mit zunehmendem Alter auf dem Betrieb aktiv mithelfen. Es sei mit Stress und Zeitverschleiss verbunden, wenn er die Distanz mehrmals am Tag zu Fuss zurücklegen müsse.

Tatsache ist, dass der Landwirtschaftsbetrieb schon vor dem Generationenwechsel von der nahe gelegenen Bauzone aus bewirtschaftet worden ist und dass dies bis heute nicht anders ist. Es ist verständlich und nachvollziehbar, dass sich die Beschwerdeführer wünschen, die Wegstrecke zwischen Wohnung und Betrieb sollte den Eltern des Beschwerdeführers (der vormalige Betriebsleiter hat Jahrgang 1939) im Alter erspart bleiben. Dadurch wird indessen eine für die abgetretene Generation vorgesehene Einliegerwohnung in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform, zumal nicht behauptet wird, neben der ständigen Anwesenheit der Beschwerdeführer in unmittelbarer Nähe der Ökonomiegebäude sei auch diejenige des vormaligen Betriebsleiters aus betrieblichen Gründen unabdingbar. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Eltern des Beschwerdeführers offenbar als (Teilzeit)Angestellte auf dem Betrieb mitarbeiten. Soweit betrieblich eine ständige Anwesenheit des Personals nicht erforderlich ist, gilt dessen Wohnraum nur dann als zonenkonform, wenn die nächste Wohnzone weit entfernt und schwer erreichbar ist. Letzteres ist nicht anzunehmen, wenn ein Fussmarsch von 20–30 Minuten erforderlich ist, um an den Betriebsort zu gelangen (VerwGE vom 27. Februar 2007 i. S. S. H. in: www.gerichte.sg.ch) mit Hinweis auf Heer, a. a. O., Rz. 405 mit Hinweis auf BGE 116 Ib 230 E. 3a, 113 Ib 142 E. 5a, 121 II 69 E. 3a und 117 Ib 268 E. 2b; ZBl 1995 S. 378 mit Hinweisen). Ein Arbeitsweg von 2 km ist somit auch für ältere Personen, die auf einem landwirtschaftlichen Betrieb mitarbeiten, kein unzumutbares Hindernis. Die Distanz zwischen dem Wohnhaus in der Landwirtschaftszone und der Wohnung der vormaligen Betriebsleiter in der Bauzone würde es den Beschwerdeführern im übrigen nicht wesentlich erschweren, die Eltern des Beschwerdeführers im Pflegefall zu umsorgen.

4.3. Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, es sei aus betriebswirtschaftlicher Sicht ungünstig, wenn in einigen Jahren für viel Geld erneut Wohnraum geschaffen werden müsse, um einen Angestellten unterzubringen und den nächsten Generationenwechsel vorzubereiten. Der am Augenschein der Vorinstanz anwesende Betriebsberater habe ausgeführt, der Betrieb werde wachsen und es sei nicht sinnvoll, wenn in zehn Jahren eine neue Baueingabe gemacht werden müsse.

In diesem Zusammenhang fällt ins Gewicht, dass offen ist, ob ein allfälliger künftiger Angestellter der Beschwerdeführer aus betrieblichen Gründen zwingend am

Arbeitsort leben müsste, zumal der landwirtschaftliche Betrieb nicht weit vom Dorf S. entfernt liegt und deshalb selbst zu Fuss innert nützlicher Frist ohne weiteres erreichbar ist. Hinzu kommt, dass der Wohnraum, den die Beschwerdeführer für sich und ihre Familie planen, 225 m^2 umfasst. Ein Mitarbeiter könnte somit untergebracht werden. Die Schaffung einer $3^1/_2$-Zimmer-Wohnung, wie sie geplant ist, wäre für diesen Zweck jedenfalls überdimensioniert und deshalb nicht betriebsnotwendig.

Bezüglich eines künftigen Generationenwechsels mit damit verbundenem Bedarf an Wohnraum ergibt sich, dass dieser nicht aktuell ist, steht doch vorerst der Bau einer Betriebsleiterwohnung für die aktive Generation zur Diskussion. Sodann sind die Kinder der Beschwerdeführer erst 11, 10, 8 und 6 Jahre alt. Eine Betriebsübernahme ist deshalb in absehbarer Zeit ohnehin nicht zu erwarten.

24

Art. 16a und Art. 22 Abs. 1 RPG (SR 700), Art. 34 Abs. 4 lit. a RPV (SR 700.1). Art. 78 Abs. 2 lit. b BauG (sGS 731.1). Es besteht kein Anspruch, die maschinelle Bewirtschaftung einer landwirtschaftlich genutzten Fläche mittels Geländeveränderungen zu optimieren.

Verwaltungsgericht, 3. April 2008

A. ist Eigentümer eines rund 2 ha grossen Grundstücks, das zur Hälfte in der Landwirtschaftszone liegt und zur Hälfte aus Wald besteht. A. reichte ein Baugesuch für Geländeveränderungen im Bereich des Wieslandes ein. Er beabsichtigte, an zwei Stellen Erdreich abzutragen und für Geländeauffüllungen zu verwenden. Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) verweigerte die Zustimmung zur Baubewilligung, worauf der Gemeinderat das Baugesuch abwies. A. erhob Rekurs und brachte vor, die Geländeanpassungen seien notwendig, damit der Pächter das Wiesland durchgehend maschinell bewirtschaften könne. Die Regierung wies den Rekurs ab. Auch eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer vertritt den Standpunkt, der angefochtene Entscheid habe seine Rechtsgrundlage zu Unrecht in Art. 16a RPG in Verbindung mit Art. 20 BauG und Art. 34 bis 38 RPV. Er begründet dies damit, die geplanten Eingriffe in das Gelände seien weder Bauten noch Anlagen im Sinn des Raumplanungsrechts des Bundes. Die Harmonisierung des Geländes ermögliche eine maschinelle und damit rationelle Bewirtschaftung der landwirtschaftlich genutzten Fläche. Die Fra-

ge, ob das in der Landwirtschaftszone geplante Vorhaben dem Zweck der Nutzungszone im Sinn von Art. 22 RPG entspreche, beurteile sich deshalb nach Art. 16 RPG.

3.1. Die Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet gehört zu den zentralen Anliegen des RPG. Den Vorschriften über das Bauen ausserhalb der Bauzonen kommt deshalb grosse Bedeutung zu (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 393). Im Rahmen der Teilrevision des RPG von 1998 wurde die Landwirtschaftszone neu definiert (Art. 16 RPG). Gleichzeitig wurden die zonenkonforme Nutzung und der Kreis der zonenkonformen Bauten und Anlagen erweitert (Art. 16a und Art. 16b RPG).

Landwirtschaftszonen dienen nach Art. 16 Abs. 1 RPG der langfristigen Sicherung der Ernährungsbasis des Landes, der Erhaltung der Landschaft und des Erholungsraums oder dem ökologischen Ausgleich und sollen entsprechend ihren verschiedenen Funktionen von Überbauungen weitgehend freigehalten werden. Sie umfassen Land, das sich für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder den produzierenden Gartenbau eignet und zur Erfüllung der verschiedenen Aufgaben der Landwirtschaft benötigt wird (lit. a), oder im Gesamtinteresse landwirtschaftlich bewirtschaftet werden soll (lit. b). Art. 16 Abs. 1 RPG richtet sich in erster Linie an die für die Nutzungsplanung zuständigen Behörden von Kantonen und Gemeinden und gibt ihnen die für die Festsetzung der Landwirtschaftszonen massgebenden Kriterien vor. Gleichzeitig steht diese Vorschrift im Dienst der Ziele der Raumplanung und der Agrarpolitik, indem sie die verfassungsrechtlich geforderte Trennung von Bau- und Nichtbaugebieten verwirklicht und so einen Beitrag leistet, um der Landwirtschaft ausreichende Existenzgrundlagen bereitzuhalten (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 16 N 1 und 3).

Demgegenüber umschreibt Art. 16a RPG die Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone. Art. 16a RPG ist für die Bewilligungsbehörden in jedem Bewilligungsverfahren zur Errichtung von neuen Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone unmittelbar anwendbar und verbindlich (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 16a N 1 ff.). Diese Vorschrift wird in Art. 34 bis 38 RPV konkretisiert.

Nach Art. 20 Abs. 1 BauG richtet sich die Zweckbestimmung der Landwirtschaftszonen nach Bundesrecht. Abs. 2 dieser Vorschrift sieht vor, dass sich die Zulässigkeit von Bauten und Anlagen in den Landwirtschaftszonen nach Bundesrecht und nach kantonalem Recht richtet.

3.2. Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Der für den Umfang der Bewilligungspflicht massgebende Begriff der Bauten und Anlagen wird im Bundesrecht nicht näher umschrieben (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 22 N 9, BGE 113 Ib 315 E. 2b, 119 Ib 226 E. 3a, 123 II 259 E. 3). Für die Beurteilung der Bewilligungspflicht ist entscheidend, ob mit dem Vorhaben so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit ver-

schaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (Heer, a. a. O., Rz. 855 mit Hinweisen).

Nach einer ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als Bauten und Anlagen im Sinn von Art. 22 Abs. 1 RPG auch «jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen» (grundlegend BGE 113 Ib 314 E. 2b S. 315 f.; vgl. auch BGE 123 II 256 E. 3 S. 259, 120 Ib 379 E. 3c S. 383 f., 118 Ib 49 E. 2a S. 52; Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 22 N 10 mit zahlreichen Hinweisen; Heer, a. a. O., Rz. 855 mit Hinweisen; Chr. Bandli, Bauen ausserhalb der Bauzonen, Diss. Bern 1989, S. 99 ff. mit Hinweisen). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist eine Bewilligung gestützt auf diese Vorschrift auch für Terrainveränderungen erforderlich, wenn diese erheblich sind, wie z. B. der Betrieb einer Kiesgrube oder die Aufschüttung für einen Autoabstellplatz. Ausschlaggebend für die Bejahung der Bewilligungspflicht ist dabei nicht allein die Veränderung des Geländes durch Abtragung, Auffüllung oder andere Massnahmen. Es kommt vielmehr auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens insgesamt an (BGE 119 Ib 226 E. 3a).

3.3. Nach Art. 78 Abs. 1 BauG bedürfen das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen einer Bewilligung. Nach Art. 78 Abs. 2 lit. g BauG unterstehen insbesondere auch «eingreifende Veränderungen des Geländes» der Bewilligungspflicht. Nach der Praxis des AREG gelten Terrainanpassungen von bis zu 100 m^3 in der Regel als unerhebliche Veränderung des Raums und sind somit nicht bewilligungspflichtig.

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass es sich bei den geplanten Abtragungen von und Auffüllungen mit Erdmaterial auf seinem Grundstück insgesamt um eine bewilligungspflichtige Terrainveränderung im Sinn von Art. 78 Abs. 2 lit. g BauG handelt. Somit steht auch fest, dass der Eingriff in den Geländeverlauf eine im Sinn von Art. 22 Abs. 1 RPG bewilligungspflichtige Anlage ist, zumal der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen nach Art. 22 Abs. 1 RPG von den Kantonen wohl weiter, nicht aber enger gefasst werden kann (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 22 N 13; Urteil des Bundesgerichts 1A.202/2006 vom 10. September 2007 E. 4). An dieser Beurteilung ändert nichts, dass dem Beschwerdeführer anlässlich des Augenscheins vom 2. Mai 2007 und mit Schreiben der Vorinstanz vom 3. Mai 2007 mitgeteilt worden ist, für massvolle Terrainauffüllungen von insgesamt nicht mehr als 100 m^3 in den Gebieten 5 und 7 gemäss Situationsplan vom 25. August 2006 sei keine Baubewilligung erforderlich. Weil der Beschwerdeführer die Bewilligung des Vorhabens als Ganzes beantragt hatte, war die Vorinstanz entgegen seiner Annahme sodann nicht verpflichtet, einzelne nicht bewilligungspflichtige Terrainanpassungen im angefochtenen Entscheid ausdrücklich als solche auszuscheiden.

3.4. Anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts hat sich bestätigt, dass die Behauptung des Beschwerdeführers nicht zutrifft, die geplanten Eingriffe in den natürlichen Terrainverlauf hätten insgesamt keine «erhebliche Veränderung des Raums» im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Folge. Das Gelände soll in zwei Gebieten in einer Höhe von maximal 1,5 m abgetragen und in drei Gebieten in einer Höhe von maximal 1,5 m aufgefüllt werden. Diese Terrainveränderungen in verschiedenen landwirtschaftlich genutzten Bereichen des Grundstücks hätten zweifellos erhebliche Auswirkungen auf das Erscheinungsbild des heute stark strukturierten, teilweise buckligen Geländes.

3.5. Die Rüge des Beschwerdeführers, der angefochtene Entscheid beruhe auf falschen Rechtsgrundlagen bzw. sein Vorhaben sei keine bewilligungspflichtige Anlage im Sinn von Art. 22 Abs. 1 RPG, erweist sich somit als unbegründet. Insoweit ist die Beschwerde abzuweisen.

25

Art. 16a, Art. 24 Abs. 1 und Art. 24c RPG (SR 700), Art. 34 Abs. 4 lit. a und Art. 41 RPV (SR 700.1). Geländeveränderungen in der Landwirtschaftszone müssen für die Bewirtschaftung notwendig sein. Dabei ist unerheblich, ob durch den Abbau von Lehm oder Torf oder aus anderen Gründen früher bereits einmal in den natürlichen Geländeverlauf eingegriffen worden war oder ob dieser zum ersten Mal verändert werden soll. Für den Stichtag zur Bestimmung der altrechtlichen Bauten und Anlagen ist in erster Linie auf das Inkrafttreten des früheren Gewässerschutzgesetzes und damit auf den 1. Juli 1972 abzustellen. Später erstellte Bauten und Anlagen fallen nur dann in den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG, wenn sie aufgrund einer Zonenplanänderung von der Bauzone in eine Nichtbauzone gelangten.

Verwaltungsgericht, 30. April 2008

H. ist Eigentümer eines 1,39 ha grossen Grundstücks in der Landwirtschaftszone. Dieses ist Teil des rund 9,8 ha grossen Landwirtschaftsbetriebs, den H. im Nebenerwerb bewirtschaftet. Die Flächen dienen vorwiegend der Futterproduktion (Graswirtschaft) für die Ammenkuhhaltung. H. nahm auf dem Grundstück eine Terrainauffüllung vor. Nachträglich stellte er auf behördliche Intervention hin ein Baugesuch. Danach sollte eine Fläche von rund 3 500 m^2 mit rund 4 000 m^3 Aushubmaterial aus Baustellen um bis zu 2,5 m aufgefüllt werden. Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation verweigerte die nachträgliche Zustimmung zur

Geländeauffüllung, worauf die Gemeinde das nachträgliche Baugesuch abwies. H. erhob Rekurs, der vom Baudepartement abgewiesen wurde. Auch eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

2. Zu prüfen ist, ob die Ablagerung von Erdreich auf dem Grundstück zonenkonform ist und deshalb gestützt auf Art. 22 RPG bewilligt werden kann. Unbestritten ist, dass es sich um eine erhebliche und damit bewilligungspflichtige Geländeanpassung handelt (vgl. dazu BGE 119 Ib 226).

2.1. Nach Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG setzt die Erteilung einer Bewilligung voraus, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der jeweiligen Nutzungszone entsprechen. Landwirtschaftszonen umfassen gemäss Art. 16 Abs. 1 RPG Land, das sich für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder den produzierenden Gartenbau eignet und zur Erfüllung der verschiedenen Aufgaben der Landwirtschaft benötigt wird (lit. a); oder im Gesamtinteresse landwirtschaftlich bewirtschaftet werden soll (lit. b). Bauten und Anlagen, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind, sind gemäss Art. 16a Abs. 1 RPG in der Landwirtschaftszone zonenkonform (vgl. auch Art. 34 Abs. 1 RPV).

Nach Art. 34 Abs. 4 lit. a RPV darf die Bewilligung nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage, so auch die bewilligungspflichtige Veränderung eines Geländeverlaufs, für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist. Die Anlage muss nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Gesichtspunkten betrieblich notwendig sein. Sodann darf sie nicht überdimensioniert sein. Bezugspunkt der Beurteilung bildet die in Frage stehende landwirtschaftliche oder gartenbauliche Bewirtschaftung (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 16a RPG N 21 und 22 mit Hinweisen). Weiter ist nicht jede Bewirtschaftungserleichterung ausreichend, um als nötig im Sinn von Art. 16a Abs. 1 RPG zu gelten. Art. 34 Abs. 4 lit. a RPV räumt Eigentümern von Boden in der Landwirtschaftszone keinen Anspruch darauf ein, die maschinelle Bewirtschaftung der landwirtschaftlich genutzten Flächen mittels bewilligungspflichtigen Terrainveränderungen immer und überall bestmöglich zu optimieren. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Geländeanpassungen für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig und nicht überdimensioniert sind (VerwGE vom 12. September/15. Oktober 2007 i. S. E. K.). Nach der Praxis des Baudepartements müssen die Auswirkungen einer Geländeveränderung das Betriebsergebnis massgebend beeinflussen. Sodann bedingt die Beurteilung der Notwendigkeit einer Bodenverbesserung eine sorgfältige Abklärung der Bodenqualität und erfordert daher in der Regel den Beizug eines landwirtschaftlichen Experten (Baudepartement des Kantons St.Gallen, Juristische Mitteilungen 2006/IV, Nr. 29).

Im Weiteren dürfen der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen und der Betrieb muss voraussichtlich längerfristig bestehen können (Art. 34 Abs. 4 lit. b und c RPV). Lenkenden Massstab der Interessenabwägung bilden namentlich die Ziele und Grundsätze von Art. 1 und

3 RPG. Mit raumplanerischen Massnahmen sollen unter anderem die natürlichen Lebensgrundlagen geschützt, das soziale, wirtschaftliche und kulturelle Leben in den einzelnen Landesteilen gefördert und die ausreichende Versorgungsbasis des Landes gesichert werden. Dabei ist darauf zu achten, dass die Landschaft geschont, die Landwirtschaft über genügend Flächen geeigneten Kulturlandes verfügt und naturnahe Landschaften und Erholungsräume erhalten bleiben. Diesen Zielsetzungen dient auch die Sicherung der Existenzfähigkeit landwirtschaftlicher Betriebe (VerwGE vom 9. Mai 2007 i. S. F. H. mit Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 2003, 1A.154/2002, in: ZBl 2004 S. 110).

2.2. Anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts hat sich bestätigt, dass der Geländeabschnitt im südlichen Teil des Grundstücks bereits verändert worden ist. Die neu gestaltete Fläche fällt in Richtung G-strasse ab und ist zum Teil bereits wieder mit Humus überdeckt und mit Gras bewachsen. Gemäss Baugesuch sollen insgesamt rund 4 000 m^3 Aushubmaterial abgelagert werden. Ein Teil dieses Volumens ist bereits vor Ort deponiert worden. Im mittleren Bereich der Geländeauffüllung, bei der provisorisch erstellten Grundstückzufahrt, befinden sich zwei Humushaufen. Die Abrisskante der bereits vorgenommenen Geländeauffüllung, die nach den Feststellungen der Vorinstanz anlässlich des Augenscheins vom 25. April 2007 von Südwesten nach Südosten verlaufen ist, ist nicht mehr vorhanden.

2.3. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz hätte in die Beurteilung miteinbeziehen müssen, dass es sich beim steil abfallenden Gelände, dessen Nivellierung Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens sei, nicht um einen natürlichen, gewachsenen Geländeverlauf handle. Vor rund 100 Jahren sei im Gebiet eine Ziegelei betrieben worden, was sich anhand alter Grusskarten belegen lasse. Noch heute sei das Wohnhaus, das sich im Bereich des zur Diskussion stehenden Gebiets auf der anderen Strassenseite befinde, mit «Zum Ziegelhof» angeschrieben. Die Steilheit des Geländes, die beseitigt werden solle, sei auf den Lehmabbau zurückzuführen, der in diesem Gebiet stattgefunden habe. Die Geländeanpassung sei zonenkonform, weil damit eine von Menschenhand geschaffene Geländestruktur korrigiert bzw. der ursprüngliche Geländeverlauf wiederhergestellt werde, was eine Verbesserung der Ertragslage zur Folge habe.

Wie ausgeführt, liegen objektive Gründe für eine bewilligungspflichtige Geländeanpassung in der Landwirtschaftszone vor, wenn sie für die in Frage stehende Bewirtschaftung notwendig ist. In diesem Zusammenhang ist unerheblich, ob durch den Abbau von Stoffen wie Lehm oder Torf oder aus anderen Gründen zu einem früheren Zeitpunkt bereits einmal in den natürlich gewachsenen Geländeverlauf eingegriffen worden ist oder ob die Topographie des zur Diskussion stehenden Gebiets zum ersten Mal verändert werden soll. Aus dem Umstand, dass sich das Gelände nicht mehr so präsentiert, wie es ursprünglich gewachsen ist, kann deshalb nicht geschlossen werden, eine Terrainveränderung, die eine in früheren Zeiten allenfalls nicht oder nur unvollständig vorgenommene Wiederherstellung des ursprünglichen Geländeverlaufs verbessert oder behebt, sei zonenkonform.

2.4. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Nivellierung des Geländes verbessere die Ertragslage. Er begründet dies damit, weil die Lehmschicht heute noch teilweise bestehe und das Gelände nur mit einer dünnen Humusschicht überdeckt gewesen sei, habe sich häufig Feuchtigkeit gebildet und der Ertrag sei schlecht gewesen.

Der Beschwerdeführer betreibt auf der strittigen Fläche Graswirtschaft. Gemäss eigenen Aussagen anlässlich des Augenscheins der Vorinstanz kann er jeweils vier bis fünf Schnitte je Jahr ernten. Hinzu kommt, dass der Fachverantwortliche für Boden des Amtes für Umwelt und Energie festgestellt hat, auf Grund der Bodenkarte sei die Qualität des Bodens grundsätzlich gut. Dem Augenscheinprotokoll kann insbesondere entnommen werden, dass er die Humusschicht für die zur Diskussion stehende Bewirtschaftungsart als hinreichend beurteilt. Lediglich auf einem schmalen Streifen entlang der Grundstückgrenze besteht nach den Feststellungen des Bodenspezialisten eine etwas dünnere Humusschicht. Sodann hat er ausgeführt, es sei nicht anzunehmen, dass die umstrittene Auffüllung zur Verbesserung der Bodenqualität beitrage.

Es ergibt sich somit, dass keine Anhaltspunkte bestehen, wonach die Auffüllung des Geländes einen ins Gewicht fallenden Einfluss auf die Ertragsfähigkeit des Bodens und damit auf das Betriebsergebnis haben könnte.

2.5. Der Beschwerdeführer beruft sich weiter darauf, mit der Terrainauffüllung werde die heute umständliche und gefährliche Bewirtschaftung erleichtert. Er begründet dies damit, das Gelände könne zwar maschinell bewirtschaftet werden, allerdings nur von ihm, weil er langjährige Erfahrung habe und die Gefahren kenne.

Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass er den strittigen Geländeabschnitt seit 35 Jahren maschinell bewirtschaftet. Bei trockenem Wetter sind auch die steilsten Stellen mit einem Traktor und Maschinen befahrbar. Hinzu kommt, dass feuchte Stellen im flachen Teil des Geländes mit dem Einbau von Drainageleitungen vermindert werden konnten. Es trifft zweifellos zu und ist unbestritten, dass die Terrainanpassung bewirkt, dass das Gelände einfacher bewirtschaftet werden kann, was aus Sicht des Beschwerdeführers wünschenswert ist. Sie ermöglicht indessen keine ins Gewicht fallende, objektive Erleichterung der Bewirtschaftbarkeit. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass der Beschwerdeführer geltend macht, weil er einem Nebenerwerb nachgehe, sei er darauf angewiesen, dass andere Personen (Ehefrau, Sohn, Hilfskraft) diese Arbeit verrichten könnten und dies sei nicht zu verantworten, solange der steile Hang bestehe. Der Beschwerdeführer verzichtet darauf, näher zu begründen, warum es ihm aufgrund anderer beruflicher Tätigkeiten nicht mehr möglich sein soll, das Grasland zu bewirtschaften. Sodann hat die Tatsache allein, dass die maschinelle Bewirtschaftung einer kleinen Teilfläche, wie sie hier zur Diskussion steht, nur durch Personen erfolgen kann, die mit dem Gelände vertraut sind und entsprechende Erfahrung haben, nicht zur Folge, dass eine Geländeauffüllung betriebsnotwendig und damit zonenkonform ist. Dem Antrag des Beschwerdeführers, bezüglich der Gefährlichkeit der maschinellen

Bewirtschaftung des steilen Geländes sei eine Expertise zu erstellen, braucht deshalb nicht entsprochen zu werden.

2.6. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Auffüllung des Geländes dem Zweck der Landwirtschaftszone nicht entspricht und dass dafür eine ordentliche Baubewilligung nach Art. 22 Abs. 2 RPG zu Recht nicht erteilt werden kann. Insoweit ist die Beschwerde abzuweisen.

3. Soweit der Beschwerdeführer geltend machen will, die Geländeveränderung sei standortgebunden, erweist sich die Beschwerde ebenfalls als unbegründet.

Nach Art. 24 Abs. 1 RPG können abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder deren Zweck zu ändern, wenn: der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (lit. a); keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (lit. b). Nicht zonenkonforme Bauten und Anlagen sind erlaubt, wenn sie standortgebunden sind. Das Erfordernis der Standortgebundenheit verlangt, dass eine Baute oder Anlage auf eine bestimmte Lage ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Ob dies zutrifft, beurteilt sich allein nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Generell sind bei der Standortgebundenheit strenge Anforderungen zu stellen (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 24 RPG N 8 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Standortgebundenheit kann technischer oder betriebswirtschaftlicher Natur sein; sie kann sich auch aus der Bodenbeschaffenheit ergeben (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 426 mit Hinweisen).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stimmt der Begriff der Zonenkonformität bei Landwirtschaftsbetrieben im Wesentlichen mit demjenigen der Standortgebundenheit im Sinn von Art. 24 Abs. 1 RPG überein (BGE 125 II 281, 121 II 310). Folglich fällt die Standortgebundenheit der Geländeveränderung ausser Betracht.

4. Der Beschwerdeführer beruft sich weiter auf Art. 24c RPG. Er wirft der Vorinstanz vor, sie habe zu Unrecht nicht geprüft, ob ein Ausnahmetatbestand nach dieser Vorschrift gegeben sei, obschon er anlässlich des Rekursaugenscheins geltend gemacht habe, mit der Auffüllung des Geländes werde ursprünglich abgetragenes Material wieder abgelagert. Er begründet dies damit, mit der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet am 1. Juli 1972 (d. h. mit dem Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes vom 8. Oktober 1971, AS 1972 950), sei das Lehm-Abbaugebiet zonenwidrig geworden, auch wenn es heute durch eine zonenkonforme landwirtschaftliche Nutzung überlagert werde. Somit sei es gestützt auf Art. 24c Abs. 2 RPG möglich, eine Ausnahmebewilligung für eine teilweise Änderung des Abbaugebiets zu erteilen, zumal die von Art. 42 RPV geforderte Identität von Gelände und Umgebung gewahrt bleibe. Der Beschwerdeführer beruft sich auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 1989 (BGE 115 Ib 472 f.) und argumentiert, im Zusammenhang mit der Sanierung der Thur habe das Bundesgericht erwogen,

Flachschüttungen, Buhnen und Bachrekultivierung würden das Erscheinungsbild zwar verändern, der Anlage könne die Identität mit dem ursprünglichen Zustand indessen nicht abgesprochen werden.

4.1. Nach Art. 24c RPG sind bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Abs. 1). Solche Bauten und Anlagen können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind. In jedem Fall bleibt die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten (Abs. 2). Art. 24c RPG wird in Art. 41 und 42 RPV näher ausgeführt.

Nach Art. 41 RPV ist Art. 24c RPG anwendbar auf Bauten und Anlagen, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch rechtswidrig geworden sind. Für den Stichtag zur Bestimmung der «altrechtlichen» Bauten und Anlagen ist in erster Linie auf das Inkrafttreten des früheren Gewässerschutzgesetzes, also auf den 1. Juli 1972 abzustellen. Nach diesem Stichtag erstellte Bauten und Anlagen fallen nur dann in den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG, wenn sie aufgrund einer Zonenplanänderung von der Bauzone in eine Nichtbauzone gelangten. Keine Anwendung findet Art. 24c RPG hingegen auf Bauten und Anlagen, die gestützt auf das RPG ausserhalb der Bauzone infolge gegebener Zonenkonformität oder Standortgebundenheit erstellt worden sind (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 24c RPG N 4 mit Hinweisen). Die Parzelle Nr. 5095 wird unbestrittenermassen seit Jahrzehnten landwirtschaftlich genutzt. Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung zutreffend ausführt, handelt es sich beim Lehmabbau und bei der Renaturierung des betreffenden Gebiets um eine standortgebundene Nutzung. Vor Wiederaufnahme der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung wurde ein formell und materiell rechtswidriger Zustand geschaffen. In der Folge führte weder eine Erlass- noch eine Planänderung zu einem rechtswidrigen Zustand. Das Bauvorhaben fällt somit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG.

4.2. Der Anwendungsbereich von Art. 24c RPG erstreckt sich nur auf Bauten und Anlagen, die noch bestimmungsgemäss nutzbar sind, also weiterhin für den bisherigen Zweck genutzt werden können. Nicht dazu gehören nutzlose und eingestürzte Bauruinen (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 24c RPG N 4 mit Hinweisen).

Der Beschwerdeführer nutzt das zur Diskussion stehende Terrain nach eigenen Angaben seit 35 Jahren für landwirtschaftliche Zwecke. Demzufolge ist das fragliche Gelände nach Abschluss des möglicherweise erfolgten Lehmabbaus wieder renaturiert und der landwirtschaftlichen Nutzung zugeführt worden. Anders kann die landwirtschaftliche Nutzung nicht erklärt werden. Das Bauvorhaben fällt somit auch aus diesem Grund nicht in den Geltungsbereich von Art. 24c RPG, und der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Vorinstanz hätte prüfen müssen, ob ein Ausnahmetatbestand nach dieser Vorschrift vorliegt, erweist sich als unbegründet.

26

Art. 22 Abs. 1, Art. 24 und Art. 24c RPG (SR 700), Art. 41 und Art. 42 RPV (SR 700.1), Art. 78 Abs. 2 lit. g BauG (sGS 731.1). Eine Böschungsmauer von bis zu 5 m Höhe und rund 60 m Länge ist eine bewilligungspflichtige Geländeanpassung. Die Identität einer Blocksteinmauer von rund 55 m Länge, die Bestandesschutz geniesst, ist nicht gewahrt, wenn sie um rund das Doppelte verlängert wird.

Verwaltungsgericht, 19. August 2008

Aus den Erwägungen:

5. Unbestritten ist, dass es sich bei einer Böschungsmauer von bis zu 5 m Höhe und rund 60 m Länge, wie sie hier zur Diskussion steht, um eine bewilligungspflichtige Geländeanpassung handelt (Art. 22 Abs. 1 RPG, Art. 78 Abs. 2 lit. g BauG und Art. 27 des Baureglements der Gemeinde; vgl. dazu auch BGE 119 Ib 226, GVP 1998 Nr. 28). Sodann macht die Beschwerdeführerin mit Recht nicht geltend, die Mauer sei zonenkonform (Art. 16a Abs. 1 RPG und Art. 34 Abs. 1 RPV).

6. Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, die Böschungsmauer sei standortgebunden und die Streitsache sei aus diesem Grund zur Erteilung der Baubewilligung an die Beschwerdegegnerin oder eventuell an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.1. Nach Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG setzt die Erteilung einer Bewilligung voraus, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der jeweiligen Nutzungszone entsprechen. Abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG können nach Art. 24 RPG im Sinn einer Ausnahme Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder ihren Zweck zu ändern, wenn: der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (lit. a) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b).

Das Erfordernis der Standortgebundenheit verlangt, dass eine Baute oder Anlage auf eine bestimmte Lage ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Ob dies zutrifft, beurteilt sich allein nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Generell sind bei der Standortgebundenheit strenge Anforderungen zu stellen, um der Zersiedelung der Landschaft entgegenzuwirken (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 24 RPG N 8 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Positive Standortgebundenheit bedeutet Angewiesensein auf eine bestimmte Lage. Sie kann technischer oder betriebswirtschaftlicher Natur sein; sie kann sich auch aus der Bodenbeschaffenheit ergeben. Negative Standortgebundenheit liegt vor, wenn Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordern, weil sich ihr Zweck innerhalb der Bauzonen nicht verwirklichen lässt (B. Heer, St.Gallisches

Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 426 mit Hinweisen; vgl. auch GVP 1991 Nr. 13).

6.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe das Grundstück im Jahr 2001 mit der bestehenden Überbauung und der bestehenden Terraingestaltung, namentlich was die steile Böschung und die vorbestandene Böschungsmauer anbetreffe, gekauft. Die Böschung und die vorbestandene Böschungsmauer seien vom vormaligen Eigentümer des Grundstücks rechtmässig erstellt worden. Aus diesem Grund sei es nicht zulässig, die Böschung und die vorbestandene Böschungsmauer zum Gegenstand oder zum Teil des zu beurteilenden Sachverhalts in den zur Diskussion stehenden Bewilligungs- und Rechtsmittelverfahren zu machen. Die umstrittene Böschungsmauer diene einzig der Rückführung und Sicherung der abgerutschten Böschung. Der Bau der Mauer habe deshalb einem berechtigten Anliegen des Eigentümers und des Pächters des unterliegenden Grundstücks Nr. 871 entsprochen, auf das die Böschung im Verlauf der Jahre abgerutscht sei und dort zu Verschüttung, Vernässung und Beeinträchtigung der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung geführt habe. Es sei sachfremd, zu argumentieren, künstlich geschaffene Böschungen und damit auch Massnahmen zu deren Sicherung seien in der Landwirtschaftszone nicht standortgebunden. Sodann sei es willkürlich, zu behaupten, es gebe keinen objektiven Grund für die Sicherung der Böschung (Ziff. 7c des angefochtenen Entscheids) bzw. es sei nicht ersichtlich, weshalb die Böschungsmauer in technischer oder betrieblicher Hinsicht oder aus Gründen der Bodenbeschaffenheit auf den Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen sei (Ziff. 5 b und c des angefochtenen Entscheids).

Die Vorinstanz vertritt im angefochtenen Entscheid den Standpunkt, die zur Diskussion stehende Böschungsmauer sei nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen. Sie begründet dies damit, die steile Böschung sei nicht natürlich gewachsenes Terrain, sondern «irgendwann aufgeschüttet und gestaltet worden». Es sei bei normaler Bodenbeschaffenheit, wie sie hier vorliege, nicht möglich, derartige Böschungen ohne Befestigung langfristig zu erhalten. Erfahrungsgemäss würden derart steile künstlich geschaffene Böschungen abrutschen, bis ein Gefälle von 2:3 erreicht sei. Derartige Geländeveränderungen seien in der Landwirtschaftszone nicht standortgebunden. Demzufolge gelte dies auch für Massnahmen zu deren Sicherung. An dieser Beurteilung vermöge das Missfallen des Eigentümers und des Pächters des Nachbargrundstücks nichts zu ändern. Es sei nicht ersichtlich, warum die Stützmauer aus technischer oder betrieblicher Sicht oder aus Gründen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen sei.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die umstrittene Böschungsmauer einer künstlich geschaffenen Böschung bzw. einer Aufschüttung vorgelagert ist. Sie macht zudem geltend, als sie das Grundstück im Jahr 2001 erworben habe, seien die Böschung und die vorbestandene Böschungsmauer bereits seit langem vorhanden gewesen. Diese seien von den vormaligen Grundeigentümern im Zu-

sammenhang mit der Überbauung (Baubewilligung vom 30. März 1965 für Wohnhaus und Pferdestall und Baubewilligung vom 5. April 1972 für Wohnhauserweiterung) rechtmässig erstellt worden. Weiter vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, die Böschung, die sie nun rückgeführt und gesichert habe, habe ursprünglich ein Gefälle von weit mehr als 2:3 aufgewiesen, weshalb eine Befestigung erforderlich geworden sei.

Auch wenn die Behauptung der Beschwerdeführerin, die zur Diskussion stehende steile Böschung sei vor Jahren rechtmässig erstellt worden, zutrifft, bedeutet dies indessen nicht, dass sie standortgebunden ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Terrainveränderung auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin in Form einer aussergewöhnlich steilen unbefestigten Böschung aus technischen oder betrieblichen Gründen oder aus Gründen der Bodenbeschaffenheit negative oder positive Standortgebundenheit zugebilligt werden könnte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die massive Aufschüttung, die ursprünglich nur teilweise mit einer Mauer gesichert war, mit dem Zweck vorgenommen worden ist, den Eigentümern des Grundstücks eine bessere Nutzung der dem Wohnhaus vorgelagerten Fläche zu ermöglichen und diese zu vergrössern. Demzufolge ist die Vorinstanz mit Recht davon ausgegangen, dass auch Massnahmen zur Stabilisierung und Sicherung des bisher nicht befestigten Teils der Böschung nicht standortgebunden sein können. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin geltend macht, die künstlich geschaffene Böschung sei zunehmend auf das unterliegende Grundstück abgerutscht. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass steile Böschungen, die ein Gefälle von mehr als 2:3 aufweisen, ohne Befestigung nicht langfristig erhalten bleiben.

6.3. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit geltend gemacht wird, die Verlängerung der Böschungsmauer sei standortgebunden.

7. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, für die Verlängerung der Böschungsmauer könne unter dem Gesichtspunkt von Art. 24c RPG keine Ausnahmebewilligung erteilt werden.

7.1. Nach Art. 24c RPG sind bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Abs. 1). Solche Bauten und Anlagen können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind. In jedem Fall bleibt die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten (Abs. 2).

Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass Art. 24c RPG inhaltlich im Wesentlichen Art. 24 Abs. 2 aRPG entspricht, weshalb die bisherige Rechtsprechung zum zulässigen Mass der Änderung bzw. Erweiterung weiter anwendbar sei (BGE 127 II 215 E. 3b S. 219; Urteil 1A.186/2004 vom 12. Mai 2005 E. 6.3.2 und Urteil 161/2004 vom 1. Februar 2005 E. 3.1). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

zu Art. 24 Abs. 2 aRPG kannte keine starre quantitative Begrenzung, sondern stellte darauf ab, ob die Änderung bei einer Gesamtbetrachtung von untergeordneter Bedeutung sei; hinsichtlich Umfang, äusserer Erscheinung sowie Zweckbestimmung musste die Wesensgleichheit der Baute gewahrt werden und durften keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf die Nutzungsordnung, Erschliessung und Umwelt geschaffen werden (BGE 127 II 215 E. 3a S. 218 f. mit Hinweisen). Massgebend waren demnach nicht einzelne Merkmale, sondern alle raumwirksamen Elemente im Zusammenwirken (Urteil 1A.186/2004 vom 12. Mai 2005).

7.2. Nach Art. 41 RPV ist Art. 24c RPG anwendbar auf Bauten und Anlagen, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch rechtswidrig geworden sind. Für den Stichtag für die Bestimmung der «altrechtlichen» Bauten und Anlagen ist in erster Linie auf das Inkrafttreten des früheren Gewässerschutzgesetzes, also auf den 1. Juli 1972, abzustellen. Nach diesem Stichtag erstellte Bauten und Anlagen fallen nur dann in den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG, wenn sie auf Grund einer Zonenplanänderung von der Bauzone in eine Nichtbauzone gelangen (VerwGE vom 30. April 2008 i. S. R. H., in: www.gerichte.sg.ch; vgl. auch BGE 129 II 396 E. 4.2.1 S. 398 mit Hinweisen). Keine Anwendung findet Art. 24c RPG hingegen auf Bauten und Anlagen, die gestützt auf das RPG ausserhalb der Bauzone infolge gegebener Zonenkonformität oder Standortgebundenheit erstellt worden sind (VerwGE vom 30. April 2008 i. S. R. H., in: www.gerichte.sg.ch mit Hinweis auf Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 24c RPG N 4 mit Hinweisen).

7.3. Änderungen an Bauten und Anlagen, auf die Art. 24c RPG anwendbar ist, sind nach Art. 42 Abs. 1 RPV zulässig, wenn die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt. Verbesserungen gestalterischer Art sind zulässig. Massgeblicher Vergleichszustand für die Beurteilung der Identität ist nach Art. 42 Abs. 2 RPV der Zustand, in dem sich die Baute oder Anlage im Zeitpunkt der Erlass- oder Planänderung befand. Ob die Identität der Baute oder Anlage im Wesentlichen gewahrt bleibt, ist unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen (Art. 42 Abs. 3 RPV). In jedem Fall gelten folgende Regeln: Innerhalb des bisherigen Gebäudevolumens darf die anrechenbare Bruttogeschossfläche nicht um mehr als 60 Prozent erweitert werden (lit. a). Ist eine Erweiterung innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens nicht möglich oder nicht zumutbar, so kann sie ausserhalb erfolgen; die gesamte Erweiterung darf in diesem Fall weder 30 Prozent der zonenwidrig genutzten Fläche noch 100 m^2 überschreiten; die Erweiterungen innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens werden nur halb angerechnet (lit. b).

Die in Art. 42 Abs. 3 lit. a und b RPV vorgesehenen Grenzwerte beziehen sich auf die Nutzfläche einer bestehenden Baute oder Anlage. Das Bundesgericht hat entschieden, dass sie auf einen Drahtmaschenzaun nicht anwendbar seien und erwogen, massgebend sei in diesem Fall allein, ob die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibe. Ob

dies zutreffe, sei jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen (Urteil 1A.202/2003 vom 17. Februar 2004). Dasselbe muss gelten wenn, wie im vorliegenden Fall, strittig ist, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung für die massvolle Erweiterung einer Blocksteinmauer im Sinn von Art. 24c Abs. 2 RPG in Verbindung mit Art. 42 RPV erfüllt sind.

7.4. Nach den Ausführungen der Vorinstanz zum angefochtenen Entscheid kann eine Ausnahmebewilligung für die im Jahr 2004 errichtete Blocksteinmauer gestützt auf Art. 24c Abs. 2 RPG in Verbindung mit Art. 42 RPV nicht erteilt werden. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid damit begründet, die Erweiterung der bestehenden Mauer um mehr als das Doppelte wahre deren Identität in wesentlichen Zügen nicht und sei mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung, insbesondere mit der Trennung von Bau- und Nichtbauland, nicht vereinbar. Die rund 115 m lange und bis zu 5 m hohe Mauer steche von weither ins Auge. Sie trete als künstlich geschaffenes, fremdes Element in Erscheinung und verändere den Raum massgeblich. Die Verlängerung der Mauer führe zu einer erheblichen optischen und baulichen Ausweitung der genutzten Fläche.

7.4.1. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die Verlängerung der Böschungsmauer bewilligungsfähig, weil die Argumentation der Vorinstanz auf einer unrichtigen Feststellung des Sachverhalts und auf einer unzureichenden Begründung beruht. Sie bestreitet, dass die Böschungsmauer sowohl als Ganzes als auch was die Verlängerung anbetrifft, von weither ins Auge steche. Ihrer Ansicht nach ist sie einzig vom unterliegenden Grundstück aus einsehbar. Die Beschwerdeführerin argumentiert weiter, es stehe nicht die ganze Böschungsmauer mit einer Länge von 115 m zur Diskussion, sondern lediglich die Befestigung einer vorbestandenen steilen Böschung mittels Verlängerung der Böschungsmauer um rund 56 m. Sodann vertritt sie den Standpunkt, von einem künstlich geschaffenen, fremden Element könne keine Rede mehr sein, sobald die Mauer bepflanzt und überwachsen sei. Im übrigen entbehre die Behauptung der Vorinstanz, die Verlängerung der Böschungsmauer führe zu einer «baulichen Ausweitung der genutzten Fläche» jeder Grundlage. Wie ausgeführt (vgl. Ziff. 6.2 hievor) führt die Beschwerdeführerin weiter aus, Terraingestaltung und Böschungsmauer seien von Seiten der vormaligen Eigentümer im Zusammenhang mit der Überbauung (Baubewilligung vom 30. März 1965 für Wohnhaus und Pferdestall und Baubewilligung vom 5. April 1972 für Wohnhauserweiterung) rechtmässig erstellt worden. Daher sei es nicht zulässig, Terraingestaltung und Böschungsmauer zum Gegenstand des zu beurteilenden Sachverhalts zu machen.

7.4.2. Unbestritten ist, dass das Grundstück seit dem Jahr 1966 nicht mehr landwirtschaftlich genutzt wird. Sodann geht die Vorinstanz in den Erwägungen zum angefochtenen Entscheid davon aus, dass die bestehende rund 55 m lange Böschungsmauer vor dem Jahr 1972 in Übereinstimmung mit dem damaligen materiellen Recht errichtet worden ist und dass sie deshalb nach Art. 24c Abs. 1 RPG Bestandesschutz geniesst. Weiter wird festgehalten, es sei nicht ersichtlich, dass

die bestehende Stützmauer bereits zu einem früheren Zeitpunkt erweitert, teilweise geändert oder ersetzt worden sei, so dass Art. 24c RPG zur Anwendung gelange.

7.4.3. Es ist offensichtlich, dass die Identität der vorbestandenen Blocksteinmauer dadurch, dass sie um knapp 60 m verlängert wird, nicht mehr gewahrt wird, weshalb auf die Durchführung des von der Beschwerdeführerin beantragten Augenscheins verzichtet werden kann. Dies ergibt sich vorab daraus, dass die Verlängerung einer Mauer um das Doppelte, im konkreten Fall auf eine Länge von insgesamt knapp 120 m, ihr Erscheinungsbild wesentlich verändert. Hinzu kommt, dass die Blocksteinmauer nicht nur sehr lang, sondern auch sehr hoch ist. Unbestritten ist, dass sie eine Höhe von bis 5 m aufweist. Von einer massvollen Erweiterung der vorbestandenen Mauer bzw. von einer Änderung von untergeordneter Bedeutung kann deshalb keine Rede sein. Die Mauer stellt in der ländlichen Umgebung, in der sie errichtet worden ist, einen wuchtigen Fremdkörper dar. Zutreffend ist zwar, dass das Erscheinungsbild eines künstlichen Landschaftselements durch Begrünung positiv beeinflusst werden kann. Auch wenn die Verlängerung der Blocksteinmauer durch Bepflanzung teilweise verdeckt würde, würde die Mauer indessen auf Grund ihrer Dimensionierung als wuchtige künstlich geschaffene Terraingestaltung sichtbar bleiben. Selbst wenn die Behauptung der Beschwerdeführerin, die nunmehr fast 120 m lange Blocksteinmauer könne nur vom unterliegenden Grundstück Nr. 871 aus gesehen werden, zutrifft, wahrt die raumgestalterische Veränderung, die durch die Verlängerung der vorbestandenen Blocksteinmauer bewirkt worden ist, die Identität der Umgebung in den wesentlichen Zügen nicht. Hinzu kommt, dass die Verlängerung der Mauer das ländliche Umfeld auch dadurch optisch verändert, dass der Beschwerdeführerin auf ihrem Grundstück nun mehr nutzbare Fläche zur Verfügung steht, die nicht landwirtschaftlichen Zwecken dient. Dieser Umstand ist mit einem wesentlichen Ziel der Raumplanung, der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet, nicht vereinbar (BGE 132 II 21 ff. E. 6.4 mit Hinweis; Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 14 RPG N 7).

7.4.4. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Beschwerde auch unbegründet ist, soweit geltend gemacht wird, die Verlängerung der Blocksteinmauer, wie sie im Jahr 2004 erstellt worden ist, sei unter dem Gesichtspunkt von Art. 24c RPG bewilligungsfähig. Offen bleiben kann deshalb, ob die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, die Anlage verletze die Waldabstandsvorschrift (Art. 58 Abs. 1 lit. b BauG) und die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung zwecks Unterschreitung des Waldabstandes seien nicht erfüllt (Art. 77 BauG).

27

Art. 24c und Art. 24d Abs. 1bis RPG (SR 700), Art. 42 RPV (SR 700.1). Geht ein rechtskräftig bewilligter Wiederaufbau einer Villa ausserhalb der Bauzone über das zulässige Erweiterungsmass hinaus, fällt eine nachträgliche Bewilligung von zusätzlichen Erweiterungen ausser Betracht. Der Bau eines nichtlandwirtschaftlich genutzten Stalls ausserhalb der Bauzone gilt nicht als notwendige Aussenanlage.

Verwaltungsgericht, 12. Februar 2008

D. ist Eigentümerin zweier Grundstücke in G. Diese sind der Landwirtschaftszone zugeordnet, das eine liegt zusätzlich zu einem kleinen Teil im Wald. Nach dem kantonalen Richtplan liegen die Grundstücke im Streusiedlungs- und Schongebiet. Auf dem einen Grundstück wurde im Jahre 1962 ein Landhaus mit dazugehöriger Parklandschaft erstellt. Heute ist es mit einer herrschaftlichen, zweiflügligen Villa sowie einem offenen, eingeschossigen Backhaus (Pizzaofen) überbaut. Die Umgebung wurde als Parklandschaft mit zahlreichen Stützmauern, verschiedenen Sitzplätzen, einem Teich und einer grossen Pergola ausgestaltet. Das Grundstück wird von einer zweiten Parzelle eingeschlossen, auf der sich die Parklandschaft fortsetzt. Zudem befindet sich im Westen dieser Parzelle ein grosses eingeschossiges Gartenhaus aus Holz, ein Metall-Glashaus für die Tomatenzucht sowie im Osten ein zweigeschossiges Gerätehaus mit Tierstall aus Holz, das direkt am Waldrand an einem Steilhang auf vier Betonpfeilern steht. Im Stall, der über Wasser- und Stromanschluss verfügt, sind Geräte eingestellt und Hühner untergebracht. Im Untergeschoss sind einige Zwergziegen und zwei kleine Schweine eingestallt. Die Zustimmung für den Abbruch des Wohnhauses und den Wiederaufbau des heutigen Ersatzbaus erteilte das damalige kantonale Planungsamt (heute Amt für Raumentwicklung und Geoinformation, AREG) im Jahr 1997. Der Gemeinderat erteilte in der Folge die entsprechende Bewilligung. Für die Überschreitung der Gebäudehöhe, der Geschosszahl und der Gebäudelänge erteilte er eine Ausnahmebewilligung. 1998 erteilte der Gemeinderat – ohne Beizug des Planungsamtes – weitere Nachtragsbewilligungen. Wiederum ohne Beizug der kantonalen Behörde wurden vom Gemeinderat 1999 verschiedene Revisionspläne für Anpassungen am Bauvorhaben gutgeheissen. Anlässlich eines Augenscheins vom 17. August 1999 stellte der Gemeinderat G. erhebliche Abweichungen vom bewilligten Umgebungsplan fest. Diese Abweichungen wurden ohne Beizug des Planungsamtes genehmigt; der Gemeinderat erteilte der Bauherrschaft einen Verweis für das eigenmächtige Vorgehen. Bei der Abnahme der Wohnbaute wurde zudem festgestellt, dass – obwohl das Planungsamt in seiner Zustimmungsverfügung ausdrücklich einen Verzicht auf ein Dachgeschoss angeordnet hatte – im Obergeschoss der beiden Wohnflügel eine Decke eingezogen worden ist. Der Gemeinderat bewilligte auch diese Abwei-

chung nachträglich. Bei der Abnahme der Umgebungsarbeiten stellte die Gemeindebehörde wiederum Abweichungen von den bewilligten Plänen fest. Die Bauherrschaft wurde in der Folge aufgefordert, für die ohne Baubewilligung erstellten Bauten (Wintergarten, Pizzaofen bzw. Backhaus, Gerätehaus inkl. Tierstall) ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Die kantonale Behörde führte am 7. März 2001 einen Augenschein durch und sistierte das Verfahren im Hinblick auf die hängige Revision des RPG. Nach Verabschiedung der Teilrevision durch den Bundesrat nahm das AREG das Verfahren wieder auf und erteilte 2006 die Zustimmung für die Umgebungsgestaltung, verweigerte aber die Zustimmung gemäss Art. 87bis BauG für den Anbau des Wintergartens sowie für den Bau des Gerätehauses inkl. Tierstall und des Pizzaofens. Zudem erteilte es die Zustimmung nach Art. 77 Abs. 2 BauG für die Unterschreitung des Waldabstandes durch das Gerätehaus nicht. In den Ziff. 4 und 5 forderte es den Gemeinderat auf, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes im Rahmen des Gesamtentscheids anzuordnen und eine entsprechende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung anzumerken. Gestützt auf diese Verfügung des AREG verweigerte der Gemeinderat G. am 20. Februar 2006 die nachträgliche Bewilligung. Dagegen erhoben die Eheleute D. Rekurs bei der Regierung. Am Augenschein des sachbearbeitenden Departements wurden verschiedene zusätzliche Bauabweichungen (Ausbau des Untergeschosses, Einbau des Dachgeschosses, Lifterweiterung, Türme, freistehendes Tomatenhaus, Gartenhaus im Osten, Umgebungsgestaltung) festgestellt. Am 19. Januar 2007 forderte die Gemeinde G. die Bauherrschaft auf, nachträgliche Baugesuche für die anlässlich des Augenscheins festgestellten nicht bewilligten Bauteile einzureichen. Die Bauherrschaft hielt fest, sie gehe davon aus, dass für sämtliche Bauten eine rechtskräftige Bewilligung vorhanden sei. Der Gemeinderat G. ersuchte am 5. März 2007 das AREG, die Behandlung weiterer nachträglicher Baugesuche aufzuschieben, bis der anhängige Rekurs entschieden sei. Mit Entscheid vom 12. Juni 2007 wies die Regierung den gegen die Verfügung des Gemeinderates G. erhobenen Rekurs ab, soweit sie darauf eintrat. Zusammenfassend wurde festgehalten, dass für den Wintergartenbau, das Backhaus und das Gerätehaus inkl. Tierstall weder eine ordentliche Bewilligung nach Art. 22 RPG noch eine ausserordentliche Bewilligung nach Art. 24 ff. RPG erteilt werden könne. Die Eheleute D. gelangten an das Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

3. Im vorliegenden Verfahren ist zu prüfen, ob für den ohne Baubewilligung errichteten Wintergarten sowie das Back- und Gerätehaus inkl. Tierstall eine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden kann und ob gegebenenfalls die Anordnung zur Wiederherstellung des rechtsmässigen Zustandes eine verhältnismässige und mit dem Vertrauensgrundsatz vereinbare Massnahme darstellt. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführer hinsichtlich Ausbau Untergeschoss, Ausbau Dachgeschoss, Lifterweiterung, Türme, Gartenhaus im Westen des Grundstücks, Toma-

tenhaus und Umgebungsgestaltung ist dagegen nicht weiter einzugehen. Für diese Sachverhalte ist nach wie vor das nachträgliche Baubewilligungsverfahren vor dem Gemeinderat G. hängig.

3.1. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Baute bei rechtzeitiger Einreichung des Baugesuches hätte bewilligt werden können, ist grundsätzlich auf den Rechtszustand abzustellen, wie er im Zeitpunkt der Errichtung der Baute galt. Eine Ausnahme rechtfertigt sich, wenn bei der Beurteilung einer Abbruchverfügung ein milderes Recht gilt (BGE 123 II 252 E. 3a/bb). Eine zusätzliche Übergangsregelung enthält Art. 52 RPV. Danach werden Verfahren, die am 1. September 2000 hängig waren, nach dem neuen Recht beurteilt (Abs. 1). In diesem Zeitpunkt hängige Beschwerdeverfahren werden dagegen nach dem bisherigen Recht zu Ende geführt, sofern das neue Recht für den Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin nicht günstiger ist (Abs. 2).

Im vorliegenden Fall lässt sich der Zeitpunkt, in dem die hier zu beurteilenden Bauten errichtet worden sind, nicht eindeutig feststellen. Aus den Akten geht hervor, dass die Abnahme der Wohnbaute im Dezember 1999 stattfand. Dabei wurde lediglich ein nicht bewilligter Ausbau des Dachgeschosses festgestellt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass in diesem Zeitpunkt die hier zu beurteilenden Bauten noch nicht geplant und erstellt waren. Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid vom 12. Juni 2007 wie das AREG in seiner Verfügung vom 31. Januar 2006 davon aus, dass die hier in Frage stehenden Bauten erst nach dem 1. September 2000 errichtet worden sind bzw. die Baugesuche für diese Verfahren im September 2000 noch hängig gewesen wären (Art. 52 Abs. 1 RPV). Dementsprechend wurde das am 1. September 2000 in Kraft getretene Recht angewendet. Die Beschwerdeführer haben gegen die Anwendung des neuen Rechts nicht opponiert und keine Belege dafür eingereicht oder bezeichnet, die auf einen früheren Baubeginn hindeuten würden. Es ist deshalb auch in diesem Verfahren auf das im Jahr 2000 in Kraft getretene Raumplanungsrecht abzustellen. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als in bezug auf die hier insbesondere strittige Frage des zulässigen Erweiterungsmasses von Bauten ausserhalb der Bauzone durch die Gesetzesrevision weitgehend die bestehende Praxis des Bundesgerichts übernommen wurde (ausdrücklich BGE 127 II 212 E. 2c). Die Gesetzesrevision vom 1. September 2007 wird dagegen nur insoweit zu berücksichtigen sein, als sie für die Beschwerdeführer das günstigere Recht darstellt.

3.2. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten und begründet, dass es sich sowohl beim Wintergarten, dem Backhaus als auch dem Gerätehaus inkl. Tierstall um bewilligungspflichtige Bauten handelt (E. 2). Der von den Beschwerdeführern erhobene Einwand, dass nach ihrem Rechtsempfinden ein Pizzaofen, auch wenn er ein Dach habe, nicht bewilligungspflichtig sei, vermag nicht zu überzeugen. Ein Pizzaofen mit den hier vorliegenden Massen (L:4.3m, B:1.8m, H:3.4m) ist unabhängig davon, ob er mit einem Dach versehen ist oder nicht, als bewilligungspflichtige Baute bzw. Anlage im Sinne von Art. 78 BauG bzw. Art. 22 RPG zu bezeichnen. Mit

dem Ofen sind nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden, dass ein Interesse der Öffentlichkeit an einer vorgängigen Kontrolle besteht (vgl. BGE 120 Ib 384 E. 3c). Dieses öffentliche Interesse besteht aufgrund der Auswirkungen des Pizzaofens auf die Nutzungsordnung und die Umwelt, unabhängig davon, ob dieser von Aussen einsehbar ist oder nicht. Auch die Rechtmässigkeit des Pizzaofens setzt demnach eine gültige Baubewilligung voraus.

3.3. Es ist unbestritten, dass sich die hier in Frage stehenden An- und Nebenbauten allesamt in der Landwirtschaftszone befinden. Die Vorinstanz hat ausführlich und zutreffend begründet (E. 3), weshalb auch das Gerätehaus inkl. Tierstall nicht als zonenkonforme Baute gemäss Art. 16a RPG i.V. m. Art. 34 RPV, sondern als Baute der Freizeitlandwirtschaft zu gelten hat (vgl. auch VerwGE vom 9. Mai 2007 i. S. F. H. und B. H., zur Zeit veröffentlicht unter www.gerichte.sg.ch). Für den Wintergarten, das Backhaus und das Gerätehaus inkl. Tierstall kann demnach keine ordentliche Baubewilligung erteilt werden. Dies wird im Beschwerdeverfahren nicht weiter in Frage gestellt.

3.4. Da im vorliegenden Fall weder für den Wintergarten noch für das Backhaus und das Gerätehaus inkl. Tierstall eine ordentliche Baubewilligung in Betracht kommt, ist im Folgenden zu klären, ob eine ausserordentliche Bewilligung nach Art. 24 ff. RPG erteilt werden kann. Dabei fallen die hier in Frage stehenden Bauten von vornherein nicht in den Anwendungsbereich von Art. 24a, Art. 24b und Art. 37a RPG. Zu prüfen bleiben Art. 24c und Art. 24d sowie subsidiär Art. 24 RPG.

3.4.1. Zonenwidrige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone können gemäss Art. 24c RPG mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind. In jedem Fall bleibt die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die Wiederaufbaute dem alten Bauwerk in Grösse und Nutzungsart ungefähr entsprechen. Sie darf deshalb höchstens eine teilweise Änderung miteinschliessen. Eine Änderung gilt dann als teilweise, wenn die «Identität» (Wesensgleichheit) der Baute einschliesslich ihrer Umgebung hinsichtlich Umfang, äusserer Erscheinung, Auswirkungen auf die Nutzungsordnung sowie Zweckbestimmung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt. Verbesserungen gestalterischer Art sind zulässig. Ob die Identität der Baute im wesentlichen gewahrt bleibt, ist unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Die Identität ist jedenfalls dann nicht mehr gewahrt, wenn die zonenwidrig genutzte Fläche um mehr als 30 Prozent erweitert wird oder wenn die zonenwidrig genutzte Fläche innerhalb oder ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens um insgesamt mehr als 100 m^2 erweitert wird, wobei Erweiterungen innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens nur zur Hälfte angerechnet werden (vgl. BGE 1A.184/2006 vom 15. Februar 2007 sowie grundlegend BGE 113 Ib 314 E. 3a; vgl. auch Art. 42 Abs. 1 und 3 RPV). Der massgebliche Vergleichszustand für die Beurteilung der Identität ist der Zustand, in dem sich die Baute oder Anlage im Zeitpunkt der Erlass- oder

Planänderung befunden hat (Art. 42 Abs. 2 RPV). Es besteht allerdings kein Anspruch auf eine Vergrösserung im geschilderten Umfang. Vielmehr muss die Wahrung der Identität unter Würdigung der gesamten Umstände beurteilt werden (P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltrecht, 4. Aufl., Bern 2002, § 10 Fn. 594). Eine gestaffelte Erweiterung ist soweit erlaubt, als das Erweiterungsmass nur einmal ausgeschöpft wird (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 478 sowie BGE 127 II 220 E. 3c). Bei einer gestaffelten Erweiterung müssen jedoch allenfalls neu in Kraft getretene gesetzliche Erweiterungsbeschränkungen eingehalten werden. Der Wiederaufbau einer Baute oder Anlage ist zudem nur dann rechtmässig, wenn sie im Zeitpunkt der Zerstörung oder des Abbruchs noch bestimmungsgemäss nutzbar war und an ihrer Nutzung ein ununterbrochenes Interesse besteht (Art. 42 Abs. 4 RPV).

3.4.1.1. Eine Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24c RPG setzt voraus, dass es sich bei den in Frage stehenden Bauteilen um Änderungen, Erweiterungen oder um einen Wiederaufbau einer im Bestande geschützten Baute handelt. Während der Wintergarten grundsätzlich als Anbaute (Heer, a. a. O., Rz. 688) und damit als Teil des Wiederaufbaus der abgerissenen Wohnbaute qualifiziert werden kann, sind sowohl das Backhaus als auch das Gerätehaus inkl. Tierstall als Nebenbauten (Heer, a. a. O., Rz. 689) zu bezeichnen. Neu erstellte, freistehende Nebenbauten gelten in aller Regel als Neubauten, die nicht unter Art. 24c RPG fallen (Bundesamt für Raumentwicklung (Hrsg.), Bewilligungen nach Artikel 24c RPG: Änderungen an zonenwidrig gewordenen Bauten und Anlagen, in: Erläuterungen zur RPV und Empfehlungen für den Vollzug 2000/2001, S. 8 ff., zur Zeit abrufbar unter www.are.admin.ch).

Die Beschwerdeführer bringen sinngemäss vor, dass bereits 1972 ein Gerätehaus bzw. ein Tierstall bestanden habe, der unter die Bestandesgarantie von Art. 24c RPG falle und deshalb auch habe erweitert werden dürfen. Als Beleg für den Vorbestand dieser Baute reichten die Beschwerdeführer eine Photographie ein, die auf eine kleinere Holzbaute am Waldrand hindeutet. Gestützt auf diese Abbildung lässt sich jedoch nicht feststellen, wann diese Baute errichtet worden ist und ob es sich um eine bestandesgeschützte, d. h. um eine noch bestimmungsgemäss nutzbare und nicht bereits verfallene Baute gehandelt hat. Weder in den Bauplänen für den 1962 erstellten Bau noch im Schätzungskataster oder in der von den Beschwerdeführern damals nicht bestrittenen Bestandesaufnahme des Planungsamtes vom 25. August 1997 ist die fragliche Baute aufgeführt. Der Vorbestand des Gerätehauses inkl. Tierstall ist demnach nicht genügend belegt. Es obliegt grundsätzlich dem Bauherrn, die Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit seiner Bauten nachzuweisen, er hat demnach auch die Folgen einer Beweislosigkeit diesbezüglich zu tragen (M. Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss. Zürich 1999, S. 125 mit Hinweisen). Ein Bestandesschutz und damit auch eine Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24c RPG ist für den hier in Frage stehenden Stallbau deshalb abzulehnen.

In bezug auf das Backhaus wurde von den Beschwerdeführern kein Vorbestand geltend gemacht. Ebenfalls wurde nicht ausgeführt, aus welchen Gründen diese freistehende Nebenbaute ausnahmsweise als Teil des Wiederaufbaus zu gelten habe, der allenfalls über Art. 24c RPG bewilligt werden könnte. Das Backhaus fällt damit ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG.

Zu prüfen bleibt einzig, ob für den Wintergarten eine Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24c RPG erteilt werden kann.

3.4.1.2. Die Vorinstanz lehnte gestützt auf die Berechnungen des AREG vom 14. Dezember 2006 eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24c RPG für die in Frage stehenden Bauten ab, weil das zulässige Mass an Erweiterungen gegenüber dem Vergleichszustand bereits überschritten sei. Die Beschwerdeführer halten dem entgegen, dass die Berechnungen des AREG nicht korrekt seien. Bei der Beurteilung der zulässigen Erweiterungen sei vielmehr auf die damaligen Berechnungen des Vertreters des Planungsamtes vom 4. Juli 1996 abzustellen. Zur dort verzeichneten Nebenfläche seien zudem das Schwimmbad, der bereits bestehende Stall sowie das bereits damals vorhandene Gartenhaus dazu zu rechnen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der Estrich nicht ausgebaut worden sei und deshalb auch nicht voll in die Berechnungen mit einbezogen werden dürfe. Daraus folge, dass auch durch den Wintergarten, das Backhaus und das Gerätehaus inkl. Tierstall der bestehende Erweiterungsspielraum von einem Drittel gegenüber dem Vorbestand nicht ausgeschöpft worden sei.

Bei der Bestimmung des zulässigen Erweiterungsmasses ist zu berücksichtigen, dass sowohl die altrechtlichen, durch das Bundesgericht festgelegten Flächenbegrenzungen, wie auch die heute in Art. 42 RPV festgehaltenen flächenmässigen Erweiterungsgrenzen lediglich Obergrenzen markieren, auf deren Ausschöpfung kein Anspruch besteht. Massgebend ist letztlich sowohl unter altem als auch unter neuem Recht, ob die Identität der bisherigen, unter Bestandesschutz stehenden Baute einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt.

Das abgerissene Landhaus war aufgrund der Materialien (Holz, Natursteine), der in dunklen Tönen gehaltenen Fassade, der gewählten Dachform sowie aufgrund der architektonischen Einpassung in den bestehenden Hang, trotz des grosszügigen Gebäudevolumens, gut in die Landschaft integriert. Das Haus war nicht von einer künstlichen Parklandschaft, sondern von hochstämmigen Bäumen und einer Wiese mit Büschen und Sträuchern umgeben. Das zweigliedrige, dreistöckige Haus war im Untergeschoss nur in einem Gebäudeteil ausgebaut, in dem sich ein Abstellraum, der Heizungsraum, die Doppelgarage und ein Ankleideraum befanden. Im Erdgeschoss lagen der Wohn- und Essraum, die Küche, die Bibliothek sowie das Zimmer für das Hausmädchen. Das Obergeschoss verfügte über drei Schlafzimmer mit WC und Dusche. Bereits der äussere Charakter des Ersatzbaus unterscheidet sich grundsätzlich von jenem des abgerissenen Landhauses. Das Haus fügt sich in keiner Weise mehr in die Landschaft ein, sondern setzt sich aufgrund der hellen Fassade mit Balkonen, dem mächtigen Grundriss, dem Giebeldach, der

gepflasterten Auffahrt und dem grossflächigen Vorplatz mit Terrasse deutlich von seiner Umgebung ab und dominiert das Landschaftsbild. Der Bau wird von einer aufwendigen Parklandschaft umgeben, die mit Brunnen, künstlichen Kieswegen, zugeschnittenen Sträuchern, einem Teich und Sitzplätzen ausgestaltet ist. Auch der Ausbau des Untergeschosses geht, indem nicht mehr nur ein, sondern beide Hausflügelteile ausgebaut wurden, deutlich über den Vorbestand hinaus. Die Zimmer im Erd- und Obergeschoss wurden gegenüber dem vorbestehenden Wohnhaus ebenfalls deutlich erweitert. Zudem verfügt das Haus jetzt über einen Lift und eine grosse Eingangshalle. Von einer massvollen, die Identität der bisherigen Baute wahrenden Erweiterung kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Der Ersatzbau hat mit dem Vorbestand – ausser der groben Raumeinteilung – nichts mehr gemein und wäre deshalb nicht als Wiederaufbau, sondern als (unzulässiger) Neubau zu qualifizieren gewesen. Das Erstellen dieser Wohnbaute war nur durch ein grosszügiges, mit dem Bundesrecht nicht im Einklang stehenden Entgegenkommen der kantonalen Behörden möglich. Die Bewilligung von zusätzlichen Bauerweiterungen fällt damit von vornherein ausser Betracht. Dies umso mehr, als bereits in der Verfügung des Planungsamts vom 25. August 1997 und gestützt darauf in der Baubewilligung der Gemeinde G. vom 2. September 1997 eine öffentlich-rechtliche Beschränkung der baulichen Nutzungserweiterung verfügt worden war.

Vor diesem Hintergrund ist unerheblich, ob – je nach Berechnung – die flächenmässigen Obergrenzen ausgeschöpft worden sind oder nicht. Lediglich der guten Ordnung halber ist festzuhalten, dass die von den Beschwerdeführern als massgeblich bezeichnete Berechnung vom 4. Juli 1996 die Basis für das erste Baugesuch gebildet hat, dem das Planungsamt mit Verfügung vom 18. September 1996 die Zustimmung verweigert hat. Aus diesem Grund sind diese Berechnungen zum vornherein nicht dazu geeignet, eine Vertrauensgrundlage für zusätzliche Erweiterungsmassnahmen zu begründen. Schliesslich ist festzuhalten, dass aus den aktuellen Flächenberechnungen des AREG vom 30. August 2007, in denen nicht nur für den Vorbestand, sondern auch für das Neubauprojekt nicht Netto- sondern Bruttoflächen berücksichtigt wurden, hervorgeht, dass durch den Neubau die anrechenbare Bruttogeschossfläche um 215 m^2 bzw. 41 Prozent und die Brutto-Nebenfläche um 73 m^2 bzw. 27 Prozent erweitert und das zulässige Erweiterungsmass damit bereits durch den 1997 bewilligten Bau mehr als ausgeschöpft worden ist. Die Ausführungen der Beschwerdeführer, die sich auf die unmassgeblichen Berechnungen vom 4. Juli 1996 beziehen, sind nicht geeignet, diese Berechnungen in Zweifel zu ziehen; indes erübrigen sich, wie bereits erwähnt, mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen weitere Ausführungen.

3.4.2. Gemäss Art. 24d Abs. 1bis RPG (in Kraft seit 1. September 2007) sollen unbewohnte Gebäudeteile sowie frei stehende Gebäude – im Vordergrund stehen hier ehemalige, für die Landwirtschaft nicht mehr benötigte Ställe oder Remisen – zum Zwecke der hobbymässigen Tierhaltung umgebaut werden dürfen. Ausdrück-

lich werden neue Aussenanlagen für zulässig erklärt, soweit diese für eine tiergerechte Haltung notwendig sind. Gemäss Botschaft des Bundesrates sind unter Aussenanlagen offene, nicht überdachte Bauten und Anlagen zu verstehen, welche von ihrer Zweckbestimmung her im allgemeinen nicht innerhalb eines Gebäudes untergebracht werden können. Gemäss Art. 42b RPV gilt die hobbymässige Tierhaltung als Erweiterung der Wohnnutzung der nahe gelegenen Wohnbaute, die an eine Erweiterung der Wohnbaute anzurechnen ist (Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision RPG, in: BBl 2005 7097, S. 7102 f. und S. 7114 ff.).

Art. 24d Abs. 1bis RPG ermöglicht einzig die Umnutzung bestehender Gebäude. Im vorliegenden Fall handelt es sich beim Stall – da ein Vorbestand nicht rechtsgenüglich nachgewiesen werden konnte – jedoch um einen Neubau. Aus der Botschaft des Bundesrates geht hervor, dass ein Weideunterstand oder ein Stall nicht unter den Begriff der notwendigen Aussenanlagen, die allenfalls neu erstellt werden können, zu subsumieren ist (BBl 2005 7097, S. 7115). Eine nachträgliche Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24d Abs. 1bis RPG würde zudem voraussetzen, dass die zulässigen Erweiterungsmöglichkeiten durch die Wohnbaute nicht bereits vollständig ausgeschöpft worden sind; dies ist indes, wie vorstehend ausgeführt wurde, der Fall. Eine Bewilligung nach Art. 24d Abs. 1bis RPG kommt demnach für den hier in Frage stehenden Tierstall nicht Betracht.

3.4.3. Da im vorliegenden Fall weder für den Wintergarten, das Gerätehaus noch für das Backhaus eine erleichterte Ausnahmebewilligung erteilt werden kann, hat die Vorinstanz zu Recht die Möglichkeiten einer allgemeinen Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG für diese Objekte geprüft (E. 4g). Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass für die hier in Frage stehenden Bauten sowohl die positive wie auch die negative Standortgebundenheit verneint werden muss. Weder kann ein objektives Angewiesensein auf die gewählte Lage dargelegt werden, noch wird ein Nachweis dafür erbracht, dass sich die geplante Nutzung nicht in der Bauzone verwirklichen liesse. Insbesondere fällt auch eine abgeleitete Standortgebundenheit ausser Betracht, weil die in Frage stehenden Bauten nicht aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen für die zonenfremde Wohnbaute notwendig sind. Die Vorinstanz hat dies insbesondere für den Tierstall ausführlich und zutreffend begründet (E. 4g/ee). Mit Verweis auf die im Beschwerdeverfahren unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz ist deshalb eine allgemeine Ausnahmebewilligung für sämtliche drei in Frage stehenden Bauten abzulehnen.

3.4.4. Aus dem bisher Gesagten folgt, dass das AREG in der Verfügung vom 31. Januar 2006 und darauf gestützt der Gemeinderat G. in der Verfügung vom 20. Februar 2006 sowie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zu Recht festgehalten haben, dass für den Wintergarten, das Backhaus sowie für das Gerätehaus inkl. Tierstall weder eine ordentliche Baubewilligung noch eine Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24 ff. RPG erteilt werden kann. Die Bauten sind mit dem materiellen Baurecht nicht vereinbar.

28

Art. 24c RPG (SR 700), Art. 42 RPV (SR 700.1), Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG (sGS 751.1), Art. 59 Abs. 1 BauG (sGS 731.1). Die Erweiterung einer Baute oder Anlage, auf die Art. 24c RPG anwendbar ist und die den Gewässerabstand verletzt, ist mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung nicht vereinbar. Begriff des Baches als öffentliches Gewässer.

Verwaltungsgericht, 5. November 2008

Die Eheleute A. sind Eigentümer eines freistehenden Ferienhauses in der Landwirtschaftszone von M. Entlang der westlichen Grundstückgrenze verläuft ein Bach, dessen Ufergehölz durch eine kommunale Schutzverordnung geschützt ist. Die Eheleute A. erweiterten die Terrasse und erstellten ein Gartenhaus, ohne eine Bewilligung einzuholen. Nachträglich stellten sie auf behördliche Intervention hin ein Baugesuch. Das Amt für Raumentwicklung verweigerte die Zustimmung zum Baugesuch, worauf dieses vom Gemeinderat M. abgewiesen wurde. Ein Rekurs der Eheleute A. wurde von der Regierung abgewiesen. Dagegen erhoben die Gesuchsteller erfolglos Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, das freistehende Gartenhaus und die westseitige Terrassenerweiterung seien nicht bewilligungsfähig. Unbestritten ist, dass einzig eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24c RPG zur Diskussion steht. Beim Ferienhaus, das heute in der Landwirtschaftszone liegt, handelt es sich nach übereinstimmender Auffassung der Beschwerdeführer und der Vorinstanz um eine «altrechtliche Baute» bzw. um eine seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellte Baute, die durch nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen rechtswidrig geworden ist (vgl. auch Art. 41 RPV; BGE 129 II 396 E. 4.2.1 S. 398 und VerwGE vom 30. April 2008 i. S. R. H., in: www.gerichte.sg.ch).

2.1. Nach Art. 24c RPG sind bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Abs. 1). Solche Bauten und Anlagen können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind. In jedem Fall bleibt die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten (Abs. 2).

Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass Art. 24c RPG inhaltlich im Wesentlichen Art. 24 Abs. 2 aRPG entspricht, weshalb die bisherige Rechtsprechung zum zulässigen Mass der Änderung bzw. Erweiterung weiter anwendbar sei (BGE 127 II 215 E. 3b S. 219; Urteil 1A.186/2004 vom 12. Mai 2005 E. 6.3.2

und Urteil 161/2004 vom 1. Februar 2005 E. 3.1). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 24 Abs. 2 aRPG kannte keine starre quantitative Begrenzung, sondern stellte darauf ab, ob die Änderung bei einer Gesamtbetrachtung von untergeordneter Bedeutung sei; hinsichtlich Umfang, äusserer Erscheinung sowie Zweckbestimmung musste die Wesensgleichheit der Baute gewahrt werden und durften keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf die Nutzungsordnung, Erschliessung und Umwelt geschaffen werden (BGE 127 II 215 E. 3a S. 218 f. mit Hinweisen). Massgebend waren demnach nicht einzelne Merkmale, sondern alle raumwirksamen Elemente im Zusammenwirken (Urteil 1A.186/2004 vom 12. Mai 2005).

2.2. Änderungen an Bauten und Anlagen, auf die Art. 24c RPG anwendbar ist, sind nach Art. 42 Abs. 1 RPV zulässig, wenn die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt. Verbesserungen gestalterischer Art sind zulässig. Massgeblicher Vergleichszustand für die Beurteilung der Identität ist nach Art. 42 Abs. 2 RPV der Zustand, in dem sich die Baute oder Anlage im Zeitpunkt der Erlass- oder Planänderung befand. Ob die Identität der Baute oder Anlage im Wesentlichen gewahrt bleibt, ist unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen (Art. 42 Abs. 3 RPV). In jedem Fall gelten folgende Regeln: Innerhalb des bisherigen Gebäudevolumens darf die anrechenbare Bruttogeschossfläche nicht um mehr als 60 Prozent erweitert werden (lit. a). Ist eine Erweiterung innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens nicht möglich oder nicht zumutbar, so kann sie ausserhalb erfolgen; die gesamte Erweiterung darf in diesem Fall weder 30 Prozent der zonenwidrig genutzten Fläche noch 100 m^2 überschreiten; die Erweiterungen innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens werden nur halb angerechnet (lit. b).

2.3. Änderungen an Bauten und Anlagen, auf die Art. 24c RPG anwendbar ist, müssen zudem, wie ausgeführt, mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar sein. Diese Formel verweist auf die Ziele und Grundsätze der Raumplanung (Art. 1 und 3 RPG), mit denen das Bauvorhaben im Einklang stehen muss (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 24c RPG N 22). Nach Art. 1 Abs. 1 RPG sorgen Bund, Kantone und Gemeinden dafür, dass der Boden haushälterisch genutzt wird. Sie stimmen ihre raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander ab und verwirklichen eine auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung. Sie achten dabei auf die natürlichen Gegebenheiten sowie auf die Bedürfnisse von Bevölkerung und Wirtschaft. Nach Art. 1 Abs. 2 RPG unterstützen sie mit Massnahmen der Raumplanung insbesondere auch die Bestrebungen, die natürlichen Lebensgrundlagen wie Boden, Luft, Wasser, Wald und die Landschaft zu schützen (lit. a). Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden achten nach Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 RPG auf den Grundsatz, wonach die Landschaft zu schonen ist. See- und Flussufer sollen freigehalten und öffentlicher Zugang und Begehung erleichtert werden (Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG).

3. Die Beschwerdeführer und die Vorinstanz sind sich einig, dass sowohl die Fläche des Gartenhauses als auch diejenige der Terrassenvergrösserung im nach Art. 24c Abs. 2 RPG und Art. 42 RPV zulässigen Rahmen liegen.

4. Die Beschwerdeführer machen bezüglich des Gartenhauses, welches sie südwestlich ihres Ferienhauses erstellt haben, geltend, das Amt für Raumentwicklung (ARE) habe freistehende Nebenbauten in seiner Stellungnahme vom 28. März 2007 als zulässig bezeichnet, wenn eine Erweiterung des Hauptbaus auf Grund der örtlichen Verhältnisse nicht möglich sei. Entgegen der Annahme im angefochtenen Entscheid treffe dies zu. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, es sei auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten möglich, das Ferienhaus zu diesem Zweck auf der Nordseite mit einem Anbau zu erweitern. Die Beschwerdeführer begründen dies damit, sowohl die vorbestandene wie auch die erweiterte Terrasse auf der Nordseite des Hauses seien mit einem Zu- und Abgang versehen (gewesen), welcher über einen befestigten Weg entlang der Hausfassade gegen Osten führe. Ein Anbau auf der Nordseite des Ferienhauses würde diese Erschliessung der Liegenschaft verstellen. Sodann würde der Lichteinfall durch die dort vorhandenen Fenster beeinträchtigt. Hinzu kommt ihrer Ansicht nach, dass ein Anbau in dieser Form die Identität des Ferienhauses erheblich mehr beeinträchtigen würde, als dies aufgrund des freistehenden Gartenhauses der Fall ist.

4.1. Nebenbauten sind freistehende, mit dem Hauptgebäude nicht verbundene untergeordnete Bauten (B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 689). Neu erstellte Nebenbauten gelten in der Regel als Neubauten, die nicht unter Art. 24c RPG fallen (VerwGE vom 12. Februar 2008 i. S. M. und E. D., in: www.gerichte.sg.ch; Bundesamt für Raumentwicklung (Hrsg.), Bewilligungen nach Art. 24c RPG; Änderungen an zonenwidrig gewordenen Bauten und Anlagen, in: Erläuterungen zur RPV und Empfehlungen für den Vollzug 2000/2001, S. 8 ff., in: www.are.admin.ch). Dementsprechend können Nebenbauten nach der Praxis des ARE unter dem Gesichtspunkt von Art. 24c RPG nur ausnahmsweise bewilligt werden, wenn verschiedene Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Dazu gehört, dass ein Anbau an das Hauptgebäude auf Grund der örtlichen Verhältnisse (z. B. Topographie, Hauptbau ist Schutzobjekt, am Hauptbau kann aus objektiven Gründen nicht angebaut werden) nicht möglich ist.

4.2. Entsprechend seiner Praxis hat das ARE in seiner Stellungnahme vom 28. März 2007 ausgeführt, wenn auf Grund der örtlichen Verhältnisse kein Anbau möglich sei, könne gegebenenfalls eine Nebenbaute bewilligt werden. Das ARE hat indessen festgehalten, im konkreten Fall komme dies nicht in Frage, weil ein Anbau am Ferienhaus (ausserhalb des Gewässerabstands) ohne weiteres möglich sei. Anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts hat sich diese Feststellung bestätigt. Das Ferienhaus kann auf der nördlichen Seite ohne Verletzung des Gewässerabstands mit einem Anbau versehen werden, der genügend gross ist, um die für die Bewirtschaftung des Grundstücks benötigten Gartengeräte unterzubringen. Somit besteht keine objektive Notwendigkeit für eine freistehende Baute.

Ohne Belang ist in diesem Zusammenhang, dass die heutige Gestaltung der Liegenschaft und der ihr im Norden vorgelagerten Fläche – Oberlicht des Kellergeschosses, Treppenaufgang zur Terrasse, befestigter Gartenweg – zu diesem Zweck verändert werden müssten, zumal die Verbindung zwischen Terrasse und Garten nicht zwingend erforderlich ist. Massgebend ist nicht, was aus Sicht der Beschwerdeführer wünschenswert ist bzw. was sie subjektiv anstreben, sondern, was auf Grund der Gegebenheiten vor Ort objektiv möglich ist. Anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts hat sich sodann gezeigt, dass die Behauptung der Beschwerdeführer, das Gartenhaus füge sich ohne weiteres in die Umgebung ein bzw. es wahre die Identität ihres Ferienhauses und seines ländlichen Umfelds, nicht zutrifft. Die fensterlose Holzkonstruktion, die auf der kleinen Fläche zwischen Wohnhaus und T.-Bach erstellt worden ist, wird als störender Fremdkörper wahrgenommen.

4.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in dieser Hinsicht abzuweisen ist. Der Vorwurf der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe den Sachverhalt bezüglich der tatsächlichen Verhältnisse auf ihrem Grundstück unrichtig abgeklärt, erweist sich somit als unbegründet. Weil die Erweiterung des Ferienhauses durch einen Anbau möglich ist, ergibt sich sodann, dass das freistehende Gartenhaus gestützt auf Art. 24c RPG in Verbindung mit Art. 42 RPV nicht bewilligungsfähig ist. Sodann wahrt es die Identität des Ferienhauses und seiner Umgebung nicht. Hinzu kommt, dass das Gartenhaus den Gewässerabstand zum T.-Bach unterschreitet, weshalb eine Bewilligung auch wegen Unvereinbarkeit der Baute mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung nicht erteilt werden könnte (vgl. dazu Ziff. 5 hienach).

5. Was die westseitige Erweiterung der Terrasse anbetrifft, bringen die Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, diese sei mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung nicht vereinbar und deshalb nicht bewilligungsfähig, weil sie sich im Gewässerabstand zum T.-Bach befinde. Sodann beruhe der angefochtene Entscheid in dieser Hinsicht auf einem unrichtig bzw. unvollständig festgestellten Sachverhalt. Sie begründen dies damit, beim T.-Bach handle es sich nicht um ein öffentliches Gewässer im Sinn des GNG und somit auch nicht um einen Bach im Sinn von Art. 59 BauG, weshalb kein Gewässerabstand einzuhalten sei. Der T.-Bach führe die meiste Zeit über kein Wasser und diene höchstens der Ableitung von Regen- oder Schneewasser. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die Ausführungen des Mitarbeiters des kantonalen Tiefbauamtes anlässlich des Augenscheins zu überprüfen. Sie wäre gehalten gewesen, Angaben zur Häufigkeit und Menge des abfliessenden Wassers zu erheben und den genauen Verlauf des T.-Bachs bzw. den genauen Abstand zur fraglichen Baute festzulegen. Sodann hätte sie exakte Angaben bezüglich des durch die Schwellenverbauung bestehenden Höhenunterschieds zwischen Bach und Liegenschaft machen müssen.

5.1. Nach Art. 1 GNG steht dem Staate im Rahmen des Bundesrechtes die Hoheit über die öffentlichen Gewässer zu. Öffentliche Gewässer sind u. a. Seen, Flüs-

se und Bäche (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG; vgl. auch Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, SR 721.80), und das zuständige Departement (Baudepartement, vgl. Art. 18 Abs. 1 der VVzumGNG, sGS 751.11) entscheidet, ob ein öffentliches Gewässer vorliegt (Art. 2 Abs. 2 GNG). Das Gesetz umschreibt den Begriff des öffentlichen Bachs nicht. Was unter einem öffentlichen Bach im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG zu verstehen ist, ist daher durch Auslegung zu ermitteln. Massgebend sind Funktion, Bedeutung und Ausdehnung des Gewässers (GVP 1978 Nr. 62, GVP 1987 Nr. 88). Das Baudepartement hat entschieden, öffentliche Bäche im Sinn des GNG hätten keine mittlere Ergiebigkeit von 600 Minutenlitern aufzuweisen. Umgekehrt könne unter Berücksichtigung von Art. 2 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 GNG auch nicht jedes Rinnsal als öffentlicher Bach gelten. Der Wasserlauf müsse eine gewisse mittlere Ergiebigkeit aufweisen, damit er zu den öffentlichen Gewässern zähle. Dabei seien Funktion, Bedeutung und Ausdehnung eines Baches die massgebenden Gesichtspunkte. Dies schliesse indessen nicht aus, dass ein Bach auch dann zu den öffentlichen Gewässern gehöre, wenn das Gerinne nicht während 365 Tagen im Jahr Wasser führe, weil die Wasserführung von der Jahreszeit bzw. von den Niederschlägen abhänge. Ein öffentliches Gewässer liege jedenfalls dann nicht vor, wenn ein Gerinne oder ein Kanal nur eine sehr geringe mittlere Ergiebigkeit aufweise (GVP 1987 Nr. 88).

5.2. Der Gewässerabstand ist eine bedeutende Vorschrift des BauG, die aus wasserbaupolizeilichen Gründen und aus Gründen des Naturschutzes – Bäche, Flüsse und Seen und ihre Ufer sind Schutzgegenstände nach Art. 98 Abs. 1 lit. a BauG – erlassen wurde. Die Gewässer sind einerseits die Lebensadern, die unsere Landschaft durchziehen, andererseits geht von ihnen eine oft unterschätzte Hochwassergefahr aus (Heer, a. a. O., Rz. 641 mit Hinweis). Das Baudepartement hat mit Recht entschieden, an der Einhaltung des Gewässerabstands bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse (GVP 2000 Nr. 75). Die Erweiterung einer Baute oder Anlage, auf die Art. 24c RPG anwendbar ist und die den Gewässerabstand verletzt, ist mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung nicht vereinbar und deshalb nicht bewilligungsfähig.

5.3. Nach Art. 59 Abs. 1 BauG gilt für Bauten und Anlagen gegenüber Bächen ein Mindestabstand von 10 Meter und innerhalb der Bauzonen gegenüber Bächen mit einem mittleren Gerinnequerschnitt unter 0,2 m^2 von 4 Meter. Im Baureglement, in Zonen-, Überbauungs- oder Gestaltungsplänen können andere Mindestabstände festgelegt werden, wenn es die örtlichen Verhältnisse rechtfertigen (Art. 59 Abs. 5 BauG). Von dieser Möglichkeit hat die Beschwerdegegnerin keinen Gebrauch gemacht. Es ist davon auszugehen, dass sich die Frage des Gewässerabstands von 10 Meter nur stellt, wenn es sich beim «Bach» um ein oberirdisch fliessendes Gewässer handelt, das öffentlichen Charakter im Sinn des GNG hat und nicht zu den Flüssen zählt (Heer, a. a. O., Rz. 644). Eine andere Frage ist, ob diese Voraussetzung auch bei «kleinen Bächen» erfüllt sein muss, für die gemäss Art. 59 Abs. 1 BauG ein wesentlich geringerer Gewässerabstand von 4 Meter einzuhalten

ist. Sie braucht indessen nicht beantwortet zu werden, zumal diese Sonderregelung nur innerhalb der Bauzonen gilt (vgl. auch Heer, a. a. O., Rz. 645). Daraus ergibt sich, dass in einem Fall wie dem vorliegenden, wo es um die Erweiterung einer bestimmungsgemäss nutzbaren aber nicht mehr zonenkonformen Baute in der Landwirtschaftszone geht, ein Gewässerabstand von 10 Meter einzuhalten ist, vorausgesetzt beim Bach handle es sich um ein öffentliches Gewässer im Sinn des GNG.

5.4. Nach Art. 12 Abs. 1 VRP ermittelt die Behörde oder das von ihr beauftragte Verwaltungsorgan den Sachverhalt und erhebt die Beweise von Amtes wegen durch Befragen von Beteiligten, Auskunftspersonen und Zeugen, durch Beizug von Urkunden, Amtsberichten und Sachverständigen, durch Augenschein sowie auf andere Weise. Sind zur Wahrung des öffentlichen Interesses keine besondern Erhebungen nötig, sind nach Art. 12 Abs. 2 VRP nur die von den Beteiligten angebotenen und die leicht zugänglichen Beweise über erhebliche Tatsachen aufzunehmen.

Die Behörde kann sich zur Ermittlung des Sachverhalts auf die Fachkunde der Verwaltung stützen und muss keine auswärtigen Sachverständigen beiziehen (GVP 1986 Nr. 43). Der Amtsbericht ist die Auskunft einer Behörde oder Amtsstelle über bestimmte Tatsachen oder Verhältnisse, über welche diese auf Grund ihrer Tätigkeit besondere Sachkunde besitzt. In der Regel wird Schriftlichkeit gefordert (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 974 mit Hinweisen). Sodann ist es möglich, sachkundige Mitarbeiter der Verwaltung zur Abklärung des Sachverhalts zu befragen. Von Amtsgutachten und sachkundigen Auskünften wird nur abgewichen, wenn dafür stichhaltige Gründe bestehen. Dies ist etwa der Fall bei offensichtlichen Mängeln und Widersprüchen (Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 282; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 7 N 78). Der Beweischarakter der Meinungsäusserung wird sodann gemildert, wenn sie kaum fachspezifische Aussagen enthält und inhaltlich einem Stimmungsbild gleichkommt (GVP 2001 Nr. 12 mit Hinweis auf GVP 1997 Nr. 16).

5.5. Die Vorinstanz geht in den Erwägungen zum angefochtenen Entscheid davon aus, beim T.-Bach handle es sich zweifellos um ein öffentliches Gewässer im Sinn des GNG und somit um einen Bach im Sinn des BauG. Ein Entscheid derjenigen Behörde, die von Gesetzes wegen zuständig ist, über diese Frage zu befinden, liegt zwar nicht vor. Der mit der Rekursinstruktion betraute Mitarbeiter der Rechtsabteilung des Baudepartements hat indessen einen Mitarbeiter des kantonalen Tiefbauamtes eingeladen, am Rekursaugenschein teilzunehmen, um festzustellen, ob es sich beim T.-Bach um einen Bach im Sinn des BauG handle. Die Fachperson der kantonalen Verwaltung hat anhand verschiedener Kriterien (Einzugsgebiet, Karten, Pläne) vor Ort erläutert, warum aus ihrer Sicht im Zusammenhang mit dem T.-Bach von einem öffentlichen Gewässer gesprochen werden müsse. Sodann war anlässlich des Rekursaugenscheins in diesem Zusammenhang festgestellt worden, dass zwar kein Wasser floss, dass das Bachbett aber nicht überwuchert war, was

auf einen regelmässigen Wasserlauf hinweist. Hinzu kommt, dass weitere Indizien dafür sprechen, dass es sich beim T.-Bach um ein öffentliches Fliessgewässer handelt. Dazu gehört, dass sich im Zonenplan der Beschwerdegegnerin ein «Hinweis Gewässer» findet und dass «W.-T.» (Uferbestockung entlang Fliessgewässer) im Verzeichnis der «Naturobjekte, Hecken, Feld- und Ufergehölze, Trockenmauern» der kommunalen Schutzverordnung aufgeführt ist. Die Frage, ob es sich beim T.-Bach um ein öffentliches Gewässer handle, ist im Rekursverfahren somit hinreichend geklärt worden, und die Beschwerde erweist sich in dieser Hinsicht als unbegründet. Anlässlich seines Augenscheins konnte das Verwaltungsgericht zudem feststellen, dass in der Geländemulde etwas Wasser floss und dass der Durchlass unter der M-strasse auf den Abfluss beträchtlicher Wassermengen ausgerichtet ist. Sodann hat der vor Ort anwesende Mitarbeiter des kantonalen Tiefbauamtes erläutert, der T.-Bach führe über mehrere Grundstücke und diene der Entwässerung eines Einzugsgebiets von rund 27 ha. Das Gerinne sei sichtbar (Sohle mit Steinen). Weiter führte die Fachperson aus, die Abflussmenge könne im Fall eines Hochwassers bis zu 4 m^3/sec betragen. Sie hat zudem darauf hingewiesen, der T.-Bach sei auf der Topographischen Karte, auf alten Plänen und Karten (u. a. Siegfriedkarte) und auf der Gewässernetzkarte als Gewässer verzeichnet. Im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführer handelt es sich beim T.-Bach somit um einen Bach im Sinn von Art. 59 Abs. 1 BauG. Demzufolge haben Bauten und Anlagen einen Gewässerabstand von 10 m einzuhalten. Unbestritten ist, dass sich die Terrassenvergrösserung zum überwiegenden Teil und das Gartenhaus vollumfänglich innerhalb dieses Abstands befinden. Die auf diese Weise erfolgte Erweiterung des Ferienhauses ist somit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung nicht vereinbar.

6. Für den Fall, dass das Verwaltungsgericht zur Auffassung gelangen sollte, der T.-Bach sei ein öffentliches Gewässer, gegenüber dem ein Gewässerabstand nach Art. 59 Abs. 1 BauG einzuhalten sei, machen die Beschwerdeführer bezüglich der Balkonerweiterung geltend, es sei zu prüfen, ob die Voraussetzungen betreffend Bestandes- und Erweiterungsgarantie nach Art. 77bis BauG erfüllt seien. Ihrer Meinung nach wäre es in diesem Fall zulässig, den Gewässerabstand zu unterschreiten.

6.1. Nach Art. 77bis Abs. 1 Satz 1 BauG sind Bestand und Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen, die den geltenden Vorschriften oder Plänen widersprechen, gewährleistet. Umbauten, Zweckänderungen und Erweiterungen sind nach Art. 77bis Abs. 2 BauG zulässig, soweit dadurch die Rechtswidrigkeit weder vermehrt noch wesentlich verstärkt wird. Eine Vermehrung der Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn die Änderung zu einer Verletzung zusätzlicher Vorschriften führt, z. B. neben der bestehenden Verletzung des Grenzabstandes auch noch zu einer Verletzung der Ausnützungsziffer. Von einer Verstärkung der Rechtswidrigkeit spricht man, wenn eine bereits verletzte Vorschrift in noch stärkerem Ausmass verletzt wird, z. B. indem ein bereits unterschrittener Grenzabstand noch weiter unterschritten oder – wenn auch im Mass der Unterschreitung gleichbleibend – durch

zusätzliche Bauteile unterschritten wird (Heer, a. a. O., Rz. 750 mit Hinweis). Die Frage, ob die Verstärkung der Rechtswidrigkeit wesentlich ist, beurteilt sich anhand von zwei Kriterien. Zum einen nach der Schwere der Verletzung des Schutzzwecks der Norm und zum anderen nach dem Ausmass, in dem ein bestehender rechtswidriger Gebäude- oder Anlageteil erweitert werden soll. Unwesentlich ist eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit nur, wenn weder der Schutzzweck der Norm erheblich beeinträchtigt, noch die Erweiterung des bestehenden rechtswidrigen Teils für sich allein oder zusammen mit dem weiteren Gebäude als bedeutsam bezeichnet werden muss (Heer, a. a. O., Rz. 752 mit Hinweis auf GVP 2001 Nr. 95).

6.2. Im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführer steht eine wesentliche Verstärkung der Rechtswidrigkeit im Sinn von Art. 77bis Abs. 2 BauG zur Diskussion. Unbestritten geblieben sind die Feststellungen im angefochtenen Entscheid, wonach der Gewässerabstand durch die Hälfte der ursprüngliche Terrassenfläche von rund 6 m^2 verletzt wurde und wonach diese innerhalb des Gewässerabstands auf rund 17 m^2 erweitert worden ist. Der Gewässerabstand wird damit mit einer zusätzlichen Fläche von 11 m^2 verletzt und gleichzeitig wurde eine rund 2,5 m lange Stützmauer innerhalb des Gewässerabstands erstellt.

6.3. Es ergibt sich somit, dass die im Bereich des Gewässerabstands liegende Balkonerweiterung gestützt auf Art. 77bis Abs. 2 BauG nicht bewilligt werden kann. Hinzu kommt, dass sie, wie dargelegt, mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung nicht vereinbar ist (vgl. Ziff. 5.2. hievor).

7. Die Beschwerdeführer berufen sich weiter auf Art. 77 Abs. 1 lit. a BauG und machen geltend, die Durchsetzung des Gewässerabstands bedeute für sie eine offensichtliche Härte. Sie begründen dies damit, es sei ihnen nicht bewusst gewesen, dass gegenüber dem T.-Bach ein Gewässerabstand einzuhalten sei und es sei unbillig, Art. 59 Abs. 1 BauG zur Anwendung zu bringen, weil der Schutzzweck des Gewässerabstands durch die Terrassenerweiterung nicht verletzt werde.

7.1. Art. 77 BauG ist die gesetzliche Grundlage für die Abweichung von den Vorschriften des Baugesetzes, des Baureglementes sowie von Zonen-, Überbauungs- und Gestaltungsplänen. Die einzelnen Fälle sind in Art. 77 Abs. 1 lit. a – d BauG abschliessend aufgezählt. Eine Ausnahmebewilligung ist u. a. möglich, wenn die Anwendung der Vorschriften für den Bauherrn zu einer offensichtlichen Härte führt (Art. 77 Abs. 1 lit. a BauG). Mit Hilfe der Ausnahmebewilligung kann in wirklichen Sonderfällen von den Vorschriften abgewichen werden, wobei es sich um einen Fall handeln muss, in dem die Anwendung der Vorschriften hart und unbillig wäre. Die Härte muss in einem objektiven Nachteil bestehen, den der Bauherr im Verhältnis zu Mitbürgern in gleicher oder ähnlicher Situation durch die strikte Anwendung der Baunormen erleiden würde (GVP 2001 Nr. 94). Rein finanzielle Erwägungen oder rein persönliche Gründe genügen für die Annahme einer Ausnahmesituation nicht (Heer, a. a. O., Rz. 736 mit Hinweis).

7.2. Im vorliegenden Fall sind keine Gründe ersichtlich, die für die Annahme eines Härtefalls sprechen und die es demzufolge rechtfertigen würden, eine Ausnah-

mebewilligung zu erteilen. Das Verwaltungsgericht konnte anlässlich seines Augenscheins feststellen, dass die Terrassenfläche ohne Verletzung des Gewässerabstandes erweitert werden könnte. Eine Vergrösserung der Terrasse nach Osten wäre auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse möglich. Der Umstand, dass die Terrassenerweiterung, wie sie verwirklicht worden ist, nicht bewilligt werden kann, bedeutet für die Beschwerdeführer demzufolge keine offensichtliche Härte. Sodann kann den Beschwerdeführern nicht gefolgt werden, wenn sie behaupten, die Abstandsvorschrift von Art. 59 Abs. 1 BauG könne im konkreten Fall ihren Zweck nicht erfüllen, weil der Schwellenbau, mit welchem die Parzelle aufgeschüttet worden sei, eine Gefährdung des Grundstücks durch Hochwasser ausschliesse. Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführer anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts ausgeführt haben, die Schwellenverbauung sei beschädigt, liegt die Einhaltung des Gewässerabstands nicht nur aus wasserbaupolizeilichen, sondern auch aus Gründen des Naturschutzes im öffentlichen Interesse (vgl. Ziff. 5.2. hievor). Die wuchtige Verbauung in unmittelbarer Nähe eines Fliessgewässers mit einem Ufergehölz, das durch die kommunale Schutzverordnung in seiner Substanz, seiner Erscheinungsform, seiner Artenvielfalt und seiner flächenmässigen Ausdehnung geschützt ist (vgl. Art. 11 der Schutzverordnung der Beschwerdegegnerin), widerspricht diesen Interessen erheblich, zumal alle Massnahmen in der unmittelbaren Umgebung von Schutzgegenständen, welche diese beeinträchtigen, gemäss Art. 4 der Schutzverordnung untersagt sind. Sodann hätte den Beschwerdeführern bei zumutbarer Sorgfalt bewusst sein müssen, dass der Abbruch und der Wiederaufbau der Terrasse ihres Ferienhauses mit doppelter Fläche in unmittelbarer Nähe des T.-Bachs und des Ufergehölzes und in der Landwirtschaftszone bewilligungspflichtig und nicht ohne weiteres bewilligungsfähig sind.

7.3. Abgesehen davon, dass kein Härtefall im Sinn von Art. 77 Abs. 1 lit. a BauG vorliegt, ist die Terrassenerweiterung im Bereich des Gewässerabstands sodann mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung nicht vereinbar.

9. Abgaben

29

Art. 26 Abs. 1 lit. b DBG (SR 642.11). Bei der Beurteilung der Notwendigkeit der auswärtigen Verpflegung ist grundsätzlich von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 26. September 2008

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2008 Nr. 19.

30

Art. 32 Abs. 2 DBG (SR 642.11). Aufwendungen für den Gartenunterhalt sind als Liegenschaftsunterhaltskosten abziehbar, wenn sie einerseits mit dem steuerbaren Eigenmietwert in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen und andererseits zur Erhaltung des Gartens notwendig sind und nicht einer privaten Liebhaberei dienen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 11. Dezember 2008

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2008 Nr. 18.

31

Art. 13 Abs. 2 StG (sGS 811.1). Voraussetzungen für die Begründung eines steuerrechtlichen Wohnsitzes. Beweislastverteilung, wenn die Wohnsitzverlegung nach der Beweiswürdigung weder bejaht noch widerlegt werden kann. Der steuerpflichtigen Person kann der Gegenbeweis für die von ihr behauptete subjektive Steuerpflicht an einem Ort auferlegt werden, wenn die von der Steuerbehörde angenommene bisherige subjektive Steuerpflicht als sehr wahrscheinlich gelten kann.

Verwaltungsgericht, 22. Januar 2008

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE 2008 Nr. 16.

32

Art. 29 Abs. 1, Art. 36 lit. b und Art. 37 StG (sGS 811.1), Art. 88 VVG (SR 221.229.1). Einkommenssteuer. Ob eine Versicherungsleistung eine steuerfreie Schadenersatz- oder Genugtuungszahlung darstellt, ist gestützt auf eine Auslegung der Versicherungspolice sowie der allgemeinen Vertragsbedingungen zu ermitteln. Im konkreten Fall liegt keine steuerfreie Zahlung, sondern eine steuerbare Invaliditätsentschädigung vor.

Verwaltungsgericht, 13. März 2008

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE 2008 Nr. 4.

33

Art. 34 Abs. 1 lit. b, Art. 36 lit. f., Art. 44 Abs. 2, Art. 45 Abs. 1 lit. a und lit. c StG (sGS 811.1). Bei der steuerrechtlichen Qualifikation von Leistungen zwischen getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten ist in erster Linie auf die im Eheschutzverfahren oder in der Scheidungskonvention festgelegte Aufteilung von Lasten und Beiträgen abzustellen.

Verwaltungsgericht, 22. Mai 2008

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE 2008 Nr. 8.

34

Art. 49 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Ob ein Steuerpflichtiger für den Unterhalt des Kindes zur Hauptsache aufkommt, ist nicht allein aufgrund der Verhältnisse am Ende der Steuerperiode zu beurteilen, sondern es ist auf die Zeitspanne abzustellen, in der die am Stichtag geltenden Verhältnisse bestanden.

Verwaltungsgericht, 12. Februar 2008

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE 2008 Nr. 1.

35

Art. 80 Abs. 1 lit. g StG (sGS 811.1). Einer Stiftung wurde die Steuerfreiheit wegen Fehlens eines offenen Destinatärkreises und Fehlens der Gemeinnützigkeit zu Recht verweigert.

Verwaltungsgericht, 9. September 2008

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE 2008 Nr. 17.

36

Art. 112 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Bei der nachträglichen Veranlagung eines ehemals Quellensteuerpflichtigen ist der gesamte dem Arbeitnehmer an der Quelle abgezogene Betrag an die Steuer anzurechnen, selbst wenn der Steuerbetrag vom Arbeitgeber nicht an die Steuerbehörde abgeliefert wurde.

Verwaltungsgericht, 13. März 2008

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE 2008 Nr. 3.

37

Art. 230, Art. 229 i.V.m. Art. 181 Abs. 2 StG (sGS 811.1). Im Einspracheverfahren der Handänderungssteuer vor dem Gemeinderat hat der Steuerpflichtige das Recht, seine Einsprache mündlich zumindest vor einem Mitglied des Rates zu begründen. Dieses Recht steht nicht nur natürlichen, sondern auch juristischen Personen zu. Die im Einspracheverfahren beantragte mündliche Begründung kann nicht im Rekursverfahren vor der Verwaltungsrekurskommission nachgeholt werden.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 20. August 2008

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2008 Nr. 20.

10. Öffentliches Beschaffungswesen

38

Art. 16 lit. d VöB (sGS 841.11). Die freihändige Vergabe eines Architekturauftrags für das Projekt Klanghaus Toggenburg ist unzulässig, da keine konkreten Vorarbeiten vorliegen, welche künstlerische Besonderheiten oder Schutzrechte des geistigen Eigentums dokumentieren.

Verwaltungsgericht, 14. Oktober 2008

Am 24. Januar 2006 verabschiedete die Regierung die strategischen Leitlinien der st.gallischen Kulturpolitik mit insgesamt sechs Strategiefeldern, zu denen auch die Plattform «Südkultur» mit dem Projekt «Klangpark Toggenburg/Werdenberg» gehörte. Sie stimmte am 19. Dezember 2006 dem Projektauftrag «Momentaufnahme Klangpark Toggenburg/Werdenberg» zu, der die Vorarbeiten zum eigentlichen Projektauftrag bildete. Am 2. Mai 2007 genehmigte die Regierung die Projektaufträge «Klanghaus Toggenburg» und «Klangschloss Werdenberg» zur Klärung unterschiedlicher konzeptioneller Fragestellungen. Im Rahmen des Projektauftrags «Klanghaus Toggenburg» sollten insbesondere die offenen Fragen zu Nutzung, Wirtschaftlichkeit, Finanzierung und Trägerschaft bestimmt und geregelt werden. Zudem sollten im Rahmen einer «baulichen» Machbarkeitsstudie planungsrechtliche Abklärungen getätigt, raumprogrammliche, architektonische und finanzielle Vorgaben und Anforderungen ermittelt sowie ein Erschliessungskonzept erarbeitet werden. In der Folge sprach der Kantonsrat dafür einen Projektkredit von Fr. 250 000.– aus dem Lotteriefonds in Form eines Rahmenkredits. Mit Beschluss vom 11. März 2008 erteilte die Regierung den Gesamtauftrag für die Architekturleistungen (ohne Kostenplanung und Bauleitung) freihändig an Peter Zumthor. Die Kostenplanung und die Leistungen für Bauleitung/Kostenkontrolle/Inbetriebnahme/Leitung der Garantiearbeiten und Abrechnung sollten im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden. Zur Begründung führte die Regierung im Wesentlichen an, dass sich Peter Zumthors Bauten durch ihre Sorgfalt und Poesie, durch ihre klare Ästhetik und Formensprache sowie durch ihren feinfühligen Bezug zur Umgebung auszeichneten. Peter Zumthor sei gerade deshalb in den Jahren 1992 und 1995 bereits zweimal mit dem «Internationalen Architekturpreis für Neues Bauen in den Alpen» geehrt worden. Er biete Gewähr, dass ein von ihm erstelltes Klanghaus wesentlich zur Markenbildung der Region Toggenburg beitrage. Kein Architekt mit vergleichbarem Leistungs- und Erfahrungsausweis verfüge über eine nur annähernd ähnliche Dichte von ausgezeichneten Architekturwerken in touristisch relevanter Reisedistanz zum Toggenburg wie Peter Zumthor. Das Projekt Klanghaus könne deshalb nicht mit einem anderen Architekten realisiert werden, weil es die Architektursprache von Peter Zumthor habe und diese Mentalität und Philosophie schon in den anderen Projekten mitgedacht sei. Peter Zumthor habe sich sinngemäss so in das Projekt eingearbeitet, dass nur eine Vergabe im freihändigen Verfahren möglich sei. Gegen den Zuschlag erhoben verschiedene Architekten und Architektenverbände beim Verwaltungsgericht Beschwerde mit dem Antrag, für die Architekturleistungen sei ein offenes Verfahren durchzuführen. Der Präsident des Verwaltungsgerichts erteilte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Mit Urteil vom 14. Oktober 2008 hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführer bringen vor, die freihändige Vergabe der Architekturleistungen für das Projekt Klanghaus an den Beschwerdegegner aufgrund künstlerischer Besonderheiten im Sinne von Art. 16 lit. d VöB sei rechtswidrig.

2.1. Gemäss Art. 5 Abs. 1 VöB werden Anbieter im Vergabeverfahren gleich behandelt und nicht diskriminiert. Das Gleichbehandlungsgebot ist im Wesentlichen identisch mit dem Verbot der unsachlichen Differenzierung. So dürfen einem Anbieter weder Vorteile gewährt noch Nachteile auferlegt werden, die für andere Anbieter nicht gelten (Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 194). Der Auftraggeber kann einen Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben (Art. 13 lit. d VöB). Das freihändige Verfahren im Sinne von Art. 16 VöB kommt einerseits zur Anwendung, wenn der Auftragswert unterhalb des Schwellenwerts für das Einladungsverfahren nach Art. 14 Abs. 1 VöB liegt. Andererseits kann es sich auch unabhängig vom Auftragswert aufdrängen, sofern bestimmte Gründe gegen eine Ausschreibung oder eine Einladung mehrerer Anbieter sprechen (Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St.Gallen 2002, abgekürzt: HöB, Art. 16 Rz. 1; vgl. GVP 1999 Nr. 36). Das freihändige Verfahren ist nur unter den in Art. 16 VöB detailliert ausgeführten Voraussetzungen zulässig. Da es sich dabei um Ausnahmen handelt, sind die Tatbestände, unter denen eine freihändige Vergabe erlaubt ist, restriktiv auszulegen (BR 2/2001, S. 62; VPB 65.77 [2001] Erw. 2a; 64.8 [2000] Erw. 1b/aa). Ein Auftrag kann unabhängig von seinem Wert unter anderem dann im freihändigen Verfahren vergeben werden, wenn aufgrund technischer oder künstlerischer Besonderheiten oder wegen Schutzrechten des geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt (Art 16 lit. d VöB). Andere Anbieter dürfen somit aufgrund von Besonderheiten oder Schutzrechten faktisch oder rechtlich nicht in der Lage zur Ausführung des Auftrags sein. Bei der Beurteilung dieser Fragen sind indes auch Alternativausführungen miteinzubeziehen. Je mehr Alternativen bestehen, desto weniger darf die freihändige Vergabe eines Auftrags zulässig sein (HöB, Art. 16 Rz. 9; vgl. Art. XV Ziff. 1 lit. b des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422). Die Beweislast dafür, dass die aussergewöhnlichen Umstände, welche die Ausnahmen rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt im Allgemeinen demjenigen, der sich auf sie berufen will. Die Vergabestelle ihrerseits ist nicht nur verpflichtet, zur Rechtfertigung der Anwendung des freihändigen Verfahrens das Vorliegen technischer oder künstlerischer Gründe darzulegen, sondern sie muss auch glaubwürdig erläutern und wenn möglich belegen, dass diese Gründe die freihändige Vergabe des Auftrags unbedingt erforderlich machen (VPB 65.77 [2001] Erw. 2a; Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Bd., 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 160).

2.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass die Publikationen im Zusammenhang mit dem Projekt Klanghaus sehr allgemein gehalten seien. So sei der Internetpublikation des Amts für Kultur unter dem Titel «Die Vision des Klanghauses» nur zu entnehmen, dass das Klanghaus durch seine hochstehende Architektur und die hohe Qualität der Akustik besteche. Im Weiteren werde die Vision des Raumprogramms und der Funktionen des Klanghauses umrissen, wobei jedoch weitere Konkretisierungen fehlten. Auch sei unklar geblieben, ob sich diese

Vision bereits materialisiert habe und, wenn ja, in welcher Form bereits Projektierungsarbeiten des offensichtlich favorisierten Beschwerdegegners beständen und ob für die Architekturleistungen zu diesem bedeutsamen Projekt ein vergaberechtliches Wettbewerbsverfahren in die Wege geleitet werden würde. Anlässlich der Besprechung zwischen Vertretern der Beschwerdeführer und der Vorinstanz vom 3. März 2008 sei die letztgenannte nicht in der Lage gewesen, konkrete Angaben zu architektonischen Leistungen zu machen oder gar Dokumente vorzulegen. Daraus sei zu schliessen, dass keine architektonischen oder andere Vorleistungen des Beschwerdegegners vorlägen, da sie andernfalls nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hätten präsentiert werden müssen. Auch gingen aus den genannten Publikationen keine Bedingungen hervor, welche die Erbringung der nachgefragten Architekturleistungen nur einem einzigen Architekten vorbehalten würde. So schränkten die zweckspezifischen Anforderungen des Klanghauses an eine optimale Akustik und eine hochstehende Architektur den Kreis der in Frage kommenden Architekten keineswegs auf einen einzigen Anbieter ein. Die Nichtdurchführung eines offenen Wettbewerbs verstosse somit gegen die grundlegenden Prinzipien der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 5 VöB.

2.3. Die Vorinstanz bringt in ihrer Stellungnahme demgegenüber vor, dass im Toggenburg kein Bedarf nach «irgendeinem» Klanghaus bestehe, möge es noch so mit solider Architektur und ansprechender Akustik gebaut werden. Vielmehr sei aus der Entstehungsgeschichte der Idee für ein Klanghaus und aus der Vorgeschichte des Projekts klar erkennbar, dass dieses Haus von Beginn an unzertrennlich mit den Persönlichkeiten von Peter Roth und des Beschwerdegegners verknüpft sei. Schon als der Bedarf nach einem Klanghaus entstanden sei, seien das Klanghaus sowie Peter Roth und der Beschwerdegegner nicht voneinander zu trennen gewesen. Ohne den Beschwerdegegner gäbe es heute kein Projekt Klanghaus, da dieser das Projekt von Beginn an mit seiner Inspiration, seinen Ideen und seiner Arbeit entscheidend geprägt habe. Auch verhalte es sich nicht so, dass ein recht allgemeiner Bedarf nach Musikräumen in manipulativer Absicht so zugeschnitten worden sei, bis er nur noch durch den Beschwerdegegner habe erfüllt werden können. Vielmehr bestehe gar kein allgemeiner Bedarf nach irgendwelchen Musikräumen. Dieser alleine würde die Klangwelt nicht voranbringen, hätte nie die breite Unterstützung finanzieller und ideeller Natur in Bevölkerung und Gewerbe zu mobilisieren vermocht und wäre vom Kanton überdies nie unterstützt worden. Das von Peter Roth und dem Beschwerdegegner als begehbares Instrument entwickelte Klanghaus sei hinsichtlich seines Anspruchs, seiner Einzigartigkeit und seiner kulturellen Qualität vielmehr als von künstlerischer Natur zu betrachten. Das Klanghaus solle neben an Musik interessierten Touristen auch solche ins Toggenburg bringen, die sich für die Architekturwerke des Beschwerdegegners interessierten und die ihren Besuch anderer von diesem geschaffenen Stätten mit einem Besuch des Klanghauses im Toggenburg ergänzen wollten.

2.4. Im folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den Auftrag für die Architekturleistungen gemäss Art. 16 lit. d VöB aufgrund künstlerischer Besonderheiten im freihändigen Verfahren an den Beschwerdegegner vergeben durfte.

2.4.1. Die Vorinstanz verzichtete im Vergabeverfahren auf die Prüfung alternativer Projektvorschläge für das Klanghaus. Zur Begründung führte sie an, das Klanghaus sei schon von Beginn weg untrennbar mit der Persönlichkeit des Beschwerdegegners verbunden, weshalb sich eine freihändige Vergabe rechtfertige. Die Beschwerdeführer stellen indes zu Recht fest, dass aus den Akten keine konkreten Gründe ersichtlich seien, welche die freihändige Vergabe des Auftrags an den Beschwerdegegner aufgrund künstlerischer Besonderheiten rechtfertigen könnten. Tatsächlich sind den Akten nur allgemeine Angaben zum Projektvorschlag des Beschwerdegegners zu entnehmen. Insbesondere fehlen konkrete Argumente, welche die künstlerische Besonderheit des Projektvorschlags belegen könnten. Die blosse Erarbeitung eines provisorischen Raumprogramms sowie einer Grobkostenrechnung durch den Beschwerdegegner stellt für sich keine ausreichende Konkretisierung des Projekts dar, auf deren Grundlage die Vorinstanz transparent und objektiv über das Vergabeverfahren hätte entscheiden können. Auch beschränken die von der Vorinstanz vorgebrachten zweckspezifischen Anforderungen des Projekts an eine optimale Akustik und eine hochstehende Architektur den Kreis der in Frage kommenden Anbieter nicht ausschliesslich auf den Beschwerdegegner. Den Akten ist schliesslich auch nicht zu entnehmen, dass es sich, wie von der Vorinstanz behauptet, beim Klanghaus um ein von Peter Roth und dem Beschwerdegegner entwickeltes begehbares Instrument handle, das in seiner Einzigartigkeit und seiner kulturellen Qualität als von künstlerischer Natur zu betrachten sei. Es gelingt der Vorinstanz nicht, das Projekt des Beschwerdegegners ausreichend zu materialisieren, weshalb es den Anforderungen an die künstlerische Besonderheit im Sinne von Art. 16 lit. d VöB unter den gegebenen Umständen nicht genügen kann.

2.4.2. Die Vorinstanz vermag zudem nicht überzeugend darzulegen, inwieweit nicht andere potentielle Anbieter ein Klanghaus erstellen könnten. Die fehlende Konkretisierung des Projektvorschlags des Beschwerdegegners verunmöglicht einen direkten Vergleich mit allfälligen Projekten anderer Anbieter. An dieser Feststellung ändert auch die Behauptung der Vorinstanz nichts, wonach der Beschwerdegegner zahlreiche Lösungsvorschläge insbesondere im Zusammenhang mit Formen, Materialien und Nutzungen des Klanghauses entwickelt habe, die jedoch aufgrund seiner üblichen Arbeitsweise, bei der sich die Ideen, Entwürfe und Konzepte erst nach überaus langem geistigem Reifeprozess in Plänen, Skizzen und Modellen materialisierten, bis heute allein in dessen Kopf existierten. Ausschliesslich im Kopf des Beschwerdegegners existierende Ideen können keinen Einfluss auf die Vergabe des Auftrags haben, muss sich die Vorinstanz für ihre Entscheidung doch auf objektive Gegebenheiten stützen können. Andernfalls könnte die Transparenz der Vergabe nicht gewährleistet werden. Folglich ist der Ansicht der Beschwerdeführer

zuzustimmen, dass aus den Akten keine Gründe ersichtlich sind, die es rechtfertigen würden, die Erbringung der nachgefragten Architekturleistungen nur dem Beschwerdegegner vorzubehalten. Folglich kann die Vorinstanz den Entscheid der freihändigen Vergabe nicht mit künstlerischen Besonderheiten im Sinne von Art. 16 lit. d VöB rechtfertigen.

2.5. Die Vorinstanz macht geltend, die freihändige Vergabe sei letztlich als Subventionierung im Sinne einer Finanzhilfe für im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeiten von Privaten zu betrachten.

2.5.1. Nach Darstellung der Vorinstanz ist das Klanghaus ein privates Projekt, dessen Nutzen für die öffentlichen Interessen der Kanton anerkannt habe. Dass der Kanton nun selber einen Auftrag im Hinblick auf die Realisierung dieses Projekts vergebe, sei bloss eine atypische Ausgestaltung dieser Subventionierung. Die Vergabe von Subventionen unterliege nicht dem Submissionsrecht, und selbst wenn sie submissionsrechtlich betrachtet werde, würde sie offensichtlich nicht unter die gewöhnlichen Regeln bzw. Verfahren des Submissionsrechts passen.

2.5.2. Die Beschwerdeführer bringen in ihrer Vernehmlassung demgegenüber vor, es sei verfehlt, von einer atypischen Ausgestaltung einer Subventionierung zu sprechen. Es sei unbestritten, dass der Kanton als Auftraggeber fungiere und somit das Vergaberecht anzuwenden sei. Schliesslich führe gemäss Art. 2 Abs. 2 EGöB schon die Ausrichtung von Subventionen der öffentlichen Hand an jede Person, Körperschaft oder Organisation zur Anwendbarkeit der Submissionsvorschriften, wenn die Beiträge mehr als die Hälfte der anrechenbaren Kosten betrügen bzw. erheblich seien. Selbst wenn der Kanton vorliegend nur als Subventionsgeber fungierte, hätten sich die privaten Arbeitgeber an das Submissionsrecht zu halten.

2.5.3. Unbestritten handelt es sich beim Projekt Klanghaus ursprünglich um ein von Peter Roth initiiertes privates Projekt. Aus den Akten ergibt sich jedoch, dass Peter Roth schon von Beginn weg auf Beiträge der öffentlichen Hand zur Realisation des Projekts angewiesen war. So führte er im Schreiben vom 27. Oktober 2003 aus, dass er einerseits von Gemeinde und Kanton insgesamt Fr. 200 000.— sowie andererseits von der P.-Stiftung einen Beitrag erwarte und er erst anschliessend den Vertrag über das Vorprojekt mit dem Beschwerdegegner unterzeichnen könne. Peter Roth konnte das Projekt somit zu keinem Zeitpunkt ohne Beizug öffentlicher Mittel finanzieren. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz kann unter diesen Umständen nicht von einer Subventionierung durch die öffentliche Hand gesprochen werden, sondern es ist von einer praktisch vollständigen Finanzierung durch die öffentliche Hand auszugehen. Dafür sprechen insbesondere auch der vom Kantonsrat genehmigte Rahmenkredit von Fr. 250 000.– aus dem Lotteriefonds, die für die Architekturleistungen des Projekts Klanghaus von der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellten Mittel von Fr. 3 000 000.– sowie die von der Vorinstanz am 11. März 2008 beschlossene und am 25. März 2008 im Amtsblatt publizierte freihändige Vergabe der Architekturleistungen an den Beschwerdegegner. Somit ergibt sich unzweifelhaft, dass das Projekt Klanghaus ein öffentliches

Projekt darstellt, dessen Finanzierung hauptsächlich durch die öffentliche Hand gesichert wird.

2.5.4. Selbst wenn das Projekt Klanghaus nicht als öffentliches Projekt qualifiziert würde, hätte dies auf die Anwendung des Submissionsrechts keinen Einfluss. Wie die Beschwerdeführer zu Recht feststellen, findet das Submissionsrecht auch auf Privatpersonen, Körperschaften oder Organisationen Anwendung, sofern die öffentliche Hand Beiträge ausrichtet, die zusammen mehr als die Hälfte der anrechenbaren Kosten betragen (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 EGöB). Das Gemeinwesen steuert mit der Finanzierung der Architekturleistungen in der Höhe von Fr. 3 000 000.– unbestritten weitaus mehr als die Hälfte der anrechenbaren Kosten zum Projekt Klanghaus bei. Auf ein privates Projekt käme das Submissionsrecht im konkreten Fall jedoch selbst dann zur Anwendung, wenn der besagte Schwellenwert nicht erreicht würde. Gemäss Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 EGöB wird das EGöB unter anderem auch auf Privatpersonen angewendet, wenn die öffentliche Hand erhebliche Beiträge ausrichtet und seine Anwendung in der Beitragszusicherung verfügt wird (HöB, Art. 2 N 9). Die Verfügung einer solchen Beitragszusicherung ergibt sich aus der Publikation der freihändigen Vergabe im Amtsblatt vom 25. März 2008. Das EGöB findet somit auf das Projekt Klanghaus unabhängig von dessen Qualifikation als öffentliches oder privates Projekt Anwendung, weshalb sich das Vorbringen der Vorinstanz als unbegründet erweist.

2.6. Zwischen den Beschwerdeführern und der Vorinstanz ist streitig, ob im Zusammenhang mit dem Projekt Klanghaus Schutzrechte des geistigen Eigentums existierten, die eine freihändige Vergabe im Sinne von Art. 16 lit. d VöB rechtfertigten.

2.6.1. Gemäss Art. 2 Abs. 1 URG sind Werke, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben. Dazu gehören nach Art. 2 Abs. 2 URG unter anderem Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt wie Zeichnungen, Pläne, Karten oder plastische Darstellungen (lit. d) und Werke der Baukunst (lit. e). Ebenfalls geschützt sind Entwürfe, Titel und Teile von Werken, sofern es sich um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt (Art. 2 Abs. 4 URG). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen unter den Begriff des geschützten Werks konkrete Darstellungen, die nicht bloss Gemeingut enthalten, sondern insgesamt als Ergebnis geistigen Schaffens von individuellem Gepräge oder als Ausdruck einer neuen originellen Idee zu werten sind. Individualität oder Originalität gilt denn auch als Wesensmerkmal des urheberrechtlich geschützten Werks. Am eindrücklichsten sind die Schutzvoraussetzungen erfüllt, wenn das Werk den Stempel der Persönlichkeit seines Urhebers trägt, unverkennbar charakteristische Züge aufweist und sich von Darstellungen der gleichen Werkgattung deutlich unterscheidet (BGE 117 II 468 E. 2a; 113 II 196 E. I.2a mit Hinweisen; vgl. BGE 130 III 168 E. 4.1). Schliesslich handelt im Zusammenhang mit der Verwertung fremder Leistungen gemäss Art. 5 UWG insbesondere unlauter, wer ein Arbeitsergebnis eines Dritten wie Offerten,

Berechnungen oder Pläne verwertet, obwohl er wissen muss, dass es ihm unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht worden ist (lit. b).

2.6.2. Die Vorinstanz bringt vor, dass es im vorliegenden Fall insbesondere um die Schutzrechte von Peter Roth und des Beschwerdegegners gehe, die sich namentlich auf die Idee zum Klanghaus, auf die Art der Bauweise, die innere Ausgestaltung mit der Idee zur Herstellung eines Gebäudes als begehbares Musikinstrument und Klangkörper, die Raumaufteilung und Materialwahl, die Einflechtung in die Klangwelt Toggenburg, die Nutzung des Hauses sowie auf unzählige Detailideen betreffend die Konstruktionsweise des Vorführungssaals als akustisch einmaligen Raum insbesondere mit der Idee, den Saal auf Füsse zu stellen, damit er mit dem Klang mitschwinge, bezögen. Die Ideen und Konzepte wiesen teilweise für sich selber, jedenfalls aber in ihrer Kombination, alle Begriffsmerkmale des Werkes im Sinne von Art. 2 URG auf und ständen daher unter urheberrechtlichem Schutz. Daran ändere nichts, dass viele Ideen und Konzepte erst im Kopf oder allenfalls im persönlichen Skizzenbuch des Beschwerdegegners existierten, da sie sich jedenfalls dann, wenn sie umgesetzt werden sollten, materialisierten, und ein allfälliger auf Art. 2 Abs. 4 URG abgestützter Einwand daher ins Leere fiele. Selbst wenn, was jedoch bestritten werde, einzelne der angesprochenen Ideen, Skizzen und Konzepte dem Werksbegriff des URG nicht zu genügen vermöchten und auch ihre Gesamtheit diesem Begriff nicht entspräche, stellten diese im einzelnen und vor allem in ihrem Gesamtzusammenhang ein schutzwürdiges Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 UWG dar. Da die Vorinstanz im vorliegenden Fall einen hochspezifischen Bedarf habe, der nur unter der Nutzung der besagten Schutzrechte erfolgreich gedeckt werden könne, gäbe es keine angemessene Alternative zur Beschaffung der erforderlichen Leistungen beim Beschwerdegegner. Insbesondere wäre jede Abstrahierung des Projekts weg von seinen Initianten dem Plagiatsvorwurf derselben ausgesetzt. Damit stehe fest, dass die Vorinstanz einen Bedarf habe, der sich nicht anders als unter Nutzung der Schutzrechte decken lasse.

2.6.3. Die Beschwerdeführer machen demgegenüber geltend, es müssten solche Schutzrechte tatsächlich bestehen, damit die Durchführung eines offenen oder selektiven Verfahrens zu Urheberrechtsverletzungen führen würde. Wiederum seien Alternativausführungen miteinzubeziehen, und schliesslich gelte auch hier, dass die Beweislast für das Vorliegen von Schutzrechten des geistigen Eigentums bei der sich darauf berufenden Vergabeinstanz liege. Den Beschwerdeführern sei nichts über die Existenz urheberrechtlich geschützter Werke bekannt. So gehe weder aus den verfügbaren Publikationen noch aus den direkten Gesprächskontakten mit der Vorinstanz hervor, in welcher Art und Weise und ob überhaupt die Vision des Klanghauses Toggenburg bereits Niederschlag in urheberrechtlich schutzfähigen Werken gefunden habe. Die Vorinstanz gebe mithin unumwunden zu, dass neben einem provisorischen, bloss in Worten festgehaltenen Raumprogramm und einer Grobkostenrechnung nichts Greifbares vorliege, sondern die Ideen und Konzeptionen eines Klanghauses erst im Kopf des Beschwerdegegners existierten. Von

schützenswerten Werken im Sinne des URG könne somit nicht gesprochen werden, weshalb die Anwendbarkeit von Art. 16 lit. d VöB dahinfalle. Auch müssten sich im Zusammenhang mit Art. 5 UWG die Arbeitsergebnisse in irgendeiner Weise materialisieren. Da noch keine Arbeitsergebnisse in diesem Sinne, sondern erst Ideen des Beschwerdegegners vorlägen, falle ein theoretisch denkbarer Schutz nach Art. 5 UWG ausser Betracht. Weitere Ideen zum Klanghaus (Art der Bauweise, innere Ausgestaltung, Raumaufteilung, Materialwahl, zahlreiche Detailideen) seien offensichtlich nie konkret geäussert und umschrieben worden. Es könne deshalb nicht von einem willkürfrei ermittelten, hochspezifischen Bedarf die Rede sein, zumal dieser von der Vorinstanz nicht pflichtgemäss ermittelt worden sei. Vielmehr habe sie diesen von privater Seite so sehr eingeengten Bedarf unbesehen und damit willkürlich übernommen.

2.6.4. Im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Schutzrechte des geistigen Eigentums im Sinne von Art. 16 lit. d VöB bringt die Vorinstanz grundsätzlich die gleichen Argumente vor wie für die Rechtfertigung der freihändigen Vergabe an den Beschwerdegegner aufgrund künstlerischer Besonderheiten. Den Akten sind wiederum keine Anhaltspunkte zu entnehmen, welche die vorinstanzlichen Behauptungen stützen könnten. Die Vorinstanz gibt in ihrer Stellungnahme vielmehr ohne weiteres zu, dass viele Ideen und Konzepte erst im Kopf oder allenfalls im persönlichen Skizzenbuch des Beschwerdegegners existierten. Indes verzichten die Vorinstanz und der Beschwerdegegner darauf, ihre scheinbar bereits entwickelten und ausgereiften Ideen und Konzepte für das Projekt Klanghaus anhand von Akten zu konkretisieren. Auch legen sie das in der Vernehmlassung geltend gemachte Skizzenbuch nicht ins Recht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt zur Erfüllung des Werkbegriffs im Sinne von Art. 2 URG das Vorliegen konkreter Darstellungen, die als Ergebnis geistigen Schaffens von individuellem Gepräge oder als Ausdruck einer neuen originellen Idee zu werten sind. Aufgrund der Akten ist nicht festzustellen, dass die Vision des Klanghauses Toggenburg bereits Niederschlag in urheberrechtlich geschützten Werken im Sinne von Art. 2 URG gefunden hätte. Es fehlt den von der Vorinstanz geltend gemachten Ideen und Konzepten ein Mindestmass an der von Art. 2 VöB verlangten Konkretisierung, weshalb sie nicht als konkrete Darstellungen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung qualifiziert werden können. Die Vorinstanz kann sich somit mangels Erfüllung des Werkbegriffs im Sinne von Art. 2 URG nicht auf die Schutzrechte des geistigen Eigentums gemäss Art. 16 lit. d VöB berufen. Die in Art. 5 UWG genannten Arbeitsergebnisse geniessen formal betrachtet lauterkeitsrechtlichen Schutz. In der Sache handelt es sich indes um genuines Immaterialgüterrecht im Gewand des Lauterkeitsrechts (C. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Basel 2001, Art. 5 N 25). Unter diesen Umständen ist auch nicht von einem schutzwürdigen Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 lit. b UWG auszugehen. Das Vorbringen der Vorinstanz erweist sich deshalb auch in diesem Punkt als unbegründet.

2.7. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die freihändige Vergabe der Architekturleistungen an den Beschwerdegegner durch die Vorinstanz gestützt auf Art. 16 lit. d VöB mangels des Vorliegens von künstlerischen Besonderheiten und Schutzrechten des geistigen Eigentums als nicht gerechtfertigt erweist. Aufgrund des Auftragsvolumens von Fr. 3 000 000.– ist der für das freihändige Verfahren geltende Schwellenwert von Fr. 150 000.– für Architekturleistungen klar überschritten, weshalb der Auftrag im öffentlichen oder selektiven Verfahren auszuschreiben ist (Art. 14 Abs. 1 VöB in Verbindung mit dem Anhang zur VöB). Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, und die freihändige Vergabe der Architekturleistungen für das Projekt Klanghaus an den Beschwerdegegner ist aufzuheben.

39

Art. 27 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Ein Zuschlag ist rechtswidrig, wenn er einer Unternehmervariante erteilt wird, die den in den Submissionsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen nicht entspricht und deshalb nicht als gleichwertig gelten kann. Aufgrund weiterer Mängel bei der Bewertung der Angebote wurde die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vergabebehörde zurückgewiesen.

Verwaltungsgericht, 30. April 2008

Der Abwasserverband N. vergab den Zuschlag für die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines Blockheizkraftwerks (BHKW) zur Verwertung des Faulgases der Kläranlage der Anbieterin A. Die Mitbewerberin B. erhob Beschwerde und rügte, der Zuschlag sei für eine Variante vergeben worden, welche die in den Submissionsunterlagen festgehaltenen Vorgaben bezüglich des zulässigen Brennstoffverbrauchs zwischen 100 und 160 Kilowatt (kW) oder 15 und 25 Normkubikmeter Faulgas pro Stunde (Nm^3/h) nicht einhalte. Es sei ein BHKW gewählt worden, das einen Brennstoffverbrauch von 271 kW bzw. von 43 Nm^3/h aufweise. Zudem sei verlangt worden, dass die voraussichtlich anfallende Gasmenge von durchschnittlich 370 Kubikmeter pro Tag (m^3/d) und maximal 458 m^3/d durch ein BHKW verwertet werden soll, das «rund um die Uhr» in Betrieb ist. Das gewählte Produkt benötige jedoch für die Verwertung der maximalen Faulgasmenge lediglich 10,5 Stunden. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2.1. Art. 27 Abs. 1 VöB bestimmt, dass der Anbieter zusätzlich zum verlangten Angebot Varianten oder Teilangebote einreichen kann. Varianten und Teilangebote

haben die zwingenden Vorschriften der Ausschreibung zu beachten. Insbesondere muss die Variante im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung technisch gleichwertig sein. Vorauszusetzen ist eine funktionale Gleichwertigkeit mit den technischen Anforderungen an die Grundofferte und damit auch die Einhaltung der vorgegebenen Minimalstandards (Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 469). Die Beweislast für die technische Äquivalenz einer Variante sowie dafür, dass eine Variante alle in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Bedingungen und Auflagen erfüllt, liegt beim Anbieter. In der Regel nicht zu berücksichtigen sind Varianten, die nicht der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung dienen, sondern eine Reduktion bzw. Ausweitung des Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zum Gegenstand haben. Gelangt der Auftraggeber zum Schluss, dass die in den Submissionsunterlagen beschriebenen Anforderungen zu verändern sind, muss sämtlichen Anbietern die Möglichkeit eingeräumt werden, ihre Angebote entsprechend dem veränderten Leistungskatalog zu ergänzen (Galli/Moser/Lang/Clerc, a. a. O., Rz. 479). Dies folgt bereits aus der Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz und Gleichbehandlung der Anbieter sowie aus der in Art. 21 Abs. 2 VöB festgehaltenen Verpflichtung, wichtige Auskünfte allen Anbietern gleichzeitig mitzuteilen.

2.2. In Ziff. 0.11 der Submissionsunterlagen wird festgehalten, dass die Anbieter in Ergänzung zu den in den Submissionsunterlagen aufgeführten Leistungen eigene, mindestens gleichwertige Vorschläge offerieren können. Auch für die Unternehmervarianten haben die gesamten Submissionsunterlagen Gültigkeit (Ziff. 0.11 Abs. 3). In Ziff. 2 der Ausschreibungsunterlagen ist ein detaillierter Katalog an leistungsbezogenen Bestimmungen aufgeführt, die einen Bestandteil des Rahmenwerkvertrages (Ziff. 1 der Ausschreibungsunterlagen, Art. 2) bilden. In Ziff. 2.2.1 der leistungsbezogenen Bestimmungen wird unter dem Titel «Auslegungsgrundlagen» auf die Offertspezifikationen als zusätzliche Quelle für übrige Auslegungsdaten verwiesen. Auf Seite 1/5 der Offertspezifikationen wird sowohl der optimale (130 kW bzw. 20 Nm^3/h) als auch der zulässige Brennstoffverbrauch (100–160 kW bzw. 15–25 Nm^3/h) des anzubietenden BHKW festgelegt. Im Offertvergleich wurden die verschiedenen Angebote anhand der in der Offertspezifikation verlangten Daten einander gegenübergestellt, wobei der zulässige Brennstoffverbrauch bei sämtlichen Angeboten in der Vergleichstabelle aufgeführt wurde. Diese technischen Sollvorgaben korrespondieren zudem mit der von der Vorinstanz in den Submissionsunterlagen geäusserten Absicht, das neue BHKW rund um die Uhr zu betreiben. Sollte es zu einem Gasüberschuss kommen, der vom neu installierten BHKW nicht verwertet werden könnte, würde gemäss den Ausführungen in Ziff. 2.2.5 der Unterlagen das alte BHKW zugeschaltet. Bei geringerer Gasproduktion würde dagegen die Leistung reduziert oder das BHKW abgeschaltet. Das Aggregat sollte deshalb für einen Dauerbetrieb ausgelegt sein, wobei aber auch ein unterbrochener Betrieb mit wenigen Schaltungen pro 24 h möglich sein sollte (Ziff. 2.3.2 und 2.3.3). Gemäss Datenblatt (Ziff. 2.2.3) ging die Vorinstanz davon aus, dass dem

BHKW im Durchschnitt 370 m³/d, maximal aber 458 m³/d Gas zur Verfügung stehen wird. Der von der Vorinstanz genannte zulässige Bereich des Brennstoffverbrauchs führt bei der von ihr angegebenen durchschnittlichen Brennstoffmenge pro Tag zu einer Betriebszeit zwischen 14 und 24 Stunden. Die Zielvorgabe eines Dauerbetriebs korrespondiert damit mit den technischen Spezifikationen hinsichtlich des Brennstoffverbrauchs. Auch wenn der Dauerbetrieb in den Submissionsunterlagen nicht als zwingende Voraussetzung, sondern als Zielvorgabe formuliert war, mussten die Anbieter aufgrund der in den Unterlagen festgehaltenen technischen Daten, die auf diese Zielvorgabe ausgerichtet waren, davon ausgehen, dass lediglich solche BHKW anzubieten sind, die innerhalb des von der Vorinstanz umschriebenen Leistungsbereichs liegen.

2.3. Es ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Unternehmervariante ein BHKW angeboten hat, das einen Brennstoffverbrauch von 271 kW bzw. 42 Nm³/h aufweist und damit deutlich über dem in den Submissionsunterlagen festgelegten maximalen Brennstoffverbrauch von 160 kW bzw. 25 Nm³/h liegt. Die Laufzeit dieses BHKW beträgt bei der von der Vorinstanz angegebenen durchschnittlichen Faulgasmenge von 370 m³/d lediglich 8,8 Stunden täglich. Da ein BHKW mit einer grösseren Leistung in aller Regel auch einen höheren Wirkungsgrad im Bereich der elektrisch nutzbaren Energie aufweist, kann mit diesem BHKW eine grössere Menge Strom produziert werden als mit den Angeboten der anderen Anbieter, was sich deutlich im Offertvergleich niederschlug. Die Offerte eines BHKW, dessen Brennstoffverbrauch 68 Prozent über dem gemäss Submissionsunterlagen zulässigen Verbrauch liegt, führt zu einer Ausweitung des von der Vorinstanz angeforderten Leistungsinhalts. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann deshalb das von der Beschwerdegegnerin mit der Unternehmervariante angebotene BHKW nicht als gleichwertig oder gar als besser als die Standardvariante bezeichnet werden. Auch eine Unternehmervariante hat technische Minimalstandards, die an den Beschaffungsgegenstand gestellt werden, zu erfüllen. Andernfalls ist eine Bewertung der verschiedenen Offerten nach einheitlichen Kriterien nicht möglich bzw. führt zu einer direkten oder indirekten Ungleichbehandlung der Angebote, die sich an die vorgegebenen Standards halten. Dies wird auch aus dem vorliegenden Offertvergleich deutlich. Aufgrund des höheren Wirkungsgrades und der kürzeren Betriebszeit kann mit dem von der Beschwerdegegnerin angebotenen leistungsstarken BHKW gegenüber den Angeboten der Konkurrenten eine höhere Rentabilität erzielt werden. Der Rentabilitätsvorteil war denn auch der ausschlaggebende Grund für die gute Bewertung des Angebots und die erfolgte Zuschlagserteilung.

2.4. Aus der vorstehenden Erwägung folgt, dass der Zuschlag an ein Angebot erteilt wurde, das die in den Submissionsunterlagen festgehaltenen technischen Anforderungen nicht erfüllt und deshalb nicht als gleichwertig gelten kann. Die Zuschlagsverfügung vom 10./14. Dezember 2007 ist deshalb als rechtswidrig aufzuheben. Gemäss Art. 18 Abs. 1 IVöB kann das Verwaltungsgericht bei Aufhebung

der Zuschlagsverfügung entweder in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Vorinstanz mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen. Die vom Verwaltungsgericht zu treffende Entscheidung hat einerseits das Bestreben des Beschaffungsrechts, auf einen wirksamen Wettbewerb sowie auf eine wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel hinzuwirken, anderseits das berechtigte Vertrauen der Anbieter auf die ordentliche Durchführung des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen.

2.4.1. Die Beschwerdeführerin verlangt, dass der Zuschlag an ihr Angebot zu erteilen sei.

In der Regel entscheidet das Verwaltungsgericht kassatorisch und weist die Sache zur Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Reformatorisch entscheiden könnte das Verwaltungsgericht, wenn für die Zuschlagserteilung nur noch die Beschwerdeführerin in Frage kommt. Auch wenn die Unternehmervariante der Beschwerdegegnerin im Vergabeverfahren nicht berücksichtigt werden durfte und das Angebot der Beschwerdeführerin den zweiten Rang im Offertvergleich belegt hat, kann vorliegend der Zuschlag nicht direkt der Beschwerdeführerin erteilt werden. Der von der Vorinstanz durchgeführte Offertvergleich weist, wie im folgenden zu zeigen ist, verschiedene Mängel auf, weshalb das Verwaltungsgericht nicht ohne weiteres auf diesen Vergleich abstellen kann.

2.4.2. Als Ausfluss des Gleichbehandlungsgebotes schreibt Art. 31 Abs. 1 VöB vor, dass der Auftraggeber die eingegangenen Angebote nach einheitlichen Kriterien zu prüfen hat. Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB sind die Kriterien und allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben. Dem Auftraggeber wird mit Art. 34 Abs. 2 VöB ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Es kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet wurden (vgl. statt vieler GVP 2006 Nr. 58 E. 2a).

2.4.2.1. In den Ausschreibungsunterlagen wurden folgende Kriterien genannt: «Kosten» (40 Prozent), «Erfahrung/Referenzen» (25 Prozent), «Leistungsfähigkeit/Termin» (15 Prozent), «Qualität» (10 Prozent), «Kundendienst» (10 Prozent). Für die Bewertung der fünf eingegangenen Angebote teilte die Vorinstanz jedem Angebot pro Zuschlagskriterium jeweils einen Bewertungsfaktor (BWF) im Wertbereich von 0 bis 1 zu. Jenes Angebot, das am besten den Vorgaben entsprach, erhielt den

BWF 1. Der BWF der übrigen Angebote wurde jeweils linear gekürzt. Dieser BWF pro Zuschlagskriterium und Angebot wurde anschliessend mit den in den Zuschlagsunterlagen angegebenen Gewichtungsfaktoren der Zuschlagskriterien multipliziert. Von den maximal möglichen 100 Prozent erhielt die Unternehmervariante der Beschwerdegegnerin 97,5 Prozent und das Angebot der Beschwerdeführerin 89,3 Prozent.

2.4.2.2. Die Vorinstanz hat in Ziff. 2.3.6 der Submissionsunterlagen ausgeführt, dass der Offertvergleich auf Basis der Jahreskosten geführt werde. Neben der Verzinsung und Amortisation der Investitionen würden auch die Betriebskosten und Betriebsmittel berücksichtigt. Jenes Angebot, das mit der garantierten Betriebsdauer die tiefsten Jahreskosten bzw. die niedrigsten spezifischen Produktionskosten (Rp./kWh$_{el}$) aufweise, erhalte den Zuschlag.

Aus dem Offertvergleich ergibt sich, dass die Vorinstanz die Bewertung des Zuschlagskriteriums «Kosten» anhand des erwarteten Betriebsertrages der verschiedenen Angebote vorgenommen hat. Ausgehend von einem Gasanfall von 435 m^3/d wurden die mit den angebotenen BHKW produzierbare elektrische Energie pro Jahr berechnet und mit der Einspeisvergütung von 0.25 Fr./kWh multipliziert. Von diesem jährlichen Ertrag wurden die abdiskontierten jährlichen Investitions- und Servicekosten in Abzug gebracht und dadurch der Betriebsertrag ermittelt.

Der von der Vorinstanz verglichene Betriebsertrag ist nicht mit den von ihr in den Submissionsunterlagen als Vergleichsgrundlage angegebenen Kennzahlen identisch. Der neu durchzuführende Offertvergleich hat deshalb auf Grundlage der Jahreskosten bzw. der spezifischen Produktionskosten zu erfolgen. Zudem hätte die Vorinstanz nicht von einem Gasanfall in Höhe von 435 m^3/d ausgehen dürfen. Vielmehr wäre auf den in den Submissionsunterlagen angegebenen durchschnittlichen Gasanfall in Höhe von 370 m^3/d abzustellen gewesen. Die Vorinstanz hat in ihrer Stellungnahme vom 20. Februar 2008 ausgeführt, dass die genaue Klärgasmenge bisher nicht gemessen worden und deshalb eine Diskussion über die für die Berechnungen massgebende Klärgasmenge müssig sei. Die Vorinstanz hat in Ziff. 2.2.3 der Submissionsunterlagen sowohl einen Mittel- als auch einen Maximalwert an verfügbarem Faulgas pro Tag angegeben. Die Anbieter mussten ihren Angeboten diese Angaben zu Grunde legen, weshalb diese Daten auch beim Vergleich der Offerten heranzuziehen sind, wenn eine Ungleichbehandlung jener Anbieter, die sich an die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen gehalten haben, vermieden werden soll. Es ist dabei unerheblich, ob es sich bei den angegebenen Faulgasmengen um Schätzungen oder Messungen handelte. Sowohl für die durchzuführende Kostenberechnung als auch für die Rentabilitätsberechnung ist demnach auf die in den Unterlagen ausgewiesene durchschnittliche Faulgasmenge pro Tag abzustellen.

2.4.2.3. Für die Bewertung des Kriteriums «Leistungsfähigkeit und Termine» hat die Vorinstanz das Bauprogramm, das Inventar sowie die Belegschaft und die Organisation der Anbieter verglichen. Unterschiede zwischen den Angeboten erga-

ben sich einzig hinsichtlich der Anzahl Mitarbeiter. Im Offertvergleich wurde festgehalten, dass die Beschwerdeführerin über vier Mitarbeiter verfüge, wovon zwei in der betroffenen Abteilung tätig seien. Das Servicepersonal setze sich aus zwei Mitarbeitern plus fünf externen Mitarbeitern zusammen.

Aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Leistungsverzeichnis geht hervor, dass sie entgegen den Ausführungen der Vorinstanz über zehn Mitarbeiter verfügt, die in der betroffenen Abteilung arbeiten. Diese Angaben wurden im Beschwerdeverfahren zusätzlich belegt. Das Servicepersonal besteht aus drei Mitarbeitern plus zwei externen Mitarbeitern. Die vorliegende Bewertung der Angebote durch die Vorinstanz ist deshalb in diesem Punkt nicht nachvollziehbar. Im erneut vorzunehmenden Offertvergleich ist die Bewertung des Kriteriums «Leistungsfähigkeit und Termine» zu berichtigen oder zusätzlich zu begründen.

2.4.2.4. In den Ausschreibungsunterlagen hat die Vorinstanz als weiteres Zuschlagskriterium die «Qualität» aufgeführt. Im Offertenvergleich wurde dieses Kriterium ersetzt durch das Kriterium «Energie». Dabei wurde ausgehend von einem erwarteten Gasanfall von 435 m^3/d die von den BHKW pro Jahr produzierte elektrische Energie ermittelt und dieser Wert mit der Einspeisvergütung von 0.25 Fr./kWh multipliziert.

Das von der Vorinstanz in den Ausschreibungsunterlagen genannte Kriterium der «Qualität» ist mit dem im Offertvergleich angewendeten Kriterium der «Energie» nicht identisch. Die Qualität eines Angebots bemisst sich – da die Vorinstanz dieses Kriterium in den Submissionsunterlagen nicht weiter konkretisiert hat – nach den gestellten Anforderungen, welche sich aus dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis sowie aus den weiteren Elementen der Offerte ergeben. Das Kriterium der «Energie» beinhaltet demgegenüber keine umfassende Beurteilung der Angebote auf Basis der eingereichten Leistungsverzeichnisse, sondern beschränkt die Bewertung der angebotenen BHKW auf einen Vergleich der durch sie in einem Jahr mit der angefallenen Faulgasmenge produzierten kWh. Faktisch reduziert sich die Bewertung damit auf eine Gegenüberstellung der Anlagen hinsichtlich ihrer Wirkungsgrade für die Gewinnung nutzbarer elektrischer Energie. Weitere Qualitätsmerkmale bleiben dabei unberücksichtigt.

Einmal bekannt gegebene Zuschlagskriterien sind innerhalb eines laufenden Submissionsverfahrens verbindlich (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a. a. O., Rz. 528). Gründe, die vorliegend ausnahmsweise ein Abweichen von den in den Unterlagen publizierten Zuschlagskriterien rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Das Abändern des Zuschlagskriteriums «Qualität» in das Kriterium «Energie» stellt eine Verletzung von Art. 34 Abs. 3 VöB dar. Zudem ist festzuhalten, dass die Vorinstanz auch bei der Berechnung der Energieproduktion unzulässigerweise auf einen höheren als den von ihr in den Submissionsunterlagen als Durchschnitt deklarierten Gasanfall abgestellt hat. Im erneut durchzuführenden Offertvergleich ist von einem durchschnittlichen Gasanfall in Höhe von 370 m^3/d auszugehen und ein umfassender Vergleich der Qualitäts- und Leistungsmerkmale der angebotenen BHKW durchzuführen.

2.5. Aus dem Gesagten folgt, dass die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist und diese unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen einen erneuten Vergabeentscheid zu fällen hat. Dabei sind – vorbehältlich der unzulässigen Unternehmervariante – die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen; für die übrigen Anbieter ist die Zuschlagsverfügung vom 10. Dezember 2007 in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Streitsache unter Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 10. Dezember 2007 an die Vorinstanz zur Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

11. Regalien

40

Art. 10 JG (sGS 853.1). Der Entscheid einer Gemeinde über die Vergabe eines Jagdreviers soll von der kantonalen Rekursinstanz nur dann aufgehoben werden, wenn er sich mit sachlichen Gründen nicht mehr vertreten lässt. Die Rekursinstanz verletzte im Streitfall das ihr zustehende Ermessen, indem sie den Pachtentscheid der Gemeinde aufgehoben hat.

Verwaltungsgericht, 19. August 2008

Aus den Erwägungen:

2. Die Voraussetzungen für die Vergabe eines Jagdreviers an eine Bewerbergruppe sind in Art. 10 JG geregelt. Bewerben sich mehrere Jägergruppen um ein Jagdrevier, die alle Vergabevoraussetzungen nach Art. 10 JG erfüllen, hat jene den Vorzug, die in bezug auf die Mindestpächterzahl beim einheimischen Revier mehr einheimische Bewerber und bei einem auswärtigen Revier mehr auswärtige Bewerber zählt (Art. 11 Abs. 1 JG). Einheimische Bewerber wohnen in der Gemeinde, auswärtige Bewerber ausserhalb der Gemeinde im Kanton. Sie müssen den Wohnsitz mindestens sechs Monate vor Abgabe der Bewerbung um das Revier begründet haben (Art. 11 Abs. 2 JG). Hat eine politische Gemeinde mehrere Reviere, benennt sie die eine Hälfte der Reviere als einheimische und die andere als auswärtige. Bei ungerader Revierzahl ist sie in der Benennung des letzten Reviers frei (Art. 5 Abs. 1 JG).

2.1. Vorliegend ist unbestritten, dass beide Bewerbergruppen die Voraussetzungen für die Reviervergabe nach Art. 10 JG erfüllen. Unwidersprochen ist sodann, dass je vier Mitglieder der beiden Bewerbergruppen Wohnsitz in K. haben und deshalb auch die Vorzugsregeln nach Art. 11 JG vorliegend ebenfalls nicht die Vergabe des Reviers an eine der beiden Gruppen gebieten.

2.2. Nachdem fest steht, dass beide Bewerbergruppen die Vergabevoraussetzungen nach Art. 10 JG erfüllen und der Vorzug nach Art. 11 JG nicht zum Tragen kommt, kommt der politischen Gemeinde beim Vergabeentscheid ein verhältnismässig grosser Ermessensspielraum zu. Dies bedeutet indes nicht, dass die Gemeinde frei und ohne an die Rechtsordnung gebunden zu sein, entscheiden darf. Vielmehr hat sie auch im Bereich des Auswahlermessens die Verfassungsgrundsätze der Rechtsgleichheit, Verhältnismässigkeit und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen zu berücksichtigen, wie sie auch Sinn und Zweck und die grundlegenden Wertungen der Jagdgesetzgebung zu wahren hat. Mit Blick auf das der Gemeinde zustehende Auswahlermessen soll das Finanzdepartement einen Vergabeentscheid nicht schon dann aufheben, wenn es als verfügende Behörde das Revier einer anderen Bewerbergruppe zugeteilt hätte, sondern erst, wenn sich der Vergabeentscheid der Gemeinde mit sachlichen Gründen nicht mehr vertreten lässt. Dies gilt namentlich dann, wenn die Gemeinde beim Vergabeentscheid über die Zuteilung eines Jagdreviers die Würdigung der örtlichen Verhältnisse und die persönlichen, für die Jagdausübung wesentlichen Eigenschaften der einzelnen Mitglieder einer Bewerbergruppe besser zu beurteilen vermag (GVP 1993 Nr. 25 zum alten Jagdgesetz in bezug auf die Frage der Gewährleistung für weidgerechtes Verhalten). Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zutreffend ausgeführt hat, stellt es eine sachgerechte Anknüpfung des Auswahlermessens dar, wenn diejenige Bewerbergruppe vorgezogen wird, welche die bessere Gewähr für die Jagd im Sinne der Ziele der Jagdgesetzgebung bietet als die andere Gruppe. Dabei bietet unter anderem die Erfüllung der Abschussvorgaben in den vergangenen acht Jahren bei einer Bewerbung um das gleiche Revier eine wesentliche Grundlage in bezug auf die Frage, in welchem Umfang Gewähr für einen weidgerechten Jagdbetrieb besteht. Die Abschussplanung dient entsprechend dem Zweckartikel des Jagdgesetzes nicht nur der Beschränkung schädigender Einflüsse der Wildtiere (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. e JG), sondern auch der nachhaltigen Nutzung der Wildbestände (Art. 1 Abs. 1 lit. d JG). Die Erfüllung der Abschussvorgabe ist dementsprechend eine wichtige jagdliche Pflicht, und es ist daher gerechtfertigt, einer Jägergruppe, die die Abschussvorgaben in der Vergangenheit nicht ausreichend erfüllt hat, eine neue Gruppe vorzuziehen. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist es auch nicht willkürlich anzunehmen, dass eine grössere Jagdgesellschaft grundsätzlich besser in der Lage ist, die Abschusspläne zu erfüllen, als eine kleinere Gruppe, weshalb es sachgerecht ist, wenn beim Ermessensentscheid auch auf die über die erforderliche Mindestzahl hinausgehende Anzahl Pächter (Art. 10 Abs. 1 lit. c JG in Verbindung mit Art. 16 JG) abgestellt wird (vgl. GVP 1993 Nr. 25 zum alten Jagdgesetz in bezug auf die Frage der Gewährleistung für weidgerechtes Verhalten). Indes ist im Sinne einer Präzisierung festzuhalten, dass diese Grundsätze unter dem Vorbehalt stehen, dass eine Übernutzung eines Reviers ausgeschlossen werden kann.

2.2.1. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass die Beschwerdegegner über eine Gruppe von acht Bewerbern verfügen würden, die Beschwerdeführer aber de-

ren elf Bewerber hätten. Es seien mithin bei den Beschwerdeführern drei Pächter mehr vorhanden als bei der gegnerischen Gruppe. Die Argumentation der Vorinstanz, wonach Doppelpächter nur zur Hälfte auf die Gruppengrösse anrechenbar seien, sei absurd. Die Teilnahme der vier Doppelpächter an den Jagden der Jagdgesellschaft A. sei mindestens ebenso gut wie diejenige der Einzelpächter. Von wesentlicher Bedeutung sei auch die Jagderfahrung von neun der elf Pächter der Beschwerdeführer. Im Weiteren erweise sich der angefochtene Entscheid insofern als widersprüchlich, als das Departement den Beschwerdeführern zuerkannt habe, dass die Voraussetzungen für eine Vergabe nach Art. 10 JG vollumfänglich erfüllt seien, indes der Bewerbergruppe A. nachträglich die Fähigkeit, das Revier korrekt zu bejagen, abgesprochen werde. Das Finanzdepartement versteife sich darin, den Beschwerdeführern die Befähigung für eine korrekte Jagd abzusprechen, indem es eine ganze Anzahl von Vorwürfen erhebe, bei deren Überprüfung der Gemeinderat zu einem völlig anderen Ergebnis gekommen sei. Insbesondere versteife sich das Finanzdepartement auf die Auskunft des Amtes für Jagd, Natur und Fischerei an den Gemeinderat K. vom 8. März 2007. Namentlich sei zu bemerken, dass im fraglichen Bericht der Rehwildabschuss der Jagdgesellschaft A. im Jahr 2007 nicht enthalten sei. Die Abschussvorgabe 2007 sei vollumfänglich erfüllt worden. In den Jahren 2000 und 2003 sei der Abschuss knapp übertroffen worden, indem statt der vorgeschriebenen 80 Tiere deren 81 erlegt worden seien. In den Jahren 2001 und 2002 seien bei einer Vorgabe von je 80 Tieren deren 79 bzw. 77 erlegt worden. Auch diese beiden Jahre dürften als praktisch erfüllt angesehen werden. Klar nicht erfüllt sei der Abschuss in den Jahren 2004, 2005 und 2006. Indes gelte das für viele Reviere in diesen Jahren. Dafür gebe es verschiedene Gründe, insbesondere sei der Rehbestand zurückgegangen, wobei die Einsetzung des Luchses im Jahr 2005 diese Reduktion noch gefördert habe. Entscheidend könne auch nicht sein, ob die Tiere mit Schrot oder Kugelschuss erlegt worden seien, wenn der Abschuss erfüllt sei. Die zusammenfassende Beurteilung durch das Amt für Natur, Jagd und Fischerei sei daher fraglich. In Anbetracht der Verhältnisse hätten die Beschwerdeführer die Situation gut gemeistert, auch wenn das Amt die Abschusserfüllung nur als knapp befriedigend beurteilt habe. Falsch sei auch die Behauptung des Departements, die Herbstjagd geniesse im Revier zu grosse Bedeutung und das Störungspotential werde zu wenig erkannt. Das Revier umfasse immerhin 1540 ha und kein Gebiet sei mehr als zweimal in eine Treibjagd einbezogen worden. Entscheidend aber falle ins Gewicht, dass selbst die Jagdverwaltung die Herbstjagd als sehr gut geleitet taxiert habe und dass die Fallwildbergung, die Behebung von Problemen mit schadenstiftenden Tieren usw. gut erledigt werde und dass die Jagdgesellschaft in der Öffentlichkeitsarbeit aktiv sei. Nachdem aber selbst die Jagdverwaltung zum Schluss gekommen sei, dass die Abschussvorgaben «knapp befriedigend» erfüllt worden seien, gehe es nicht an, dass das Departement die Qualifikation in «schlecht» umdeute. Namentlich könne die Behauptung, die selektive Sommerjagd sei von der Jagdgesellschaft nicht erfüllt worden, nicht hinge-

nommen werden. Mit Entschiedenheit würden sodann die gegen die Beschwerdeführer ausgesprochenen Verdächtigungen zurückgewiesen. Es sei beleidigend, den Vorwurf entgegennehmen zu müssen, man habe zu wenig Rehe geschossen, um einen höheren Wildbestand zu begünstigen. Ins gleiche Kapitel gehöre der Vorwurf, es sei anzunehmen, die Beschwerdeführer hätten bei der Wildzählung falsche Bestände angegeben, um die Vorgabe der Abschusszahl herunterzudrücken. Sämtliche gemeldeten Zahlen seien korrekt wiedergegeben. Während den Herbstjagden hätte der Wildhüter die Jagdgesellschaft A. an vier Jagdtagen besucht und bestätigt, dass die Jagdleitung sehr gut gewesen sei und die Sicherheitsvorschriften eingehalten worden seien. Die Jagdstrategie müsse Sache der Jagdgesellschaft sein, solange die Abschussvorgabe erfüllt werde. Die Jagdgesellschaft A. dürfe sich rühmen, während der gesamten Pachtdauer, abgesehen vom erhöhten Bockabschuss im Jahre 2005, nie von der Jagdverwaltung eine Rüge oder einen schriftlichen Verweis erhalten zu haben. Die Beschwerdeführer würden auch weiterhin die Abschussvorgaben der Jagdverwaltung beachten. Den Tatbeweis hätten sie schon bisher erbracht, dass sie auf eingegangene Beanstandungen reagierten und willens seien, die Jagd korrekt durchzuführen. Einen weitern Widerspruch weise der vorinstanzliche Entscheid auf, indem das Departement erwogen habe, dass die Zweifel des Gemeinderates an einer besseren Jagd durch die Beschwerdegegner «durchaus verständlich» seien, die Zusprache des Reviers aber gleichwohl an die Beschwerdegegner erfolgt sei. Der Vergleich innerhalb des Kantons beweise, dass die vom Amt für Natur, Jagd und Fischerei vorgegebenen Abschusszahlen nicht stimmen könnten. Unter solchen Umständen die Jagdergebnisse als schlecht zu bezeichnen, wie dies die Vorinstanz getan habe, sei nicht vertretbar und darum sei auch der Entscheid, den Beschwerdeführern das Revier nicht mehr zuzuteilen, aufzuheben, denn er basiere auf erkennbar falschen Voraussetzungen und Interpretationen, sei in sich selber juristisch unentschuldbar widersprüchlich und rechtlich nicht fertig gedacht.

2.2.2. Die Politische Gemeinde K. hat das Amt für Natur, Jagd und Fischerei aufgefordert, zur Jagdausübung der Beschwerdeführer in der vergangenen Pachtperiode Stellung zu nehmen. Bezüglich der Abschusserfüllung hielt das Amt im Bericht vom 8. März 2007 fest, bedingt durch die unbefriedigende Wald-Wild-Situation sei der Abschuss in den vergangenen sieben Jahren immer relativ hoch angesetzt gewesen. Dies bedeute, dass von den Jägern ein grosser Einsatz verlangt werde. Zweimal sei der geforderte Abschuss um je ein Tier übertroffen, zweimal knapp verfehlt worden. Dreimal sei der Abschuss deutlich verfehlt worden. Der Abschuss 2006 beinhalte die Korrektur des Abschusses 2005. Zudem sei zu berücksichtigen, dass es im vergangenen Jahr allgemein sehr schwierig gewesen sei, den geforderten Kitzanteil von einem Drittel zu erfüllen. Insgesamt sei die Abschusserfüllung unter Berücksichtigung der hohen Anforderungen (Wald-Wild-Situation) sowie der qualitativen Zusammensetzung des Abschusses knapp befriedigend. Bezüglich der Bejagungsart (Kugelschuss, Schrotschuss) wurde festgehalten, dass sich die Be-

schwerdeführer in der laufenden Pachtperiode meist schwer getan hätten, eine gewünschte selektive Kugeljagd zu betreiben. Der Anteil der erlegten Tiere bis zum 30. September hätte zwischen 29 und 51 Prozent betragen. In dieser Zeitspanne seien hauptsächlich Böcke erlegt worden. Die weiblichen Tiere, d. h. nicht führende Geissen und Schmalrehe, seien meistens untervertreten (Ausnahme 2006). Auch bei nicht erreichtem Abschussplan seien mit Ausnahme des Jahres 2004 im Dezember keine Rehe mehr erlegt worden. Dies sei auch 2006 der Fall gewesen, als die Jagdzeit auf Rot- und Rehwild bis zum 31. Dezember verlängert worden sei. Insgesamt seien damit die Vorgaben an eine selektive Sommerjagd von der Jagdgesellschaft meist nicht erfüllt worden. Sodann zeigten die Abschusszahlen, dass die Zusammensetzung der Jagdstrecke (Anteil Böcke, Geissen, Kitze) wiederholt nicht den Vorgaben der Jagdvorschriften entsprochen hätte. Die Abweichungen seien als gering bis mittel zu beurteilen. Bezüglich des Jagdbetriebs wird festgehalten, dass in den Monaten Oktober bis November jeweils jeden Samstag sowie an einigen Dienstagen die Herbstjagd betrieben worden sei. Dies ergebe in den meisten Jahren zwölf Jagdtage. Bei den Kontrollen habe der zuständige Wildhüter festgestellt, dass die Jagdleitung sehr gut gemacht worden sei. Die Sicherheitsbestimmungen seien eingehalten gewesen. In den vergangenen zwei Jahren sei der Wildhüter an vier Jagdtagen anwesend gewesen. An diesen Tagen hätten drei «Fehlschüsse» auf Rehe festgestellt werden müssen. Die jeweiligen Nachsuchen seien ohne Erfolg durchgeführt worden. Insgesamt hätten die Beschwerdeführer der Herbstjagd (Gesellschaftsjagd) eine zu grosse Bedeutung zugemessen. Das Störungspotential sei zu wenig erkannt worden. Die Fallwildbergung, die Behebung von Problemen mit schadenstiftenden Tieren usw. sei durch die Jagdgesellschaft gut erledigt worden. Auch in der Öffentlichkeitsarbeit (Waldlehrpfad usw.) sei die Jagdgesellschaft aktiv.

2.2.3. Wie vorstehend ausgeführt wurde, stellt die Erfüllung der Abschussvorgaben eine wichtige jagdliche Pflicht der Pächter dar. Insgesamt wurde in den Jahren 2000 und 2003 der Abschuss knapp übertroffen, indem 81 statt der vorgeschriebenen 80 erlegt wurden. In den Jahren 2001 und 2002 wurden bei einer Vorgabe von je 80 Tieren 79 bzw. 77 erlegt. In den Jahren 2004 bis 2006 wurde der Abschuss klar nicht erfüllt, indem die Vorgaben um 11, 13 bzw. 12 Tiere unterschritten wurden. Im Jahr 2007 wurde die Vorgabe von 60 Tieren mit 61 Tieren nach unbestrittener Angabe der Beschwerdeführer wiederum gut erfüllt. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der Abschuss in quantitativer Hinsicht in fünf Jahren sehr gut erfüllt wurde und in drei Jahren verhältnismässig stark unterschritten wurde. In qualitativer Hinsicht wurde in den Jahren 2000, 2002 und 2004 der Anteil Kugelschuss vom Amt für Natur, Jagd und Fischerei als zu gering erachtet. In den Jahren 2001, 2003, 2005 und 2006 wurde die Schussart nicht beanstandet. Die Jagdstrecke wurde 2001, 2002, 2003 und 2005 kritisiert, in den Jahren 2000, 2004, 2005 und 2006 wurde die Jagdstrecke für in Ordnung befunden. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der hohen Anforderungen an die

Wald-Wild-Situation, die an die Beschwerdeführer unbestrittenermassen gestellt wurden, ist zusammenfassend sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht von der grundsätzlichen Erfüllung der Abschussvorgaben auszugehen. Ob die Abschussvorgaben dabei lediglich «knapp befriedigend» erfüllt wurden, wie das Amt für Natur, Jagd und Fischerei im Bericht vom 8. März 2007 ausführt, oder «gut gemeistert» wurden, wie die Beschwerdeführer geltend machen, muss mangels Vergleichswerten offenbleiben. Wesentlich ist indes, dass den Beschwerdeführern aufgrund der Aktenlage nicht vorgehalten werden kann, sie hätten die Abschussvorgaben nicht bzw., wie die Vorinstanz erwogen hat, «deutlich ungenügend» erfüllt. Sodann ist den Beschwerdeführern zu Gute zu halten, dass die Fallwildbergung, die Behebung von Problemen mit schadenstiftenden Tieren sowie die Öffentlichkeitsarbeit positiv zu bewerten sind. Der Vorwurf des Amtes für Natur, Jagd und Fischerei, wonach die Beschwerdeführer der Herbstjagd als Gesellschaftsjagd gegenüber der Sommerjagd eine zu grosse Bedeutung zumessen würden, ist zwar nicht von der Hand zu weisen; indes ist die Kritik insofern zu relativieren, als mit den Beschwerdeführern davon auszugehen ist, dass es in erster Linie Sache der Jagdgesellschaft ist, die Jagdstrategie festzulegen, solange die Abschussvorgaben erreicht werden. Hinzu kommt, dass den Beschwerdeführern bei den Herbstjagden eine gute Leitung und die Einhaltung der Sicherheitsbestimmungen attestiert wurden.

2.2.4. Bezüglich der jagdlichen Qualitäten der Beschwerdegegner hat die Vorinstanz erwogen, dass es ihnen nicht gelungen sei, aufzuzeigen, weshalb sie besonders und mehr als die Beschwerdeführer für die Jagd im zu vergebenden Revier geeignet sein sollen. Das Verwaltungsgericht teilt diese Auffassung. Die Beschwerdegegner haben sich in den vorinstanzlichen Verfahren im Wesentlichen darauf beschränkt, die Jagdtätigkeit der Beschwerdeführer zu kritisieren. Im Beschwerdeverfahren haben sie auf eine Vernehmlassung verzichtet.

2.3. Im folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen eine Ermessensverletzung begangen hat, indem sie den Vergabeentscheid des Gemeinderats K. aufgehoben und der beschwerdegegnerischen Bewerbergruppe den Zuschlag erteilt hat. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen soll ein Vergabeentscheid einer Gemeinde erst dann aufgehoben werden, wenn er sich mit sachlichen Gründen nicht mehr vertreten lässt. Wie bereits dargelegt wurde, ist entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen davon auszugehen, dass die Beschwerdeführer die Abschussvorgaben über die acht Jahre insgesamt erfüllt haben, auch wenn ihr jagdliches Gebaren nicht in jeder Hinsicht vollkommen überzeugt hat und die punktuelle Kritik des Amtes für Natur, Jagd und Fischerei einige Berechtigung hat. Über die Erfüllung der Abschussvorgaben hinaus können den Beschwerdeführern keine anderen schwerwiegenden Versäumnisse vorgeworfen werden. Sodann weisen die Beschwerdegegner im Vergleich mit den Beschwerdeführern, wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, keine gewichtigen Vorteile auf. Vor diesem Hintergrund kommt das Verwaltungsgericht zur Auffas-

sung, dass sich der Vergabeentscheid der Beschwerdebeteiligten entgegen der Auffassung der Vorinstanz mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt. Wie vorstehend ausgeführt wurde, soll das Finanzdepartement einen Pachtentscheid nicht schon dann aufheben, wenn es als verfügende Behörde das Revier einer anderen Bewerbergruppe zugeteilt hätte. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdebeteiligte die Jagdausübung der Beschwerdeführer in der auslaufenden Pachtperiode nicht bzw. falsch berücksichtigt habe, überzeugt mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen nicht. Folglich hat die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen verletzt, indem sie den Pachtentscheid der Beschwerdebeteiligten aufgehoben hat. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Bei dieser Ausgangslage kann offenbleiben, ob die Doppelpächter entsprechend der vorinstanzlichen Praxis beim blossen Vergleich der Anzahl Jäger je Bewerbergruppe nur zur Hälfte oder, wie die Beschwerdeführer geltend machen, voll zu zählen sind.

II. Zivilrecht

1. Personen- und Familienrecht

41

Art. 133 Abs. 2 ZGB (SR 210). Aus der bisherigen Aufgabenteilung und dem Angebot einer fortdauernden Eigenbetreuung kann kein Vorrang bei der Kinderzuteilung abgeleitet werden, wenn sich die Betreuung in blosser Präsenz erschöpft und keine angemessene Behütung und beständige Förderung umfasst.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 23. April 2008

Aus den Erwägungen:

Gute Erziehung besteht vor allem darin, dass die Eltern das Wohlbefinden der Kinder sichern, ihnen Zeit und Aufmerksamkeit schenken, ihre Gefühle anerkennen und ihre Anliegen aufnehmen, ihnen beständige Wärme geben, klare und erklärbare Regeln setzen, Gemeinsamkeit leben, Geduld aufbringen und Anregungen vermitteln (Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, München 2002, S. 107 f.). Das sind freilich Ideale, welche auch tüchtige Erziehende nicht immer verwirk-

lichen. Der Mutter fehlen aber die meisten dieser Fähigkeiten. Sie kümmert sich zu wenig um Gesundheit und Ernährung der Kinder und lässt sie damit im engen Sinne ein Stück weit verwahrlosen. Sie bringt keine hinreichende Alltagskompetenz auf, leitet die Kinder nicht konsequent zu Sauberkeit, Ordentlichkeit und Pünktlichkeit an und nimmt damit in Kauf, dass sie sich mit der Zeit zu Aussenseitern entwickeln, die von ihren Kameraden gemieden werden. Sie schwankt in ihrer Erziehungsweise zwischen passivem Gewährenlassen und gelegentlichem Dreinfahren und ein solches unberechenbares Verhalten gilt als besonders ungünstig (Staub/Felder, Scheidung und Kindeswohl, Bern 2004, S. 85 ff.). Sie vermag die Kinder schliesslich nicht mit sinnvoller Beschäftigung in der Freizeit und anhaltender Motivierung für die Schule zu selbständigen und lebenstüchtigen Menschen zu erziehen. Zwar trifft es zu, dass die Mutter, welche schon bisher die Familienarbeit besorgte, die Kinder weiterhin persönlich und in der gewohnten Umgebung betreuen könnte. Eigenbetreuung darf sich aber nicht in blosser Präsenz erschöpfen, sondern muss angemessene Behütung und engagierte Förderung umfassen. Kontinuität bedeutet nicht, dass den Kindern ein Wechsel der Bezugspersonen und des Umfelds stets erspart werden soll; in einer unbefriedigenden Lage kann gerade eine Veränderung das Richtige sein (H. Figdor, Scheidungskinder – Wege der Hilfe, 2. Aufl., Giessen 1998, S. 200 f.).

Der Vater bekundet hingegen ein waches Interesse an den Kindern, misst ihnen einen hohen Stellenwert zu, zeigt beträchtliches Einfühlungsvermögen und pflegt einen verlässlichen, wenn auch noch nicht ganz gradlinigen Erziehungsstil. Er konnte seine Qualitäten bislang immerhin nur an Wochenenden und in Ferien beweisen und müsste sich als täglicher Versorger und alleiniger Erzieher der Kinder erst noch bewähren. Der Vater versichert zwar glaubhaft, dass er seine Arbeitszeit frei einteilen könne, möchte aber neben der Kinderbetreuung voll berufstätig bleiben und würde damit auf Jahre hinaus in einem ausserordentlichen Masse belastet. Eine Reduktion des Arbeitspensums wäre ihm aber nicht leichthin zuzumuten, weil die Familie damit in finanzielle Not geriete. Der Vater plant deshalb für den Fall, dass ihm die Kinder anvertraut werden, in die Nähe seines Arbeitsortes zu ziehen, eine geräumigere Wohnung zu mieten und die Kinder während seiner beruflich bedingten Abwesenheit an einem von der Schule angebotenen Mittagstisch, in einem Kinderhort oder in einer Tagesfamilie unterzubringen. Sein Unterkunfts- und Betreuungskonzept scheint zwar ernst gemeint, ist aber noch nicht umgesetzt. Man kann von einem Elternteil freilich nicht verlangen, dass er sein Leben auf Vorrat umstellt. Es muss genügen, wenn er sich aufrichtig darum bemühen will, soweit als möglich zu Hause zu sein und im Übrigen für eine geeignete Drittbetreuung zu sorgen (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 97 zu aArt. 156 ZGB). Die Zuweisung der elterlichen Verantwortung an den Vater stellt somit eine echte Chance dar, den Kindern zu liebevoller Fürsorge, gefestigter Erziehung und tatkräftiger Förderung zu verhelfen, die mit einem nicht ganz auszuräumenden Risiko der Überforderung oder Vernachlässigung verbunden ist. So betrachtet erscheint diese Möglichkeit

als hinlänglich aussichtsreicher Versuch und nicht als schlechthin untolerierbares Wagnis.

Die Alternative dazu wäre nicht etwa eine unveränderte Fortsetzung des Zusammenlebens der Kinder mit der Mutter, welche die Minimalanforderungen an eine elterliche Sorge nicht zuverlässig und beständig erfüllt, sondern eine Fremdplatzierung. Eine solche liesse sich mit dem Prinzip der Verhältnismässigkeit aber nicht vereinbaren und verstiesse insbesondere gegen den Grundgedanken der Subsidiarität, dem zufolge eine so tief greifende Massnahme erst angebracht ist, wenn kein Elternteil bereit wäre, von sich aus gewissenhaft zu handeln und freiwillig Hilfe anzunehmen (C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Rz. 27.10; M. Stettler, Schweizerisches Privatrecht III/2, S. 498 f.).

42

Art. 144 Abs. 2 ZGB (SR 210). Das Gericht ist bei der Ordnung der Elterntrennung gehalten, ein Kind im urteilsfähigen Alter zur Mitwirkung einzuladen. Unterlässt es dies, so ist der Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör verletzt und das hat in der Regel zur Konsequenz, dass der Entscheid aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung zurückgewiesen werden muss.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 4. Juni 2008

Die Ehegatten trennten sich im Herbst 2006. Die Ehefrau zog aus und mietete ein Studio. Die heute 16½ Jahre alte Tochter blieb mit dem Vater und einem erwachsenen Bruder in der Familienwohnung. Als sich das Verhältnis unter den Geschwistern verschlechterte, fand sie Zuflucht bei einer älteren Schwester. Darauf ersuchte die Ehefrau den Eheschutzrichter, das Getrenntleben zu ordnen, weil sie sich wünschte, zusammen mit dem Kind wieder im Wohnhaus der Familie leben zu können. Der Richter stellte die Tochter aber in die väterliche Obhut, weil er annahm, dass sie nach dem Weggang des Bruders wieder beim Vater einziehen werde. Dagegen erklärt die Ehefrau Rekurs und rügt es als elementaren Verfahrensfehler, dass das Kind nicht angehört wurde.

Aus den Erwägungen:

Nach der UN-Kinderrechtskonvention soll ein Kind, das fähig ist, eine eigene Meinung zu bilden, sich in allen es berührenden Angelegenheiten frei äussern können und erwarten dürfen, dass seine Meinung angemessen berücksichtigt wird (Art. 12 Abs. 1 UN-KRK). Dafür muss es in jedes Verfahren, von dem es persönlich

betroffen ist, einbezogen werden (Art. 12 Abs. 2 UN-KRK). Diese Konventionsbestimmung hat grundrechtlichen Gehalt und ist unmittelbar anwendbar (BGE 124 III 90). Nach dem Zivilgesetzbuch hat ein Gericht, welches die Kinderbelange bei der Elternscheidung regelt, das Kind in geeigneter Weise anzuhören, soweit nicht das zu geringe Alter oder andere wichtige Gründe entgegenstehen (Art. 144 Abs. 2 ZGB). Es ist anerkannt, dass dies für alle Familiensachen gilt und bei der Trennungsordnung im Eheschutz- oder Massnahmeverfahren sogar besondere Bedeutung hat, weil das der entscheidende Moment ist, in dem die Familie neu organisiert wird (BGE 126 III 497; OGer BE, ZBJV *2002,* 46; OGer ZH, ZR *2002* Nr. 59). Im Übrigen wird unterschieden zwischen dem Anhörungs- und dem Mitbestimmungsrecht. Kinder vermögen sich spätestens ab dem siebten Lebensjahr verständlich auszudrücken und sollen dann auch gehört werden (BGE 131 III 553). Etwa ab dem zwölften Lebensjahr können Kinder die Vor- und Nachteile künftiger Lebenssituationen gegeneinander abwägen und sind damit urteilsfähig geworden (BGer, FamPra.ch *2006,* 757, 760). Ihr Wille ist nun als Ausdruck der Persönlichkeit zu respektieren und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen. Er gilt als Akt beschränkter Eigenverantwortung, der zwar nicht allein massgeblich ist, aber auch nicht mehr übergangen werden darf. Je älter ein Kind wird, je nachdrücklicher es seine Auffassung vertritt und je stabiler seine Haltung erscheint, desto eher ist darauf abzustellen, bis schliesslich eine Obhutszuteilung gegen seinen gefestigten Willen grundsätzlich nicht mehr zu rechtfertigen wäre.

Ein urteilsfähiges Kind kann seinen Mitwirkungsanspruch selbst geltend machen – vorausgesetzt, dass es vom laufenden Verfahren zwischen seinen Eltern überhaupt etwas erfährt. Im Übrigen kann auch jeder Elternteil als gesetzlicher Vertreter des Kindes oder als Partei die Anhörung verlangen (A. Rumo-Jungo, Die Anhörung des Kindes, AJP *1999,* S. 1588). Vor allem aber ist das Gericht nach der gemäss Art. 145 Abs. 1 ZGB in Kinderbelangen geltenden vollen Untersuchungsmaxime von sich aus zur Anhörung verpflichtet (I. Schwander, Handkommentar ZGB, N 2 zu Art. 144). Der Einbezug eines Kindes im Jugendalter ist obligatorisch (I. Schwenzer, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 144 ZGB) und eine antizipierte Würdigung, dass es nichts Wesentliches beitragen könne oder wolle, ausgeschlossen. Die Kindesanhörung gehört insoweit zum verfahrensrechtlichen Mindeststandard (BGE 131 III 409, 413). Die Unterlassung stellt eine formelle Rechtsverweigerung dar; sie verletzt den Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör, auch wenn es nicht als Partei am Verfahren beteiligt ist. Die formelle Natur des Anspruchs bewirkt in der Regel, dass eine Verfügung, in der dieser missachtet wurde, aufgehoben werden muss. Die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs wäre nur ein unvollkommener Ersatz (BGE 110 Ia 74). Wohl ist es möglich, eine Kindesanhörung im Rechtsmittelverfahren nachzuholen, wenn sie zuvor wegen zeitlicher Dringlichkeit unterblieb (BGE 131 III 413; BGer, 5C.149/2006). Sonst ist eine Kassation des Entscheids aber durchaus zu erwägen und namentlich dann vorzuziehen, wenn das Ergebnis der Anhörung sich auf die Regelung anderer Trennungsfolgen

auswirken kann. Eine Rückweisung ist auch im summarischen Eheschutzverfahren zulässig. Sie soll zwar nicht allein aus «pädagogischen Gründen» erfolgen, aber jedenfalls dann stattfinden, wenn sich die Vorinstanz bisher gar nicht ernsthaft mit der Angelegenheit befasste (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 3 zu Art. 222).

43

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (SR 210). Ein Ehegatte, der verantwortungslos handelte, indem er seine Arbeitsstelle kündigte und sein ganzes Barvermögen verschwendete, kann sich nicht auf die Garantie des Existenzminimums berufen. Ihm ist zuzumuten, sich zunächst stärker einzuschränken und später die selbstbewohnte Liegenschaft zu verkaufen, um die Familie vor Not und Verschuldung zu bewahren.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 5. Mai 2008

Bei der Ordnung des Getrenntlebens stellte der Eheschutzrichter fest, dass der Notbedarf der Familie aus dem Einkommen nicht gedeckt werden könne. Er verpflichtete den Ehemann, das Manko aus seinem Vermögen aufzufüllen.

Aus den Erwägungen:

Der Ehemann erhebt Rekurs und wendet ein, er habe seine flüssigen Mittel vollständig aufgebraucht. Man könne von ihm nicht verlangen, dass er das Defizit der Familie tragen und sich damit übermässig einschränken müsse. Sein eigenes Existenzminimum stelle eine absolute Opfergrenze dar. Die Ehefrau erklärt, ihre Lage habe sich nicht verbessert. Sie habe zwar zeitweise als Putz- oder Haushalthilfe gearbeitet, auf Dauer sei ihr das aber nicht zumutbar.

Es ist anerkannt, dass die Erziehung eines dreijährigen Kleinkinds einer vollen Beschäftigung gleichkommt (E. Zweifel, Die Festlegung der Geldbeiträge an den Unterhalt, SJZ *1988,* 190 f.; vgl. auch BGE 115 II 6, 10; 114 II 301, 303). Ein Nebenerwerb wäre überpflichtig (I. Schwenzer, FamKommentar Scheidung, N 44 zu Art. 125 ZGB) und eine blosse Hilfsarbeit zudem wenig sinnvoll, weil der damit erzielbare Billiglohn nicht wesentlich mehr deckt als die Berufsauslagen und Betreuungskosten. Die Notlage der Ehefrau samt dem Kind scheint deshalb offenkundig und unvermeidlich.

Zu prüfen ist vor allem die Leistungsfähigkeit des Ehemanns. Er kündigte in der sich zuspitzenden Ehekrise seine Arbeitsstelle und trat bis heute keine neue an. Er verbrauchte sein Barvermögen, das bei Trennungsbeginn noch knapp Fr. 95 000.–

betrug, innert einem halben Jahr bis auf einen kleinen Rest. Aus seinen beiden Bankkonten beglich er alle fixen Auslagen, deckte die Einkäufe für den täglichen Bedarf und überwies der Ehefrau Unterhaltsbeiträge von Fr. 11 700.–. Zudem bezahlte er die Kosten für eine wohl nicht vordringliche Zahnbehandlung von Fr. 12 000.– und leistete einem Parapsychologen für das unsinnige Angebot, mit «mentaler Kraft und kosmischer Energie» eine Wiederaufnahme der Partnerschaft zu bewirken, ein horrendes Honorar von Fr. 27 600.–. Sodann bezog er insgesamt Fr. 33 250.– in bar. Er behauptete zwar, davon seien mehr als Fr. 7000.– an die Familie geflossen, aber das ist grösstenteils bestritten und schon deshalb unglaubwürdig, weil damit mehr als die nach der angefochtenen Eheschutzverfügung geschuldete Summe bezahlt worden wäre. Anzunehmen ist vielmehr, dass der Ehemann monatlich mindestens Fr. 5000.– für sich verwendete und sich damit einen Luxus leistete, der den ehelichen Lebensstandard weit überstieg. Schliesslich leaste er auch noch ein Auto der Marke BMW im Wert von über Fr. 30 000.– und gab sein altes Fahrzeug zum Preis von Fr. 8000.– an Zahlung. Anscheinend pflegt der Ehemann diesen übersetzten Lebensstil weiter. Jedenfalls soll er inzwischen seine Konten überzogen haben. Wohl ist er noch Eigentümer eines Grundstücks, das einen amtlichen Verkehrswert von rund Fr. 700 000.– aufweist und mit Hypotheken von Fr. 350 000.– belastet ist. Er kann es aber nicht stärker belehnen, weil die Bank ihn nicht mehr für kreditwürdig hält, und will es auch nicht verkaufen, weil er selbst im einen Hausteil wohne, während sein Vater im anderen lebe. Insgesamt offenbarte der Ehemann eine Haltung, die von krassem Egoismus und völlig fehlendem Einfühlungsvermögen für die Angehörigen geprägt war. Er versuchte, den Verlust der Familie zu kompensieren, indem er sich alles gönnte und zugleich die Ehefrau bestrafte. In einer Kette leichtfertiger Handlungen verliess er zunächst seinen Arbeitsplatz, verschleuderte darauf sein Vermögen und verspielte damit schliesslich auch noch seinen Kredit.

Im Allgemeinen wird gesagt, dass von einem unterhaltspflichtigen Ehegatten nichts verlangt werden dürfe, was er unmöglich erbringen könne. Wenn sich seine Situation unwiderruflich verschlechterte, weil er die Erwerbstätigkeit aufgab und keine gleichwertige mehr findet oder weil er Vermögen weggab und nicht mehr zurückholen kann, so müsse man sich schliesslich mit diesen Fakten abfinden, und zwar ganz unbekümmert darum, welches Motiv den finanziellen Ruin auslöste (BGE 128 III 4, 6; 117 II 16, 17 und dazu Th. Geiser, Herabsetzung von Unterhaltsleistungen wegen [absichtlicher] Verminderung der wirtschaftlichen Leistungskraft?, ZBJV *1992,* S. 529 ff.). Vorausgesetzt wird allerdings, dass ein Unterhaltspflichtiger, der einen wirtschaftlichen Abstieg behauptet, klar nachweist, dass seine Verhältnisse tatsächlich so desolat sind und sich beim besten Willen nicht mehr ändern lassen (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz. 01.63). Darüber hinaus wird mit gutem Grund beklagt, familienschädigendes Verhalten werde auf diese Weise geradezu prämiert (V. Bräm, Zürcher Kommentar, N 97 zu Art. 163 ZGB), und gefordert, jedenfalls grob verantwortungslose und

eigentlich böswillige Handlungen nicht zu tolerieren (OGer ZH, ZR *2000* Nr. 17; Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000, Rz. 21.24c; A. Spycher, Unterhaltsleistungen bei Scheidung, Diss. Bern 1996, 80 f.; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N 55 zu Art. 125 ZGB). Niemand soll aus dem von ihm selbst geschaffenen Unrecht einen Vorteil ableiten können (H. Merz, Berner Kommentar, N 582 ff. zu Art. 2 ZGB N 582 ff.; vgl. auch Pichonnaz/Rumo-Jungo, Neuere Entwicklungen im nachehelichen Unterhalt, in: dieselben [Hrsg.], Familienvermögensrecht, Bern 2003, S. 21; offen gelassen in BGE 128 III 4, 6). Das spricht dafür, dem missbräuchlich Handelnden das bewusst herbeigeführte Manko aufzubürden, statt es auf die von ihm vernachlässigte Familie abzuwälzen. Ein Ehegatte, der seine Stelle grundlos kündigte, braucht gewiss keinen Anreiz zur Förderung seines Arbeitswillens. Er leistet eben nicht das, wozu er fähig wäre, und kann nicht erwarten, dass er trotzdem besser gestellt wird als der andere, der seine familiären Pflichten weiterhin erfüllt. Zwar muss er dann einen Eingriff in sein Existenzminimum hinnehmen. Dieser geht aber gemäss den Regeln des Betreibungsrechts (BGE 116 III 10; 111 II 13; 106 III 18) nur so weit, dass sich Schuldner und Gläubigerin im selben Verhältnis einschränken müssen, und das entspricht dem Grundsatz, dass Partner und Partnerin in einer noch bestehenden Ehe gleich berechtigt und gleich verpflichtet sind (Art. 163 Abs. 1 ZGB; Botschaft Eherecht, Ziff. 214.121). Nach Abzug der pfändbaren Quote für Unterhaltsansprüche (BGE 111 III 116; G. Vonder Mühll, SchKG-Kommentar, N 39 zu Art. 93) bleibt dem Ehemann von seinem Ersatzeinkommen immer noch erheblich mehr als der Betrag einer blossen Nothilfe und zumindest während einer Übergangszeit genug für ein zwar bescheidenes, aber immerhin menschenwürdiges Dasein. Damit ist er hinreichend geschützt. Eine Beschränkung des Unterhaltsbeitrags hätte zur Folge, dass die Ehefrau beim Sozialamt Schulden machen müsste, für die sie nach der Trennung persönlich haftet und die sie bei einer Scheidung als Rückschlag allein trägt (BGE 133 III 57, 59 f.), und das lässt sich hier auf keine Art mehr rechtfertigen.

Im Übrigen ist die Unterhaltspflicht gegenüber dem Ehegatten und dem gemeinsamen Kind im Vergleich zu anderen Pflichten rechtlich privilegiert und moralisch qualifiziert. Ihre Erfüllung verlangt die Ausschöpfung aller finanziellen, intellektuellen und physischen Ressourcen (vgl. P. Breitschmid, Basler Kommentar, N 25 zu Art. 276 ZGB). Der Pflichtige muss namentlich seine Arbeitskraft voll ausnutzen und hat notfalls eine Beschäftigung in einem fremden Beruf oder an einem anderen Ort anzunehmen (vgl. C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 56 zu Art. 285 ZGB). Falls ihm eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit trotz aller Anstrengungen nicht gelingt, ist er gehalten, auch sein Vermögen einzusetzen (BGE 129 III 7, 10 = Pra *2003* Nr. 85). Ein Vermögensverzehr ist grundsätzlich zumutbar, wenn das laufende Einkommen nicht ausreicht, um die Familie vor Not zu bewahren (BGE 110 II 321, 323 f.; BGer, FamPra.ch *2007,* 396; *2006,* 939 und *2002,* 806; Hausheer/Brunner, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz. 03.109), es sei denn, eine

Verwertung erweise sich als schlechthin unwirtschaftlich oder ausgesprochen unbillig (GerKr Thun, FamPra.ch *2005,* 603; I. Schwenzer, FamKommentar Scheidung, N 24 zu Art. 125 ZGB). Ein Ehemann, der Barvermögen verschwendete, welches das Überleben der Familie für geraume Zeit gesichert hätte, kann nicht darauf bestehen, dass ihm das Grundeigentum samt dem darin gebundenen beträchtlichen Eigenkapital erhalten bleibt. Das muss ohne Rücksicht darauf gelten, ob er die Liegenschaft selbst bewohnt und ob diese Eigengut darstellt. Die Unterhaltspflicht geht im elementaren Umfang jedem Komfortbedürfnis vor und besteht unabhängig vom Güterrecht.

44

Art. 273 ZGB (SR 210). Zeigen Kinder im urteilsfähigen Alter trotz langer Abwesenheit des Vaters und beharrlicher Beeinflussung durch die Mutter eine vorsichtige Bereitschaft, dem Vater wieder zu begegnen, so scheint es sinnvoll, beide Seiten im Sinne einer Aufforderung, aber nicht in Form eines zwangsweise durchsetzbaren Anspruchs einzuladen, einen Tag im Monat miteinander zu verbringen.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 5. Februar 2008

Die Eltern eines heute 14-jährigen Mädchens und eines 12½-jährigen Knaben trennten sich kurz nach der Geburt des zweiten Kindes. Seither lebten die Kinder ununterbrochen bei der Mutter und sahen den Vater nur selten. Vor vier Jahren brach die Beziehung vollständig ab. Die Mutter vereitelte mit immer neuen Ausreden und Vorwänden systematisch jede Annährung, widersetzte sich konsequent allen Anordnungen des Erziehungsbeistands und liess sich auch von einer Strafandrohung nicht beeindrucken.

Aus den Erwägungen:

In der Frage, wie der persönliche Umgang zwischen dem Vater und den Kindern ausgestaltet werden soll und kann, sind zwei Sichtweisen zu unterscheiden – die der Eltern und jene der Kinder. Eltern sollen sich nicht auf einen von ihnen mitverursachten oder gar bewusst provozierten Konflikt berufen und daraus Vorteile ableiten können (BGE 131 III 289; 130 III 585; BGer, FamPra.ch 2007, 428; KGer SG, GVP *2005* Nr. 46). Der persönliche Verkehr darf nicht im Sinne einer Unterwerfung unter die unverständliche Verweigerungshaltung der Klägerin eingeschränkt werden, er kann aber auch nicht als eine Art Genugtuung für den insofern ungerecht behandelten Beklagten ausgeweitet werden. Es geht bei der Festsetzung einer Be-

suchsordnung eben nicht darum, einen fairen Ausgleich zwischen den Eltern anzustreben, sondern darum, eine Lösung zu finden, die den Bedürfnissen der Kinder entspricht (BGE 120 II 29).

Kinder, die schon urteilsfähig sind, können erwarten, dass ein gefestigter und nicht nur aus einer momentanen Laune heraus gefasster Entschluss respektiert wird (BGE 127 III 295; 124 III 93, 122 III 401; 100 II 76; OGer LU, FamPra.ch *2003,* 191). Lehnen sie einen Kontakt kategorisch ab, so wäre es mit dem Zweck der Umgangsregelung und mit ihrem Persönlichkeitsrecht nicht zu vereinbaren, ihnen einen solchen gleichwohl aufzuzwingen (BGer, FamPra.ch *2006,* 752; I. Schwenzer, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 273 ZGB). Eine gerichtliche Verordnung wirkt sich auf das Vater-Kind-Verhältnis nämlich nur negativ aus und leitet meist den endgültigen Abbruch der Beziehung ein. Ein Appell an die Selbstbestimmung kann hingegen dazu führen, dass die Kinder im Laufe der Adoleszenz ihr Urteil über die Eltern revidieren, die Parteinahme für einen Elternteil aufgeben und sich dem anderen freiwillig zuwenden (Wallerstein/Lewis, Langzeitwirkung der Scheidung auf Kinder, FamRZ *2002,* S. 69 f.). Allenfalls ist es noch vertretbar, den Kindern mit einem gewissen Nachdruck, aber ohne Zwang, einen minimalen Kontakt nahezulegen, damit sie das ihnen bisher vermittelte negative Vaterbild mit der Realität vergleichen können (BGer, FamPra.ch *2007,* 713; vgl. auch Felder/Hausheer, Drittüberwachtes Besuchsrecht – Die Sicht der Kinderpsychiatrie, ZBJV *1993,* S. 706). Es scheint aber erst dann empfehlenswert, darüber hinauszugehen, wenn eine konkrete Hoffnung besteht, dass sich das Verhältnis zwischen dem Vater und den Kindern verbessern könnte (BGer, FamPra.ch *2006,* 753; A. Wirz, FamKommentar Scheidung, N 28 zu Art. 273 ZGB). Zu überlegen ist dann vor allem, was am ehesten zu einer Verhaltensänderung beiträgt (Staub/Felder, Scheidung und Kindeswohl, Bern 2004, S. 131).

Die Kinder lehnen eine Begegnung mit dem Vater nicht rundweg ab. Sie zeigen trotz seiner langer Abwesenheit und der fortwährenden Beeinflussung durch die Mutter einen überraschenden Rest von Ambivalenz. In der ersten Kinderanhörung vor dem Kreisgericht erklärte der Bub seine Bereitschaft, sich dem Vater schrittweise zu nähern, während das Mädchen noch zögerte. In der zweiten Anhörung vor dem Kantonsgericht verhielt es sich gerade umgekehrt. Der Tochter schwebte nun vor, den Vater spontan, wenn auch nicht allzu häufig, anzurufen und mit ihm etwas zu verabreden, derweil der Sohn eine Auszeit wünschte und erst später über das Verhältnis zum Vater nachdenken wollte. Die Gefühle der Kinder schwanken also zwischen zwei Polen – der vordergründigen Angst, mit dem fremd gewordenen Vater konfrontiert zu werden, und der verhaltenen Neugier, ihn wieder kennenzulernen. In dieser Situation scheint ein Angebot an beide Seiten, einen Tag im Monat miteinander zu verbringen, vernünftig und angemessen – ein Minus würde die Besuche auf eine symbolische Handlung reduzieren, was nicht einmal die Mutter verlangt, und ein Plus die Verunsicherung der Kinder vergrössern, zumal die Lebenssituation des Vaters unklar ist. Zu verstehen ist das als Aufforderung, die in

verbindlicher Form ausgesprochen wird, aber nicht als Vorschrift, die zwangsweise durchgesetzt werden kann (vgl. dazu A. Wirz, FamKommentar Scheidung, N 28 zu Art. 274 ZGB). Die Kinder müssen nicht von vornherein mit unnötigen Auflagen oder festen Terminen in ihrem Mitbestimmungsrecht eingeschränkt werden. Sie sollten sich in einer Angelegenheit, die sie persönlich betrifft, nicht mehr ausschliesslich von der Mutter vertreten und beschützen lassen, sondern selbst die Initiative ergreifen und die Gestaltung der Besuchstage direkt oder allenfalls über den Beistand mit dem Vater aushandeln.

Es ist nun Sache des Beklagten, sich auf seine Erwachsenenkompetenz zu besinnen, geduldig Vorschläge zu machen, keinen Druck auszuüben und nach Absagen nicht gleich zu resignieren, sondern den Kindern die beständige Botschaft zu vermitteln, dass seine Tür für sie immer offen steht (J. R. Johnston, Entfremdete Scheidungskinder?, Zeitschrift für Kinder- und Jugendhilfe [ZKJ] 2007, S. 224). Ein solcher Rat mag ihm zwar unbefriedigend und enttäuschend vorkommen. Nach den Erfahrungen der letzten Jahre liegt darin aber doch seine einzige Chance, je wieder am Leben der Kinder teilhaben zu können. Gelingt eine erste Kontaktaufnahme, so ist damit eine Basis geschaffen, auf der sich die Beziehung freier entfalten kann. Misslingt sie trotz allen Bemühungen, so braucht sich der Vater wenigstens später den Vorwurf nicht gefallen zu lassen, er habe sich nie um die Kinder gekümmert.

45

Art. 395, Art. 372 und Art. 439 ZGB (SR 210). Die Beiratschaft auf eigenes Begehren wird im Gesetz zwar nicht erwähnt, ist jedoch wie die Vormundschaft auf eigenes Begehren möglich, wenn die betroffene Person infolge von Altersschwäche, anderen Gebrechen oder von Unerfahrenheit ihre Angelegenheiten nicht gehörig zu besorgen vermag. Wie bei der Entmündigung setzt auch die Aufhebung der Beiratschaft voraus, dass sich die Verhältnisse seit deren Anordnung nachträglich verändert haben, es sei denn, es erweise sich, dass die Beiratschaft gar nie notwendig war. Anders als bei der Beistandschaft auf eigenes Begehren genügt ein Aufhebungsauftrag allein nicht.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 16. Dezember 2008

Aus den Erwägungen:

3. . . .

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 Erträgnisse die freie Verfügung behält (Art. 395 Abs. 2 ZGB). Die Verbeiratungsgründe werden im Gesetz nicht positiv umschrieben. Die Auslegung des eher unklaren Wortlautes ergibt jedoch, dass auch für die Verbeiratung ein Entmündigungsgrund vorliegen muss. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Handlungsfähigkeit gestattet das Legalitätsprinzip keineswegs, irgendwelche Gründe für eine Verbeiratung heranzuziehen. Die erforderliche Schutzbedürftigkeit deckt sich mit jener bei der Entmündigung, wobei es genügt, wenn diese in einem geringeren Ausmass vorliegt. Die Unterscheidung zwischen den Voraussetzungen für die Entmündigung und jenen für die Verbeiratung ist deshalb nur graduell, d. h. sie besteht nur in quantitativer Hinsicht, hauptsächlich in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit (E. Langenegger, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl. 2006, NN 2 f. zu Art. 395 ZGB).

Möglich ist auch eine Verbeiratung auf eigenes Begehren. Diese wird im Gesetz zwar nicht erwähnt, leitet sich aber sinngemäss aus der Entmündigung auf eigenes Begehren ab. Voraussetzung für eine Beiratschaft auf eigenes Begehren ist daher analog zu Art. 372 ZGB, dass die betroffene Person infolge von Altersschwäche, anderen Gebrechen oder von Unerfahrenheit ihre Angelegenheiten nicht gehörig zu besorgen vermag. Das eigene Begehren für sich allein genügt somit nicht als Verbeiratungsgrund. Einer der genannten Schwächezustände muss zwingend hinzukommen. Unter den Begriff «andere Gebrechen» fallen körperliche und psychische Gebrechen sowie charakterliche Mängel. Die psychischen Störungen bzw. charakterbedingten Fehlentwicklungen müssen hingegen nicht gleich schwer sein wie bei den Entmündigungsgründen nach Art. 369 und 370 ZGB. Allerdings darf angesichts der Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit auch auf eigenes Begehren nur entmündigt bzw. verbeiratet werden, wenn das andere Gebrechen eine gewisse Intensität aufweist und eine besondere Schutzbedürftigkeit verursacht. Diese ist nicht leichthin zu bejahen, unterscheidet sie sich doch nicht grundlegend von den besonderen Schutzbedürftigkeiten, die bei der Entmündigung bzw. Verbeiratung relevant sind. Der Begriff der Unerfahrenheit ist einschränkend auszulegen. Unerfahrenheit allein reicht nicht aus; sie muss durch weitere Schwächen, etwa erhöhte Beeinflussbarkeit, fehlende Widerstandskraft, depressive Zustände etc. qualifiziert sein. Auch bei der Entmündigung bzw. Verbeiratung auf eigenes Begehren wird in den meisten Fällen die Begutachtung durch eine sachverständige Person erforderlich sein. Die Einholung einer Expertenmeinung wird überdies in vielen Fällen auch hinsichtlich der Urteilsfähigkeit in Bezug auf das eigene Begehren nötig sein (vgl. zum Ganzen Langenegger, a. a. O., N 3 zu Art. 395 ZGB und NN 2 ff. zu Art. 372 ZGB m.w.H.). Die Schutzbedürftigkeit besteht im Unvermögen, die eigenen Angelegenheiten gehörig zu besorgen. Sie ist grundsätzlich gleich zu verstehen wie die Schutzbedürftigkeit bei der Entmündigung nach Art. 369 ZGB (Langenegger, a. a. O., N 7 ff. zu Art. 372 ZGB). Das eigene Begehren setzt Urteilsfähigkeit voraus. Diese muss so weit vorhanden sein, wie es nötig ist, um die Tragweite der

Massnahme zu beurteilen. Insbesondere muss die betroffene Person die wesentlichen Wirkungen der Massnahme verstehen können, allen voran die Bedeutung des Verlusts der Handlungsfähigkeit und die voraussichtlichen und auch nur möglichen konkreten Auswirkungen, wie z. B. die Tatsache, dass für die Wiederaufhebung der Massnahme ein eigenes Begehren nicht genügt (Langenegger, a. a. O., N 11 zu Art. 372 ZGB).

Die Aufhebung vormundschaftlicher Massnahmen ist in Art. 431 ff. ZGB geregelt. Während Art. 431 bis 438 ZGB das Ende der Vormundschaft im engeren Sinn behandeln, wird die Beendigung der beiden schwächeren Massnahmen der Beistandschaft und Beiratschaft in Art. 439 ZGB geregelt. Nach Abs. 3 dieser Bestimmung endigt die Beistandschaft des Beirates mit der Aufhebung durch die zuständige Behörde nach den Vorschriften über die Aufhebung der Vormundschaft. Die Beendigung der Beiratschaft setzt einen behördlichen Entscheid voraus (vgl. im Gegensatz dazu die Aufhebung der Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 439 Abs. 1 ZGB; Th. Geiser, in: Honsell/Vogt/Geiser, a. a. O., N 13 zu Art. 439 ZGB). Wie bei der Entmündigung ist die Behörde zur Aufhebung der Beiratschaft verpflichtet, sobald ein Grund zur Verbeiratung nicht mehr besteht (Geiser, a. a. O., N 14 zu Art. 439 ZGB); dies ergibt sich auch als Folge des verfassungsmässig garantierten Grundrechts auf persönliche Freiheit. Ferner kann der Verbeiratete sowie jedermann, der ein Interesse hat, jederzeit die Aufhebung der Beiratschaft beantragen (Art. 439 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 433 Abs. 2 und 3 ZGB).

Analog zur Entmündigung setzt auch die Aufhebung einer schwächeren vormundschaftlichen Massnahme wie der Beiratschaft voraus, dass sich die Verhältnisse seit deren Anordnung nachträglich verändert haben, es sei denn, es würde sich erweisen, dass die Beiratschaft gar nie notwendig war (Geiser, a. a. O., N 6 zu Art. 433, N 3 zu Art. 437 und N 4 zu Art. 439 ZGB). Die nachträgliche Veränderung kann sich sowohl auf die tatsächlichen als auch auf die rechtlichen Verhältnisse (Gesetzes- oder Praxisänderung) beziehen. Eine massgebliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse liegt insbesondere vor, wenn der Verbeiratungsgrund und/oder die Schutzbedürftigkeit weggefallen sind. Ein Aufhebungsgrund ist mit anderen Worten auch gegeben, wenn ein Verbeiratungsgrund weiterhin vorliegt, aber keine besondere Schutzbedürftigkeit mehr gegeben ist. Ferner ist bei einem Begehren um Aufhebung der Verbeiratung der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ebenfalls zu beachten. Nur solange die Verbeiratung notwendig ist, ist sie zulässig. Die Beiratschaft auf eigenes Begehren ist wie die Vormundschaft auf eigenes Begehren nicht schon aufzuheben, wenn die betroffene Person die Massnahme nicht mehr wünscht (anders ist es bei der Beistandschaft auf eigenes Begehren, vgl. GVP 2002 Nr. 43). Vielmehr muss deren materieller Grund entfallen sein (vgl. Art. 438 ZGB). Hat die Behörde den Fortbestand einer Beiratschaft zu prüfen, muss sie insbesondere auch klären, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip es nicht erfordert, die Beiratschaft durch eine Beistandschaft oder eine Massnahme der freiwilligen Sozialhilfe zu ersetzen (Geiser, a. a. O., NN 14 f. zu Art. 439 ZGB).

2. Sachenrecht und Grundbuch

46

Art. 679/684 ZGB, Art. 688 ZGB (SR 210) und Art. 98 EG zum ZGB (sGS 911.1) sowie Art. 69 Abs. 3 BauG (sGS 731.1). Die von den Bäumen auf dem beklagtischen Grundstück ausgehende Beschattung bewirkt für das klägerische Grundstück im Winter einen Lichtentzug, der als übermässige Immission im Sinne von Art. 684 ZGB zu betrachten ist. Es liegt einer der seltenen Ausnahmefälle vor, in denen trotz Einhaltung der kantonalen Abstandsvorschriften eine Übermässigkeit deshalb zu bejahen ist, weil es sich nicht lediglich um markante Einzelbäume, sondern um eine dicht stehende Gruppe von neun Bäumen beträchtlicher Höhe (20–26 m) handelt, die als geschlossene Silhouette in Erscheinung treten, weshalb von ihnen ausserordentliche Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ausgehen und daher der bundesrechtliche Mindestimmissionsschutz zum Zug kommt.

Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 7. Juli 2008

Aus den Erwägungen:

III./3. a) Es ist zu prüfen, auf welcher Rechtsgrundlage die Klägerin 1 allenfalls die Beseitigung der umstrittenen Bäume verlangen kann. Nach Art. 688 ZGB sind die Kantone befugt, für Anpflanzungen je nach der Art des Grundstückes und der Pflanzen bestimmte Abstände vom nachbarlichen Grundstück vorzuschreiben. Der Kanton St.Gallen hat von dieser Befugnis in Art. 98 EG zum ZGB Gebrauch gemacht und unter anderem für hochstämmige Bäume einen Mindestabstand von sechs Metern von der Grundstücksgrenze festgelegt. Das st.gallische Recht sieht keine Verjährung des Beseitigungsanspruchs vor. Lange Zeit war unklar, ob die kantonale Rechtsetzungskompetenz in diesem Bereich exklusiv sei, oder ob auch Raum bleibe für eine ergänzende Anwendung von Art. 679/684 ZGB. In einem Grundsatzentscheid (BGE 126 III 452) hat nun das Bundesgericht festgehalten, dass das nachbarliche Pflanzenrecht zwar grundsätzlich vom kantonalen Recht beherrscht werde, es sich aber nicht um eine exklusive Rechtsetzungskompetenz handle. Der in Art. 684 ZGB enthaltene Grundsatz, wonach jedermann sich aller schädlichen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten habe, umschreibe das landesweit geltende Minimum dessen, was Nachbarn einander schuldeten. Durch das Wachstum von Pflanzen nähmen die von ihnen ausgehenden Einwirkungen von Jahr zu Jahr zu, und die kantonalen Abstandsvorschriften könnten unter Umständen keinen genügenden Schutz mehr gewährleisten. Besonders aktuell werde dies, wenn ein kantonalrechtlicher Beseitigungsanspruch wegen Ablaufs einer relativ kurzen Verjährungsfrist nicht mehr durchgesetzt werden könne; in einer derartigen Situation müsse der bundesrechtliche Immissionsschutz als

Mindestgrundsatz Platz greifen. Solange Pflanzen die kantonalrechtlichen Abstände einhielten, dürften hingegen von ihnen nur in den seltensten Fällen übermässige Immissionen gemäss Art. 684 ZGB ausgehen (BGE 126 III 457 ff. E. 3; vgl. auch BGE 132 III 7 E. 3.2; 129 III 163 ff. E. 2.4 und 2.5).

Wann derartige Ausnahmefälle vorliegen könnten, geht aus dem Entscheid nicht hervor. Wenn nicht die kantonale Rechtsetzungskompetenz vollständig ausgehöhlt werden soll, ist jedoch davon auszugehen, dass die Interessenabwägung und der Ortsgebrauch grundsätzlich schon implizit in den kantonalen Abstandsvorschriften enthalten sind, und nur in Ausnahmefällen von übermässigen Immissionen durch den Bestand der den kantonalrechtlichen Abstand einhaltenden Bäume gesprochen werden kann (vgl. Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, Zürich 2002, 37 ff.; vgl. auch ZR 97 [1998] Nr. 22 S. 67, wo das Zürcher Obergericht erwägt, dass ein verhältnismässig strenger Massstab anzulegen sei, wenn die kantonalen Vorschriften erfüllt seien, da diese bereits Ausdruck eines bestimmten Ortsgebrauchs seien). Zu denken ist etwa an Fälle, in denen sich durch die besondere Grösse einzelner Bäume oder durch deren Anordnung in einer Gruppe ausserordentliche Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ergeben. Eine Interessenabwägung im Sinne einer Gewichtung der Interessen der Eigentümer der Bäume und der von der Einwirkung betroffenen Grundeigentümerin darf unter derartigen Umständen solange keine Rolle mehr spielen, als nicht von einer reinen Schikane und damit von Rechtsmissbrauch seitens der Eigentümer der Bäume ausgegangen werden muss (vgl. Roos, a. a. O., 65).

b) Gemäss Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten, wobei insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung verboten sind. Damit ist aus Art. 684 ZGB abzuleiten, dass eine Duldungspflicht des Nachbarn besteht, soweit die Immissionen lediglich lästig oder sogar schädlich, aber nicht übermässig (lästig oder schädlich) sind; nur übermässige Immissionen brauchen nicht geduldet zu werden (vgl. Roos, a. a. O., 16; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bern 1975, Art. 684 ZGB N 1 f.). Wo die Grenze zwischen zulässigen und übermässigen Immissionen zu ziehen ist, hängt namentlich von Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie vom Ortsgebrauch ab (Art. 684 Abs. 2 ZGB). Es sind im konkreten Fall jedoch alle erheblichen Umstände nach objektiven Kriterien und aus der Sicht eines durchschnittlich empfindlichen Menschen zu beachten (Roos, a. a. O., 26, vgl. auch BGE 121 II 326 f. E. 4b; 119 II 416 E. 4c). Im Zusammenhang mit Pflanzen kommen als materielle oder positive Immissionen z. B. auf das Nachbargrundstück fallendes Laub, Tannzapfen, Nadeln, Früchte, Samen und Äste in Frage. Umstritten war hingegen, ob vom Begriff der «Einwirkung» im Sinne von Art. 684 ZGB auch negative Immissionen wie z. B. Lichtentzug, Schattenwurf oder Entzug von Aussicht, die von Pflanzungen ausgehen, erfasst werden. Im genannten

Grundsatzentscheid hat das Bundesgericht dies nun bejaht (BGE 126 III 455 ff. E. 2c; vgl. auch BGE 129 III 164 E. 2.5; in diesem Sinn vgl. insbesondere auch Meier-Hayoz, a. a. O., Art. 684 ZGB N 50 ff.).

4. a) Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist nun der vorliegende Fall im Lichte von Art. 684 ZGB zu beurteilen. Die Ausgangslage unterscheidet sich von den Sachverhalten, die den von der Klägerin 1 zitierten Fällen und BGE 126 III 452 (vgl. dazu auch ZR 100 [2001] Nr. 19) zugrunde liegen, in verschiedener Hinsicht und insbesondere dadurch, dass hier sämtliche Bäume die kantonalrechtlichen Grenzabstände (Art. 98 Abs. 3 EG zum ZGB) nicht nur knapp, sondern zum Teil mehrfach einhalten; die von der Beklagten genannten tatsächlichen Grenzabstände der einzelnen Bäume sind unbestritten geblieben. Dies spielt bei der Beurteilung der Übermässigkeit der Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB eine Rolle.

b/aa) Ohne Zweifel haben die umstrittenen Bäume gewisse Einwirkungen auf das klägerische Grundstück. Diese werden – soweit es um den Schattenwurf geht – durch die von der Vorinstanz eingeholte Expertise vom 31. März 2006 (insbesondere Erstellung eines Schattendiagramms für verschiedene Positionen auf dem klägerischen Grundstück) sowie die Beantwortung der Ergänzungsfragen zur Expertise vom 22. September 2006 in tatsächlicher Hinsicht näher erläutert. Daraus geht hervor, dass der Beobachtungspunkt 1 an der Südwestecke der klägerischen Liegenschaft, am Boden gemessen, von Oktober bis Februar nachmittags jeweils gut vier Stunden, im März noch knapp vier Stunden, also im Verhältnis zur Tageslänge zu 40–50 Prozent im Schatten (der Bäume) liegt. Von November bis Januar dauert dieser bis Sonnenuntergang. Im Sommer reicht der Schatten am Punkt 1 während drei Monaten nie bis zur Hausfassade. Am Beobachtungspunkt 2, in der Südwestecke des Wintergartens, beträgt der Schatten laut Expertise noch von November bis Januar vier Stunden pro Tag, dauert jedoch nie bis Sonnenuntergang; vom März bis September liegt praktisch kein Schattenwurf vor (am 21. März und am 21. September noch je 45 Minuten). Diese jeweils an den beiden Beobachtungspunkten für jeden 21. des Monats vorgenommenen Messungen gehen allerdings davon aus, dass es sich um den Schatten eines Gebäudes (geschlossener Körper ohne Lichtdurchlass) handle. Der Experte stellt denn auch fest, dass der durch die Messungen ausgewiesene Schattenwurf deutlich über dem realen Schattenwurf liege, da der Schatten der neun Bäume weniger stark wirke wie derjenige eines geschlossenen Gebäudes gleicher Ausdehnung. Bei Laubbäumen sei der Unterschied bezüglich Lichtdurchlässigkeit zwischen dem Sommer und dem Winter sehr gross; im Fall der Buche (Baum Nr. 1) betrage die Lichtdurchlässigkeit im Winter ca. 75 Prozent, im Fall der am westlichen Rand der Baumgruppe stehenden Föhren (Bäume 7 und 8) ca. 25–30 Prozent von innen heraus. Lärchen, die im Winter die Nadeln verlieren, bildeten bereits im Sommer nicht einen dichten dunklen Körper. Der Experte gelangte schliesslich im Ergänzungsgutachten mit einer Reduktion der Silhouette der Baumgruppe wegen der «Ausfranselung» lediglich zu einem leicht, jedoch nicht wesentlich geringeren Schattenwurf (10 bis 25 Minuten pro Tag).

bb) Die Klägerin 1 macht weiter positive Immissionen geltend durch Eindringen von Laub, Tannzapfen, Nadeln und kleinen Ästen; insbesondere nach stürmischem Wetter, und sie beruft sich darauf, dadurch müssten die Dachrinne und insbesondere das Schwimmbad und dessen technische Einrichtungen häufiger gereinigt werden. Zum Nachweis legt sie Fotos ins Recht, ruft Zeugen an und legt eine Rechnung für die Reinigung des Schwimmbadablaufs mit Hochdruck ins Recht. Diese Rechnung beweist jedoch nicht, dass die Reinigung wegen der Bäume der Nachbarn nötig wurde. Es erübrigt sich auch, die beantragten Zeugen anzuhören, da sich die durch diese zu bestätigenden Immissionen ohnehin nicht als übermässig im Sinne von Art. 684 ZGB erweisen (vgl. nachfolgende E. c/aa).

c/aa) Was die genannten und zum Teil mit Fotos belegten positiven Immissionen betrifft, sind sie zweifellos lästig; es kann jedoch nicht von einer übermässigen Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB gesprochen werden. Ein Schwimmbad verlangt ohnehin Unterhalt; eine sporadische Reinigung der Dachrinne ist durchaus üblich. Föhn- und Westwind-Wetterlagen mit starkem Wind sind nicht alltäglich. Dass nach einem Sturm in einem Wohnquartier mit Gärten gewisse Aufräumarbeiten nötig werden und Pflanzen(teile) in einem solchen Fall nicht vor den Grundstücksgrenzen Halt machen, ist nicht aussergewöhnlich. Ebenso gehört es zu derartigen Quartieren, dass normaler Laub- oder Nadelfall zum Teil auch die Nachbarn betrifft. Das kantonale Recht hat den Grenzabstand für hochstämmige Bäume auf sechs Meter festgelegt und damit signalisiert, was ortsüblich und grundsätzlich von Nachbarn zu tolerieren ist. Der geforderte Abstand ist im vorliegenden Fall mehr als eingehalten. Bei windigem Wetter könnten durchaus auch weniger hoch gewachsene Bäume oder Sträucher eine ähnliche Wirkung haben. Die von der Klägerin 1 in der Berufung und auch anlässlich des Augenscheins hervorgehobenen positiven Immissionen können unter den gegebenen Umständen nicht Grund für eine Fällung der umstrittenen Bäume wegen übermässiger Immissionen sein.

bb) Die Klägerin 1 begründet die Übermässigkeit der Einwirkungen jedoch insbesondere mit negativen Immissionen, dem Schattenwurf auf ihre Liegenschaft mit der Folge der Vermoosung eines Rasenteils und der Beeinträchtigung der Lebensqualität im Winter, da beträchtliche Teile der Liegenschaft von November bis Januar, zum Teil bis Februar, sonnenlos seien. Sie macht nicht geltend, dass in den Sommermonaten ein relevanter Schattenwurf auf ihr Grundstück die Lebensqualität beeinträchtige. Bereits in tatsächlicher Hinsicht müssen die Behauptungen der Klägerin 1 zum Teil korrigiert oder relativiert werden, ist doch die Liegenschaft zu keinem Zeitpunkt des Jahres wegen der umstrittenen Bäume sonnenlos, ein allfälliger Eigenschatten des klägerischen Hauses in den Morgenstunden der Wintermonate kann selbstverständlich bei der Beurteilung der Übermässigkeit des Baumschattens nicht berücksichtigt werden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Buche, die am östlichen Rand der Baumgruppe steht, in den Monaten, für die die Expertise an den Messpunkten doch einen Schattenwurf von zum Teil mehr als vier Stunden ergeben hat, ohne Blätter ist und damit keineswegs einen Vollschat-

ten wie ein Gebäude wirft, sondern rund 75 Prozent Licht durchlässt. Damit vermindert sich die sich aus der Expertise ergebende Dauer des Schattenwurfs deutlich (der Experte spricht von 1–1½ Stunden), indem am Mittag eine kompakte Beschattung später eintritt. Die gesamte Baumgruppe erscheint entgegen der Aussage der Vorinstanz dadurch (insbesondere im Winter) auch nicht wie eine kompakte Wand eines Gebäudes, sind doch auch die Föhren am westlichen Rand der Baumgruppe wenigstens teilweise (20–30 Prozent) lichtdurchlässig, dies zeigen schon die von der Klägerin 1 eingereichten Fotos und bestätigte sich anlässlich des Augenscheins vor Ort. Dieser ergab hingegen, dass der mittlere Bereich der Rottannen/Fichten kompakt erscheint.

Schon aufgrund dieser tatsächlichen Feststellungen erscheint es verfehlt, Art. 69 des kantonalen Baugesetzes betreffend Hochhäuser (über 25 m) sinngemäss heranzuziehen, um die Übermässigkeit der Einwirkung nach Ortsgebrauch zu beurteilen, wie dies die Vorinstanz getan hat. Nach Art. 69 Abs. 3 BauG darf ein von einem Hochhaus ausgehender Dauerschatten auf umliegende Parzellen und Gebäude an einem mittleren Sommertag nicht mehr als drei Stunden und an einem mittleren Wintertag nicht mehr als zwei Stunden betragen. Lediglich die vergleichbare Höhe der Bäume und eines Hochhauses macht jedoch die beiden Situationen insgesamt noch nicht vergleichbar; ein Ortsgebrauch in Bezug auf Bäume lässt sich über die Bestimmungen betreffend Beschattung durch Hochhäuser nicht begründen. Bäume werfen nicht nur keinen Vollschatten wie ein Hochhaus, sondern haben im Gegensatz zu einem Hochhaus auch noch wertvolle ökologische Funktionen. Der Ortsgebrauch ergibt sich vielmehr aus den kantonalen Bestimmungen zu den Anpflanzungen, die Ausdruck des im Kanton Üblichen und einer grundsätzlichen nachbarlichen Interessenabwägung bilden. Es ist daher nach anderen Kriterien zu prüfen, ob der durch die Expertise erstellte Schattenwurf trotz der Einhaltung der Abstände nach Art. 98 EG zum ZGB im Sinne von Art. 684 ZGB als übermässig zu beurteilen ist.

Zu Unrecht beruft sich die Klägerin 1 auf das Bundesgericht, wenn sie behauptet, dieses habe im Zusammenhang mit Lärchen entschieden, Waldbäume hätten in Wohngebieten grundsätzlich keinen Platz. Das Bundesgericht hat lediglich den vom Obergericht des Kantons Zürich getroffenen Ermessensentscheid, zwei Lärchen fällen zu lassen, in einem Fall, in dem die Grenzabstände verletzt, aber nach kantonalem Recht nicht mehr durchsetzbar waren, als nicht gegen Art. 684 ZGB verstossend bezeichnet (vgl. BGE 126 III 461 E. 4). Es ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass im Kanton St.Gallen gerade in Wohngebieten niedriger Dichte derartige Bäume alles andere als ungewöhnlich sind und dass vielerorts gar Baumschutzzonen ausgeschieden sind.

Eine durch den Schattenwurf der Bäume verursachte Vermoosung auf dem Südteil des Grundstücks im Umfang von rund zwei Aren wurde entgegen der Behauptung der Klägerin 1 vom vorinstanzlichen Gericht nicht festgehalten (im Augenscheinprotokoll und im Urteil nicht enthalten) und konnte vom Experten nicht mehr

überprüft und beurteilt werden, da die Klägerin 1 dem Experten das Betreten des Gartens zur Beantwortung von Ergänzungsfragen verbot und sie den Garten im Sommer 2006 umgestaltete. Damit hat sie sich den Beweis einer extremen Vermoosung wegen der Bäume selber verbaut. Mit dem neu als Zeugen angerufenen Gärtner kann der Beweis, dass die Bäume – und nicht etwa auch Hecken oder andere Bepflanzungen – Ursache einer starken Vermoosung eines Rasenteils waren, nicht erbracht werden. Abgesehen davon wäre eine Tendenz zur Vermoosung auf einem kleinen Teil des Grundstücks wegen häufigen Schattens nicht als übermässige Einwirkung von Bäumen, die den Grenzabstand einhalten, zu werten. Im Übrigen konnte zwei Jahre nach der Gartenumgestaltung anlässlich des Augenscheins keine relevante Vermoosung festgestellt werden.

Dass die Beklagte ihre rechtmässig gepflanzten Bäume nicht sofort nach dem Tod von X. und bis heute nicht gefällt hat, stellt keine Schikane im Sinne eines Rechtsmissbrauchs dar; dies selbst dann, wenn verschiedene Varianten für die spätere Nutzung der Parzelle geprüft werden und allenfalls ein Verkauf (mit oder ohne Neuüberbauung des Grundstücks) bevorsteht. Da die kantonalen Abstandsvorschriften eingehalten werden, steht es der Beklagten – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots und solange keine Übermässigkeit der Immissionen im Sinne von Art. 684 ZGB festgestellt ist – frei, zu entscheiden, ob und wann sie ihre Bäume fällen will. Eine Interessenabwägung im Sinne einer Gewichtung der Interessen der Beklagten als Eigentümerin der Bäume und der Klägerin als von den Einwirkungen durch die Bäume betroffene Grundeigentümerin findet unter den gegebenen Umständen nicht statt (vgl. vorn E. III.3a).

d) Trotz Lage und Beschaffenheit der Grundstücke an einer Südhanglage in wenig dicht überbaubarem Wohngebiet in ländlicher Umgebung beträgt die Beschattung durch die Baumgruppe in den Wintermonaten täglich jedenfalls über drei, zum Teil vier Stunden an beiden Messpunkten und erstreckt sich jeweils auf die Nachmittagsstunden. Selbst wenn in der Gegend im Winter öfters Nebel liegt (so der Experte), bewirkt diese Beschattung für das klägerische Grundstück im Winter einen Lichtentzug, der als übermässige Immission im Sinne von Art. 684 ZGB zu betrachten ist. Es liegt einer der seltenen Ausnahmefälle vor, in denen trotz Einhaltung der kantonalen Abstandsvorschriften eine Übermässigkeit deshalb zu bejahen ist, weil es sich hier nicht lediglich um markante Einzelbäume, sondern um eine dicht stehende Gruppe von neun Bäumen beträchtlicher Höhe handelt, die – wie der Augenschein aufgezeigt hat – als geschlossene Silhouette in Erscheinung treten, weshalb von ihnen ausserordentliche Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ausgehen und daher der bundesrechtliche Mindestimmissionsschutz zum Zug kommt. Die Tatsache, dass die Klägerin 1 erst baute, als die Bäume bereits vorhanden und recht hoch waren, darf nach Lehre und Rechtsprechung nicht berücksichtigt werden (vgl. Meier-Hayoz, a. a. O., Art. 684 ZGB N 133 ff., insbesondere N 137 ff. m.w.H.).

Vor dem gegebenen Hintergrund kommt die Fällung aller zehn Bäume nicht in Frage; eine bessere Besonnung/Belichtung im Winter kann auch durch zurückhaltendere Massnahmen erreicht werden. Weshalb der nicht in die Baumgruppe integrierte Nussbaum (Nr. 10) übermässige Immissionen verursachen soll, begründet die Klägerin 1 nicht speziell. Dieser Baum verliert im Winter auch seine Blätter und hat deshalb in den Wintermonaten keinen entscheidenden Einfluss auf die Intensität der Beschattung der klägerischen Liegenschaft. Eine Fällung fällt ausser Betracht. Ebenso wenig können unter den gegebenen Umständen die Buche und die Lärche wegbefohlen werden, wie dies die Vorinstanz entschieden hat, da sie im Winter – und diese Jahreszeit ist für die Frage der Übermässigkeit hier allein relevant – ohne Laub bzw. ohne Nadeln sind und daher für Licht und Besonnung wiederum einen geringen Einfluss haben. Es ist nochmals darauf zu verweisen, dass die Buche im Winter gemäss Expertise 75 Prozent lichtdurchlässig ist. Vorliegend können die Verhältnisse auf das zumutbare Mass verbessert werden, wenn im besonders kompakten mittleren Bereich die Rottannen/Fichten (Nr. 3 und 4) wegen ihrer Höhe von über 25 m und ihrer Art (kein Nadelverlust im Winter) gefällt werden, um insbesondere die volle Beschattung in den Wintermonaten zurückzunehmen. Mit dieser Auslichtungs-Massnahme wird die dicht stehende Baumgruppe durchbrochen und damit die Übermässigkeit der Einwirkung behoben.

Insgesamt ergibt sich somit, dass die Beklagte zu verpflichten ist, innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils die auf ihrem Grundstück Nr. Y., Grundbuchamt Z., gemäss Expertise vom 31. März 2006 bezeichneten Bäume Nr. 3 und 4 (Rottanne/Fichte) zu fällen. Im Übrigen wird die Anschlussberufung der Klägerin 1 abgewiesen. Für den Fall der Widerhandlung gegen diese Anordnungen wird der Beklagten die Bestrafung mit Busse gemäss Art. 292 StGB angedroht.

47

Art. 839 Abs. 3 ZGB (SR 210), Art. 266 lit. b ZPO (sGS 961.2). Kostenverlegung, wenn ein Verfahren zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zufolge Leistung einer hinreichenden Sicherheit gegenstandslos wird.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 14. November 2008

Aus den Erwägungen:

II./1. Die Abschreibung des Verfahrens und die Anweisung an das Grundbuchamt A, das auf dem Grundstück Nr. Z vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen, wurden nicht angefochten; dabei hat es sein Bewenden.

2. Gemäss Art. 264 Abs. 1 ZPO trägt die Prozesskosten, wer mit seinem Begehren unterliegt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Rechtfertigen es besondere Umstände, welche namentlich dann vorliegen, wenn ein Prozess durch Vergleich erledigt oder gegenstandslos wird, kann das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen auferlegen (Art. 266 lit. b ZPO). Das vorinstanzliche Verfahren wurde mit der Leistung der Bankgarantie gegenstandslos. In einem solchen Fall ist bei der Frage der Kostenverlegung zu prüfen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, in welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat (GVP 1984 Nr. 48).

a) Gestützt auf Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB hat die Gesuchstellerin als Subunternehmerin einen eigenständigen Anspruch auf Pfanderrichtung (vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 2003, N 1714). Eine Vertragsbeziehung zur Grundeigentümerin ist keine Voraussetzung des Baupfandanspruchs (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl., Zürich 2008, N 936). Die Gesuchsgegnerin hat im Zusammenhang mit der Montage von vier Garagentoren auf ihrem Grundstück Rechnungen der Gesuchstellerin nicht bezahlt; offen geblieben ist ein Betrag von Fr. 14 939.35; dieses Verhalten der Generalunternehmerin, welches sich die Grundeigentümerin anrechnen lassen muss, war ursächlich für die Einleitung des Verfahrens auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

b) Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre darf die vorläufige Eintragung nur verweigert werden, wenn das beantragte Baupfandrecht als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Bei unklarer oder unsicherer Rechtslage ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts dem Hauptprozess über die definitive Eintragung zu überlassen (Schumacher, a. a. O., N 1394). Die Gesuchsgegnerin räumt ein, dass die Generalunternehmerin die Gesuchstellerin offenbar nicht bezahlt habe. Die übrigen Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Baupfandrechts wurden ebenfalls erfüllt, insbesondere wurde Art. 839 Abs. 2 ZGB eingehalten, wonach die Eintragung bis spätestens drei Monate nach der Vollendung der Arbeit zu geschehen hat. Eine Eintragung kann dann nicht verlangt werden, wenn die Eigentümerin für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Mit einer Sicherheitsleistung verliert der Unternehmer jedoch nicht seinen Sicherungsanspruch, sondern nur den Anspruch auf ein Sicherungsgrundpfandrecht. Die Ersatzsicherheit ist gleich wie das Bauhandwerkerpfandrecht ein Verwertungsrecht (Schumacher, a. a. O., N 1237 und 1239). Wird hinreichende Sicherheit geleistet, erreicht der Handwerker oder Unternehmer demnach dasselbe wie mit einem Baupfand: Für seine Forderung besteht ein Haftungssubstrat, auf welches er bei Ausbleiben der Bezahlung zurückgreifen kann. In einem solchen Fall kann die Gesuchstellerin nicht als unterliegend betrachtet werden.

c) Die Gesuchsgegnerin hat eine Bankgarantie geleistet, welche von der Gesuchstellerin zunächst zurückgewiesen (Schreiben vom 21. Mai 2008), später dann aber akzeptiert wurde (Schreiben vom 4. Juli 2008). Die Leistung einer hinreichenden Sicherheit durch die Gesuchsgegnerin führte letztlich zur Beendigung des Verfahrens der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

d) Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass die Gesuchstellerin keinen Versuch unternommen habe, vor der Stellung des Antrags auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ihr die Möglichkeit zur Stellung einer Bankgarantie zu gewähren. Nach dem Erlass der superprovisorischen Verfügung habe sie erstmals Gelegenheit erhalten, zum Fall Stellung zu nehmen. Sie habe sofort erkannt, dass ein Anspruch auf Sicherstellung gegeben sei und eine solche auch offeriert. Die Gesuchstellerin habe dies jedoch abgelehnt und erst zwei Stunden vor der Verhandlung «diesbezüglich ein Einsehen gehabt». Die Gesuchsgegnerin wirft der Gesuchstellerin damit sinngemäss vor, unnötigerweise Kosten verursacht zu haben.

Das Baupfandrecht ist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB bis spätestens drei Monate nach der Arbeitsvollendung im Grundbuch einzutragen. Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist. Bei deren Versäumnis ist der Baupfandanspruch definitiv untergegangen. In vielen Fällen, so auch im vorliegenden, wird das Gesuch bloss wenige Tage vor Fristablauf bei der zuständigen Gerichtsbehörde eingereicht. Dies führt in der Praxis dazu, dass Sicherheit erst nach der vorläufigen Vormerkung eines Baupfandrechts im Grundbuch geleistet wird (vgl. Schumacher, a. a. O., N 1238 und 1398). Bevor die Gesuchstellerin den Antrag auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts stellte (13. Mai 2008), forderte sie die Generalunternehmerin schriftlich auf, die ausstehende Zahlung bis spätestens 8. Mai 2008 zu begleichen. Als die entsprechende Vergütung nicht geleistet wurde, blieb ihr nichts anderes übrig, als die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu beantragen. Andernfalls hätte sie ihren Anspruch auf das Pfandrecht verwirkt. Ein Zuwarten mit rechtlichen Schritten konnte von der Gesuchstellerin deshalb nicht mehr erwartet werden. Im Weiteren war sie mangels vertraglicher Abrede nicht verpflichtet, der Gesuchsgegnerin vorgängig Gelegenheit zur Leistung einer hinreichenden Sicherheit zu geben. Dass die Gesuchstellerin unnötig Prozesskosten verursacht habe, trifft demnach nicht zu.

3. Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu Recht der Gesuchsgegnerin auferlegt. Wenn die Sicherheit definitiv geleistet worden ist, ist ein pendentes Gerichtsverfahren zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu beenden. Bei der Verlegung der Prozesskosten verhält es sich in einem solchen Fall gleich, wie wenn die Grundeigentümerin den Anspruch auf Eintragung eines Baupfandrechts im Grundbuch anerkannt hat (Schumacher, a. a. O., N 1311). Eine Partei, welche ein Begehren anerkennt, gilt als unterliegend, weshalb ihr die Prozesskosten aufzuerlegen sind (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, N 2a zu Art. 264 ZPO/SG).

3. Obligationenrecht

48

Art. 41 ff., Art. 97 und Art. 398 OR (SR 220). Tödlicher Schneesportunfall eines nicht durch einen Lehrer beaufsichtigten Jugendlichen abseits der markierten Piste anlässlich eines von einer Privatschule organisierten Skitags. Verneinung einer Sorgfaltspflichtverletzung der Schule.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. August 2008

Aus den Erwägungen:

2. c) Die Beklagte gestattete es ihren Schülerinnen und Schülern, am 27. Februar 2004 ab 12.00 Uhr im ganzen Skigebiet Wildhaus-Unterwasser frei zu fahren. Entgegen der Auffassung der Klägerin hat die Beklagte damit die ihr obliegende Obhuts- und Fürsorgepflicht nicht verletzt.

Bei Wildhaus-Unterwasser handelt es sich um ein beliebtes Skigebiet in den Voralpen des Obertoggenburgs. Seine Pisten weisen zumeist einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf. Wenn sich die Fahrer an die Piste halten, ist das Gebiet ungefährlich zu befahren. Es kommt hinzu, dass das Skigebiet Wildhaus-Unterwasser auch völlig übersichtlich ist. Im Unterschied zu den grossen Skidestinationen der Alpen handelt es sich bei Wildhaus-Unterwasser nicht um ein sogenanntes Skikarussell, bei dem die Pisten in allen vier Himmelsrichtungen und in verschiedenen Geländekammern verlaufen. Das Skigebiet Wildhaus-Unterwasser weist zwei Gipfel, den Gamserrugg und den Chäserrugg, auf, von denen praktisch alle Pisten in nord-nordöstlicher Richtung abfallen. Die Wildhauser- und die Unterwasser-Seite sind sodann mit Verbindungspisten untereinander verbunden. Da das Skigebiet Wildhaus-Unterwasser insgesamt lediglich einen mittleren Schwierigkeitsgrad aufweist und es sehr übersichtlich ist, wird es nicht zuletzt von Familien mit Kindern und unter der Woche von Schulklassen frequentiert. Unter diesen Umständen gereicht es der Beklagten grundsätzlich nicht zum Vorwurf, wenn sie ihren Schülerinnen und Schülern das freie Fahren im erschlossenen Skigebiet ab 12.00 Uhr erlaubte (vgl. dazu auch den Entscheid der Beschwerdekammer des Kantonsgerichts Graubünden vom 29. August 1995 [PKG 1995 Nr. 44, E. 3a S. 153]; Stiffler, Schweizerisches Skirecht, 2. Aufl., Derendingen 1991, N 318). Dies war umso eher vertretbar, als diese Erlaubnis an Auflagen gebunden wurde. Zum einen durften die Schülerinnen und Schüler lediglich in Gruppen mit mindestens drei Personen fahren. Diese Auflage wurde denn auch von der Gruppe mit Aa befolgt, fuhren sie doch zu siebt. Zudem hatte jede Gruppe über mindestens zwei Mobiltelefone zu verfügen. Auch diese Auflage scheint die Gruppe mit Aa erfüllt zu haben, jedenfalls konnte ein Mitglied dieser Gruppe nach dem Unfall von Aa per Mobiltelefon den Lehrer M, dessen Nummer die Schüler vor Beginn des Skitages auf einem Notfallzettel mit-

geteilt erhalten hatten, orientieren und Hilfe anfordern. Schliesslich wurde den Schülern von Lehrer H auch am Nachmittag kein unbefristetes freies Fahren erlaubt. Die Schüler hatten sich bereits nach zweieinhalb Stunden (inkl. Mittagsverpflegung), um 14.30 Uhr, wieder beim Funpark in Oberdorf Wildhaus einzufinden.

Unter Berücksichtigung dieser Auflagen hat die Beklagte mit ihrem Entscheid, die Schüler ab 12.00 Uhr frei fahren zu lassen, keine vertraglichen Sorgfaltspflichten verletzt, zumal die beteiligten Schüler durchwegs 16, 15 oder fast 15 Jahre alt waren. Ein zeitlich befristetes und mit Auflagen verbundenes freies Fahrenlassen von Schülerinnen und Schülern in diesem Alter in einem (innerhalb der Pisten) gefahrlosen, übersichtlichen Skigebiet ist ungefährlich. Dabei darf die Lehrperson darauf vertrauen, dass die Schüler Auflagen einhalten und sich an die Regeln, die beim Skifahren zu beachten sind, halten. Das Vertrauen, das die Lehrperson dabei den jugendlichen Schülern notwendigerweise entgegenbringt, dient dem Erziehungs- und Bildungsauftrag der Schule, die Schüler zu selbständigem Denken und Handeln anzuleiten. Dass dies im Übrigen auch von den Schülern als selbstverständlich angesehen wurde, zeigen beispielsweise die Aussagen von O, der auf die Frage, warum sie am Nachmittag nicht begleitet wurden, ausführte: «Wir sind zwischen 14- und 16-jährig. Da kann man auch mal alleine fahren.» und von P, der auf dieselbe Frage antwortete: «Ich denke, dass es normal ist, wenn wir auch mal frei fahren dürfen.» Zu prüfen bleibt, ob der Beklagten eine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden muss, weil Lehrer H die Gruppe mit Aa etwa um 13.45 Uhr vom Treffen um 14.30 Uhr und der nachfolgenden gemeinsamen Talabfahrt dispensiert hat.

d) 45 Minuten vor dem vereinbarten Treffen stiess die Gruppe mit Aa im Bergrestaurant Gamsalp zufällig auf die Lehrer H und K. Auf Ersuchen der sieben Schüler hin dispensierte sie H vom Treffen um 14.30 Uhr und wies sie an, sich statt dessen direkt um 15.55 Uhr bei der Talstation der Iltiosbahn in Unterwasser einzufinden. Entgegen der Auffassung der Klägerin liegt in diesem Zulassen einer unbegleiteten Talabfahrt noch keine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflicht der Beklagten.

Lehrer H machte am Vormittag des 27. Februar 2004 mit den Schülern der in Frage stehenden «Siebner-Gruppe» und weiteren Schülern mehrere Kilometer Abfahrten auf mittelschweren (roten) Pisten. Er kannte deshalb die Fahrfähigkeiten der Gruppe mit Aa und konnte deshalb abschätzen, ob die Gruppe in der Lage war, die Talabfahrt ohne Begleitung hinter sich zu bringen. Die Fahrfähigkeit von Aa und der Mitglieder seiner Gruppe spielte beim Unfall sodann keine Rolle. Da es sich beim Skigebiet Wildhaus-Unterwasser auch in den Talabfahrten um ein ungefährliches und übersichtliches Skigebiet handelt, durfte H dem Bitten seiner Schüler nachgeben und sie – ohne eine Sorgfaltspflichtverletzung zu begehen – um etwa 13.45 Uhr vom Treffen um 14.30 Uhr dispensieren und ihnen erlauben, weitere rund zwei Stunden frei zu fahren und bis 15.55 Uhr selbständig zur Talstation der Iltiosbahn zu gelangen. Die Sichtverhältnisse waren im fraglichen Zeitpunkt gut. Es

kommt hinzu, dass H die Schülergruppe nicht einfach losfahren liess, sondern sie noch darauf aufmerksam machte, dass sie zum Skigebietswechsel bis zum Gamserrugg hochfahren müssen. Der Schüler S soll ihm – H – zur Antwort gegeben haben, dass er sich im Skigebiet auskenne und sie einen anderen Weg nehmen würden. Sie wollten von der Wildhausseite nach Unterwasser fahren. Dies ist möglich, die Talstation der Iltiosbahn kann auch angefahren werden, indem man auf der roten Standardpiste von der Gamsalp Richtung Oberdorf fährt und oberhalb des Oberdorfs links abbiegt und so grösstenteils auf blauen Pisten zur Talstation der Iltiosbahn gelangt. Es gibt keine Hinweise und wird nicht behauptet, dass die Gruppe mit Aa oder einzelne ihrer Mitglieder am Skitag oder während der bisherigen Schulzeit durch Disziplinlosigkeiten aufgefallen wären, die ein weiteres freies Fahren und die Erlaubnis, selbständig zur Talstation zu fahren, als problematisch erscheinen lassen. H konnte und musste namentlich nicht voraussehen, dass die Gruppe mit Aa die markierte Piste verlassen würde.

e) Die Schüler wurden von der Beklagten nicht explizit darauf aufmerksam gemacht, dass bei Verlassen der markierten und gesicherten Piste Absturzgefahr drohe. H ermahnte die Schülergruppe sodann beim zufälligen Treffen im Bergrestaurant Gamsalp um etwa 13.45 Uhr nicht, bei der Talabfahrt die Pisten nicht zu verlassen. Weder das eine noch das andere bedeutet indes eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflicht der Beklagten.

Eine konkrete Warnung betreffend der Absturzgefahr beim Verlassen der Piste war deshalb nicht notwendig, weil es sich bei der Absturzgefahr nicht um eine atypische Gefahr handelt. Das Verlassen der markierten und gesicherten Piste ist typischerweise wegen Lawinen, von Schnee verdeckten natürlichen oder künstlichen Hindernissen (Steine, Mulden, Wasserreservoire, Trafostationen, Beschneiungsanlagen, Einfriedungen etc.) und wegen des Geländes (Spalten, Felswände, Wasserläufe etc.) gefährlich. Diese Gefahren sind allgemein bekannt und im Skigebiet Wildhaus-Unterwasser nicht ausgeprägter als in anderen Skigebieten. Eine spezielle Pflicht auf eine der erwähnten Gefahren – die Absturzgefahr – besonders hinzuweisen, bestand deshalb für die Beklagte nicht. Auch der Gruppe mit Aa musste klar sein, dass das Fahren Abseits der markierten und gesicherten Piste lebensgefährlich ist.

Es war ferner nicht erforderlich, dass H der Gruppe mit Aa das Verbot, Abseits der Piste zu fahren, am Nachmittag anlässlich der Dispensation vom Treffen um 14.30 Uhr und der gemeinsamen Talabfahrt, erneut in Erinnerung rief. Den beteiligten Schülern war bekannt, dass dies verboten ist. So gab R am 27. Februar 2004 der Kantonspolizei auf die Frage «War das Gebiet eingegrenzt? Also sagte der Lehrer, wo ihr fahren dürft und sollt?» zur Antwort: «Also einfach nicht abseits fahren. Aber wie genau weiss ich nicht mehr.» S gab der Kantonspolizei St.Gallen am 27. Februar 2004 auf die Frage «Welche Auflagen hattet ihr dazu [zum freien Fahren] von wem erhalten?» zu Protokoll: «Wir hatten im speziellen die Weisung, nicht abseits von Pisten zu fahren. Wer genau dieses gesagt hatte, weiss ich nicht mehr.

Aber es war allgemein bekannt.» Eine weitere Ermahnung von Lehrer H um etwa 13.45 Uhr im Bergrestaurant Gamsalp erübrigte sich deshalb (vgl. dazu auch den Entscheid der Beschwerdekammer des Kantonsgerichts Graubünden vom 29. August 1995 [PKG 1995 Nr. 44, E. 3a S. 154]).

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte weder mit dem Entscheid, die Schüler ab 12.00 Uhr frei fahren zu lassen, noch mit dem Entscheid, die Gruppe mit Aa von der begleiteten Talfahrt zu dispensieren, noch dadurch, dass nicht konkret über die Absturzgefahr beim Verlassen der markierten und gesicherten Piste informiert wurde oder die Gruppe am Nachmittag nochmals darauf hingewiesen wurde, das Verlassen der Piste sei verboten, die vertragliche Sorgfaltspflicht verletzt hat.

49

Art. 285 OR (SR 220); Art. 17 und 22b LPG (SR 221.213.2). Wenn der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks trotz schriftlicher Ermahnung seine Bewirtschaftungspflicht nach Art. 21a LPG weiter verletzt, kann der Verpächter gestützt auf Art. 22b LPG mit einer Frist von sechs Monaten die Pacht auf den folgenden Frühjahr- oder Herbsttermin kündigen. Für die Anwendung von Art. 285 OR besteht im landwirtschaftlichen Pachtrecht kein Raum.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht, 7. Februar 2008

Aus den Erwägungen:

1a) Art. 285 OR konkretisiert von seinem Gehalt her die allgemeine Regel des Art. 297 Abs. 1 OR (Kündigung infolge Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung aus wichtigem Grund), indem er schwere oder fortdauernde Sorgfaltspflichtverletzungen als besonderen Unzumutbarkeitsgrund betrachtet (P. Higi, Zürcher Kommentar, N 3 ff. zu Art. 285 OR). Art. 285 OR regelt eine Rechtsfolge bei (Sorgfalts-)Pflichtverletzungen des Pächters. Gegenstand der Norm sind ausschliesslich die Voraussetzungen des ausserordentlichen Kündigungsrechts des Verpächters bei solchen Sorgfaltspflichtverletzungen. Nicht Gegenstand der Norm sind die weiteren Rechtsfolgen einer Sorgfaltspflichtverletzung, so namentlich die Schadenersatz- und Wiederherstellungsansprüche des Verpächters. Nach Art. 17 Abs. 1 LPG kann jeder landwirtschaftliche Pachtvertrag, ob auf bestimmte oder unbestimmte Dauer abgeschlossen, aus wichtigen Gründen aufgelöst werden, und zwar stets unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten auf einen Frühjahrs- oder Herbsttermin (vgl. auch Sekretariat des Schweizerischen Bauernverbandes [Hrsg.], Das landwirt-

schaftliche Pachtrecht, Vorabdruck 2007 der 2. vollständig überarbeiteten Auflage, N 391; zit.: Vorabdruck). Diese Bestimmung enthält somit für den landwirtschaftlichen Pachtvertrag eine besondere Regelung der Kündigung aus wichtigem Grund; sie entspricht inhaltlich Art. 297 Abs. 1 OR, der ebenfalls eine Kündigungsfrist von sechs Monaten vorsieht (Art. 297 Abs. 1 i.V. m. Art. 296 Abs. 1 OR). Ein Unterschied besteht darin, dass der Kündigungstermin – Folge des landwirtschaftlichen Wirtschaftsjahres – auf den folgenden Frühjahrs- oder Herbsttermin festgelegt ist (B. Studer, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 297 OR). Art. 22b LPG enthält eine Regelung, um ein Pachtverhältnis bei Pflichtverletzungen des Pächters vorzeitig aufzulösen.

b) Es stellt sich die Frage, ob Art. 17 bzw. Art. 22b LPG nicht ausschliesslich für Vertragsverletzungen im landwirtschaftlichen Pachtrecht anwendbar sind und folglich für die Anwendung von Art. 285 OR kein Raum bleibt, d. h. es ist zu prüfen, ob der Kläger überhaupt berechtigt war, das Pachtverhältnis mit dem Beklagten gestützt auf Art. 285 OR fristlos zu kündigen. Soweit ersichtlich, hat das Bundesgericht diese Frage bislang nicht entschieden. Studer/Hofer vertraten in Bezug auf Art. 294 aOR, welcher dem heute geltenden Art. 285 OR entspricht (Studer, a. a. O., N 1 zu Art. 285 OR), die Auffassung, diese Bestimmung sei auch für die landwirtschaftliche Pacht anwendbar. Der Verpächter müsse, wenn dem Pachtgegenstand unmittelbar Gefahr drohe, ohne Verzug handeln können. Die Klage beim Richter und das nachfolgende Verfahren könnten zu viel Zeit in Anspruch nehmen, um den Schaden zu vermeiden (Studer/Hofer, Das landwirtschaftliche Pachtrecht, 1. Aufl., Brugg 1987, 132 f.). Studer weist darauf hin, auch bei der landwirtschaftlichen Pacht seien Tatbestände denkbar, die eine fristlose Auflösung rechtfertigen würden (Studer, a. a. O., N 3 zu Art. 285 OR).

Roncoroni ist der Ansicht, bei landwirtschaftlichen Pachtverhältnissen bestimmten sich die Rechtsfolgen bei Verletzung der Pflicht des Pächters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme nach Art. 17 LPG und nicht nach Art. 285 Abs. 1 OR. Anwendbar auf diese Verhältnisse sei hingegen Art. 285 Abs. 2 OR, der bei vorsätzlicher und schwerer Beschädigung gepachteter Wohn- oder Geschäftsräume die fristlose Kündigung durch den Verpächter vorsehe (Schweizerische Juristische Kartothek, SJK, Juni 2000, Karte Nr. 835, 5). Higi stellt sich auf den Standpunkt, Art. 285 OR sei bei der landwirtschaftlichen Pacht unanwendbar. Das LPG verfüge über keine dem Art. 285 OR irgendwie entsprechende eigene Norm. Art. 17 LPG erfasse daher konsequenterweise die Sorgfaltspflichtverletzung als besonderen Unzumutbarkeitsgrund (Higi, a. a. O., N 6 zu Art. 285 OR). Diese Auffassung wird auch von Manuel Müller vertreten (M. Müller, Das neue landwirtschaftliche Pachtrecht, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Band 25, St.Gallen 1986, 34 f.).

Nach Art. 283 Abs. 1 OR muss der Pächter bei einem nichtlandwirtschaftlichen Pachtvertrag die Sache sorgfältig gemäss ihrer Bestimmung bewirtschaften, insbesondere für nachhaltige Ertragsfähigkeit sorgen. Die Rechtsfolgen dieser Pflichtver-

letzung sind in Art. 285 OR geregelt (Studer, a. a. O., N 3 zu Art. 283 OR). Bei landwirtschaftlichen Pachtverträgen bestand bisher die Pflicht, bei der Bewirtschaftung des Pachtgegenstandes die gebotene Sorgfalt anzuwenden, ebenfalls aufgrund dieser – nach Art. 1 Abs. 4 LPG anwendbaren – Bestimmung des Obligationenrechts. Mit der Änderung vom 20. Juni 2003, in Kraft seit 1. Januar 2004, wurde diese Bewirtschaftungspflicht ins LPG übernommen (Art. 21a LPG). Inhaltlich ändert sich damit nichts. Verlangt wird vom Pächter nach wie vor die Anwendung der gebotenen Sorgfalt (Vorabdruck, a. a. O., N 448). Durch das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 wurde ferner neu Art. 22b mit der Marginalie «Pflichtverletzungen des Pächters» ins LPG eingefügt. Danach kann der Verpächter mit einer Frist von sechs Monaten die Pacht schriftlich auf den folgenden Frühjahr- oder Herbsttermin kündigen, wenn der Pächter trotz schriftlicher Ermahnung seine Bewirtschaftungspflicht nach Art. 21a LPG weiter verletzt (Art. 22b lit. a LPG). Bei solchen Pflichtverletzungen des Pächters findet damit Art. 22b LPG und nicht Art. 17 LPG Anwendung (Vorabdruck, a. a. O., N 394). Bei einer Kündigung nach Art. 22b LPG braucht der Verpächter – im Gegensatz zu Art. 17 LPG – nicht zusätzlich nachzuweisen, dass für ihn die Fortsetzung der Pacht unzumutbar ist (Vorabdruck, a. a. O., N 461).

Mit dem Art. 22b LPG besteht nun eine eigene zweckmässige Regelung, um ein landwirtschaftliches Pachtverhältnis vorzeitig aufzulösen (Vorabdruck, a. a. O., N 494). Das LPG verfügt damit über eine dem Art. 285 OR entsprechende Norm. Die vor dieser Gesetzesänderung erschienene Literatur kann daher als überholt betrachtet werden. Dass im LPG die Möglichkeit, den Pachtvertrag fristlos aufzulösen, fehlt, kann nicht als sogenannte Fahrlässigkeitslücke des Gesetzgebers gewertet werden (eine solche würde vorliegen, wenn der Gesetzgeber das Problem übersehen bzw. die Konsequenzen seiner Lösung nicht bedacht hätte; vgl. Higi, a. a. O., N 6 zu Art. 285 OR). Auch die vorzeitige Aufhebung des Pachtvertrages durch den Verpächter mit einer Frist von sechs Monaten ist eine ausserordentlich harte Massnahme. Sie ist vor allem dann gerechtfertigt, wenn dem Pachtgegenstand Gefahr droht (Vorabdruck, a. a. O., N 495 mit Beispielen, welche im Wesentlichen den in der 1. Auflage zur fristlosen Pachtauflösung genannten Beispielen entsprechen [Studer/Hofer, a. a. O., 133]). Für die Anwendung von Art. 285 OR im landwirtschaftlichen Pachtrecht besteht daher kein Raum mehr (vgl. auch Vorabdruck, a. a. O., N 494, wo betreffend Art. 289a Abs. 3 OR darauf hingewiesen wird, die fristlose Auflösung sei für landwirtschaftliche Pachtverhältnisse unzweckmässig).

50

Art. 328 und Art. 337 OR (SR 220). Das schweizerische Arbeitsrecht kennt keinen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Eine verpönte Schlechterstellung liegt nur dann vor, wenn ein Angestellter gegenüber einer Vielzahl anderer Angestellter sachlich ungerechtfertigt deutlich ungünstiger gestellt wird und so eine den Angestellten verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Die Besserstellung einzelner Angestellter stellt keine Missachtung der Persönlichkeit der anderen Mitarbeiter dar. Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf die (ausserordentliche) Kündigung.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 8. April 2008

Aus den Erwägungen:

3. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, dass sie, indem sie wohl ihr, nicht aber D und F ausserordentlich gekündigt habe, den «Gleichbehandlungsgrundsatz, welcher das Arbeitsvertragsrecht immer mehr beherrsch(e),» aufs Gröbste verletzt habe. Nach Ansicht der Klägerin ist eine Arbeitgeberin verpflichtet, beim Vorliegen identischer Voraussetzungen bezüglich der Frage der fristlosen Entlassung gleich zu verfahren. Das Verhalten der Beklagten halte vor dem sich auf Art. 328 OR stützenden Gleichbehandlungsgrundsatz nicht stand. Die Tatsache, dass in zwei Fällen (gemeint: D und F) keine ausserordentliche Kündigung ausgesprochen worden sei, obwohl sich diese genau gleich wie die Klägerin verhalten hätten, zeige, dass auch im Fall der Klägerin «nicht wirklich eine Unzumutbarkeit» bestehe.

Die Klägerin bringt damit zwei Argumente vor. Einerseits ist sie der Ansicht, im schweizerischen Arbeitsrecht bestehe ein grundsätzlicher Gleichbehandlungsanspruch; sie sieht diesen im vorliegenden Fall verletzt. Andererseits stellt sie sich sinngemäss auf den Standpunkt, es fehle der Beklagten an einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR. Das schliesst sie aus zwei ihrer Ansicht nach im Wesentlichen gleich gelagerten Fällen, in denen die Beklagte das Arbeitsverhältnis trotz Vorliegens des gleichen Entlassungsgrunds nicht ausserordentlich gekündigt habe. Diese beiden Punkte sind nachfolgend gesondert zu behandeln (vgl. zu dieser Unterscheidung auch Staehelin, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, in: BJM 1982 57 ff., 70; Staehelin, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 331–355, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 337 N 41; Geiser, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger [Hrsg.], Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfelds, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, 37 ff.; Brunner, Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Zürcher Diss., Bern 1979, 33).

4. a) Das schweizerische Arbeitsrecht enthält keinen generellen Gleichbehandlungsgrundsatz (Nef, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Schweizerischen Arbeits-

recht, in: SJZ 72 [1976] 17 ff., 21; Staehelin, 59; Geiser, 48; Emmel, Wer hat Anspruch auf Gleichbehandlung?, in: NZZ vom 16. Februar 2007; Jaun, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, in: ZBJV 143 [2007] 457 ff., 466; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 328 N 12 S. 357). Das Arbeitsvertragsrecht steht grundsätzlich auf dem Boden der Privatautonomie (Staehelin, 60; Geiser, 38, 48; Jaun, 471). Der daraus abgeleitete Grundsatz der Vertragsfreiheit geht dem Grundsatz der Gleichbehandlung jedenfalls vor (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 281; Nef, 21; Geiser, 45; von Kaenel, Neue gesetzliche Gleichbehandlungsansprüche?, in: ArbR 2004 39 ff., 40; Jaun, 471; Pärli, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf das Arbeitsrecht, in: ARV 2007 133 ff., 143 f.; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 226; Streiff/von Kaenel, Art. 328 N 12 S. 357; Portmann, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 328 N 30; Staehelin, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 319–330a, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 328 N 10; Koller, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2003, in: ZBJV 140 [2004] 483 ff., 511).

b) Diesen Grundsatz schränkt die Rechtsordnung punktuell durch gewisse besondere Regelungen ein. Zu denken ist insbesondere an das Gleichstellungsgesetz (GIG; SR 151.1), das Diskriminierungen gestützt auf das Geschlecht verbietet, an das Heimarbeitsgesetz (HArG; SR 822.31), das für gewerbliche und industrielle Heimarbeit einen Paritätslohn vorschreibt, und an das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG; SR 823.11), das Leiharbeitnehmern, deren Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag unterstellt ist, einen Anspruch auf Einhaltung von dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen einräumt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; Geiser, 39 ff.; von Kaenel, 40 f., 53 ff.; BSK-Portmann, Art. 328 N 36 ff.; Nef, 22; Rehbinder, N 161, 226, 230 f.).

Die Klägerin macht nicht geltend, der vorliegende Sachverhalt falle in den Anwendungsbereich einer solchen Ausnahmeregelung, die ohnehin grösstenteils nur die Vergütung und die Arbeitsbedingungen betreffen. Auch die Akten deuten nichts dergleichen an.

c) Einschränkungen und Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung von Angestellten der gleichen Arbeitgeberin gestützt auf das allgemeine Arbeitsrecht werden zum Teil bei freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen gemacht (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; Staehelin, 66 f.; ZK-Staehelin, Art. 322d N 13; Rehbinder, Berner Kommentar, VI/2/2/1, Art. 319–330a, Bern 1985, Art. 322d N 9; Rehbinder, N 226; Streiff/von Kaenel, Art. 322 N 20 S. 204; Geiser, 39; BSK-Portmann, Art. 322d N 6, Art. 328 N 33 ff.; von Kaenel, 40; Koller, 510). Einschränkungen bestehen ferner beim Weisungsrecht der Arbeitgeberin. Ohne sachliche Gründe darf die Arbeitgeberin keine ungleichen Weisungen erteilen und dadurch einzelne Angestellte benachteiligen (Staehelin, 67; Geiser, 46; von Kaenel, 40; BK-Rehbinder, Art. 321d N 34, Art. 328 N 9, 33; Rehbinder, N 226; Streiff/von Kaenel, Art. 321d N 3 S. 166,

Art. 328 N 12 S. 357). Sowohl das Diskriminierungsverbot bei freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen wie auch jenes beim Weisungsrecht der Arbeitgeberin wird aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) und der Pflicht der Arbeitgeberin, die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin zu schützen (Art. 328 OR), abgeleitet. Die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung einer Arbeitnehmerin stellt unter Umständen eine Diskriminierung und damit eine Persönlichkeitsverletzung dar (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; Geiser, 45, 48; Staehelin, 71 f.; von Kaenel, 39; Jaun, 483; BSK-Portmann, Art. 328 N 29; BK-Rehbinder, Art. 328 N 8; ZK-Staehelin, Art. 328 N 10; Koller, 510). Als Persönlichkeitsverletzung kann allerdings nur eine Schlechterstellung angesehen werden, wenn damit eine Missachtung der Persönlichkeit verbunden ist. Dies ist bei einer Besserstellung nie der Fall (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282; Geiser, 45; Staehelin, 76; Geiser/Häfliger, Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 100 [2004] 360 ff., 363; Streiff/von Kaenel, Art. 328 N 12 S. 356; BSK-Portmann, Art. 328 N 31; BK-Rehbinder, Art. 328 N 8; Rehbinder, N 226; Koller, 510). Eine verpönte Schlechterstellung, die eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, liegt nur dann vor, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern sachlich ungerechtfertigt (also willkürlich) deutlich ungünstiger gestellt wird und so eine die Arbeitnehmerin verletzende Geringschätzung ihrer Persönlichkeit zum Ausdruck kommt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f.; Geiser, 45; Staehelin, 75; Geiser/Häfliger, 363; BSK-Portmann, Art. 328 N 31, 33 ff.; BK-Rehbinder, Art. 328 N 8; Rehbinder, N 226; ZK-Staehelin, Art. 328 N 10; von Kaenel, 40; Koller, 511 f.).

Die ausserordentliche Kündigung fällt weder in den Bereich der freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen noch in jenen des Weisungsrechts der Arbeitgeberin. In letztere Kategorie würde allenfalls die hier nicht strittige Freistellung fallen.

d) aa) Hier stellt sich die Frage, ob die zu den freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen respektive zum Weisungsrecht der Arbeitgeberin entwickelten Grundsätze die Gleichstellung betreffend auch auf die (ausserordentliche) Kündigung des Arbeitsverhältnisses sinngemäss anwendbar sind.

Eine direkte Anwendung dieser Prinzipien wird durch Geiser abgelehnt. In Bezug auf die Vertragsauflösung behalte die Vertragsfreiheit die Vorhand. Eine ungleiche Behandlung könne aber unter Umständen zeigen, dass keine Unzumutbarkeit einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses vorliege und damit gar kein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung vorliege (Gleichbehandlungsanspruch im untechnischen Sinne; vgl. Geiser, 39, 48). Auch Staehelin verneint, dass eine Arbeitgeberin von der fristlosen Entlassung einer Arbeitnehmerin absehen muss, weil sie andere Arbeitnehmerinnen, bei welchen die gleichen Entlassungsgründe vorliegen, nicht fristlos entlassen möchte. Ob die Arbeitgeberin von ihrer Entlassungsbefugnis Gebrauch machen wolle oder nicht, liege in ihrem freien Ermessen. Es könne von der Arbeitgeberin in der Regel nicht verlangt werden, von der fristlosen Entlassung einer Arbeitnehmerin abzusehen, weil sie andere Arbeitnehmerinnen, bei welchen die gleichen Entlassungsgründe vorliegen, behalten möchte oder ihnen

nur ordentlich kündigen möchte (Staehelin, 69 f.; ZK-Staehelin, Art. 337 N 41). Würde man dem zu Recht fristlos Entlassenen das Recht zubilligen, sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz zu berufen, würde das zum unbilligen Resultat führen, dass die Arbeitgeberin gezwungen wäre, mehr Arbeitnehmerinnen zu entlassen, als sie möchte, oder eine Arbeitnehmerin weiter zu beschäftigen, obwohl ihr die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist (Staehelin, 70). Auch Staehelin vertritt die Ansicht, der Verzicht auf die fristlose Entlassung bei anderen Arbeitnehmerinnen habe mit der Gleichbehandlung nichts zu tun, könne indes ein Indiz dafür bilden, dass gar kein wichtiger Entlassungsgrund vorliege (Staehelin, 70; ZK-Staehelin, Art. 337 N 41). Dieser Meinung folgt auch Rehbinder, der ausserdem ausführt, niemand könne seine Kündigung mit der Begründung anfechten, dass vergleichbare Arbeitskolleginnen ihre Stellen hätten behalten können (BK-Rehbinder, Art. 328 N 9, Art. 337 N 15). Brunner ist der Auffassung, der Gleichbehandlungsgrundsatz erweise sich im Recht der ausserordentlichen Kündigung als ohne selbständige Bedeutung, da er in den Erwägungen über die Zumutbarkeit aufgehe (Brunner, 33).

bb) Wie es sich letztlich verhält, kann offen bleiben. Wie nachstehend aufgezeigt, würde die vorliegende ausserordentliche Kündigung jedenfalls keine Persönlichkeitsverletzung darstellen. Eine solche könnte in sinngemässer Anwendung der vom Bundesgericht und der Lehre entwickelten Grundsätze zu den freiwilligen Sozialleistungen und Zulagen respektive zum Weisungsrecht der Arbeitgeberin nur dann bejaht werden, wenn eine Arbeitnehmerin im Gegensatz zu einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmerinnen fristlos entlassen wird, es für die Ungleichbehandlung keine sachlichen Gründe gibt und dadurch eine Geringschätzung der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin zum Ausdruck kommt (BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 282 f.; Geiser, 45; Streiff/von Kaenel, Art. 322d N 5 S. 232; BK-Rehbinder, Art. 322d N 9, Art. 328 N 8; ZK-Staehelin, Art. 322d N 13; Geiser/Häfliger, 363; BSK-Portmann, Art. 328 N 31, 33 ff.; von Kaenel, 40; Koller, 510 ff.).

Von einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung kann von vornherein nur dann die Rede sein, wenn die behandelten Sachverhalte gleich (oder zumindest gleichwertig) sind. Das anerkennt auch die Klägerin, indem sie ausführt, die Arbeitgeberin habe «beim Vorliegen identischer Voraussetzungen (…) mit allen Mitarbeitenden gleich zu verfahren.» Die Klägerin rügt eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu D und F. Bereits dies scheint vorliegend jedoch fraglich, sind doch durchaus sachliche Gründe ersichtlich, D und F im Vergleich zur Klägerin anders zu behandeln. D war Mitglied der erweiterten Geschäftsleitung der Beklagten und dort als Leiter Administration tätig. Als solcher leitete er die Abteilungen Auftragsverwaltung Geräte, Auftragsverwaltung Zubehör, Einkauf, Vertragswesen und Fakturierung; er hatte also im Gegensatz zur Klägerin, einer Verkäuferin im Innendienst, keine direkten Kundenkontakte. Von D liegen weiter keine in seinem Namen versandten Schreiben an Kunden der Beklagten im Recht, er ist lediglich auf dem Faltprospekt, das die Klägerin an Kunden der Beklagten versandte, mitenthalten. Ferner wurde D

nach seiner Kündigung auch nicht wie die Klägerin freigestellt, sondern erledigte noch Bereinigungs-, Projekt-, und Übergabearbeiten, sein Arbeitsverhältnis war also im Gegensatz zu demjenigen der Klägerin nicht auf die reine Lohnzahlungspflicht reduziert; operativ war er nicht mehr tätig. Unter diesen Gesichtspunkten ist es nachvollziehbar, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit D nicht ausserordentlich kündigte, sondern in gegenseitigem Einvernehmen vor Ablauf der Kündigungsfrist auflöste. Ohne Bedeutung – da es der Beklagten nicht bekannt sein konnte – ist, dass D später Verwaltungsrat der I-AG wurde. Im Fall von F ergibt sich der sachliche Grund, ihn und die Klägerin unterschiedlich zu behandeln, schon daraus, dass er als einziger der damals schon gekündigten Mitarbeiter in seiner Kündigung antönte, C habe mit seiner Kündigung nichts zu tun und die Beklagte auch glaubhaft gemacht hat, F habe vor Zeugen betont, er sei irrtümlich auf dem Prospekt erschienen, respektive C habe vorschnell und ohne sein Einverständnis gehandelt. F wurde sodann auch nicht wie andere Mitarbeiter freigestellt, sein Arbeitsverhältnis war also im Gegensatz zu demjenigen der Klägerin nicht auf die reine Lohnzahlungspflicht reduziert. Die Klägerin behauptet, auch F habe Schreiben an Kunden der Beklagten versandt. Ob der Beklagten bekannt war, dass auch F Schreiben an ihre Kunden versandt hat, ist nicht bekannt. Es kann der Beklagten nicht angelastet werden, wenn sie in dieser Situation den Aussagen eines langjährigen Mitarbeiters vertraut hat und das Arbeitsverhältnis mit ihm nicht ausserordentlich gekündigt hat.

Zu verneinen ist aber vor allem auch, dass die Klägerin gegenüber einer Vielzahl anderer Angestellten deutlich ungünstiger gestellt wurde. Einerseits macht sie nur eine Ungleichbehandlung gegenüber von zwei anderen Mitarbeitern, D und F, geltend, dass sie gegenüber einer Vielzahl anderer Angestellten deutlich ungünstiger gestellt wurde, behauptet die Klägerin nicht. Andererseits gilt es zu beachten, dass die Klägerin nicht als einzige Arbeitnehmerin fristlos entlassen wurde. Aus dem Verfahren BZ.2007.78 ist ersichtlich, dass auch G von der Beklagten ausserordentlich gekündigt wurde. Kommt hinzu, dass aus den Ausführungen der Beklagten hervorgeht, dass neben der Klägerin, G, F und D auch K, E, L und M im Zeitpunkt des Versands der Schreiben an Kunden der Beklagten gekündigt hatten. K und L hatten die gleiche Funktion wie die Klägerin, E und M waren Aussendienstmitarbeiter. Alle (ausser – wie gesehen – F) wurden sofort freigestellt und, nachdem sie sich an der Konkurrenzierung der Beklagten beteiligt hatten, fristlos entlassen. Auch F wurde, nach einer weiteren Konkurrenzierungsaktion, letztendlich fristlos entlassen, zusammen mit N, O und P, die in der Zwischenzeit ebenfalls gekündigt und sich an der neuerlichen Konkurrenzierungsaktion beteiligt hatten. Damit ist klar, dass die Klägerin bezüglich der fristlosen Entlassung nicht schlechter als die Mehrheit der anderen Angestellten der Beklagten behandelt wurde. Sogar wenn das Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung der Klägerin mit D und F verneint würde, wäre somit nicht von einer Schlechterstellung der Klägerin, sondern von einer Besserstellung von D und F auszugehen. Wie gesehen kann bei

einer Besserstellung einzelner Angestellter nie von einer Missachtung der Persönlichkeit der anderen Mitarbeiter gesprochen werden.

e) Damit steht fest, dass die Beklagte dadurch, dass sie wohl die Klägerin und G, nicht aber D und F fristlos entliess, nachdem sie davon Kenntnis erhalten hatte, dass Erstere die Beklagte während ihrer Freistellung konkurrenziert hatten, die Persönlichkeit der Klägerin nicht verletzt hat.

51

Art. 356 ff. und 357b Abs. 1 OR (SR 220). Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV). Die Tarifparteien eines Gesamtarbeitsvertrages sind berechtigt, auch wenn vorübergehend ein vertragsloser Zustand herrschte, Ansprüche gegenüber einem Aussenseiter, entstanden unter dem früheren – allgemein gültig erklärten – Gesamtarbeitsvertrag, durchzusetzen.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident der III. Zivilkammer, 23. Juni 2008

Aus den Erwägungen:

4.1. Das von der Vorinstanz angesprochene Problem der Nachwirkung stellt sich hier nicht. Die vom Bundesgericht in BGE 130 III 19 bestätigte Nachwirkung kann sich nur im Verhältnis zwischen den Parteien eines Gesamtarbeitsvertrages beziehungsweise der ihm angeschlossenen Mitglieder (ein)stellen. Sie beruht nämlich auf der Annahme, dass der während der Geltung des Gesamtarbeitsvertrages geschlossene Einzelarbeitsvertrag nach dem effektiven Vertragswillen der Parteien die Normen des Gesamtarbeitsvertrages zum integrierenden Vertragsbestandteil machte; vorbehältlich anderer Abrede ändere der Wegfall des Gesamtarbeitsvertrages aber dann auch nichts an diesem Inhalt des Einzelarbeitsvertrages (Erw. 3.1.2.2). Gegenüber einem Aussenseiter, der lediglich über die Allgemeinverbindlicherklärung an den Gesamtarbeitsvertrag gebunden ist, stellt sich die Situation aber zum vornherein anders dar. Für den Aussenseiter sind die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen objektives Zivilrecht und nicht vereinbarter Vertragsinhalt. Aussenseiter unterstehen daher einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag nur für die Dauer von dessen Inkraftsetzung durch den Bundesrat; klafft zwischen dem Ende der alten Inkraftsetzung und dem Beginn der neuen eine Lücke, entfallen für diese Zeit die Gesamtarbeitsvertrags-Pflichten. Eine Nachwirkung der Allgemeinverbindlichkeit wird also abgelehnt (Streiff / von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N 12 zu Art. 356b OR, S. 1049 m.w.N.).

4.2. … Die Vorinstanz verweist sinngemäss auf Art. 2 Abs. 2 StGB, der die Rückwirkung des milderen Rechts statuiert. Hier geht es aber nicht um eine strafrechtliche Sanktion, sondern um einen Zivilanspruch (vgl. BGE 118 II 528 E. 2a). Die Analogie zum Strafrecht mag auf den ersten Blick naheliegen wegen der Formulierung des Sanktionsmechanismus in Art. 79 LMV. Dort wird die paritätische Berufskommission (PBK) u. a. berechtigt, eine Konventionalstrafe bis zu Fr. 50 000.– «zu verhängen» und die Neben- und Verfahrenskosten «der fehlbaren Partei aufzuerlegen». Damit wird der Eindruck einer hoheitlichen Entscheidung erweckt, was jedoch nicht zutrifft. Die PBK ist keine öffentlichrechtliche Verwaltungsinstanz mit hoheitlichen Kompetenzen. Sie ist vielmehr eine privatrechtliche Institution sui generis, deren Organkompetenzen durch den Gesamtarbeitsvertrag geregelt werden. … Die PBK kann somit zwar die ihr vertraglich eingeräumten Kompetenzen wahrnehmen und beispielsweise eine Konventionalstrafe festlegen und die aus der Kontrolle entstandenen Kosten einfordern. Bezahlt die Arbeitgeberin diese Beträge jedoch nicht und müssen diese – gegenüber einem Aussenseiter bei den staatlichen Gerichten – eingeklagt werden, so ist die vorgängige «Sanktion» durch die PBK nicht von Bedeutung. …

Massgeblich ist demnach einzig, wann die Beklagte die angeblichen Vertragsverletzungen begangen hat, welche die Konventionalstrafe begründen und zu den Aufwendungen im Zusammenhang mit den Abklärungen führten. Denn nach intertemporalem Recht sind zivilrechtliche Tatsachen, die sich unter der Herrschaft des früheren Rechts ereigneten, grundsätzlich nach diesem zu beurteilen (vgl. Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB und Markus Vischer, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 1 SchlT ZGB). Der ganze Kontrollzeitraum fällt nun aber in die Zeit, als der LMV und die Allgemeinverbindlicherklärung noch in Kraft waren.

5. Eine andere Frage ist, ob die Tarifparteien während der Gültigkeit eines Gesamtarbeitsvertrages entstandene gemeinsame Ansprüche nach seinem Dahinfallen gegenüber Dritten noch geltend machen können, ob sie insoweit also noch aktivlegitimiert sind, obwohl es nunmehr an einer rechtlichen Grundlage für ihr organisatorisches Gefüge fehlt. Eugen X. Haener (Das Arbeitsverhältnis nach der ersatzlosen Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages, Untersuchungen zum sog. vertragslosen Zustand, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel/Frankfurt a.M. 1984) vertritt die Auffassung, eine Durchsetzung durch das paritätische Organ sei auch nach Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages weiterhin möglich, soweit vor dessen Beendigung fällig gewordene Ansprüche betroffen sind (S. 96 Fn 12, wobei er als Beispiel Vollzugskosten und Solidaritätsbeiträge nennt). Das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) scheint diese Meinung zu teilen und geht noch weiter, wenn es – auf entsprechende Anfrage der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission des Bauhauptgewerbes hin – in einem Schreiben vom 2. November 2007 die Auffassung vertritt, die paritätischen Kommissionen könnten für Sachverhalte aus der Zeit vor dem Dahinfallen des LMV und der Allgemeinverbindlicherklärung ihre Funktionen weiterhin wahrnehmen. Diese Auffassung – die folgerichtig

auch für die hinter den paritätischen Kommissionen stehenden Tarifparteien gelten muss – ist zwar für den Zivilrichter nicht bindend; es besteht aber kein Anlass, davon abzuweichen, zumal – wie das Seco zutreffend festhält – die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wie auch die zweckentsprechende Verwendung der Vollzugskostenbeiträge nur so gewährleistet sind. Hier kommt hinzu, dass es letztlich nicht bei einem vertragslosen Zustand blieb. Vielmehr trat per 1. Mai 2008 ein neuer LMV in Kraft, dessen Vollzugsbestimmungen sich, soweit hier relevant, mit der früheren Regelung decken (Art. 12 ff. und 75 ff. LMV 2008). Es besteht daher erneut eine rechtliche Grundlage für eine gemeinsame Vertragsdurchführung und damit auch für die gemeinsame Durchsetzung damit zusammenhängender Ansprüche. Dabei muss sich die Möglichkeit, gemeinsame Forderungen durchzusetzen, auch auf Ansprüche erstrecken, die unter dem früheren LMV entstanden sind; dies stünde nämlich ausser Frage, wenn der neue Vertrag nahtlos auf den früheren gefolgt wäre, und es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen hier allein deshalb, weil vorübergehend ein vertragsloser Zustand herrschte, eine andere Betrachtungsweise gerechtfertigt wäre. Das zur Stellungnahme des Seco Gesagte legt vielmehr das Gegenteil nahe. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass bis anhin noch keine Allgemeinverbindlicherklärung des LMV 2008 erfolgte; denn hier treten die Tarifparteien als Kläger auf, und ihre Berechtigung, gemeinsame Ansprüche geltend zu machen, ergibt sich – nachdem erneut eine Abrede zur gemeinsamen Vertragsdurchführung besteht (Art. 12 Abs. 2 i.V. m. Art. 75 ff. LMV 2008) – schon aus Art. 357b Abs. 1 OR (Streiff / von Kaenel, a. a. O., N 5 Absatz 3 zu Art. 357b OR).

52

Art. 153 und Art. 155 HRegV (SR 221.411) in Verbindung mit Art. 938a Abs. 1 OR (SR 220). Auflösung infolge fehlenden Rechtsdomizils. Art. 153 Abs. 5 HRegV ist nicht direkt anwendbar, wenn der gesetzliche Zustand zwar erst nach Erlass der Verfügung betreffend Auflösung infolge fehlenden Rechtsdomizils, jedoch vor der Eintragung der Auflösung im Handelsregister wiederhergestellt wurde. Kann die zu Recht erfolgte, bereits eingetragene Auflösung widerrufen werden, wenn der gesetzliche Zustand wiederhergestellt wird, so muss nach dem Grundsatz in maiore minus gelten, dass auch die korrekt erlassene Auflösungsverfügung bei nachträglicher Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes als inhaltlich gegenstandslos betrachtet und anstelle der Auflösung der Gesellschaft ihr neues Domizil im Handelsregister eingetragen werden kann.

Kantonsgericht, Präsident der Aufsichtsbehörde über das Handelsregister, 29. September 2008

Aus den Erwägungen:

1. Nachdem das Handelsregisteramt von dritter Seite erfahren hatte, dass die X. AG das Domizil an der im Handelsregister eingetragenen Adresse eingebüsst hatte, setzte es mit Einschreibebrief vom ... Juni 2008 den zur Anmeldung verpflichteten Personen Frist, nach Art. 153 Abs. 1 HRegV ein Rechtsdomizil zur Eintragung anzumelden. Innert Frist wurde kein Rechtsdomizil zur Anmeldung gebracht. Am ... August 2008 verfügte das Handelsregisteramt die Auflösung der X. AG und setzte das eingetragene Mitglied des Verwaltungsrates, Y., als Liquidator ein. Es hielt den neuen Inhalt des Eintrages im Handelsregister fest und erhob eine Gebühr von Fr. 310.–. Die Verfügung wurde an die Adresse des Liquidators versandt.

Gegen diese Verfügung erhob die X. AG Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde. Das Handelsregisteramt liess sich mit Eingabe vom ... September 2008 vernehmen.

2. Hat eine Rechtseinheit kein Rechtsdomizil am Ort ihres Sitzes mehr und sind die Voraussetzungen von Artikel 938a Absatz 1 OR nicht erfüllt, so fordert das Handelsregisteramt die zur Anmeldung verpflichteten Personen auf, innert 30 Tagen ein Rechtsdomizil zur Eintragung anzumelden. Es weist dabei auf die massgebenden Vorschriften und die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht hin (Art. 153 Abs. 1 HRegV). Wird innerhalb der Frist keine Anmeldung eingereicht, so erlässt es eine Verfügung über die Auflösung der juristischen Person, die Einsetzung der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans als Liquidatorinnen und Liquidatoren, den weiteren Inhalt des Eintrags im Handelsregister, die Gebühren und gegebenenfalls die Ordnungsbusse gemäss Artikel 943 OR (Art. 153 Abs. 3 HRegV).

3. Vorliegend mangelte es der Beschwerdeführerin im Juni 2008 unbestrittenermassen an einem Rechtsdomizil. Die daraufhin erlassene Aufforderung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes vom ... Juni 2008 war daher korrekt. Nach Ablauf der unbenützt gebliebenen Frist hatte das Handelsregisteramt aufgrund des klaren Wortlautes des Gesetzes die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 153 Abs. 3 HRegV zu verfügen und diese dem Liquidator zu eröffnen. Ein Ermessen stand dem Handelsregisteramt dabei nicht zu. Es ist rechtmässig vorgegangen, und die Verfügung betreffend Auflösung infolge fehlenden Rechtsdomizils vom ... August 2008 ist nicht zu beanstanden.

4. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf Art. 153 Abs. 1 HRegV i.V. m. Art. 938a Abs. 1 OR beruft und anführt, sie verfüge über verwertbare Aktiven und habe ihre Geschäftstätigkeit nicht eingestellt, ist festzuhalten, dass davon auch das Handelsregisteramt bei Erlass der angefochtenen Verfügung ausgegangen ist, womit – wie es ein Vorgehen nach Art. 153 Abs. 1 HRegV bedingt – die Voraussetzungen von Art. 938a Abs. 1 OR vorliegend nicht gegeben sind. Wären sie dagegen erfüllt, d. h. würde die Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit mehr aufweisen und hätte keine verwertbaren Aktiven mehr, wäre nach Art. 155 HRegV vorzugehen gewesen.

5. Die Beschwerdeführerin macht unter Hinweis auf Art. 153 Abs. 5 HRegV geltend, sie habe in der Zwischenzeit ein neues Domizil bestellt und die entsprechende Handelsregisteranmeldung eingereicht. Das Original der Anmeldung wurde dem Handelsregisteramt mit der Aufforderung zur Stellungnahme übermittelt, in welcher festgehalten wurde, nachdem der gesetzmässige Zustand betreffend Domizil der Gesellschaft wiederhergestellt sei, sei gegen die Eintragung der Domiziländerung von Seiten des Handelsregisteramtes nichts einzuwenden.

Wird innerhalb von drei Monaten nach Eintragung der Auflösung der gesetzliche Zustand wiederhergestellt, so kann die Auflösung widerrufen werden (Art. 153 Abs. 5 HRegV). Die Eintragung der Auflösung im Handelsregister ist noch nicht erfolgt, da die Verfügung infolge Anfechtung noch nicht rechtskräftig geworden ist. Art. 153 Abs. 5 HRegV ist daher nicht direkt anwendbar, wenn wie hier der gesetzliche Zustand zwar erst nach Erlass der Verfügung betreffend Auflösung infolge fehlenden Rechtsdomizils, jedoch vor der Eintragung der Auflösung im Handelsregister wiederhergestellt wurde. Kann die zu Recht erfolgte, bereits eingetragene Auflösung widerrufen werden, wenn der gesetzliche Zustand wiederhergestellt wird, so muss nach dem Grundsatz in maiore minus gelten, dass auch die korrekt erlassene Auflösungsverfügung bei nachträglicher Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes als inhaltlich gegenstandslos betrachtet und anstelle der Auflösung der Gesellschaft ihr neues Domizil im Handelsregister eingetragen werden kann.

Da vorliegend der gesetzliche Zustand während des Beschwerdeverfahrens wiederhergestellt wurde und der Eintragung der Domiziländerung im Handelsregister nichts entgegensteht, ist die korrekt erlassene Verfügung betreffend Auflösung infolge fehlenden Rechtsdomizils vom ... August 2008 nachträglich gegenstandslos geworden. Das Beschwerdeverfahren ist damit als erledigt abzuschreiben.

6. Aufgrund des Verfahrensausgangs hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Entscheidgebühr von Fr. 400.– sowie den Gebühren und Auslagen des Handelsregisteramtes von Fr. 310.–, zu bezahlen.

4. Geistiges Eigentum

53

Art. 65 URG (SR 231.1) i.V. m. Art. 28d ZGB (SR 210): Geht dem Gericht eine Schutzschrift erst nach Eingang eines Gesuchs um dringliche Anordnung einer Massnahme zu, ist die Schutzschrift dem Gesuchsteller grundsätzlich zusammen mit dem Entscheid über die dringliche Massnahme zuzustellen (E. 3); die Sicherstellung von Datenträgern muss als Massnahme verhältnismässig sein. Sollen bei einem Gesuchsgegner alle Datenträger sichergestellt werden, um bestimmte Dateien zu suchen, mit denen der Gesuchsteller einen Beweis führen will, handelt es sich um einen grundsätzlich unzulässigen Suchbeweis. Frage offen gelassen, ob die Massnahme im Falle eines Beweisnotstandes ausnahmsweise zulässig sein könnte (E. 4b).

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 15. April 2008

3. Die Hinterlegung einer Schutzschrift im Hinblick auf ein Gesuch um Anordnung einer dringlichen Massnahme ist zulässig. Zum einen gebietet es der Anspruch auf rechtliches Gehör, dass sich ein potenzieller Gesuchsgegner vorgängig zu einem drohenden Gesuch um dringliche Anordnung äussern kann. Zum anderen wird mit der Berücksichtigung einer Schutzschrift weder der Anspruch des Gesuchstellers auf einen raschen Entscheid, noch derjenige auf eine für die Gesuchsgegner überraschende Anordnung beeinträchtigt. Wird eine Schutzschrift eingereicht, so ist sie gemäss Praxis des Handelsgerichts der Gegenpartei zuzustellen (GVP 2004 Nr. 59). Dieses Vorgehen erlaubt es einem Gesuchsteller, in einem allfälligen späteren Gesuch um Anordnung dringlicher Massnahmen zur Schutzschrift Stellung zu nehmen. Diese Praxis ist nicht unbesehen auf den Fall übertragbar, in dem die Schutzschrift erst im laufenden Verfahren beim Gericht eingeht. Der Gesuchsgegner erleidet bereits einen prozessualen Nachteil, indem er mit der Schutzschrift auf ein ihm nicht bekanntes Gesuch antworten muss. Es entspricht deshalb dem Gebot der Waffengleichheit und Fairness im Verfahren, wenn der Gesuchsteller die Schutzschrift erst mit der Zustellung des Entscheides über die dringliche Anordnung erhält. Einer vorgängigen Zustellung der Schutzschrift zur Stellungnahme steht auch die Natur des Verfahrens der dringlichen Anordnung entgegen, das keinen Schriftenwechsel vorsieht. Ob allenfalls eine Ausnahme von diesem Grundsatz gemacht werden könnte, wenn anzunehmen wäre, die Kenntnis der Schutzschrift würde den Gesuchsteller zu einem Rückzug bewegen, kann offen bleiben. Wie sich noch zeigen wird, ist das Gesuch nämlich zumindest teilweise gutzuheissen, weshalb kaum anzunehmen ist, die Gesuchstellerin würde ihr Gesuch bei Kenntnis der Schutzschrift zurückziehen.

4. b) Zur Begründung des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils bringt die Gesuchstellerin einerseits vor, durch die Verwendung der Pläne zur Herstellung von Konkurrenzprodukten drohe ein finanzieller Schaden. Weder der Gesuchsgegner persönlich, noch die Gesuchsgegnerin seien ohne weiteres in der Lage, einen allfälligen Schadenersatz zu bezahlen. Andererseits führt die Gesuchstellerin aus, es bestehe die Gefahr einer Beweisvereitlung, indem Pläne zerstört oder beiseite geschafft würden.

aa) Die Gesuchstellerin verlangt zum einen, es sei der Gesuchsgegnerin und dem Gesuchsgegner unter Androhung von Strafe zu verbieten, Konstruktionszeichnungen der Gesuchstellerin im Geschäftsverkehr zu verwenden, insbesondere zu kopieren, zu verwerten und Dritten mitzuteilen. In diesem Zusammenhang erscheint glaubhaft, dass der Gesuchstellerin ein erheblicher finanzieller Schaden droht, wenn der Gesuchsgegner bzw. die Gesuchsgegnerin die Pläne Dritten zur Verfügung stellt, welche mithilfe dieser Pläne Konkurrenzprodukte herstellen können. Die Massnahme eilt zudem, da eine Offenbarung der Pläne an Dritte zu Schaden führen kann, der kaum mehr wieder gut zu machen wäre. Was die Interessen der Gesuchsgegner anbelangt, so ist nicht ohne weiteres ersichtlich, welcher Schaden durch die Massnahme entstehen sollte. Erweist sich das Gesuch als begründet, so haben sie kein rechtmässiges Interesse an der Weiterverwendung der Pläne. Erweist sich das Gesuch hingegen als unbegründet, so kann die Verwertung der Pläne auch später noch erfolgen, handelt es sich doch nicht um verderbliche Güter. (…) Das Vorbringen der Gesuchsgegner, der Anspruch der Gesuchstellerin sei gewissermassen verwirkt, weil sie bereits seit einigen Monaten Kenntnis von den Plänen habe, ist unbegründet. Zum einen soll mit der Massnahme bis zum Abschluss des Verfahrens eine Weiterverbreitung der Pläne verhindert werden. Ziel der dringlichen Anordnung ist somit nicht die Erzielung eines Überraschungseffekts, sondern die vorläufige Wahrung eines bestehenden Zustandes. Zum anderen bezieht sich der Vorbehalt, wonach keine Anordnung ohne Anhörung der Gegenpartei erfolgen kann, wenn das Gesuch offensichtlich hinausgezögert wird (Art. 28 Abs. 2 ZGB), auf Fälle, in denen der Gesuchsteller die zeitliche Dringlichkeit durch Zuwarten selber schafft. Diese Voraussetzung ist hier offensichtlich nicht erfüllt. Zur Klärung des Umfangs des Verbotes gilt es anzufügen, dass durch die Verfügung nur das Kopieren im Geschäftsverkehr untersagt bleibt. Die Erstellung von Sicherungskopien und rein interne Bearbeitung der Pläne bleiben grundsätzlich erlaubt. Die spätere Feststellung, dass solche Sicherungskopien bzw. Arbeiten die Urheberrechte der Gesuchstellerin verletzen, bleibt vorbehalten.

bb) Die Gesuchstellerin verlangt weiter, es seien im Sinne einer Beweissicherung in den Lokalitäten des Gesuchsgegners und der Gesuchsgegnerin vorsorglich und ohne vorherige Anhörung sämtliche Dokumente, Dateien, Speichermedien, Datenträger (CD-ROM's etc.) vorläufig sicherzustellen, vorläufig zu beschlagnahmen und in Kopie zu den Akten zu nehmen, soweit sie einen der urheberrechtlich geschützten Pläne der Gesuchstellerin bzw. Kopien davon enthalten. Bei der Beur-

teilung dieses Begehrens gilt es vor allem dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, namentlich zu beurteilen, ob die Massnahme erforderlich und angemessen ist (Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, 132 ff.; René Ernst, Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Zürich 1992, 99).

Sollen Pläne und Unterlagen als Beweismittel in ein Verfahren eingebracht werden, sieht das Prozessrecht in erster Linie deren Edition vor (Art. 123 Abs. 1 ZPO). Weigert sich eine Partei, Unterlagen zu edieren, so berücksichtigt der Richter dieses Verhalten bei der Beweiswürdigung (Art. 123 Abs. 2 ZPO). Eine eigentliche Realexekution eines Editionsentscheides im Sinne einer Hausdurchsuchung zur Auffindung eines Aktenstücks sieht das Gesetz nicht ausdrücklich vor. An einen schweren Eingriff in die Privat- und Geheimsphäre eines Gesuchsgegners, wie er grundsätzlich dem Strafprozessrecht vorbehalten ist und auch dort einer Verhältnismässigkeitsprüfung unterworfen ist, sind hohe Anforderungen zu stellen. Auf Seiten des Gesuchstellers müssen schwerwiegende Nachteile zu befürchten sein, welche die Beschlagnahme und Durchsuchung sämtlicher Computer und Datenträger zu rechtfertigen vermögen.

Die verlangte Vollstreckung der Massnahme ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei erscheint unter den vorliegenden Umständen als unverhältnismässig. Zum einen ist nicht ersichtlich, welcher Nachteil der Gesuchstellerin droht, wenn die Pläne und Dateien, selbst wenn sie Urheberrechte der Gesuchstellerin verletzen sollten, im Besitz der Gesuchsgegner verbleiben. Die Pläne dienen nach den Angaben der Gesuchstellerin zur Herstellung von Spezialmaschinen. Die Gesuchstellerin legt zwar glaubhaft dar, dass sie in ihren wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt wird, wenn Mitbewerber in unlauterer Weise durch die Verwendung der Pläne diese Spezialmaschinen herstellen und verkaufen. Es ist aber nicht ohne weiteres ersichtlich, welche Interessen der Gesuchstellerin bedroht sind, solange die Gesuchsgegner die Pläne nur besitzen und allenfalls intern bearbeiten, zumal die Weitergabe mit diesem Entscheid behördlich verboten wird. Anhaltspunkte dafür, dass die Gesuchsgegner die Pläne trotz Strafandrohung weitergeben könnten, gibt es keine. Vielmehr dürften die Gesuchsgegner selber ein starkes Interesse daran haben, die rechtliche Situation zu klären. Bei den Spezialmaschinen handelt es sich nicht um Produkte, die in grosser Zahl in anonymen Märkten vertrieben werden. (…) Es ist davon auszugehen, dass es sich um einen sehr begrenzten Markt handelt, in dem sich die Marktteilnehmer kennen. Solange jeder Hersteller, der Spezialmaschinen nach den umstrittenen Plänen baut, damit rechnen muss, von der Gesuchstellerin ins Recht gefasst zu werden, scheint die Gefahr der Verbreitung nicht sehr gross. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass die von der Gesuchstellerin verlangte Massnahme nicht bloss eine einfache Beweissicherung zum Ziel hat. Eine einfache Beweissicherung liegt etwa vor, wenn es darum geht, dass sich das Gericht an einem bestimmten Ort im Rahmen eines Augenscheines von einer Tatsache überzeugt. Das vorliegende Begehren geht aber weit darüber hinaus, wird

doch das Gericht im Wesentlichen aufgefordert, zur Beweissicherung sämtliche Datenträger, wozu wohl alle CD-ROM, Festplatten, aber auch USB-Sticks gehören, und Computer der Gesuchsgegner im Hinblick darauf zu untersuchen, ob sich darauf Pläne der Gesuchstellerin befinden bzw. Pläne, welche die Urheberrechte der Gesuchstellerin verletzen könnten. Es geht damit nicht bloss um eine einfache Beweissicherung, sondern auch um eine Massnahme zur Beweissuche, die zutiefst in die Privat- und Geheimsphäre der Gesuchsgegner eingreift. Eine solche Massnahme mag im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nicht geradezu unzulässig sein, doch rechtfertigt sich eine gewisse Zurückhaltung, bevor von diesem Mittel Gebrauch gemacht wird. Dies gilt hier umso mehr, als sich die Gesuchstellerin nicht in einem Beweisnotstand befindet und dies auch nicht behauptet. Zum Beweis der Behauptung, die Gesuchsgegner hätten in unzulässiger Weise Pläne der Gesuchstellerin kopiert, verändert und weiterverbreitet, stehen der Gesuchstellerin zum einen die Aussagen von Marktteilnehmern zur Verfügung. Zum anderen konnte sie in diesem Verfahren die gemäss ihrer Darstellung urheberrechtsverletzenden Pläne zu einem wesentlichen Teil ins Recht legen, wobei grundsätzlich die Marktteilnehmer, von denen die Gesuchstellerin die Pläne erhältlich gemacht haben will, dazu befragt werden können, ob die Pläne von den Gesuchsgegnern stammen. Von einem eigentlichen Beweisnotstand ist deshalb nicht auszugehen. Es erübrigt sich damit, näher auf das Vorbringen der Gesuchsgegner einzugehen, mit der verlangten Anordnung sei ohnehin kein Überraschungseffekt mehr verbunden, da den Gesuchsgegnern seit Monaten bekannt sei, dass die Gesuchstellerin rechtliche Schritte vorbereitet.

III. Strafrecht einschliesslich Opferhilfe

54

Art. 30, Art. 31 und Art. 198 StGB (SR 311.0). Inhaltliche Anforderungen an den Strafantrag beim Tatbestand der sexuellen Belästigung.

Kantonsgericht, Strafkammer, 27. Februar 2008

Aus den Erwägungen:

II./1a/bb) Ob ein gültiger Strafantrag vorliegt, ist von Amtes wegen zu prüfen (BSK Strafrecht I-Riedo, Art. 30 N 67 m.w.H.). Nach der Praxis des Bundesgerichtes

liegt ein gültiger Strafantrag im Sinne von Art. 30 StGB (Art. 28 aStGB) vor, wenn der Antragsberechtigte vor Ablauf einer Frist von drei Monaten, seit dem ihm der Täter bekannt geworden ist (Art. 31 StGB; Art. 29 aStGB), in der vom kantonalen Recht vorgeschriebenen Form bei der zuständigen Behörde seinen bedingungslosen Willen zur Strafverfolgung des Täters so erklärt, dass das Strafverfahren ohne weitere Willenserklärung weiterläuft. Ob die abgegebene Erklärung inhaltlich als Strafantrag zu qualifizieren ist, also den Willen des Verletzten kundgibt, den Täter wegen einer bestimmten Tat zu verfolgen, beurteilt sich nach Bundesrecht (BGE 131 IV 98 E. 3.1 m.w.H.). Im Strafantrag ist das Tatgeschehen zu umschreiben, dessen Verfolgung beantragt wird (Riedo, Der Strafantrag, Basel 2004, 400). Der Verletzte kann einen Sachverhalt nur teilweise zur Verfolgung stellen, indem er den Strafantrag in tatsächlicher Hinsicht beschränkt (BGE 131 IV 98 E. 3.1). Um beurteilen zu können, ob eine bestimmte Aussage oder Handlung den Tatbestand der sexuellen Belästigung gemäss Art. 198 StGB erfüllt, muss der entscheidende Richter deren konkreten Inhalt kennen. Im Strafantrag kann diese Umschreibung jedoch kurz gehalten sein, ist es doch Aufgabe des zu eröffnenden Strafverfahrens bzw. des Untersuchungsverfahrens, die relevanten Tatsachen herauszuschälen. Das Tatgeschehen ist für einen gültigen Strafantrag ausreichend umschrieben, wenn unter Schilderung der näheren Umstände ausgeführt wird, der Antragsteller sei vom Täter sexuell belästigt worden. Es genügt, dass sich der Strafantrag auf eine bestimmte strafbare Handlung bezieht. Wenn sich im weiteren Verfahren nicht jene Aussagen oder Handlungen erhärten lassen, die der Antragsteller genannt hat, sondern andere, lässt dies den Strafantrag nicht als inhaltlich unzureichend erscheinen (vgl. BGE 131 IV 99 f. E. 3.3; BSK Strafrecht I-Riedo, Art. 30 N 35 ff., 69 und 69a).

55

Art. 40, Art. 46 Abs. 1, Art. 47, Art. 49 Abs. 1 und 2 StGB (SR 311.0). Strafzumessung. Bei der Bestimmung einer Zusatzstrafe kann es nicht auf die Gleichartigkeit der Strafen ankommen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 24. Juni 2008

Zum Sachverhalt:

Der Angeklagte belieferte im Februar 2007 zusammen mit zwei weiteren Personen einen Abnehmer mit rund 700 g Kokain (Reinheitsgrad: 46 Prozent). Er trug zudem insbesondere seit Ende Februar und bis Anfang März 2007 mehrmals ohne Berechtigung eine Pistole auf sich. Er wurde dafür erstinstanzlich zu einer Gesamtstrafe von 37 Monaten verurteilt. Es ist nur die Strafzumessung angefochten.

Aus den Erwägungen:

III./3. e/aa) Für die Festlegung der Strafe ist von einer Einsatzstrafe von rund drei Jahren für den Betäubungsmittelhandel (mengenmässig schwerer Fall) auszugehen. Straferhöhend wirken sich die Erfüllung von zwei Tatbeständen (Drogenhandel und Vergehen gegen das Waffengesetz), das Vorliegen von zwei Qualifikationsgründen im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG (BGE 120 IV 330) und die zum Vollzug anzuordnende Vorstrafe vom 7. April 2004 (Verurteilung wegen Verkehrsdelikten durch das Untersuchungsamt X zu einer bedingten Gefängnisstrafe von sieben Wochen bei einer verlängerten Probezeit von drei Jahren) aus. Dazu kommen weitere Vorstrafen. Strafmindernd fällt das Bekunden von Reue ins Gewicht. Schliesslich hat die Strafe im Zusatz zur Sanktion des Strafbescheids des Untersuchungsamtes X vom 9. März 2007 (Verurteilung zu einer bedingten Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu je Fr. 30.– wegen Verwendung gefälschter fremdenpolizeilicher Ausweispapiere, Art. 23 Abs. 1 alt ANAG) zu ergehen. Entgegen einer Lehrmeinung (BSK Strafrecht I-Ackermann, Art. 49 N 53 f.) kann es bei der Bestimmung einer Zusatzstrafe nicht auf die Gleichartigkeit der Strafen ankommen; der Täter soll bei zeitlich getrennter Beurteilung von Straftaten in jedem Fall nicht schlechter gestellt werden als bei gleichzeitiger Verurteilung, also auch beim Zusammentreffen von ungleichartigen Strafen wie Freiheits- und Geldstrafen («Redaktionsfehler», so Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, Art. 49 N 3). Damit ergibt sich vorliegend eine hypothetische Gesamtstrafe von 38 Monaten. Davon ist die Grundstrafe von rund einem Monat (Geldstrafe von 25 Tagessätzen gemäss Strafbescheid) abzuziehen (BGE 132 IV 105), weshalb die von der Vorinstanz ausgefällten 37 Monate schuldangemessen erscheinen (Art. 40, Art. 46 Abs. 1, Art. 47, Art. 49 Abs. 1 und 2 StGB). Die Frage des teilbedingten Strafvollzugs stellt sich somit nicht. Im Übrigen wären dessen Voraussetzungen aber auch bei Vorliegen des objektiven Erfordernisses (Freiheitsstrafe von höchstens drei Jahren) nicht gegeben, da die Prognose für das künftige Verhalten des Angeklagten als ungünstig zu bezeichnen ist.

56

Art. 49 Abs. 2 StGB (SR 311.0). Zusatzstrafe. Für die Frage, wann ein Täter als «verurteilt» im Sinn von Art. 49 Abs. 2 StGB gilt, ist auf den Zeitpunkt der ersten Urteilsfällung im Erstverfahren abzustellen. Demgegenüber ist für die Bemessung der Zusatzstrafe auf das rechtskräftige Urteil im Erstverfahren abzustellen, somit mitunter das Urteil einer Rechtsmittelinstanz. Die Zusatzstrafe ist sodann zum rechtskräftig gewordenen Urteil auszusprechen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 20. August 2008

Aus den Erwägungen:

2. a) Die Delikte, derer der Angeklagte nun schuldig erklärt wird, wurden am 10. April 2006 (Betrug und Urkundenfälschung) sowie von April 2006 bis Ende April 2007 (Vernachlässigung von Unterhaltspflichten) begangen.

b) Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB).

Die Frage, wann ein Täter als «verurteilt» im Sinn von Art. 49 Abs. 2 StGB gilt, wurde durch das Bundesgericht dahingehend präzisiert, dass auf den Zeitpunkt der ersten Urteilsfällung im Erstverfahren abzustellen ist. Die Bestimmung des Verurteilungszeitpunkts im Sinn dieser Gesetzesbestimmung bezweckt allein den Entscheid über die Frage, ob die Verhängung einer Zusatzstrafe überhaupt in Betracht kommt. Eine qualitative prozessrechtliche Aussage über die «Ersttat» ist damit nicht verbunden, so dass damit auch die Unschuldsvermutung nicht tangiert wird. Demgegenüber ist für die Bemessung der Zusatzstrafe auf das rechtskräftige Urteil im Erstverfahren abzustellen, somit mitunter das Urteil einer Rechtsmittelinstanz. Die Zusatzstrafe ist sodann zum rechtskräftig gewordenen Urteil auszusprechen (BGE 127 IV 113 sowie dessen Besprechung durch Vest/Eicker, in: AJP 2004, 207 ff., insbesondere 210).

c) Die hier zu beurteilenden Delikte wurden erst nach der Verurteilung vom 7. Februar 2006 durch das Kreisgericht Werdenberg-Sargans begangen, weshalb keine Zusatzstrafe zum Entscheid der Strafkammer vom 21. August 2007 auszusprechen ist. Hingegen hätten die Delikte im Zeitpunkt der Fällung der Strafbescheide des Untersuchungsamts Uznach vom 2. Mai und 25. Juli 2006 sowie desjenigen des Untersuchungsamtes Altstätten vom 28. Februar 2007 teilweise bekannt sein und bereits damals mitbeurteilt werden können, weshalb die Frage, ob zu diesen Entscheiden eine Zusatzstrafe auszusprechen ist, grundsätzlich zu bejahen ist.

«Grundsätzlich» deshalb, weil die alte Bestimmung den Fall der retrospektiven Konkurrenz vom Wortlaut her auf Fälle von mit Freiheitsstrafe bedrohte Taten beschränkte (aArt. 68 Ziff. 2 StGB: «Hat der Richter eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, . . .»), wobei aArt. 68 Ziff. 2 StGB analog angewendet wurde, wenn es in beiden Verfahren um Bussen ging. Auch unter dem neuen Recht werden in der Literatur – entgegen dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 2 StGB – «gleichartige Strafen» gefordert (vgl. BSK Strafrecht I-Ackermann, Art. 49 N 53 und 55).

Hierauf braucht aber nicht weiter eingegangen zu werden, nachdem die Geldstrafe gemäss Strafbescheid vom 28. Februar 2007 bereits (rechtskräftig) als vollständige Zusatzstrafe zu den beiden Bussenverfügungen vom 2. Mai und 25. Juli 2006 ausgefällt wurde und vorliegend ebenfalls eine Geldstrafe auszufällen ist. So-

mit ist eine teilweise Zusatzstrafe zu den 100 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.– gemäss Strafbescheid des Untersuchungsamtes Altstätten vom 28. Februar 2007 festzulegen.

57

Art. 70, Art. 72 Ziff. 2 Abs. 1 aStGB (SR 311.0), Art. 200 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Wurde ein Angeklagter unter dem bis 30. September 2002 geltenden Verjährungsrecht in Abwesenheit verurteilt, berechnet sich die Verfolgungsverjährung, wie wenn die entsprechende Frist ungeachtet des Abwesenheitsurteils weiter gelaufen wäre (sog. Anrechnungstheorie).

Kantonsgericht, Strafkammer, 26. März 2008

Aus den Erwägungen:

1. Mit Überweisungsverfügung vom 19. Februar 1992 wurde X vom Bezirksamt See der Strafkammer des Kantonsgerichtes St. Gallen zur gerichtlichen Beurteilung überwiesen. Die Anklage warf ihm schwere Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (An- und Verkauf von 400 Gramm Heroin, Anstaltentreffen zum Verkauf einer Menge von einem Kilogramm Heroin zum Preis von Fr. 50 000.– bis 70 000.–; Tatzeitraum: März bis Herbst 1991), grobe Verkehrsregelverletzung (Überfahren einer Sicherheitslinie sowie Umfahrung eines Hindernisses auf der linken statt der rechten Seite bei einem Überholvorgang; Tatzeitpunkt: 14. Dezember 1990), Sachbeschädigung (Holzstuhl und Metalltüre im Bezirksgefängnis; Tatzeitpunkt: 23. Oktober 1991) sowie Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (Beherbergung von Frau und Kind, welche sich illegal in der Schweiz aufhielten; Tatzeitraum: März bis 29. November 1991) vor.

2. Nach der Entlassung aus der Untersuchungshaft verliess X die Schweiz. Er blieb der Gerichtsverhandlung vom 14. Juli 1993 unentschuldigt fern. Daraufhin wurde das Strafverfahren gemäss damals geltender Praxis vorläufig eingestellt. Am 1. September 1995 trat das neu geregelte Abwesenheitsverfahren in Kraft, worauf die Staatsanwaltschaft beantragte, das Verfahren gegen X wiederaufzunehmen und ihn in Abwesenheit zu verurteilen.

3. X wurde mangels Kenntnis seines damaligen Aufenthaltsortes durch Publikation im Amtsblatt zur Hauptverhandlung vorgeladen. Er erschien jedoch nicht. Die Strafkammer sprach ihn mit Abwesenheitsurteil vom 4. Juli 1996 der schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, der Sachbeschädigung, der groben Verkehrsregelverletzung und der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz

über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) schuldig. Er wurde zu einer Zuchthausstrafe von 4½ Jahren abzüglich 63 Tage Untersuchungshaft verurteilt und für die Dauer von zehn Jahren aus dem Gebiet der Schweiz verwiesen. Die beschlagnahmten Gegenstände (ein Pistolenmagazin zu einer «Walther PPK 7.65 mm», eine Schachtel mit sechs Schuss «Geko 7.65 mm») wurden eingezogen. Die Kosten des Strafverfahrens von insgesamt Fr. 7155.50 auferlegte die Strafkammer X.

4. Am 31. Dezember 2007 wurde X am Flughafen Zürich bei der Einreise in die Schweiz zufolge polizeilicher Ausschreibung verhaftet. Durch seinen Verteidiger liess er am 9. Januar 2008 hinsichtlich des Urteils der Strafkammer vom 4. Juli 1996 rechtzeitig ein Gesuch um Neubeurteilung einreichen. Mit Entscheid der Haftrichterin vom 11. Januar 2008 wurde die unverzügliche Entlassung des X aus der Untersuchungshaft angeordnet. Mit Eingabe vom 7. Februar 2008 liess sich die Staatsanwaltschaft zur Frage der Verjährung vernehmen. Der Verteidiger hatte im Haftverfahren geltend gemacht, dass die Straftaten in der Zwischenzeit verjährt seien.

5. Gemäss Art. 200 Abs. 1 StP kann der Angeklagte innert 14 Tagen seit der Urteilszustellung ohne Begründung die Neubeurteilung verlangen oder eine Berufung einreichen. Er reicht das Begehren um Neubeurteilung dem Gericht ein, welches das Abwesenheitsurteil gefällt hat. Mit dem Begehren fällt das Abwesenheitsurteil dahin und das ordentliche Verfahren wird durchgeführt (Abs. 2). Von der Ansetzung einer Gerichtsverhandlung kann im vorliegenden Fall dann abgesehen werden, wenn die vorgeworfenen strafbaren Handlungen in der Zwischenzeit verjährt sein sollten und der Angeklagte deshalb freizusprechen wäre. Wie es sich damit verhält, ist im Folgenden zu prüfen.

6. Das revidierte Verjährungsrecht trat am 1. Oktober 2002 in Kraft und wurde unverändert in den neuen Allgemeinen Teil des StGB, welcher seit 1. Januar 2007 gilt, übernommen. Danach tritt die Verfolgungsverjährung nicht mehr ein, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist (Art. 97 Abs. 3 StGB). Ein Abwesenheitsurteil gilt ebenfalls als erstinstanzliches Urteil, nach welchem die Strafverfolgung nicht mehr verjährt (BSK Strafrecht I-Müller, Vor Art. 97 N 67a). Nachdem die Strafkammer am 4. Juli 1996 ein Abwesenheitsurteil gefällt hatte, konnte die Verfolgungsverjährung nach geltendem Recht somit nicht mehr eintreten.

Im Unterschied dazu sah das frühere, im Zeitraum der vorgeworfenen strafbaren Handlungen geltende Verjährungsrecht vor, dass die Strafverfolgung in zehn Jahren verjährt, wenn die Strafe mit Gefängnis von mehr als drei Jahren oder mit Zuchthaus bedroht ist. Wenn die strafbare Tat mit einer anderen Strafe bedroht ist, verjährt die Strafverfolgung in fünf Jahren (Art. 70 aStGB, bis 30. September 2002 geltende Fassung). Die Verjährung wird unterbrochen durch jede Untersuchungshandlung einer Strafverfolgungsbehörde oder Verfügung des Gerichts gegenüber dem Täter, namentlich durch Vorladungen, Einvernahmen, durch Erlass von Haft- oder

Hausdurchsuchungsbefehlen sowie durch Anordnung von Gutachten, ferner durch jede Ergreifung von Rechtsmitteln gegen einen Entscheid (Art. 72 Ziff. 2 Abs. 1 aStGB). Mit jeder Unterbrechung beginnt die Verjährungsfrist neu zu laufen. Die Strafverfolgung ist jedoch in jedem Fall verjährt, wenn die ordentliche Verjährungsfrist um die Hälfte überschritten ist (Abs. 2). Nach altem Recht galt, dass die Verfolgungsverjährung mit der (resolutiv bedingten) Rechtskraft des Abwesenheitsurteils zu laufen aufhört; gleichzeitig beginnt die meist längere Vollstreckungsverjährung zu laufen (BGE 122 IV 351). Mit der Aufhebung des Abwesenheitsurteils fällt die Vollstreckungsverjährung dahin und die Verfolgungsverjährung beginnt wieder neu. Soweit überblickbar musste das Bundesgericht unter der Geltung des alten Rechts zur Frage, welche Wirkung ein Abwesenheitsurteil auf den Lauf der Verjährung hat, nie Stellung nehmen. In der Lehre wird die Frage unterschiedlich beantwortet. Nach der Ruhetheorie ruht die Verjährung in der Zeit zwischen dem Abwesenheitsurteil und der Wiederaufnahme des ordentlichen Verfahrens und läuft ab letzterem Zeitpunkt wieder weiter. Nach der Anrechnungstheorie berechnet sich die Verfolgungsverjährung demgegenüber, wie wenn die entsprechende Frist ungeachtet des Abwesenheitsurteils weitergelaufen wäre (BSK Strafrecht I-Müller, Vor Art. 97 N 64).

Die Strafkammer hat sich mit dieser Frage im unveröffentlichten Entscheid SK-97–228 vom 16. Juni 1998 eingehend auseinandergesetzt und die Anrechnungstheorie als die einzig gesetzeskonforme und sachgerechte Lösung bezeichnet (vgl. auch Riklin, Zur Frage der Verjährung im Abwesenheitsverfahren, in: ZStrR 113 [1995], S. 166 f.). Von dieser Meinung abzuweichen, besteht kein Anlass; dies umso weniger, als jetzt auch Vertreter der neueren Literatur der Anrechnungstheorie den Vorzug geben (BSK Strafrecht I-Müller, Vor Art. 97 N 67).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies was folgt: Die angeklagten Betäubungsmitteldelikte (Art. 19 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG; aufgrund der Strafdrohung handelt es sich um ein Verbrechen) betreffen den Zeitraum von März bis Herbst 1991, weshalb die Verfolgungsverjährung nach der Anrechnungstheorie im Herbst 1991 begann. Die absolute Verfolgungsverjährung trat 15 Jahre später, d. h. im Herbst 2006, ein (Art. 70 in Verbindung mit Art. 72 Ziff. 2 Abs. 2 aStGB). Für die Vergehen der Sachbeschädigung (Art. 145 Abs. 1 aStGB), der groben Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Ziff. 2 aSVG) und der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (Art. 23 Abs. 1 ANAG) war die absolute Verfolgungsverjährung bereits nach siebeneinhalb Jahren eingetreten, und zwar am 23. April 1999 (Sachbeschädigung), 17. Juni 1998 (grobe Verkehrsregelverletzung) und 29. Mai 1998 (Widerhandlung gegen das ANAG).

7. Zusammenfassend ist bei allen Anklagepunkten die absolute Verfolgungsverjährung eingetreten. Der Eintritt der Verjährung ist von Amtes wegen zu beachten und führt dazu, dass eine materielle Prüfung der Strafsache ausser Betracht fällt (BGE 116 IV 81 f., GVP 1987 Nr. 60) und der Angeklagte vollumfänglich freizusprechen ist. Bei diesem Ergebnis ist auch die verhängte Landesverweisung aufzuhe-

ben. An ihr könnte aber auch deshalb nicht mehr festgehalten werden, weil der neue Allgemeine Teil des StGB diese Nebenstrafe für ausländische Staatsangehörige nicht mehr vorsieht. Die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände (Pistolenmagazin und sechs Patronen «Geko 7.65») ist demgegenüber zu bestätigen. Ein Freispruch zufolge Eintritts der Verfolgungsverjährung steht der Verhängung einer Massnahme (wie z. B. einer Einziehung) namentlich dann nicht entgegen, wenn es sich um gefährliche Gegenstände handelt (BGE 117 IV 233, E. 4b).

58

Art. 86 Abs. 1 StGB (SR 311.0). Der Gefangene ist nach Verbüssung von zwei Dritteln der Strafe, mindestens von drei Monaten, bedingt zu entlassen, wenn es sein Verhalten im Strafvollzug rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, er werde weitere Verbrechen oder Vergehen begehen. Im konkreten Fall wurde eine gute Prognose entgegen der Annahme der Strafvollzugsbehörde bejaht.

Verwaltungsgericht, 3. April 2008

Aus den Erwägungen:

2. Die bedingte Entlassung ist in Art. 86 StGB geregelt. Hat der Gefangene zwei Drittel seiner Strafe, mindestens aber drei Monate verbüsst, so ist er durch die zuständige Behörde bedingt zu entlassen, wenn es sein Verhalten im Strafvollzug rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, er werde weitere Verbrechen oder Vergehen begehen (Art. 86 Abs. 1 StGB).

2.1. Der Beschwerdeführer wurde vor dem Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches am 1. Januar 2007 verurteilt; der angefochtene Entscheid erging nachher. Gemäss Art. 388 Abs. 3 StGB sind die Bestimmungen des neuen Rechts (vorliegend Art. 86 StGB) über das Vollzugsregime auch auf Täter anwendbar, die nach bisherigem Recht verurteilt wurden. In Ziff. 1 Abs. 3 der Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002 fehlt zwar Art. 86 StGB. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fallen die Bestimmungen über die bedingte Entlassung aber ausdrücklich unter den Begriff des Vollzugsregimes, weshalb davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber Art. 86 StGB in Ziff. 1 Abs. 3 der Schlussbestimmungen versehentlich nicht aufführte (BGE 133 IV 201 E. 2.1). Die Frage der bedingten Entlassung des Beschwerdeführers ist daher nach Art. 86 Abs. 1 StGB zu beurteilen.

2.2. Die Bestimmung über die reguläre bedingte Entlassung wurde gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Bezug auf die Legalprognose neu ge-

fasst, indem nicht wie bisher positiv verlangt wird, es müsse erwartet werden können, der Täter werde sich in Freiheit bewähren, sondern negativ, dass zu erwarten ist, er werde in Freiheit keine Verbrechen oder Vergehen mehr begehen. Jedenfalls tendenziell wurden mit dieser neuen Formulierung die Anforderungen an die Legalprognose gesenkt; stärker noch als bisher wird man daher davon auszugehen haben, dass die bedingte Entlassung die Regel und deren Verweigerung die Ausnahme darstellt. Abgesehen davon entspricht die neurechtliche Regelung im wesentlichen der altrechtlichen von Art. 38 Ziff. 1 StGB, weshalb die diesbezügliche Rechtsprechung massgebend bleibt (BGE 133 IV 201 E. 2.2). Die bedingte Entlassung stellt somit nach wie vor die vierte und letzte Stufe des Strafvollzugs dar und bildet die Regel, von der nur aus guten Gründen abgewichen werden darf. In dieser Stufe soll der Entlassene den Umgang mit der Freiheit erlernen, was nur in Freiheit möglich sei. Diesem rein spezialpräventiven Zweck stehen die Schutzbedürfnisse der Allgemeinheit gegenüber, welchen umso höheres Gewicht beizumessen ist, je hochwertiger die gefährdeten Rechtsgüter sind. Die Prognose über das künftige Wohlverhalten ist in einer Gesamtwürdigung zu erstellen, welche nebst dem Vorleben, der Persönlichkeit und dem Verhalten des Täters während des Strafvollzugs vor allem dessen neuere Einstellung zu seinen Taten, seine allfällige Besserung und die nach der Entlassung zu erwartenden Lebensverhältnisse berücksichtigt (BGE 133 IV 201 E. 2.3; vgl. auch Andrea Baechtold, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, Rz. 5 ff.).

2.3. Im folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz bei ihrem Entscheid über die Ablehnung der bedingten Entlassung ihr Ermessen überschritten bzw. missbräuchlich angewendet hat.

2.3.1. Die Strafanstalt Saxerriet beantragt in ihrem Führungsbericht, aufgrund der guten Führung und der positiven Aussichtslage für den Wiedereinstieg in die Freiheit werde empfohlen, dem Gesuch um bedingte Entlassung zu entsprechen. Der Gesuchsteller habe sehr gut, zuverlässig und selbständig gearbeitet. Bei seinen Mitinsassen habe er gute Akzeptanz. Kritiken und Anweisungen gegenüber Mitinsassen bringe er in einer akzeptablen Art an, so dass sie meist widerstandslos entgegengenommen würden. In der Zusammenarbeit mit dem Vollzugspersonal sei der Beschwerdeführer sehr kooperativ gewesen. Allerdings habe er sich nicht ausnahmslos an die Hausordnung gehalten. Die Zusammenarbeit mit dem Sozialdienst sei äusserst kooperativ und konstruktiv. Auch negative Entscheide seien bereitwillig akzeptiert worden. Die Zusammenarbeit mit ihm sei in jeder Hinsicht angenehm und anstandslos gewesen. In der Insassengemeinschaft habe er einen guten Zugang gefunden. Er spiele durch seine ruhige und väterliche Art bei seinen Mitinsassen eine positive Rolle und verstehe es, aufkommende Aggressionen von Mitinsassen durch Zuspruch abzuschwächen und zu beruhigen. Wegen guter Führung habe er in den Trakt 1 umziehen können. Die Bedingung für das Wohnen in diesem Trakt seien absolut gute Führung, kein Drogenkonsum und gute Bewährung im Vollzug. Er sei ausnahmslos von allen Urlauben und Ausgängen

pünktlich, korrekt und ohne Beanstandung zurückgekehrt. Alle angeordneten Alkoholtests seien negativ verlaufen. Der Gesuchsteller sei diszipliniert worden, weil in seiner Zelle ein Natel gefunden und beschlagnahmt und in einem andern Fall eine Wireless-Karte und eine SIM-Karte entdeckt und beschlagnahmt worden seien.

2.3.2. Der Beschwerdeführer legte einen Bericht seines Arztes Dr. med. B., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, ins Recht. Im Bericht wird festgehalten, die Therapie habe vor allem verhaltenstherapeutische und systemische Schwerpunkte gehabt. Der Beschwerdeführer sei von Anfang an sehr motiviert und aktiv gewesen. Zum Rückfallrisiko bzw. Therapieerfolg hielt der Arzt fest, dass sich der Gesuchsteller intensiv mit sich und seinem delinquenten Verhalten auseinandergesetzt habe und dass sich innere Einstellungen klar verändert hätten, dass zum andern sich aber erst in der Freiheit tatsächlich zeigen werde, ob der Gesuchsteller das Erarbeitete auch in sein Leben einbringen könne oder ob er Rückfälle in alte Muster habe. Wichtig seien innere und äussere Veränderungen. Innere Veränderungen beträfen die Einstellungen und das Verhalten. Ob der Gesuchsteller das Erlernte auch in der Freiheit umsetzen könne, werde sich erst im Alltag zeigen. Äussere Veränderungen seien z. B. regelmässige Therapiekonsultationen sowie das Vermeiden von rückfallgefährlichen Situationen, d. h. gewisse kriminelle Kontakte oder Möglichkeiten, die ihn wieder locken könnten, delinquent zu werden. Empfehlenswert sei z. B. eine engmaschig geführte Arbeitsstelle mit gutem Arbeitspensum und genau definiertem Lohn, so dass der Spielraum für delinquentes Verhalten möglichst gering gehalten werden könne.

2.3.3. Weiter steht fest, dass der Beschwerdeführer nach einer Entlassung aus dem Strafvollzug im Haus seiner verstorbenen Mutter Wohnsitz nehmen kann und über einen Arbeitsvertrag für eine Vollzeitanstellung in einer Autowaschfirma in G. verfügt.

2.4. Das Verhalten im Strafvollzug sowie die zu erwartenden Lebensverhältnisse stehen einer bedingten Entlassung nicht entgegen. Mit der Vorinstanz ist zwar davon auszugehen, dass allein die gute Führung im Strafvollzug keine Gewähr bietet, dass der Beschwerdeführer auch nach der Entlassung in der Lage ist, Regeln einzuhalten und mit Freiheiten verantwortungsbewusst umzugehen. Allein dies rechtfertigt es aber nicht, die bedingte Entlassung zu verweigern. Die Vorinstanz verweist im Weiteren auf die nur beschränkte Kooperationsbereitschaft im Untersuchungsverfahren. Das Kreisgericht berücksichtigte u. a. die «allerdings auf das Tatsächliche beschränkte» Kooperationsbereitschaft im Untersuchungsverfahren als strafmindernd. Weshalb diese Kooperationsbereitschaft beim Entscheid über die bedingte Entlassung negativ gewertet wurde, ist nicht ersichtlich. In der Strafuntersuchung ist es zentral, wenn sich der Angeschuldigte hinsichtlich der tatsächlichen Aspekte kooperativ zeigt. Wenn es um die rechtliche Würdigung geht, ist mangelnde Kooperation kein Hindernis für eine effiziente Strafuntersuchung. Die rechtliche Würdigung kommt der Untersuchungs- bzw. Anklagebehörde zu. Die Disziplinarverstösse in der Anstalt sind ausserdem zu relativieren, weil in der Regel Verhaltens-

weisen in anstaltsspezifischen Situationen, selbst schwere Disziplinarverstösse, als prognostisch irrelevant betrachtet werden (vgl. Baechtold, a. a. O., Rz. 10 zu Art. 86 StGB).

Im Weiteren trifft es zu, dass der Kontakt des Beschwerdeführers mit dem Psychiater bzw. Psychotherapeuten während des Strafvollzugs nur telefonisch und durch schriftlichen Austausch stattfand. Der Grund lag nach den Ausführungen des Arztes darin, dass es ihm nicht möglich war, den Beschwerdeführer in der Strafanstalt zu besuchen. Wenn auch die therapeutische Beziehung durch diese äusseren Umstände erschwert war, so bedeutet dies nicht, dass die Schlussfolgerungen und die Beurteilung des Arztes ohne solide Grundlage sind und es nachgerade unglaubhaft ist, dass beim Beschwerdeführer eine gewisse Einsicht in die Folgen der Tat entstand. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer die therapeutische Behandlung freiwillig durchführte, was einen Hinweis bildet, dass der Beschwerdeführer bestrebt ist, seine innere Einstellung zu ändern.

Im Weiteren bestehen nach der Entlassung vergleichsweise günstige Lebensverhältnisse. Namentlich eine geregelte Wohnsituation und eine zugesicherte Arbeitsstelle sind zentrale Stützen für eine künftige gesellschaftliche Integration. Selbst wenn der Beschwerdeführer nach der Entlassung auf dem Existenzminimum leben wird, so hat er doch mit dem Arbeitsvertrag eine Möglichkeit, wirtschaftlich auf eigenen Füssen zu stehen. Wohl können solche äusseren Verhältnisse keine Garantie sein, dass sich der Beschwerdeführer künftig wohlverhält. Beim Entscheid über die bedingte Entlassung ist aber wie erwähnt eine Prognose zu treffen, und eine solche ist immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet.

Die Vorinstanz begründete die Verweigerung der bedingten Entlassung ausserdem damit, dass der Beschwerdeführer erneut mit einer mehrjährigen Freiheitsstrafe rechnen müsse. Er könne sich somit bei einer bedingten Entlassung keine neue Zukunft aufbauen. Der Beschwerdeführer habe mit anderen Worten bei der Entlassung in die Freiheit nichts zu verlieren, was die Gefahr neuer Delinquenz erheblich erhöhe. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass bislang noch keine Verurteilung erfolgt ist. Somit ist offen, ob der Beschwerdeführer zwingend wieder in den Normalvollzug eintreten muss. Hinzu kommt, dass der drohende Widerruf der bedingten Entlassung ebenfalls eine Motivation zum Wohlverhalten darstellt. Sodann handelt es sich bei den zurzeit zu verbüssenden Strafen um den ersten vollzogenen Freiheitsentzug. Offen bleiben kann, mit welcher Strafe der Beschwerdeführer im neuen Verfahren zu rechnen hat und in welcher Form diese allenfalls zu vollziehen sein wird. Der mögliche Vollzug einer künftigen Freiheitsstrafe kann daher unter den gegebenen Umständen keine negative Prognose für das Verhalten in Freiheit begründen.

2.5. Zusammenfassend gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die bedingte Entlassung gerechtfertigt ist. Somit ist die Beschwerde gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und der Beschwerdeführer bedingt aus dem Strafvollzug zu entlassen.

59

Art. 110 Abs. 3, Art. 285, Art. 286 StGB (SR 311.0) und Art. 8 Abs. 1 BPG (SR 172.220.1). Postangestellte sind – trotz ihres öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses – mangels amtlicher Funktion nicht als Beamte im Sinne des Strafrechts zu qualifizieren.

Kantonsgericht, Strafkammer, 27. Februar 2008

Aus den Erwägungen:

II./4c/aa) Die Vorinstanz hat den Angeklagten von den Vorwürfen der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie der Hinderung einer Amtshandlung mangels Beamteneigenschaft von X. freigesprochen. Sie hielt fest, dass ein Postangestellter Beamter sei, soweit er im Bereich der reservierten Dienste tätig sei, da die Post in diesem Fall ein Monopol ausübe, indem sie das ausschliessliche Recht besitze, adressierte Briefpostsendungen und Pakete bis zwei Kilogramm zu befördern. Bei der Erbringung eines nicht reservierten Dienstes, den die Post in Konkurrenz zu privaten Anbietern erbringe, handle es sich dagegen nicht um eine Beamtentätigkeit. Vorliegend sei nicht erwiesen, dass X. am 30. November 2004 einen der Post reservierten Dienst erbracht habe. Die Staatsanwaltschaft verlangt mit Anschlussberufung einen Schuldspruch hinsichtlich der Beamtendelikte. Postzustellbeamte seien vorwiegend in amtlicher Funktion unterwegs. Dass sie bisweilen auch Sendungen befördern würden, die nicht den Monopolbereich beträfen, vermöge daran nichts zu ändern.

bb) Für die in Art. 285 f. StGB vorausgesetzte Beamteneigenschaft ist entscheidend, ob die übertragene Funktion amtlicher Natur ist, d. h. ob sie zur Erfüllung einer dem Gemeinwesen zustehenden öffentlichen Aufgabe übertragen wurde. Massgebend ist somit die Wahrnehmung von Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit, nicht dagegen die rechtliche Natur des Anstellungsverhältnisses (vgl. BGE 121 IV 220 f. E. 3a und b; BSK Strafrecht I-Oberholzer, Art. 110 Abs. 3 N 7; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 110 N 11; Stratenwerth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil II, 5. Aufl., Bern 2000, § 35 Rz. 46, § 57 Rz. 5 f.).

In der älteren Rechtsprechung wurde der Postbote als Beamter angesehen (ZR 76 [1977] Nr. 99), ebenso die Postgehilfin (PKG 1955 Nr. 21) oder der Chauffeur eines Postautos (PKG 1961 Nr. 44), in seiner neueren Rechtsprechung hat das Bundesgericht aber festgehalten, die Post geniesse heute unternehmerische Freiheit und ihre Mitarbeiter seien nicht mehr wie Beamte direkt an die Grundsätze staatlichen Handelns gebunden (BGE 127 I 35 E. 2b). Im Gegensatz beispielsweise zu Polizei- oder Konkursbeamten fehlt es dem Postangestellten auch an der für den Beamtenstatus typischen Verfügungsgewalt gegenüber dem Rechtssuchenden. Er ist vielmehr normaler Dienstleistungserbringer; die Wahrnehmung von Funktionen

im Dienst der Öffentlichkeit ist namentlich auch aufgrund der Teilprivatisierung der Post in den Hintergrund gerückt. Insgesamt sind Postangestellte – trotz ihres öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses (Art. 8 Abs. 1 BPG) – somit mangels amtlicher Funktion nicht als Beamte im Sinne des Strafrechts zu qualifizieren. Da X. demnach kein Beamtenstatus zukommt, sind die Freisprüche von den Anklagen der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie der Hinderung einer Amtshandlung zu bestätigen.

60

Art. 134 StGB (SR 311.0). Die Anwendbarkeit des Tatbestandes des Angriffs hängt nicht von der Anzahl verletzter Personen ab; entscheidend ist, dass nicht feststeht oder festgestellt werden kann, wer für die konkrete Verletzung verantwortlich ist. Selbst wenn nur der Angegriffene die verletzte Person ist, ist ohne weiteres denkbar, dass der eingetretene Erfolg nicht einem bestimmten Täter zugeordnet werden kann.

Kantonsgericht, Strafkammer, 6. Mai 2008

Aus den Erwägungen:

II./A./12. Gemäss Art. 134 StGB macht sich strafbar, wer sich an einem Angriff auf einen oder mehrere Personen beteiligt, der den Tod oder die Körperverletzung eines Angegriffenen oder eines Dritten zur Folge hat. Der körperliche Angriff muss von mehreren, mindestens zwei Personen ausgehen, wobei es aber genügen kann, wenn sich eine Person dem bereits gestarteten Angriff einer anderen anschliesst (BSK StGB II-Aebersold, Art. 134 N 5). Als objektive Strafbarkeitsbedingung wird vorausgesetzt, dass die Attacke den Tod oder die Körperverletzung eines Angegriffenen oder eines Dritten zur Folge hat; Letzteres genügt deshalb, weil sich die mit dem Angriff verbundene abstrakte Gefahr wie beim Raufhandel in einer Schädigung umstehender Personen auswirken kann (Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 2008, 69).

a) Zugunsten der Angeklagten ist davon auszugehen, dass allein der Kläger Verletzungen davongetragen hat. Etwas anderes ergibt sich jedenfalls aus den Akten nicht. Die Verteidiger sind deshalb der Auffassung, dass der Tatbestand des Angriffs nicht anwendbar sei. Sie berufen sich auf einen höchstrichterlichen Entscheid (BGE 118 IV 227 E. 5b).

Ist die vorsätzliche oder fahrlässige Tötung oder Körperverletzung eines Angegriffenen oder Dritten durch einen bestimmten anderen Beteiligten an der tätlichen Auseinandersetzung nachgewiesen, ist dieser neben Art. 134 StGB auch nach

Art. 111 ff. bzw. Art. 122 ff. StGB zu verurteilen (sog. Idealkonkurrenz). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Angriff auch noch anderen als der getöteten oder verletzten Person gegolten hat (vgl. Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 4 N 45). Damit ist aber nicht gesagt, dass eine Verurteilung wegen Angriffs nicht in Frage kommt, wenn der Getötete oder Verletzte die einzige angegriffene Person ist. Letzteres ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck von Art. 134 StGB. Der Tatbeststand des Angriffs ergänzt denjenigen des Raufhandels (Art. 133 StGB) in Fällen, wo es deshalb nicht zum Raufhandel kommt, weil zwar eine Partei tätlich angreift, die andere aber passiv bleibt oder bloss abwehrt. Auch beim Angriff geht es darum, Beweisschwierigkeiten beim Ausfindigmachen der eigentlichen Urheber zu vermeiden, weil im Nachhinein oft nicht mehr festgestellt werden kann, wer welchen Beitrag geleistet bzw. welchen Erfolg bewirkt hat (BSK StGB II-Aebersold, Art. 134 N 1; BBl 1985 II 1041). Selbst wenn nur der Angegriffene die verletzte Person ist, ist ohne weiteres denkbar – der vorliegende Fall zeigt dies eindrücklich –, dass der eingetretene Erfolg nicht einem bestimmten Täter zugeordnet werden kann. Greifen mehrere einen oder mehrere Menschen an und wird ein Angegriffener verletzt oder gar getötet, so steht (häufig) nicht fest, wer den Erfolg verursacht hat. Dies gilt für Schultz (Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989, in: ZBJV 1993, 410) schon dann, wenn zwei einen einzelnen überfallen.

Das Bundesgericht hatte in einem Fall zu entscheiden, in welchem vier Angreifer auf ein Opfer losgingen. Ein Angreifer verletzte dabei das Opfer mit einem Küchenmesser an der Schulter. Ein Zweiter fügte ihm mit einem Butterfly-Messer fünf Stichverletzungen zu, welche in der Folge zum Tod des Opfers führten. Ein Dritter prügelte schliesslich mit Händen und Füssen auf das Opfer ein. Das kantonale Gericht hatte alle drei Angreifer wegen vorsätzlicher Tötung schuldig gesprochen. Im bundesgerichtlichen Verfahren war umstritten, ob allen drei Angreifern ein Tötungsvorsatz zugerechnet werden kann. Gestützt auf die Aussage in E. 5b in BGE 118 IV 227 («War jedoch der Verletzte die einzige angegriffene Person, wird Art. 134 StGB durch den Verletzungstatbestand konsumiert.») vertritt die Lehre die Auffassung, dass Art. 134 StGB im Weg der Gesetzeskonkurrenz hinter die Art. 111 ff. und Art. 122 ff. StGB zurücktrete, wenn das verletzte oder getötete Opfer die einzige Person war, gegen die sich der Angriff gerichtet hat; andernfalls bestehe echte Konkurrenz (Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, Art. 134 N 5; Stratenwerth, a. a. O., BT I, § 4 N 45; BSK StGB II-Aebersold, Art. 134 N 13; Donatsch, a. a. O., 69 f. [kritisch]; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 134 N 7). Dass das Bundesgericht der erwähnten Erwägung aber nicht diejenige Bedeutung zumisst, welche die Lehre darin zu erkennen meint, ergibt sich, wenn die fragliche Passage nicht isoliert, sondern im Gesamtzusammenhang betrachtet wird. Namentlich aus der abschliessenden Bemerkung (E. 5d/dd: «Auch hinsichtlich des Beschwerdeführers 2 verstösst die Zurechnung des Tötungsvorsatzes des Be-

schwerdeführers 1 gegen Bundesrecht. Da dieser lediglich mit Händen und Füssen auf den wehrlosen S. einprügelte, blieb er im Rahmen des nach der Entwaffnung des Inders konkludent geschlossenen Vorsatzes auf Durchführung eines Angriffs.») geht hervor, dass es auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Fälle gibt, in denen der Verletzte die einzige angegriffene Person war und trotzdem auf Angriff zu erkennen ist. Nach hier vertretener Auffassung trifft dies dann zu, wenn die einzelnen Verletzungen des Opfers nicht einem bestimmten Angreifer zugeordnet werden können. Dasselbe gilt für das deutsche Strafrecht: Beim Tatbestand der Beteiligung an einer Schlägerei, mit welchem der Raufhandel und der Angriff in der gleichen Bestimmung unter Strafe gestellt werden, ist nur dann von Idealkonkurrenz mit Tötungs- oder Verletzungsdelikten auszugehen, wenn gegenüber den Beteiligten der Nachweis der Ursächlichkeit und Schuld geführt werden kann (Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., München 1991, § 227 N 17). Somit steht fest, dass die Anwendbarkeit des Tatbestandes des Angriffs nicht von der Anzahl verletzter Personen abhängt; entscheidend ist, dass nicht feststeht oder festgestellt werden kann, wer für die konkrete Verletzung verantwortlich ist.

61

Art. 146 und Art. 172ter StGB (SR 311.0). Trotz Aufgabe der Rechtsfiguren der verjährungsrechtlichen Einheit und des fortgesetzten Delikts sind mehrere tatsächliche Handlungen in gewissen Fällen der tatbestandlichen oder natürlichen Handlungseinheit rechtlich als Einheit zu qualifizieren (vgl. auch GVP 2007 Nr. 56). Verneinung der Handlungseinheit bei den vorliegenden geringfügigen Vermögensdelikten (Betrug).

Kantonsgericht, Strafkammer, 9. Juni 2008

Aus den Erwägungen

II./3. Im Dezember 1999 versandte der Angeklagte 31 Couverts per Nachnahme zu Fr. 29.– bis Fr. 49.– an verschiedene Empfänger. (…)

Die Rechtsfigur der verjährungsrechtlichen Einheit gab das Bundesgericht mit BGE 131 IV 83 auf (vgl. insb. E. 2.4.4; das fortgesetzte Delikt wurde bereits in BGE 117 IV 408 E. 2d aufgegeben). Dies führt jedoch nicht zu einem gänzlichen Verzicht, mehrere tatsächliche Handlungen in gewissen Fällen rechtlich als Einheit zu qualifizieren. Eine solche ist möglich im Falle einer tatbestandlichen Handlungseinheit wie auch bei einer natürlichen Handlungseinheit (vgl. BGE 131 IV 83 E. 2.4.5.). Die verschiedenen Einzelhandlungen des Angeklagten bilden vorliegend klarerweise keine tatbestandliche Einheit. Verneint werden muss aber auch eine natürliche Handlungseinheit. Die Einzelakte sind nicht derart eng miteinander verbunden,

dass von einem «einheitsstiftenden Moment» gesprochen werden könnte. Es fehlt sowohl an einer (fort-)dauernden (Treue-)Pflicht als auch an einem Beziehungsgeflecht zu den einzelnen Geschädigten (vgl. GVP 2007 Nr. 56; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 2. Aufl., Bern 1996, § 19 N 20). Demgegenüber entspricht die Argumentation der Vorinstanz, die auf ein einheitliches Geschehen und einen Gesamtvorsatz verweist, der Rechtsfigur des fortgesetzten Deliktes, welche jedoch mit BGE 117 IV 408 (E. 2d) aufgegeben wurde.

Damit liegen verschiedene Einzelhandlungen mit einem Deliktsbetrag von weniger als Fr. 300.– vor, so dass von einem geringfügigen Vermögensdelikt (Art. 172ter StGB) auszugehen ist, welches zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils verjährt war (Art. 109 StGB). (…)

62

Art. 292 StGB (SR 311.0); Art. 83 lit. b ZPO (sGS 961.2). Anordnung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB nicht nur im Umfang der Gutheissung der Klage, sondern auch im Umfang der Klageanerkennung.

Handelsgericht, 9. April 2008

Aus den Erwägungen:

10. a) Ferner beantragt die Klägerin, den Organen der Beklagten sei sowohl im Umfang der Gutheissung der Klage (…), als auch im Umfang der Klageanerkennung (…) für den Fall der Zuwiderhandlung die Bestrafung mit Busse oder Haft wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB anzudrohen. Die Beklagte beantragt die Abweisung dieses Begehrens.

b) Gegenstand einer Klageanerkennung bzw. eines Vergleichs zwischen den Parteien kann nur ein Anspruch sein, welcher der Parteidisposition zugänglich ist, was für eine Strafandrohung nicht zutrifft. Daraus folgt: selbst wenn ein Prozess gestützt auf eine vollumfängliche Klageanerkennung abgeschrieben werden könnte, die Klagebegehren aber ein Begehren um Erlass einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB enthielten, erstreckte sich die Rechtskraft der Erledigungsverfügung nur auf das Unterlassungsgebot. Hinsichtlich der Strafandrohung stünde dagegen nur gerade rechtskräftig fest, dass die beklagte Partei sich der Anordnung nicht widersetzt. Mit dieser Begründung hat das Handelsgericht Zürich entschieden, dass in einem solchen Fall – in welchem die Klägerin auf ihrem Antrag bezüglich der Strafandrohung nach Art. 292 StGB beharrte – keine Abschreibungsverfügung zu ergehen hat, sondern ein gerichtliches Verbot mit Strafandrohung (ZR 76 [1977], 57). Dem ist beizupflichten. Da der Entscheid über die Strafandrohung nach Art. 292 StGB den Parteien entzogen ist, ist ferner unerheblich, ob sich die beklag-

te Partei im Umfang der Klageanerkennung auch mit genannter Strafandrohung einverstanden erklärt hat oder nicht. Vielmehr hat der Richter zu entscheiden, ob dem Antrag der Klägerin unter den gegebenen Umständen stattzugeben ist oder nicht. Grundsätzlich kann er eine Strafdrohung nach Art. 292 StGB auch für die von der Gegenpartei anerkannten Klagebegehren bzw. im Umfang eines Vergleichs aussprechen. Fehlt es an einer solchen Anordnung, muss die klagende Partei im Falle einer Verletzung des Unterlassungsgebots zuerst den Vollstreckungsrichter ersuchen, die beklagte Partei unter Androhung der Ungehorsamsstrafe zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten, bevor eine Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung in Frage kommt (ZR 76 [1977], 57).

In vorliegender Streitsache geht es um Produktwerbung, bei welcher der Verletzte sehr schnell reagieren können muss, wenn die Werbung für ein Konkurrenzprodukt unlauter die Marktposition der eigenen Produkte beeinträchtigt. Mit der Anordnung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB wird dem Verletzten – insofern eine Verletzung lauterkeitsrechtlicher Bestimmungen bereits gerichtlich rechtskräftig festgestellt worden ist – ein Instrument für eine schnelle Reaktion zur Verfügung gestellt. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend die Strafandrohung nach Art. 292 StGB gerechtfertigt und damit sowohl im Umfang der Klageanerkennung wie auch im Umfang der Gutheissung der Klage anzuordnen. Demnach ist das Verfahren im anerkannten Umfang nicht zufolge Anerkennung abzuschreiben (Art. 83 lit. b ZPO), sondern die Beklagte zur Einhaltung ihrer Anerkennung durch das Gericht zu verpflichten, da der Tatbestand von Art. 292 StGB eine gerichtliche Verfügung voraussetzt, eine Klageanerkennung aber eine Parteierklärung und nicht eine Verfügung im Sinne dieser Bestimmung ist. Ferner ist der Umfang der Anerkennung im Dispositiv explizit festzustellen, da im Hinblick auf eine allfällige Strafverfolgung das Dispositiv selbst alle unter die Strafandrohung fallenden Tatbestände zu enthalten hat.

63

Art. 11 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 OHG (SR 312.5). Eine Person, die im Ausland als Beifahrerin bei einem Autounfall schwer verletzt wurde, hat vorliegend keinen Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung nach OHG, weil keine Straftat (schwere Körperverletzung nach Art. 125 StGB) gegeben war. Die Frage des Vorliegens einer Straftat und damit der Opfereigenschaft ist mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beantworten. Eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit des Fahrers des Unfallwagens erschien im konkreten Fall zwar als möglich, aber nicht als überwiegend wahrscheinlich.

Versicherungsgericht, 3. Juli 2008 (OH 2008/1; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

IV. Rechtspflege

1. Gerichtsorganisation und -verfahren allgemein

64

Art. 55 GerG (sGS 941.1). Ausstand (Verwirkung).

Präsident des Kantonsgerichts, 24. September 2008

Aus den Erwägungen:

II./1. Zuständig für die Beurteilung eines Ausstandsbegehrens gegen einen Kreisgerichtspräsidenten ist der Kantonsgerichtspräsident (Art. 56 Abs. 1 lit. b GerG); über die Ausstandspflicht von anderen Richtern und von Gerichtsschreibern eines Gerichts entscheidet dessen Präsident (Art. 56 Abs. 1 lit. c GerG). Aus prozessökonomischen Gründen erscheint es angezeigt, im Rahmen dieses Verfahrens auch über das gegen Kreisrichterin A., Kreisrichter B. und Gerichtsschreiberin C. gerichtete Ausstandsbegehren zu entscheiden, zumal der Gesuchsteller den Ausstand einer ganzen Abteilung des Kreisgerichts beantragt.

2. Die Partei, die einen Ausstandsgrund geltend macht, stellt unverzüglich ein begründetes Ausstandsbegehren (Art. 24 Abs. 2 StP).

Der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert es, dass ein Ausstandsbegehren unverzüglich gestellt wird, sobald der Gesuchsteller Kenntnis vom Ausstandsgrund erhält. Wer den Richter nicht unverzüglich ablehnt, sondern sich stillschweigend auf den Prozess einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Ablehnung. Es ist rechtsmissbräuchlich, zuzuwarten und erst kurz vor der Verhandlung die Befangenheit geltend zu machen, um so das weitere Verfahren zu blockieren (BGE 124 I 121 E. 2.; 118 Ia 282 E. 3., 5., 6. m.w.H.; 114 Ia 348 = Pra 78 [1989] Nr. 1; 112 Ia 339; Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 351).

Das Ausstandsbegehren datiert vom 23. September 2008 und wurde der Kantonsgerichtskanzlei am Nachmittag des 23. September 2008 persönlich überbracht. Dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers war seit April 2008 bekannt, dass Y. und Z. vom Kreisgericht gemeinsam beurteilt worden waren, und dieses den beiden Angeschuldigten ein gemeinsames Mitwirken an strafbaren Handlungen zur Last gelegt hatte. Ebenso spielten sich die von ihm gerügten Differenzen hinsichtlich der Akteneinsicht sowie der Terminvereinbarung bereits Ende April / Anfang Mai 2008 ab. Die schriftliche Vorladung inklusive Mitteilung der Besetzung des Gerichts erfolgte am 17. Juni 2008.

Damit waren die Umstände, welche den Gesuchsteller zur Einreichung des Ausstandsbegehrens veranlassten, spätestens am 18. Juni 2008 bekannt. Daran vermag auch der Umstand, dass das Gesuch vom 15. September 2008 um Verschiebung des Gerichtstermins (unter anderem) mit Hinweis auf die frühere Korrespon-

denz abgewiesen wurde, nichts (mehr) zu ändern. Erst anschliessend an dieses abschlägig beantwortete Terminverschiebungsgesuch wurde vom Gesuchsteller bzw. dessen Rechtsvertreter ein Gesuch um Ausstand eingereicht, mithin lediglich zwei Tage vor der auf den 25. September 2008 angesetzten Hauptverhandlung. Das Gesuch ist damit verspätet im Sinne von Art. 24 Abs. 2 StP und der Anspruch auf die Ablehnung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verwirkt. Die Frage einer allfälligen Rechtsmissbräuchlichkeit braucht deshalb nicht mehr geprüft zu werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Ausstandsbegehren verspätet erfolgte und der Anspruch auf Ablehnung der am Abwesenheitsurteil mitwirkenden Kreisgerichtspräsidentin, des Kreisrichters und der Gerichtsschreiberin verwirkt ist. Das Ausstandsbegehren ist deshalb abzuweisen.

2. Verwaltungsrechtspflege

65

Art. 18 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Es ist rechtmässig, in einem Rekursverfahren gegen die Verweigerung einer Ausnahmebewilligung als Raucherbetrieb ein Gesuch um vorsorgliche Zulassung des Rauchens während des Verfahrens abzuweisen.

Verwaltungsgerichtspräsident, 7. November 2008

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 18 Abs. 1 VRP können zur Erhaltung des Zustands oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen getroffen werden. Vorsorgliche Massnahmen sind dazu bestimmt, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen (F. Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 246; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 330 ff.). Vorsorgliche Massnahmen müssen in jedem Fall durch ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 335). Die Aussichten über den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache sind beim Entscheid über die Gewährung vorsorglicher Massnahmen in der Regel nicht von entscheidender Bedeutung und nur mit Zurückhaltung in die Interessenabwägung einzubeziehen (Cavelti/

Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 1112 mit Hinweisen).

2.1. Nach dem seit 1. Oktober 2008 geltenden Recht ist das Rauchen in Gastwirtschaften grundsätzlich verboten (Art. 52quater Abs. 2 lit. h GesG). Rauchzimmer auf höchstens einem Drittel der Schankfläche sind zulässig, wenn für diese Räume ein Patent erteilt wurde und für angrenzende allgemein zugängliche Räume der Schutz vor Passivrauchen gewährleistet ist (Art. 52quinquies Abs. 1 lit. a und b GesG). Gastgewerbliche Betriebe können mit Bewilligung der politischen Gemeinde als Raucherbetriebe geführt werden. Die Bewilligung wird erteilt, wenn der Betreiber den Nachweis erbringt, dass eine Trennung von Raucher- und Nichtraucherräumen nicht möglich oder nicht zumutbar ist und die Voraussetzungen nach Abs. 1 lit. a und b erfüllt sind (Art. 52quinquies Abs. 2 GesG).

2.2. Der X. Nachtrag zum GesG mit dem Rauchverbot in Gaststätten wurde am 15. April 2008 erlassen. Die Regierung setzte die neue Vorschrift auf den 1. Oktober 2008 in Kraft. Übergangsbestimmungen enthält das Gesetz nicht. Dies bedeutet, dass die neuen Vorschriften auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens anwendbar sind und das Rauchverbot auf diesen Zeitpunkt in Kraft tritt.

Im vorliegenden Fall handelt es sich beim Rauchverbot nicht um eine Einschränkung bei der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit, welche mittels einer anfechtbaren Verfügung durchgesetzt wird und bei der aufgrund der aufschiebenden Wirkung während der Dauer eines Rechtsmittelverfahrens die bisherige Ordnung gilt. Hätte der Gesetzgeber für diejenigen Betroffenen, die ein Gesuch um eine Bewilligung als Raucherbetrieb stellen, den Vollzug des Gesetzes aufschieben wollen, hätte er dies mittels einer Übergangsbestimmung tun müssen. Ein Verbot, das unmittelbar von Gesetzes wegen gilt, braucht hingegen nicht in jedem Einzelfall durch Verfügung noch angeordnet zu werden (vgl. BGE 1P.332/2001 vom 13. August 2001).

2.3. In einem streitigen Verfahren um die Erteilung einer Polizeibewilligung kann die vorsorgliche Massnahme nicht dazu dienen, den Gesuchsteller während des laufenden Verfahrens in die nachgesuchte Rechtsposition einzusetzen. Nach der Praxis kann zwar die vorläufige Zulassung einer bewilligungspflichtigen Berufsausübung ausnahmsweise in Frage kommen, wenn sich für den Gesuchsteller aus der Unzulässigkeit der Tätigkeit während des Verfahrens eine aktuelle und schwer wiedergutzumachende Beeinträchtigung seiner Interessen ergibt, ohne dass dies durch ein erhebliches öffentliches Interesse gerechtfertigt wäre (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1108 mit Hinweis auf GVP 1977 Nr. 22).

2.4. Über die Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit der Verweigerung der Ausnahmebewilligung wird die Vorinstanz im Rekursverfahren zu entscheiden haben. Dabei sind auch allfällige rechtlich geschützte Interessen des Beschwerdeführers zu berücksichtigen und abzuwägen. Da der Gesetzgeber die Kompetenz zur Erteilung von Ausnahmebewilligungen den Gemeinden übertrug und es unterliess, Kriterien für die Erteilung von Bewilligungen zu umschreiben, insbesondere auch

keine restriktive Handhabung vorschrieb, sondern nur die Voraussetzungen von Art. 52quinquies Abs. 2 lit a und b GesG wiederholte, liegt es nach der geltenden Rechtslage an den Gemeinden, Kriterien für die Bewilligungspraxis festzulegen. Nach welchen Kriterien die Stadt St.Gallen entschieden hat, ergibt sich aus der Verfügung der Stadtpolizei nicht klar. Die Vorinstanz erwog, für den Beschwerdeführer ergäben sich keine belegbaren, schwer wiedergutzumachenden Beeinträchtigungen rechtlicher Interessen. Dies erscheint fraglich. Das vom kantonalen Gesetzgeber erlassene Rauchverbot kann unter Umständen einen Eingriff in die von Art. 27 BV geschützte Wirtschaftsfreiheit bewirken (vgl. Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juli 2008, in: EuGRZ 2008, S. 527 ff.). Zudem fragt sich, ob die ermessensweise behördliche Bewilligung gewisser Betriebe als Raucherlokale, die vorliegend einer Kontingentierung gleichkommt, nicht die rechtlichen Interessen von Konkurrenten berührt, namentlich in Bezug auf die Gleichbehandlung und das Willkürverbot. Darüber wird allerdings im Rekursverfahren zu befinden sein. Soweit während dieses Verfahrens die vorsorgliche Erteilung der Bewilligung verlangt wird, hat eine Interessenabwägung stattzufinden. Dabei steht insbesondere das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der neuen rechtlichen Ordnung im Vordergrund. Bei der Interessenabwägung kann der vom Gesetzgeber als vordringlich erachtete Zweck, der Schutz vor Passivrauchen, nicht grundsätzlich relativiert werden. Der Gesetzgeber war bzw. ist befugt, diesem Zweck hohe Bedeutung zuzumessen.

Der Beschwerdeführer macht eine erhebliche Umsatzeinbusse geltend. Eine solche erscheint durchaus glaubhaft dargetan. Allerdings nahm es der Gesetzgeber in Kauf, dass durch die hohe Gewichtung des Schutzes vor Passivrauchen zahlreiche Gastwirtschaften in existentielle Schwierigkeiten geraten. Ob die Erhaltung des Betriebs das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der restriktiven Vorschriften überwiegt, ist im Rahmen des Sachentscheids zu prüfen. Wie erwähnt, kann von einer Bewilligung grundsätzlich erst Gebrauch gemacht werden, wenn sie rechtskräftig erteilt worden ist. Eine Ausnahmesituation, welche die Ausübung der mit der nachgesuchten Bewilligung verlangten Befugnisse bereits während des hängigen Verfahrens gestattet, liegt nicht vor. Der Beschwerdeführer wusste seit Monaten um die neue gesetzliche Ordnung. Abklärungen über die Kosten für den Einbau getrennter Räume hätte er bereits nach dem Erlass des Gesetzes treffen können. Damit hätte er eher über die für das Bewilligungs- und Rekursverfahren benötigten Unterlagen verfügt, was unter Umständen ermöglicht hätte, das Rekursverfahren rascher durchzuführen. Auch hätte der Beschwerdeführer die betrieblichen Verhältnisse und den Umfang der Belegschaft frühzeitig an die neue gesetzliche Ordnung anpassen müssen, da er nicht damit rechnen konnte, eine Ausnahmebewilligung zu erhalten. Würde während eines hängigen Verfahrens um Erteilung einer Ausnahmebewilligung vorsorglich die Führung einer Gastwirtschaft als Raucherbetrieb gestattet, so würde der Vollzug des Gesetzes geradezu ausgehebelt. Dies lässt auch eine Existenzgefährdung eines betroffenen Betriebs nicht

schwerer wiegen als das öffentliche Interesse am Vollzug des Gesetzes. Zudem ist offen, wann die Initiativen für die Neuregelung des Rauchverbots zur Abstimmung gelangen. Dabei ist es möglich, dass sowohl eine Lockerung oder aber eine Verschärfung des Rauchverbots durchgesetzt wird. Im übrigen erscheint es auch im Hinblick auf die rechtsgleiche Behandlung anderer vom Rauchverbot betroffener Betriebe nicht statthaft, bereits während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens die Inanspruchnahme der beantragten Ausnahmebewilligung vorwegzunehmen.

66

Art. 40 Abs. 2 i.V. m. Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP (sGS 951.1). Abgabeverfügungen unterer kommunaler Instanzen sind gemäss rechtsetzendem Reglement der Gemeinden nur dann direkt bei der Verwaltungsrekurskommission anfechtbar, wenn es sich dabei um selbständige Abgabeverfügungen handelt, die noch nicht rechtskräftig sind.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 19. Juni 2008

Mit drei Rechnungen vom 31. Januar 2008 auferlegte das Amt für Baubewilligungen der Stadt St. Gallen X im Zusammenhang mit drei Baugesuchen diverse Gebühren im Gesamtbetrag von Fr. 2158.–. Die Rechnungen sind mit folgender Rechtsmittelbelehrung versehen:

«Soweit diese Gebühren nicht auf einem rechtskräftigen Entscheid des Amtes für Baubewilligungen bzw. der Baubewilligungskommission beruhen, stellt diese Rechnung eine Verfügung der Direktion Bau und Planung dar, die binnen 14 Tagen seit schriftlicher Eröffnung mittels Rekurs bei der Verwaltungsrekurskommission, Unterstrasse 28, 9000 St. Gallen, angefochten werden kann (Art. 40 Abs. 2 und Art. 41 Abs. 3 lit. h Ziff. 5 VRP). Der Rekurs ist schriftlich einzureichen. Er muss einen Antrag, die Darstellung des Sachverhalts und eine Begründung enthalten. Er ist zu unterzeichnen. Die angefochtene Verfügung ist beizulegen.»

Gestützt auf diese Rechtsmittelbelehrung erhob X Rekurs bei der Verwaltungsrekurskommission.

Aus den Erwägungen:

1. Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen.

a) Gemäss Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP können selbständige Verfügungen und Entscheide der obersten Verwaltungsbehörde einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt über Gebühren, Taxen, Beiträge und andere öffentlich-rechtliche Geldleistungen Privater sowie über öffent-

lich-rechtliche Sicherheitsleistungen und Rückerstattungen Privater bei der Verwaltungsrekurskommission mit Rekurs angefochten werden. Nach Art. 40 Abs. 2 VRP können Gemeinden durch rechtsetzendes Reglement bestimmen, dass Verfügungen und Entscheide unterer Instanzen unmittelbar an die kantonale Rekursinstanz weitergezogen werden.

Der Wortlaut von Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP spricht von selbständigen Verfügungen über Gebühren, Taxen, Beiträge und andere öffentlich-rechtliche Geldleistungen Privater. Mit der durch das Nachtragsgesetz zum VRP vom 20. Juni 1974 eingeführten Bestimmung sollte der Regierungsrat als Rekursinstanz entlastet werden. Die betreffenden Streitigkeiten wurden in die Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission verwiesen, weil diese bereits Rekursinstanz in Steuer- und Ersatzabgabesachen, welche zu den sogenannten Kausalabgaben in grundsätzlicher Hinsicht manche Gemeinsamkeiten aufweisen, war und dies der Heranbildung einheitlicher abgaberechtlicher Prinzipien förderlich sein sollte. Für Kostensprüche, die Teil eines materiellen Entscheids oder einer Bewilligung sind, wurde ein selbständiger Weiterzug an die Verwaltungsrekurskommission nicht als zweckmässig erachtet, weil die Überprüfung des Abgabeentscheids wenigstens eine summarische materielle Prüfung des Falls voraussetzt. Insbesondere wäre es nach Auffassung des Gesetzgebers nicht sinnvoll, für einen Entscheid des Gemeinderats, der in materieller Hinsicht dem Weiterzug an den Regierungsrat unterliegt, in gebühren- oder taxenmässiger Hinsicht den Rekurs an die Verwaltungsrekurskommission vorzusehen. Eine solche Lösung wäre nicht nur unpraktisch und würde unnötige Mehrkosten verursachen, sondern liesse vor allen Dingen auch die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen entstehen (vgl. Botschaft, in: ABl 1973 S. 1131–1133). An diesen Überlegungen hat sich mit dem III. Nachtragsgesetz zum VRP vom 9. November 1995, mit dem zur Entlastung des Regierungsrats neu die Departemente als Rekursinstanz eingeführt wurden (vgl. Art. 43bis VRP; Botschaft, in: ABl 1994 S. 2346), nichts geändert (VRKE I/2 vom 9. Januar 2002 in Sachen R. S., S. 4 f.). Eine Abgabeverfügung ist folglich dann als selbständig zu qualifizieren, wenn die Kostenerhebung als solche Gegenstand der Verfügung ist. Sind die Kosten demgegenüber nur die Folge eines Entscheids über materiellrechtliche Fragen, liegt keine selbständige Abgabeverfügung vor. Als unselbständig gilt eine Abgabeverfügung dann, wenn sie Teil eines materiellen Entscheides oder einer Bewilligung ist (GVP 2004 Nr. 56 mit weiteren Hinweisen).

b) Die drei umstrittenen Rechnungen datieren vom 31. Januar 2008. Der Rekurs wurde am 18. Februar 2008 bei der Staatskanzlei zuhanden der Verwaltungsrekurskommission abgegeben. Trotz entsprechender Aufforderung hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 18. März 2008 keine Angaben zum Zeitpunkt der Zustellung der Rechnungen gemacht. Es ist deshalb von der Rechtzeitigkeit des Rekurses auszugehen (vgl. VerwGE B 2008/21 vom 30. April 2008 in Sachen D. S. mit weiteren Hinweisen auf die Praxis zur Beweislast beim Versand uneingeschriebener Briefpostsendungen).

Die Rechnungen stammen vom Amt für Baubewilligungen der Stadt St.Gallen bzw. von der Direktion Bau und Planung (vgl. Rechtsmittelbelehrung) und damit nicht vom Stadtrat als oberster Verwaltungsbehörde einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Mit dem Reglement über den Weiterzug von Verfügungen und Entscheiden unterer Instanzen vom 22. Mai 2007 (in Kraft seit 1. Januar 2008) hat das Stadtparlament jedoch von Art. 40 Abs. 2 VRP Gebrauch gemacht und in Art. 1 dieses Erlasses bestimmt, dass Verfügungen und Entscheide unterer städtischer Instanzen unmittelbar an die kantonale Rekursinstanz weitergezogen werden können. Die Rechnungen vom 31. Januar 2008 erfüllen die inhaltlichen Anforderungen, welche an eine Verfügung gestellt werden (vgl. Art. 24 VRP), nicht. Durch die Vernehmlassung vom 18. März 2008, welche vor der Leistung des Kostenvorschusses eingeholt wurde, wurde dieser Mangel im Rekursverfahren geheilt, was unabhängig vom Verfahrensausgang bei der Kostenregelung zuungunsten der Vorinstanz zu berücksichtigen ist.

Somit ist von einem tauglichen Anfechtungsobjekt auszugehen, soweit es sich um eine selbständige Abgabeverfügung handelt, welche noch nicht rechtskräftig ist.

Gegenstand der angefochtenen Rechnungen sind Gebühren im Zusammenhang mit den drei eingangs erwähnten Baubewilligungsverfahren. Die eine Rechnung betrifft das Baugesuch, das am 29. August 2005 eingereicht wurde. In Rechnung gestellt werden die Entscheid- und Schreibgebühr für die Baueinstellungsverfügung vom 26. Juli 2005, zusammen Fr. 230.–, sowie die Entscheid- und Schreibgebühr für den ablehnenden Baubewilligungsentscheid vom 23. September 2005, zusammen Fr. 510.–. Diese Gebühren bilden Bestandteil der entsprechenden Entscheide (jeweils unter dem Vermerk «Kosten») und stellen daher keine selbständigen Abgabeverfügungen im Sinn von Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP dar, für deren Beurteilung die Verwaltungsrekurskommission zuständig wäre. Sie hätten rechtzeitig bei der in der Sache materiell zuständigen Rekursinstanz, dem Baudepartement, angefochten werden müssen. Die Baueinstellungsverfügung samt Entscheid- und Schreibgebühr vom 26. Juli 2005 erwuchs jedoch unangefochten in Rechtskraft. Gegen den Entscheid betreffend die Ablehnung der Baubewilligung vom 23. September 2005 erhob der Rekurrent Rekurs beim Baudepartement. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2007 wurde dieser Rekurs zurückgezogen, womit die Baubewilligung samt Entscheid- und Schreibgebühr ebenfalls in Rechtskraft erwuchs. In diesem Sinn ist offenbar auch die Rechtsmittelbelehrung zu verstehen, wonach Gebühren, die auf einem rechtskräftigen Entscheid des Amtes für Baubewilligungen bzw. der Baubewilligungskommission beruhen, nicht mehr anfechtbar sind. Vom Gesamtbetrag von Fr. 784.– sind damit bereits Gebühren im Umfang von Fr. 740.– rechtskräftig.

Was die Entscheid- und Schreibgebühren der zwei weiteren Baubewilligungsverfahren betrifft, verhält es sich bei den beiden weiteren Rechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 568.– bzw. Fr. 806.– gleich. Es handelt sich im Umfang von Fr. 470.– bzw. Fr. 740.– (inkl. Gebühr des Amtes für Feuerschutz von Fr. 50.–) um bereits in

den Entscheiden betreffend Abweisung des Baugesuchs vom 22. Dezember 2006 bzw. Bewilligung des Baugesuchs vom 15. November 2007 verfügte unselbständige Abgaben. Diese Verfügungen sind rechtskräftig und die Abgaben daher nicht mehr anfechtbar.

Vom Gesamtbetrag der drei Rechnungen im Ausmass von Fr. 2158.– ist damit bereits ein Anteil von Fr. 1950.– rechtskräftig.

c) Zu entscheiden bleibt somit noch, ob es sich bei den in den angefochtenen Rechnungen enthaltenen Gebühren von je Fr. 44.–, Fr. 98.– bzw. Fr. 66.– (total Fr. 208.–) um selbständige Abgabeverfügungen im Sinn von Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP handelt. Dabei geht es um Kosten für eine Visierkontrolle (Fr. 40.–), diverse Fotos (Fr. 6.– pro Stück, total Fr. 48.–), einen Augenschein (Fr. 20.–) und mehrere Zustellungen der Bauanzeigen (Fr. 20.– pro Zustellung, total Fr. 100.–). Diese Kosten wurden dem Rekurrenten am 31. Januar 2008 offenbar erstmals in Rechnung gestellt. Obschon sie in den erwähnten Entscheiden der drei Baubewilligungsverfahren nicht enthalten waren und deshalb noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind, weisen sie einen sehr engen inneren Zusammenhang zu den jeweiligen Baubewilligungsverfahren auf. Sie wurden direkt durch die Einreichung der drei Baugesuche verursacht, indem für die Prüfung der Gesuche ein Augenschein mit Erstellung von Fotos sowie Visierkontrollen und Bauanzeigen an betroffene Nachbarn nötig wurden. Mit Ausnahme von einem Foto vom 24. Juli 2006 waren sämtliche dieser Gebühren beim Entscheid über die jeweiligen Baugesuche bereits bekannt. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb sie in den fraglichen Entscheiden nicht enthalten waren. Die Kosten für das Foto vom 24. Juli 2006 hätten zudem ohne weiteres in den Baubewilligungsentscheid vom 22. Dezember 2006 aufgenommen werden können.

Unabhängig davon werden diese Gebühren jedoch allein durch die Tatsache, dass sie Gegenstand einer separaten Verfügung sind, nicht zu selbständigen bei der Verwaltungsrekurskommission anfechtbaren Abgabeverfügungen. Vielmehr sind diese Kosten die unmittelbare Folge eines Entscheids über materiellrechtliche Fragen und teilen daher, was die Rechtmittelinstanz anbelangt, das Schicksal der Verfügung in der Hauptsache. Zur Beurteilung der Gebühren betreffend Augenschein, Fotos, Bauanzeigen und Visierkontrolle ist folglich das Baudepartement und nicht die Verwaltungsrekurskommission zuständig (Art. 43bis lit. a und Art. 40 Abs. 2 VRP, Art. 25 lit. b des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei, sGS 141.3).

d) Mangels Vorliegens von noch nicht rechtskräftigen, selbständigen Abgabeverfügungen ist dementsprechend auf den Rekurs nicht einzutreten. Der Rekurs ist samt den aufgelaufenen Akten in Anwendung von Art. 72 Abs. 1 GerG zuständigkeitshalber dem Baudepartement zur Beurteilung der noch nicht rechtskräftig veranlagten unselbständigen Abgaben im Gesamtbetrag von Fr. 208.– zu überweisen.

67

Art. 95 Abs. 2 VRP (sGS 951.1). Die Kostenregelung kann unabhängig vom Erfolgsprinzip nach dem Verursacherprinzip vorgenommen werden.
Art. 98 Abs. 2 VRP (sGS 951.1). Der Beizug eines rechtskundigen Vertreters ist nicht notwendig für Handlungen, die von jedem Steuerpflichtigen erwartet werden.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 7. Juni 2008

Der Rekurrent, der bereits im Steuereinspracheverfahren anwaltlich vertreten war, machte erstmals im Rekursverfahren einen Schuldzinsenabzug geltend und reichte einen entsprechenden Beleg ein.

Aus den Erwägungen:

3.- a) Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Kosten, die ein Beteiligter durch Trölerei oder anderes ungehöriges Verhalten oder durch Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften veranlasst, gehen zu seinen Lasten. Ferner hat jeder Beteiligte die Kosten zu übernehmen, die durch nachträgliches Vorbringen von Begehren, Tatsachen oder Beweismitteln entstehen, deren rechtzeitige Geltendmachung ihm möglich und zumutbar gewesen wäre (Art. 95 Abs. 2 VRP). Art. 95 Abs. 1 VRP regelt die Kostenverlegung nach dem Erfolgsprinzip, dem die Tatbestände nach Art. 95 Abs. 2 VRP, welche die Kostenverlegung nach dem Verursacherprinzip vornehmen, vorbehalten ist (R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St.Gallen 2004, S. 86 ff. und 93 ff., insbesondere 94). In der Streitsache geht die Kostenregelung nach Verursacherprinzip jener nach Erfolgsprinzip vor, da der Rekurrent spätestens im Einspracheverfahren den Abzug der Schuldzinsen hätte verlangen können. Er hat jedoch erst im Rekurs unter Beilage der Schuldzinsbescheinigung einen solchen Abzug beantragt. Er hat daher die Kosten des Rekursverfahrens durch die verspätete Geltendmachung des Schuldzinsenabzugs verursacht. Aufgrund der Akten ist nicht ersichtlich, warum dies nicht bereits während dem Einspracheverfahren, in dem er bereits anwaltlich vertreten war, möglich gewesen wäre. Es ist deshalb davon auszugehen, dass ihm die rechtzeitige Geltendmachung des Schuldzinsenabzugs im Einspracheverfahren möglich und zumutbar gewesen wäre. Der Rekurrent hat daher die Kosten des Rekursverfahrens gestützt auf Art. 95 Abs. 2 VRP zu tragen, obwohl der Rekurs gutgeheissen wird. . . .

b) Im Rekursverfahren hat die obsiegende Partei Anspruch auf Entschädigung der ausseramtlichen Kosten, soweit sie aufgrund der Sach- und Rechtslage als notwendig und angemessen erscheinen (Art. 98 und 98bis VRP). Eine Vertretung im Rekursverfahren ist notwendig, wenn es sich um eine in tatsächlicher oder recht-

licher Hinsicht komplexe Streitsache handelt, die Prozessführung die Fähigkeiten des Vertretenen übersteigt und die Streitsache für ihn eine erhebliche Bedeutung hat (GVP 1987 Nr. 45; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 845). Die Frage der Notwendigkeit bestimmt sich nach den Verhältnissen im Einzelfall (GVP 1987 Nr. 93). Die Deklaration von Schuldzinsen und die Beilage eines entsprechenden Belegs ist eine Handlung, die von jedem Steuerpflichtigen erwartet wird und bedarf keiner Rechtsvertretung. Die Streitsache ist zudem weder komplex noch für den Rekurrenten von erheblicher Bedeutung. Der Beizug eines Rechtsvertreters erweist sich damit als nicht notwendig, weshalb kein Anspruch auf ausseramtliche Entschädigung besteht. Selbst wenn grundsätzlich ein Anspruch bestünde, wäre die Zusprechung einer Entschädigung in analoger Anwendung von Art. 95 Abs. 2 VRP zu verweigern (vgl. Hirt, a. a. O., S. 185 f.).

3. Zivilrechtspflege

68

Art. 22 GestG (SR 272). Ein Anwaltsvertrag ist in der Regel kein Vertrag über eine Leistung üblichen Verbrauchs im Sinne von Art. 22 GestG, welcher die Zuständigkeit für Konsumentenverträge festlegt. Eine Gerichtsstandsvereinbarung kann gültig vereinbart werden.

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 13. Februar 2008

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 22 Abs. 1 GestG ist für Klagen des Anbieters oder der Anbieterin bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei zuständig. Gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung gelten als Konsumentenverträge «Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse des Konsumenten oder der Konsumentin bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden».

Ob von Art. 22 Abs. 2 GestG auch Verträge erfasst werden, bei welchen die persönliche Beziehung zwischen den Parteien, insbesondere ein Treueverhältnis, im Vordergrund steht, ist aufgrund des Wortlauts der Bestimmung offen. Verschiedene Autoren lehnen dies ab: Ihrer Meinung nach fehlt es bei solchen Vertragsverhältnissen am kommerziellen Charakter (Y. Donzallaz, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Bern 2001, 507) bzw. ist das dem Konsumen-

tenvertrag zugrunde liegende strukturelle Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern hier nicht in gleichem Masse gegeben wie bei unpersönlichen, standardisierten Warentransaktionen und kommerzialisierten Dienstleistungen (B. Gross, Konsumentenverträge [Art. 22 GestG], in: Gauch/Thürer [Hrsg.], Symposien zum schweizerischen Recht, Zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich/Basel/Genf 2002, 109 [zit: Gross, Konsumentenverträge]; B Gross, in: Müller/Wirth [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, N 132 zu Art. 22 GestG [zit.: Gross, Komm. GestG]). Nach der Auffassung anderer Autoren kann Art. 22 GestG – gerade wegen seines offenen Wortlauts – eine solche Beschränkung jedoch nicht entnommen werden (vgl. F. Walther, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Aufl., Bern 2005, N 29 zu Art. 22 GestG; A. Brunner, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Basel/Genf/München 2001, N 16 zu Art. 22 GestG).

Das Bundesgericht hatte sich mit dieser Frage bislang noch nicht ausdrücklich zu befassen. In BGE 132 III 269 ff. hielt es immerhin fest, dass für die Umschreibung des Konsumentenvertrags der besondere Schutzzweck der im Interesse des Konsumenten erlassenen Bestimmung massgebend sei. Der Anwendungsbereich sei eng zu verstehen, denn der Sozialschutz beschränke sich nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich auf private Abnehmer und auf Leistungen des üblichen Bedarfs (vgl. BGE 132 III 268 Erw. 2.2.2). In einem früheren, Art. 13 LugÜ betreffenden Entscheid hatte es ausgeführt, dass Rechtsgeschäfte, bei welchen nicht der kommerzielle Charakter, sondern die persönlichen Beziehungen, insbesondere das Treueverhältnis zwischen den Parteien, im Vordergrund stünden, in der Literatur vom Begriff des Konsumentenvertrags ausgenommen würden (vgl. BGE 121 III 336 Erw. 5e bb). Im Übrigen könne es – unter Vorbehalt der von der Schutzbestimmung ausdrücklich ausgenommenen Verträge – aber nicht darauf ankommen, um welche Art von Vertrag es sich handle (vgl. BGE 121 III 336 Erw. 5 e dd).

Eindeutige Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage können sodann auch der Entstehungsgeschichte von Art. 22 GestG nicht entnommen werden (vgl. auch Gross, Konsumentenverträge, 110). Fest steht immerhin, dass nach dem Vorschlag der Expertenkommission auf die Festlegung eines besonderen Konsumentengerichtsstands ursprünglich verzichtet werden sollte (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 18. November 1998 = BBl 1999 2829–2894 [zit.: Botschaft], 2859). Unter dem Eindruck der im Vernehmlassungsverfahren an diesem Vorschlag geäusserten Kritik (vgl. Botschaft, 2840 und 2859) entschloss sich der Bundesrat jedoch zu einem anderen Vorgehen. Bei seinem Entwurf eines allgemeinen Gerichtsstands für alle Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen liess er sich von Art. 13 Abs. 1 LugÜ leiten (vgl. Botschaft, 2860). Dort wird der Konsumentenvertrag negativ umschrieben als Vertrag, den eine Person zu einem Zweck abgeschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person (Verbraucher) zugerechnet werden kann. Eine entsprechende

Modifikation hätte auch Art. 120 Abs. 1 IPRG erfahren sollen. Auch in diesem Artikel sollte der Konsumentenvertrag neu negativ umschrieben werden. Gleichzeitig sollte auch die in Art. 120 Abs. 1 IPRG enthaltene und vom Bundesrat als «irreführend» (vgl. Botschaft, 2860) erachtete Beschränkung auf Leistungen des «üblichen Verbrauchs» aufgegeben werden. Die eidgenössischen Räte und ihre vorberatenden Kommissionen folgten dem Vorschlag des Bundesrats jedoch nicht. Stattdessen einigten sie sich auf eine positive Umschreibung des Konsumentenvertrags und eine restriktivere Formulierung, welche Art. 22 GestG – in Übereinstimmung mit dem unverändert gebliebenen Art. 120 IPRG – nur Leistungen des üblichen Verbrauchs unterwirft.

Die Frage, ob Verträge, welche durch eine persönliche Beziehung, namentlich ein Treueverhältnis zwischen den Parteien, gekennzeichnet sind, Konsumentenverträge im Sinne dieser Bestimmung darstellen, wird schliesslich auch im Rahmen von Art. 120 IPRG, welcher aufgrund seines ähnlichen Wortlauts zur Auslegung von Art. 22 GestG herangezogen werden kann, kontrovers beurteilt (befürwortend: A. Brunner, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007, N 26 zu Art. 120 IPRG; I. Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, Bd. 2, St.Gallen/Lachen 1997, N 569; Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2006, N 754 f.; A. Schnyder, Das neue IPR-Gesetz, 2. Aufl., Zürich 1990, mit Hinweis auf ZR 87 [1988] 214 ff., 220; ablehnend dagegen: A. Staehelin, Die bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften über konsumentenrechtliche Streitigkeiten – ein Überblick, in: Meier/Riemer/Weimar [Hrsg.], Recht und Rechtsdurchsetzung, FS Walder, Zürich 1994, 125 ff., 131; zum Ganzen vgl. auch M. Koller-Tumler, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1995, 164 f.).

Angesichts dessen, dass das strukturelle Ungleichgewicht zwischen den Parteien, welches typische Konsumentenverträge charakterisiert, durch die ausdrückliche Pflicht zur umfassenden Interessenwahrung und die Möglichkeit zur jederzeitigen fristlosen Auflösung bei solchen Verträgen eine erhebliche Korrektur erfährt, kann ernstlich bezweifelt werden, ob sich der durch Art. 22 GestG bezweckte Sozialschutz nach dem Willen des Gesetzgebers auch auf diese erstrecken soll. Vorliegend braucht diese Frage jedoch nicht abschliessend beantwortet zu werden. Dem konkret zu beurteilenden Rechtsgeschäft fehlt es nämlich bereits an der unter Art. 22 Abs. 2 GestG vorausgesetzten Üblichkeit.

3. Die Beschränkung von Art. 22 GestG auf Leistungen des üblichen Verbrauchs entspricht dem ausdrücklichen – in den Materialien deutlich zum Ausdruck kommenden – Willen des Gesetzgebers, der damit bewusst vom weitergehenden Vorschlag des Bundesrats abwich (vgl. oben, Erw. 2). In den parlamentarischen Beratungen wurde betont, dass eine einengende Definition des Konsumentenvertrags angezeigt sei, weil nicht alle Verträge, welche ein Privater eingehe und die nicht mit seinem Beruf oder Gewerbe zusammenhingen, von Art. 22 GestG erfasst werden sollten (vgl. Votum Wicki, Amtl. Bulletin StR 1999, 892; vgl. auch Votum Brunner, Amtl. Bulletin StR 1999, 894; Votum Gross, Amtl. Bulletin NR 1999, 2410). Die-

se Intention wird im Rahmen der Auslegung von Art. 22 GestG auch vom Bundesgericht als massgebend erachtet, wenn es festhält, dass sich der mit dieser Bestimmung verfolgte Sozialschutz nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich auf private Abnehmer und Leistungen des üblichen Bedarfs beschränke (dazu oben, Erw. 2).

Zu untersuchen bleibt, welche Bedeutung der Beschränkung auf den «üblichen Verbrauch» nach dem Willen des Gesetzgebers zukommt. Aus den parlamentarischen Beratungen geht deutlich hervor, dass jedenfalls Geschäfte ausgeschlossen werden sollten, deren Grössenordnung bzw. Tragweite den Rahmen des Üblichen sprengt (vgl. Votum Wicki, Amtl. Bulletin StR 1999, 892, wonach der Vertrag mit einem Baumeister über den Bau eines Hauses im Betrag von über Fr. 100 000.– nicht gemeint sein könne. Vgl. aber Votum Gross, Amtl. Bulletin NR 1999, 2410, wonach sich die vorberatende Kommission einig gewesen sei, dass der Kauf eines Autos – «im Sinne, das Auto als üblichen Verbrauchsartikel zu bezeichnen» – durchaus unter den üblichen Verbrauch fallen könne. Schliesslich vgl. auch ZGGVP 2004 189 ff., wo der Vertrag über die Miete eines Wohnmobils für eine Dauer von zwei Wochen zum Preis von Fr. 1875.– als Konsumentenvertrag im Sinne von Art. 22 GestG qualifiziert wurde).

Ob sich die Beschränkung darüber hinaus aber auch auf Verträge beziehen sollte, die bereits von ihrem Gegenstand her keine üblichen bzw. gewöhnlichen Bedürfnisse eines Konsumenten betreffen, wurde vom Gesetzgeber nicht spezifisch erörtert. Auf Grundlage der – unwidersprochen gebliebenen – Wortmeldungen der Kommissionsberichterstatter in den Räten kann dies aber angenommen werden (vgl. insbesondere das soeben zitierte Votum Gross, Amtl. Bulletin NR 1999, 2410 [«übliche Verbrauchsartikel»]; für eine Beschränkung des üblichen Verbrauchs auf «Verträge zur Deckung der regelmässigen privaten Bedürfnisse, insbesondere der täglichen und Grundbedürfnisse» sodann Gross, Konsumentenverträge, 108; vgl. auch Brunner, a. a. O., N 15 zu Art. 22 GestG: «Leistungen des üblichen Verbrauchs bzw. übliche Angebote für Waren und Dienstleistungen im Rahmen der Tauschbeziehung zwischen Unternehmen und Privathaushalten»; im Übrigen vgl. auch ZGGVP 2004 189 ff., 190). Auch das Bundesgericht verstand in BGE 132 III 268 Erw. 2.2.3, den gesetzgeberischen Willen so, dass der Konsumenten-Gerichtsstand mit der Formulierung von Art. 22 GestG auf Verträge beschränkt werden sollte, «deren *Gegenstand* den Rahmen des üblichen Konsums nicht sprengt» (Hervorhebung nur hier). Ferner hielt es fest, dass für die zuständigkeitsbestimmende Voraussetzung der Üblichkeit des Konsums praktikable Richtlinien anzustreben seien. Diese könnten sich etwa an der *Art des Geschäfts* orientieren (BGE 132 III 268 Erw. 2.2.3). Eine entsprechende Auslegung des «üblichen Verbrauchs» wird von einem Teil der Lehre schliesslich auch im Rahmen von Art. 120 IPRG befürwortet (vgl. Keller/Kren Kostkiewicz, Zürcher Kommentar; 2. Aufl., Zürich 2004, N 21 zu Art. 120 IPRG; Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000, Kapitel 5 § 1 N 731; Brunner, a. a. O., N 24 zu Art. 120 IPRG). An den Wortlaut

dieses Artikels lehnte sich der Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 22 GestG ausdrücklich an (vgl. Votum Brunner, Amtl. Bulletin StR 1999, 894).

Als Verträge über Leistungen üblichen Verbrauchs sind entsprechend den obigen Ausführungen daher Verträge zu qualifizieren, die ein Konsument gewöhnlicherweise abschliesst und die *weder in Bezug auf ihre Grössenordnung bzw. Tragweite noch in Bezug auf ihren Gegenstand* als ausserordentlich einzustufen sind. Massgebend hierfür ist die Verkehrsauffassung (vgl. auch Gross, Komm. GestG, N 124 zu Art. 22 GestG). Im Blickfeld dürften namentlich Haustürgeschäfte und ähnliche Verträge über Sach- und Dienstleistungen des gewöhnlichen Bedarfs, Abzahlungs- und Vorauszahlungsverträge, Konsumkreditverträge sowie Verträge mit Kleinreisenden und Pauschalreiseverträge liegen. Diese wurden denn auch in der Botschaft als typische Konsumentenverträge erwähnt (vgl. Botschaft, 2860).

4. Der Vertrag, mit dem ein Anwalt betraut wird, die Interessen einer Klientschaft in einer bestimmten Angelegenheit zu wahren, stellt allein schon aufgrund seines Gegenstands keinen Vertrag über eine Leistung des üblichen Verbrauchs dar, auf den sich der auf Sozialschutzüberlegungen beruhende Konsumentengerichtsstand gemäss Art. 22 GestG beschränkt (BGE 132 III 268 Erw. 2.2.2). Anders könnten – in Anlehnung an eine ebenfalls im Rahmen von Art. 120 IPRG vertretene Lehrmeinung (vgl. Keller/Kren Kostkiewicz, a. a. O., N 23 zu Art. 120 IPRG; Vischer/Huber/Oser, a. a. O., Kapitel 5 § 1 N 731) – höchstens Mandatsverhältnisse, die sich auf die Interessenwahrung in einer typischen Konsumentenangelegenheit beziehen, zu beurteilen sein. In aller Regel dürfte dem Beizug eines Anwalts eine *ausserordentliche* Situation zugrunde liegen (vgl. auch Gross, Komm. GestG, N 169 zu Art. 22 GestG; Gross, Konsumentenverträge, 111). Vorliegend bestand diese darin, dass die Beklagten Einschränkungen aus der Errichtung einer Baute befürchteten, welche sie zu verhindern suchten.

69

Art. 15 Abs. 1 lit. b, Art. 196 lit. e, Art. 200 ZPO (sGS 961.2); Ziff. 84bis Anhang 1 zur ZPV (sGS 961.21); Art. 164 HRegV (SR 221.411). Der Handelsgerichtspräsident ist zur Anordnung der Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit zuständig. Die ehemalige Liquidatorin einer gelöschten Aktiengesellschaft mit Einzelzeichnungsberechtigung ist zur Einreichung eines Wiedereintragungsgesuches legitimiert.

Handelsgerichtspräsident, 7. November 2008

Aus den Erwägungen:

4. Nach Art. 15 Abs. 1 lit. b ZPO ist das Handelsgericht ausschliesslich für Streitigkeiten über Handelsgesellschaften und Genossenschaften zuständig. Vorliegend geht es um eine gestützt auf Art. 164 HRegV beantragte Wiedereintragung einer gelöschten Aktiengesellschaft. Die vorliegende Sache fällt damit in die handelsgerichtliche Zuständigkeit. Es kommt das summarische Verfahren zur Anwendung (Art. 196 lit. e i.V. m. Art. 200 ZPO; Ziff. 84bis Anhang 1 zur ZPV; vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 1a und b zu Art. 200 ZPO). Daraus folgt konkret die Zuständigkeit des Handelsgerichtspräsidenten (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 2a zu Art. 15 ZPO).

5. Gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. a HRegV kann das Gericht auf Antrag die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit ins Handelsregister anordnen, sofern glaubhaft gemacht wird, dass nach Abschluss der Liquidation der gelöschten Rechtseinheit Aktiven vorliegen, die noch nicht verwertet oder verteilt worden sind. Zum Antrag berechtigt ist, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit hat (Art. 164 Abs. 2 HRegV).

Vorliegend stellt die ehemalige, einzige von der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) mit der Liquidation der X. AG in Liquidation beauftragte Gesuchstellerin einen Antrag auf Wiedereintragung. Sie hat als ehemalige Liquidatorin der gelöschten Aktiengesellschaft ein schutzwürdiges Interesse und ist damit zum Antrag auf Wiedereintragung berechtigt. Nachdem sie als Liquidatorin der gelöschten AG über Einzelzeichnungsberechtigung verfügte, ist sie zur Einreichung des vorliegenden Wiedereintragungsgesuches legitimiert. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, legt sie hinreichend dar, dass über die offensichtlich überschuldete Gesellschaft der Konkurs zu eröffnen bzw. die Liquidation zu beenden ist, nachdem sich im Nachhinein ergeben hat, dass rund 50 Anleger aus Deutschland Verträge mit der X. AG in Liquidation abgeschlossen und rund EUR 1,3 Mio. investiert haben. Das Handelsregisteramt des Kantons St.Gallen ist damit anzuweisen, die im Handelsregister gelöschte Firma X. AG in Liquidation mit Sitz in Y. wieder in das Handelsregister einzutragen.

70

Art. 154 ZPO (sGS 961.2). Sachliche Zuständigkeit; Urheberrecht und Wettbewerbsrecht.

Kassationsgericht, 10. September 2008

Nach Art. 15 Abs. 2 ZPO kann das Handelsgericht eine Streitigkeit mitbeurteilen, die mit der zu beurteilenden Streitigkeit eng zusammenhängt. Fallbezogen heisst dies: Das Handelsgericht kann eine Streitigkeit über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mitbeurteilen, wenn diese mit einer Streitigkeit über unlauteren Wettbewerb eng zusammenhängt. Gleiches ist für das Kantonsgericht in Art. 19 ZPO nicht ausdrücklich vorgesehen, gilt aber ähnlich nach Art. 12 Abs. 2 UWG. Steht danach ein zivilrechtlicher Anspruch wegen unlauteren Wettbewerbs im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit, für die das entsprechende Bundesgesetz (hier: das URG) eine einzige kantonale Instanz (hier: das Kantonsgericht) vorsieht, so kann eine Klage wegen unlauteren Wettbewerbs bei dieser einzigen kantonalen Instanz (hier: beim Kantonsgericht) angehoben werden. Art. 12 Abs. 2 UWG gehört zu den Bestimmungen des Bundesrechts, die nach Art. 1 Abs. 2 ZPO ausdrücklich vorbehalten bleiben.

Nach Art. 66 ZPO können, ganz allgemein, Nebenbegehren, die mit dem Hauptbegehren eng zusammenhängen, in die Klage einbezogen werden, wenn sie als selbständige Klagen nicht in die Zuständigkeit des gleichen Richters fallen würden. Art. 15 Abs. 2 ZPO geht über diesen allgemeinen Prozessgrundsatz hinaus: Nicht nur Nebenbegehren, sondern auch eng zusammenhängende Hauptbegehren und Widerklagen sind gemeint. Mitzubeurteilen sind solche Streitigkeiten aber immerhin nur dann, wenn das Schwergewicht bei der handelsgerichtlichen Zuständigkeit liegt (zum Ganzen: Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 8a zu Art. 15 ZPO, mit Hinweisen).

Art. 12 Abs. 2 URG kennt diese Einschränkung nicht. Damit das für Streitigkeiten über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte zuständige Kantonsgericht auch Streitigkeiten über unlauteren Wettbewerb beurteilen darf, genügt nach Art. 12 Abs. 2 UWG, dass diese mit jenen «im Zusammenhang» stehen; die sinnverwandte Bestimmung im Kartellrecht (Art. 14 Abs. 1 KG) spricht von Ansprüchen, die mit einer Klage aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung «sachlich zusammenhängen». Ein enger oder schwergewichtiger Zusammenhang ist bundesrechtlich nicht verlangt.

Besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen Ansprüchen nach dem URG und Ansprüchen nach dem UWG, so kann auch eine Klage nach dem UWG somit beim Kantonsgericht angehoben werden. Die Regelung von Art. 12 Abs. 2 UWG bewirkt eine Kompetenzattraktion von Ansprüchen nach dem UWG beim Gericht, bei dem (unter anderem) Ansprüche nach dem URG geltend zu machen sind. Wo immaterialgüterrechtliche Ansprüche (unter anderem nach dem URG) mit lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen (nach dem UWG) konkurrieren, soll die Zuständigkeit zur Beurteilung der lauterkeitsrechtlichen Ansprüche derjenigen für die immaterialgüterrechtlichen Ansprüche folgen (zum Ganzen: Roland von Büren/Eugen Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [2. A. Bern 2002] S. 826 [b] Rz. 823; Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG [Basel/Genf/München und St.Gallen/Berlin 2001] N. 53 zu Art. 12 UWG; Mario M. Pedrazzini/Federico A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, UWG [2. A. Bern 2002] S. 285 ff. [1.2] Rz. 18.05 ff.).

Um zu beurteilen, ob mit der gegenständlichen Klage Ansprüche nach dem URG (aus Urheberrecht oder verwandten Schutzrechten) geltend gemacht wurden, und um danach die sachliche Zuständigkeit zu bestimmen, ist nach allgemeinem prozessrechtlichem Grundsatz auf den vom Kläger geltend gemachten Anspruch und auf dessen Begründung – somit auf das Vorbringen in der Klage – abzustellen (BGE 119 II 66 Erw. 2a S. 68; 122 III 249 Erw. 3b, bb, S. 252; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht [3. A. Zürich 1979] S. 106 [IV]; H. Sträuli/G. Messmer/R. Frank, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung [3. A. Zürich 1997] N. 11 zu § 17 ZH ZPO; Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts [8. A. Bern 2006] S. 130 [4. Kapitel, § 24, 1, Rz. 103a]; Hans Ulrich Walder-Richli, Zivilprozessrecht [4. A. Zürich 1996] S. 118 [§ 7, V, 1, Rz. 64]; BGE 119 II 66 Erw. 2a S. 68, mit Hinweisen).

Soweit das Kassationsgericht in diesem Zusammenhang (ausserhalb seiner eigenen funktionalen Zuständigkeit) Bundesrecht anwendet, geschieht dies vorfrageweise und nur soweit der Zuständigkeitsentscheid es gebietet. Solche Anwendung von Bundesrecht bindet die betroffenen Gerichte nur insofern, als mit dem Entscheid des Kassationsgerichts die sachliche Zuständigkeit unverrückbar feststeht. Dagegen ist das sachlich zuständige Gericht bei seiner materiellen Beurteilung an die (nur vorfrageweise erfolgte) Anwendung von Bundesrecht, wie sie dem Zuständigkeitsentscheid zugrunde liegt, nicht gebunden (GVP 2005 Nr. 61 [S. 256, 2. Abschnitt am Ende]). Entsprechend kann es beim Entscheid über die sachliche Zuständigkeit nicht darauf ankommen, ob das Kassationsgericht die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nach dem URG oder nach dem UWG für ausgewiesen erachten würde. …

Dass alle Verletzungshandlungen sachlich miteinander zusammenhängen, wurde und wird zu Recht nicht in Frage gestellt. Denn zu allen Verletzungshandlungen behauptet die Klägerin näher bezeichnete Anmassungen der Beklagten im Anschluss an die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwischen ihr und X.; in diesen Zusammenhang stellt sie die Gründung der Beklagten und die mit den behaupteten Verletzungshandlungen begründete treuwidrige Konkurrenzierung. Die behaupteten Anmassungen betreffen näher bezeichnete Computerprogramme, Daten, Pläne und Formulare, die – wie sich aus dem Zusammenhang ergibt – mit dazu beigetragen haben, dass sich die Klägerin den behaupteten ausgezeichneten Namen im Bereich der Reinraum-Messtechnik erarbeiten konnte.

Nach der Rechtsprechung des Kassationsgerichts bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit in Zweifelsfällen nach dem tatsächlichen Schwergewicht der Streitigkeit (GVP 1993 Nr. 56, 1996 Nr. 64, 2001 Nr. 60 oder 2003 Nr. 69). Allerdings bezieht sich diese Rechtsprechung durchwegs auf Fälle, in denen die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegenüber der sachlichen Zuständigkeit eines Kreisgerichts abzugrenzen war. Diese Abgrenzung richtet sich ausschliesslich nach kantonalem Recht. Müsste die hier umstrittene sachliche Zuständigkeit allein danach festgelegt werden, ob das tatsächliche Schwergewicht der Streitigkeit im Bereich

des UWG oder des URG liege, so würde dem Entscheid etwas Zufälliges anhaften; denn die tatsächlichen Vorbringen der Klägerin lassen sich nahezu gleichwertig beiden Bereichen zuordnen.

Die gegenständliche Abgrenzung richtet sich indes (auch) nach dem Bundesrecht, wie es nach Art. 1 Abs. 2 ZPO ausdrücklich vorbehalten bleibt: Wer urheberrechtliche Ansprüche geltend macht, kann vor dem hierfür als einziger Instanz zuständigen Kantonsgericht (Art. 64 Abs. 3 URG; Art. 19 Bst. a ZPO) *auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche* (nach dem UWG) geltend machen, wenn sie mit den urheberrechtlichen Ansprüchen (sachlich) zusammenhängen (Pedrazzini/Pedrazzini, S. 285, Rz. 18.05). Dies trifft hier zu. Nach der bundesrechtlich vorgesehenen Kompetenzattraktion beim Gericht, das die urheberrechtlichen Ansprüche beurteilt und nach der insofern geltenden Subsidiarität des lauterkeitsrechtlichen gegenüber dem immaterialgüterrechtlichen Gerichtsstand (vorstehende Ziff. 15), auf die auch das Handelsgericht in seiner Stellungnahme vom 20. Juni 2008 zutreffend hingewiesen hat (vorstehende Ziff. 8.4.1), erweist sich das vom Kläger angerufene Kantonsgericht als zuständig.

Dieses Ergebnis – Zuständigkeit des Kantonsgerichts – erscheint übrigens auch prozessökonomisch sinnvoll. Denn das Kantonsgericht hat sich im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen bereits aufwändig mit der gegenständlichen Streitigkeit befasst. Das Handelsgericht dagegen müsste sich bei entsprechender sachlicher Zuständigkeit erstmals und neu in die Streitigkeit einarbeiten, um das Hauptverfahren fortsetzen zu können. Dieser Gesichtspunkt ist zwar nicht ausschlaggebend, wird aber in der Rechtsprechung des Kassationsgerichts über die sachliche Zuständigkeit ergänzend mitberücksichtigt (GVP 2002 Nr. 79, S. 224 unten f.).

71

Art. 164 ZPO (sGS 961.2). Nachträgliche Eingabe; Sorgfaltspflicht.

Kassationsgericht, 18. November 2008

Wenn das Gericht eine nachträgliche Eingabe nicht zulässt, indem sie der einreichenden Partei vorwirft, die zumutbare Sorgfalt nicht aufgewendet zu haben, dann muss sie begründen können, worin die gebotene Sorgfalt bestanden habe und inwiefern sie, wäre sie angewendet worden, der betreffenden Partei ermöglicht hätte, die fragliche Eingabe früher einzureichen. Der missverstandene Hinweis auf die seit Monaten bestehende Datenbank bei G. übergeht die von der Beschwerdeführerin thematisierte Zufälligkeit bei der Recherche des Stands der Technik und enthält insofern keine hinreichende Begründung, um die Eingabe aus dem Recht zu weisen.

72

Art. 239 Abs. 1 Bst. b ZPO (sGS 961.2) und Art. 8 ZGB (SR 210). Willkürliche tatsächliche Feststellung aufgrund von Vermutungen (statt aufgrund der Abnahme beantragter Beweise).

Kassationsgericht, 17. Dezember 2008

Ob einzelne Arbeiten insofern lärmig seien, als die damit zusammenhängenden Emissionen vergleichbar sind mit jenen der konkret verbotenen Belade- und Entladevorgängen im Freien, ist eine vom Kassationsgericht überprüfbare Tatfrage. Denn soweit die Vorinstanz die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auf tatsächliche Annahmen stützt, kommt diesen tatsächlichen Annahmen die Funktion von tatsächlichen Feststellungen zu (GVP 2002 Nr. 83).

Die Vorinstanz hat bei der Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags nach dem Vertrauensprinzip in tatsächlicher Hinsicht angenommen, die Emissionen im Zusammenhang mit dem Umschichten und Umschlagen von Metallteilen mit Greifkran oder Stapler ausserhalb der Gebäude seien vergleichbar mit den zuvor erörterten konkret verbotenen Belade- und Entladevorgängen. Diese Annahme wurde indessen weder begründet noch belegt.

Im Berufungsverfahren hatte der Beschwerdebeklagte ausdrücklich einen Augenschein mit Demonstration der zu verbietenden Verrichtungen vor Ort als Beweis angeboten. Die Vorinstanz hat die zu beweisenden tatsächlichen Verhältnisse dagegen ohne Weiteres als wahr unterstellt, ohne hierüber den beantragten Beweis zu erheben oder zu begründen, warum der beantragte Beweis nicht erhoben werde. Soweit der Beschwerdebeklagte auf die in seiner Berufung vorgebrachten Lärmmessungen verweist, hat sich die Vorinstanz damit nicht auseinandergesetzt und sie sich auch nicht zu eigen gemacht. Eine – möglicherweise plausible, aber doch nur vermutete – umstrittene tatsächliche Feststellung, die durch Beweis hätte verifiziert oder falsifiziert werden müssen, zumal hierzu formgültig ein tauglicher Beweis angeboten wurde, ist willkürlich.

Anders als der Beschwerdebeklagte einwendet, handelt es sich bei der vorliegenden Thematik auch nicht um das Recht zum Beweis. Das Recht zum Beweis wäre nur dann verletzt, wenn die Vorinstanz formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen behaupteten und bestrittenen Tatsachen nicht abgenommen hätte, obwohl sie die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtete. Im gegenständlichen Fall befasste sich die Vorinstanz indes weder mit Sachvorbringen noch mit hierzu angebotenen Beweisen, um tatsächliche Feststellungen zu treffen. Vielmehr ersetzte sie (aufgrund entsprechender Beweiserhebung) mögliche tatsächliche Feststellungen durch blosse Vermutungen. Hierin liegt die Willkür bzw. – indem die Vorinstanz solches Vorgehen nicht begründete – auch eine Verletzung der Begründungspflicht (GVP 2002 Nr. 84).

73

Art. 247 lit. a und 248 Abs. 1 ZPO (sGS 961.2). Behandlung von Indizien im Zulassungsverfahren der Revision. Eine um neue Tatsachen ergänzte Indizienkette, also die neuen Tatsachen in Verbindung mit dem Prozessstoff des Vorprozesses, kann ein neues Beweismittel darstellen. Ist diese ergänzte Indizienkette insgesamt als neues Beweismittel entscheiderheblich, liegt ein Revisionsgrund vor. Die Revisionsfrist läuft für jeden Revisionsgrund selbständig. War ein Zeuge bekannt, kann er keinen Revisionsgrund darstellen.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 8. Oktober 2008

Aus den Erwägungen:

2.1 Revisionsgründe sind gemäss Gesetzeswortlaut neue «Tatsachen» (und Beweismittel). Tatsachen sind vorerst solche, von denen unmittelbar eine Rechtsfolge abhängt, somit alles, was zum Tatbestand der anzuwendenden Rechtsnormen gehört. Dies können äussere oder innere Tatsachen sein. Wenn der Berufungskläger beispielsweise im Vorprozess die Nichtigkeit der Darlehensverträge gemäss § 117 BGB (Scheingeschäft) behauptet, ist die für diese Rechtsfolge massgebliche Tatsache, dass der wirkliche Wille (innere Tatsache) der Parteien nicht auf den Abschluss von Darlehensverträgen gerichtet gewesen sei. Rechtserhebliche – und damit in einem Prozess zu beweisende – Tatsachen können aber auch solche sein, deren Bestehen oder Nichtbestehen einen Schluss auf rechtserhebliche Tatsachen zulassen (sog. Indizien) oder solche, die einen Schluss auf den Beweiswert eines Beweismittels zulassen (sog. Hilfstatsachen) (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 1 zu Art. 90 ZPO). Im Streitfall muss das Gericht im blossen Indizienprozess die Schlüssigkeit der Indizienkette für die zu beweisende Haupttatsache prüfen und jedes einzelne Indiz muss seinerseits bewiesen werden.

Die Schwierigkeit hier ergibt sich daraus, dass die geltend gemachten Noven durchwegs nur Indizien betreffen. Der Berufungskläger hebt dies denn auch selber explizit hervor und zwar bezogen auf alle geltend gemachten Revisionsgründe 1–8. Daher unterscheide sich das vorliegende Revisionsverfahren denn auch von anderen Verfahren, wo es um direkt nachweisbare Tatsachen gehe.

Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich nicht, wie Indizien im Zulassungsverfahren zu behandeln sind.

2.1.1 Behandelt man Indizien als Tatsachen, müssen sie bereits vor dem Entscheid, der revidiert werden soll, bestanden haben; anders, wenn sie als Beweismittel behandelt werden, da das Gesetz auch spätere Beweismittel zulässt (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3.c zu Art. 247 ZPO). Begrifflich handelt es sich bei Indizien um Tatsachen (vgl. oben). Von der Funktion her sind sie aber (indirekte) Beweismit-

tel. Deutlich wird dies insbesondere bei Art. 101 ZPO, der die freie Würdigung der Beweise vorschreibt und in Abs. 2 ausdrücklich auch die Indizien (als Tatsachen) in diese freie Beweiswürdigung einbezieht. Lehre und Rechtsprechung sind nicht eindeutig, soweit sie sich überhaupt dazu äussern. Zum Teil werden Indizien als Beweismittel qualifiziert mit der Begründung, dass solche Indizien häufig erst nach der Urteilsfällung eintreten, und bei einer Qualifikation als Tatsachen somit nicht mehr berücksichtigt werden könnten (B. Rust, Die Revision im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1981, 119 ff.; Marti, Das Neue Recht der Bernischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 1963, 33 ff.). Regelmässig werden als Beispiele das spätere Geständnis oder die spätere Verheiratung (als Indiz für den Gegenbeweis zu einer früheren natürlichen Vermutung) genannt. Das Bundesgericht hat im Geltungsbereich des OG eine neue Tatsache (Hilfstatsache), mit der die Glaubwürdigkeit eines Zeugen neu gewürdigt werden sollte, nicht zugelassen (BGE 118 II 205: «En effet, sont seuls importants au sens de l'art. 137 let. b OJ les faits qui, en tant que tels, sont propres à entraîner une modification *de l'état de fait à la base du jugement;* (…) En revanche, de nouveaux *faits* ou moyens de preuve qui – comme en l'espèce – se rapportent seulement à l'authenticité d'un témoignage n'entrent pas dans la définition de l'art. 137 lit. b OJ»; Hervorhebung hinzugefügt). Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3.b zu Art. 247 ZPO, ordnen Indizien (und Hilfstatsachen zur Beurteilung des Beweiswerts von Beweismitteln) zwar den Beweismitteln zu, sind aber nicht eindeutig in Bezug auf die daraus zu ziehenden Schlüsse (« (…) neu entdeckte Indizien können *je nach der ursprünglichen Beweislage* zugelassen werden»; Hervorhebung hinzugefügt).

Dort, wo die Indizien zum ganzen Komplex von Tatsachen gehören, aus denen eine Prozesspartei ihren Anspruch ableitet respektive den Bestand des Anspruchs der Gegenpartei bestreitet (Streitgegenstand), müssen diese Indizien jedenfalls vor dem Entscheid, der revidiert werden soll, eingetreten sein.

2.1.2 Dass es sich um einen Indizienprozess handelt, ist für den Berufungskläger entscheidend bezüglich der Erheblichkeit der Noven: Bei der Beurteilung der Erheblichkeit eines neuen Beweismittels oder eines neuen Indizes dürfe dieses nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr müssten alle neuen Indizien zusammen und sodann auch zusammen mit den schon im Vorverfahren geltend gemachten Indizien gewürdigt werden. In diesem Zusammenhang ist denn auch seine Auffassung zu sehen, wonach bereits im Zulassungsverfahren (iudicium rescindens) und nicht erst im wiederaufgenommenen Verfahren (iudicium rescissorium) die Tatsachenbehauptungen und Beweisofferten gemäss Berufungsschrift im Vorverfahren zu berücksichtigen seien, da nur zusammen mit diesen Ausführungen dargelegt werden könne, dass die geltend gemachten Revisionsgründe erheblich seien. Der Berufungskläger verkennt damit nicht die Zweistufigkeit des Revisionsverfahrens. Die Schlüssigkeit der Indizienkette und damit die Erheblichkeit der geltend gemachten Noven im Rahmen dieser Indizienkette könne aber nur beurteilt werden, wenn man die – wegen Nichteintretens auf die Berufung – nicht berücksichtigten,

aber im wiederaufgenommenen Verfahren dannzumal noch vorbringbaren Indizien in die Beurteilung der gesamten Indizienkette einbeziehe. Die Beurteilung der Erheblichkeit müsse daher «im Prinzip den Hauptprozess vorwegnehmen» oder umgekehrt ausgedrückt: «Wenn sich aufgrund einer antizipativen Beweiswürdigung nicht klar ergibt, dass die Noven nicht erheblich sein können, dann müssen sie vorläufig als erheblich gelten (…).» Für die Beurteilung dieser Indizienkette und damit die Erheblichkeit der Noven beantragt er eine Expertise, welche nach Rückweisung an die Vorinstanz durch diese einzuholen sei.

Die mittelbare Beweisführung durch Indizien gehört zur Beweiswürdigung (Kummer, Berner Kommentar, Bern 1966, N 64 zu Art. 8 ZGB; Schmid, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, N 85 zu Art. 8 ZGB je m. w. H.). Ergibt sich im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung ein Beweis erst aus verschiedenen Elementen, reicht es nicht, dass alle Elemente isoliert beachtet werden; erforderlich ist, dass auch das Zusammenspiel dieser Elemente in einem Gesamtbild zutreffend gewürdigt wird (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 1.c zu Art. 101 ZPO). In diesem Sinn ist dem Berufungskläger ohne weiteres zu folgen, wenn er auf die Ausführungen im Urteil des Landgerichts Y. vom 30. Januar 2007 verweist, wo dieses darlegte, der Beweis könne nur durch Hilfstatsachen geführt werden und diese seien in einer Gesamtwürdigung zu beurteilen. Diese Ausführungen galten aber für den dortigen ordentlichen Prozess und galten auch für die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz im Vorverfahren. Die Frage hier ist aber, inwieweit die in jenem Verfahren vorgenommene Beweiswürdigung aufgrund einer aus Sicht des Berufungsklägers mangelhaften Indizienkette durch zusätzliche Indizien ergänzt werden kann. Grundsätzlich gilt ein Beweismittel nur dann als entscheidend, wenn es nicht bloss der Tatbestandswürdigung, sondern der Tatbestandsermittlung dient. Die Entscheidungsgrundlage muss sich als objektiv mangelhaft erweisen (BGE 127 V 358; 118 II 204 f.; 110 V 141; 108 V 172). Diese Voraussetzung ist aber erfüllt, wenn zusätzliche Indizien als Revisionsgründe vorgebracht werden. Blosse (Überprüfung der früheren) Würdigung wäre es nur, wenn die gleichen Tatsachen als Indizien neu gewürdigt würden. Kommen aber zusätzliche Tatsachen als weitere Indizien dazu, handelt es sich um eine andere Indizienkette und damit um ein anderes (indirektes) Beweismittel bzw. einen andern objektiven Gegenstand, den es zu würdigen gilt.

Ein neues Beweismittel muss «entscheidend» sein, das heisst, es muss dargetan werden, dass es – wäre es dem ursprünglichen Richter bekannt gewesen – im angefochtenen Verfahren zu einem für den Berufungskläger günstigen Entscheid geführt hätte (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3.b zu Art. 247 ZPO). Daraus ergibt sich hier zweierlei. Das «neue Beweismittel» ist die um die neuen Tatsachen ergänzte Indizienkette, also die neuen Tatsachen in Verbindung mit dem Prozessstoff des Vorprozesses. Nicht dazu gehören daher entgegen der Auffassung des Berufungsklägers jene Tatsachenbehauptungen, welche er in der mangels verspäteter Zahlung der Einschreibgebühr nicht berücksichtigten Berufung des Vorprozesses vor-

gebracht hatte. Sodann muss die um die neuen Tatsachen ergänzte Indizienkette insgesamt als neues Beweismittel entscheidend sein. Entgegen dem Berufungskläger ist die Revision somit nicht bereits dann zuzulassen, «wenn sich aufgrund einer antizipativen Beweiswürdigung nicht klar ergibt, dass die Noven nicht erheblich sein können». Vielmehr muss gewiss sein, dass das günstigere Ergebnis eingetreten wäre, wären die zusätzlichen Indizien bereits im Urteilszeitpunkt bekannt gewesen. Es genügt nicht, dass es nur eventuell hätte eintreten können bzw. sich die Wahrscheinlichkeit erhöht (Rust, 123; vgl. auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, München 2007, N 19 zu § 580 dZPO).

2.2 Unklar ist sodann, ob der Berufungskläger daraus, dass zusammenhängende Indizien als neue Tatsachen vorgebracht werden, etwas für die Fristwahrung ableiten will.

Das Revisionsgesuch ist innert dreier Monate nach Kenntnis des Revisionsgrundes einzureichen (Art. 248 Abs. 1 ZPO). Für die Einhaltung der Frist ist der Gesuchsteller beweispflichtig (Rust, 70). Sie beginnt zu laufen, sobald der Gesuchsteller für die Kenntnis von neuen Tatsachen oder Beweismitteln eine sichere Grundlage hat, auch wenn noch kein sicherer Beweis vorliegt. Bloss vage Anhaltspunkte lösen den Fristenlauf noch nicht aus (BGE 95 II 283 E. 2b S. 286; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 1.b zu Art. 248 ZPO; Rust, 69 f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 295 N 1). Bei Nichteinhaltung der Frist ist auf das Revisionsgesuch nicht einzutreten (von Werdt, in: Seiler/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007, Art. 124 N 17).

Werden mehrere Revisionsgründe geltend gemacht, so läuft für jeden einzelnen eine eigene Frist (Rust, 68). Der Berufungskläger anerkennt dies zwar grundsätzlich. Erstinstanzlich hatte er aber geltend gemacht, bestehe ein Zusammenhang zwischen mehreren Noven, welche deshalb auch im Zusammenhang gewürdigt werden müssen, könne die Frist erst mit Bekanntwerden des letzten zusammenhängenden Novums zu laufen beginnen. Es sei gleich wie bei der Verjährung. Auch aus prozessualen Gründen könne von einem Gesuchsteller nicht verlangt werden, jedes Novum fortlaufend mit einer eigenen Eingabe einzubringen. In der Berufung hatte er diese Auffassung – zu Recht – nicht wieder aufgenommen. Sie findet im Gesetz keine Stütze. Erfolgt die Kenntnisnahme der einzelnen Beweismittel mit mehr als drei Monaten Unterschied, kommt ein Gesuchsteller nicht darum herum, mehrere Revisionsbegehren zu stellen. Die vom Berufungskläger vertretene Auffassung, wonach bei zusammenhängenden Revisionsgründen die Frist für die Einreichung eines Revisionsgesuchs erst mit der Kenntnis des letzten Revisionsgrunds beginnt, ist auch deshalb nicht praktikabel, weil im vornherein ja nicht bekannt sein kann, wann noch wie viele allenfalls mit den schon bekannten Revisionsgründen in einem gewissen Zusammenhang stehende Revisionsgründe bekannt werden. Im Ergebnis würde das darauf hinauslaufen, dass sämtliche mit einem neuen Revisionsgrund allenfalls in einem gewissen Zusammenhang stehen-

den Revisionsgründe, die seit dem zu revidierenden Urteil entdeckt worden sind, mit dem letzten entdeckten Revisionsgrund vorzubringen wären. Dies kann nicht im Sinn und Zweck der Revision sein.

2.3 Ein Gesuchsteller kann gemäss Art. 247 lit. a ZPO nur Tatsachen und Beweismittel geltend machen, die er trotz zumutbarer Sorgfalt im früheren Verfahren nicht vorbringen konnte. Ihm darf keine Vernachlässigung seiner Behauptungs- und seiner subjektiven Beweislast vorzuwerfen sein, wozu auch zumutbare Nachforschungen gehören (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 4.a zu Art. 247 ZPO; Rust, 126 ff.; von Werdt, Art. 123 N 8; Frank/Sträuli/Messmer, § 293 N 7). Die Unmöglichkeit, Noven im früheren Verfahren vorzubringen, bedeutet, dass die Noven weder mit einer Eingabe im Sinne von Art. 164 Abs. 1 lit. a ZPO noch im Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden konnten. Sind neue Tatsachen oder Beweismittel in der Berufungs- oder Rekursfrist bekannt geworden, so sind sie mit diesen Rechtsmitteln vorzubringen. Eine spätere Revision ist unzulässig (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 4.b zu Art. 247 ZPO). Dass es einer Partei unmöglich war, Tatsachen und Beweise bereits im früheren Verfahren beizubringen, ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Die Revision dient nicht dazu, bisherige Unterlassungen in der Beweisführung wieder gutzumachen (Escher, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 8 zu Art. 123 BGG; Frank/Sträuli/Messmer, § 293 N 7).

Es gibt Prozessordnungen, die als Beweismittel für die Revision überhaupt nur die neue Urkunde zulassen (z. B. § 229 Ziff. 2 ZPO BL; § 580 Ziff. 7 lit. b deutsche ZPO) beziehungsweise soweit alle Beweismittel zugelassen werden, wird in der Lehre zum Teil vertreten, dass Augenschein, Expertise oder Parteiaussage als Beweismittel ausscheiden (vgl. die Hinweise bei Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bern 1992, Ziff. 2.3.1 zu Art. 137 OG). In diesem letzteren Fall erfolgt dies nicht deshalb, weil diese Beweismittel nicht zulässig wären, sondern weil es sich dabei im Prinzip nicht um neue Beweismittel handelt, denn es ist einer Partei immer schon im Prozess möglich, sich auf einen Augenschein, eine Expertise oder die eigene Parteiaussage zu berufen (Rust, 117 f.; Poudret/Sandoz-Monod, Ziff. 2.3.1 zu Art. 137 OG). Das Gleiche gilt im Prinzip auch für den Zeugen. Grundsätzlich ist ein neuer Zeuge zwar ein für die Revision geeignetes Beweismittel. Dabei muss es sich aber wirklich um einen neu entdeckten Zeugen handeln. Wenn in der Lehre bereits früher bekannte oder genannte Zeugen zugelassen werden, so handelt es sich dabei um solche, die ihre Aussage nachträglich widerrufen, ändern oder relativieren wollen oder solche, die im Vorprozess ihre Aussage verweigerten, nun aber aussagen wollen (Rust, 116).

Vorliegend werden mehrfach Zeugen angerufen, die dem Berufungskläger bereits im Zeitpunkt des Vorprozesses bekannt waren und von denen er wusste, dass sie mit dem ganzen Sachkomplex zu tun hatten und daher grundsätzlich in der Lage sein könnten, dazu etwas Sachdienliches auszusagen. Allenfalls wusste er nicht genau, was sie dazu sagen könnten und hat er mittlerweile noch genauere

Kenntnis darüber erhalten. Nach dem Dargelegten genügt das nicht, um von einem neuen Beweismittel auszugehen beziehungsweise hätte der Berufungskläger solche Zeugen auch schon im Vorprozess bei genügender Sorgfalt vorbringen können.

Eine gegen diesen Entscheid beim Kassationsgericht eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde ist noch hängig.

74

Art. 254 Abs. 1 lit. c, Art. 254 Abs. 2 und Art. 276 Abs. 1 lit. b ZPO (sGS 961.2). Einer kautionspflichtigen Partei kann nicht zugemutet werden, mit der Anfechtung der Kautionsverfügung bis zu einem Nichteintretensentscheid zuzuwarten, weshalb ein (erheblicher) Nachteil zu bejahen und die Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen Kautionsentscheide zuzulassen ist.

Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 6. Mai 2008

Aus den Erwägungen:

2. Das Kantonsgericht St.Gallen hat in einem älteren Entscheid bereits einmal angedeutet, dass die Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen eine Kautionsverfügung zulässig sein könnte, wenn beispielsweise eine sehr grosse Sicherheitsleistung gefordert würde, deren sofortige Zahlung für den Pflichtigen mit gewichtigen Nachteilen verbunden wäre (vgl. GVP 1994 Nr. 48, S. 114 ff., 115). Gleichzeitig wies es darauf hin, dass diese Nachteile durch die Möglichkeit, die Kaution durch eine unwiderrufliche Bankgarantie zu leisten (vgl. Art. 75 GO), stark gemildert würden (GVP 1994 Nr. 48, 115). Damit wurde die Hürde für die selbständige Anfechtung eines Kautionsentscheides – wie der Blick in die Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie die zürcherische Praxis zeigt – jedoch vergleichsweise hoch angesetzt:

Das Bundesgericht befand in BGE 77 I 42 ff., 46, dass Kostensicherungsauflagen, deren Nichtbeachtung den Verlust des Klagerechts oder eines Rechtsmittels nach sich ziehen, für den Betroffenen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben, und liess die staatsrechtliche Beschwerde gegen den Kautionsentscheid ohne weiteres zu. An dieser Praxis hielt es auch in neuerer Zeit fest (vgl. BGE 4P.70/2001 vom 1. Juni 2001, Erw. 2). Mit Inkrafttreten des BGG dürfte sich daran nichts geändert haben (vgl. auch F. Uhlmann, Basler Kommentar, Basel 2008, N 5 zu Art. 93 BGG).

Auch in der zürcherischen Praxis wird der – im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Zwischenentscheide geforderte (vgl. § 282 Ziff. 1 ZH-ZPO) – nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil ohne weiteres als erfüllt betrachtet, wenn

eine Sicherheitsleistung angeordnet und angedroht wird, auf die Klage oder das Rechtsmittel werde bei Nichtleistung nicht eingetreten (vgl. SJZ 91 [1995], 96 f.; Beschluss KassGer ZH vom 11. Mai 2007, Erw. 2.1; vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 5b zu § 282 ZH-ZPO; D. Von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1979, 6; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich oder im Bund, Zürich 1999, 64).

Die selbständige Anfechtbarkeit von Kautionsverfügungen mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde erweist sich sodann auch aus prozessökonomischen Gründen als sinnvoll (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, a. a. O., N 5b zu § 282 ZH-ZPO).

3. Vorliegend hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Entscheid vom 17. März 2008 eine Kaution im Betrag von Fr. 20 000.– auferlegt, noch ohne dass sie konkrete Folgen für den Fall der Nichtleistung anordnete.

Nach Art. 279 Abs. 3 ZPO setzt der Gerichtspräsident, wenn die Sicherheit innert angesetzter Frist nicht geleistet wird, eine Nachfrist, verbunden mit der Androhung, dass bei Nichtbeachtung auf die Klage nicht eingetreten werde. Dass dies im hier zu beurteilenden Fall noch nicht geschah, ist unerheblich: Fest steht, dass das Nichtleisten der Kaution zu einem Nichteintretensentscheid führen wird. Einer kautionspflichtigen Partei kann aber nicht zugemutet werden, mit der Anfechtung der Kautionsverfügung bis zu diesem Zeitpunkt zuzuwarten, weshalb ein (erheblicher) Nachteil – in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der zürcherischen Praxis – zu bejahen und die Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen Kautionsentscheide zuzulassen ist.

75

Art. 264 ZPO (sGS 961.2). Begründung der Kostenverlegung.

Kassationsgericht, 17. Dezember 2008

Art. 264 Abs. 2 ZPO verlangt eine quantifizierte Begründung, wenn Prozesskosten verhältnismässig verlegt werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 5a zu Art. 264 ZPO) oder zumindest eine nachvollziehbare Gewichtung, soweit eine quantifizierte Begründung nicht möglich ist. Im angefochtenen Entscheid fehlt beides. Es wird lediglich erwogen, «bei diesem Verfahrensausgang» obsiege der Kläger zu vier Fünfteln. Die vom Beschwerdebeklagten vorgebrachte Rechtfertigung der Kostenverlegung erscheint zwar vertretbar; im angefochtenen Entscheid fehlt indes jede Begründung. Der blosse Hinweis auf den «Ausgang des Verfahrens» ist eine als Begründung untaugliche Leerformel.

4. Strafrechtspflege

76

Art. 16 StP (sGS 962.1). Ausstandspflicht von Polizeibeamten.

Anklagekammer, 15. Oktober 2008

Aus den Erwägungen:

Die Anzeigerin wirft sinngemäss die Frage des Ausstandes von Polizeibeamten auf. Gemäss Art. 23 StP gelten für Staatsanwalt, Untersuchungsrichter, Jugendanwalt, Sachbearbeiter mit untersuchungsrichterlichen Befugnissen und Protokollführer die Ausstandsgründe des Gerichtsgesetzes (Art. 55 GerG). Die Polizei, welche ebenfalls als Strafverfolgungsbehörde gilt (vgl. Art. 5 StP), ist nicht ausdrücklich erwähnt. Das Polizeigesetz enthält keine Ausstandsregeln. Art. 9 der Polizeiverordnung verweist bezüglich des Personalrechts ergänzend auf die Gesetzgebung über den Staatsdienst (StVG, sGS 140.1; VStD, sGS 143.20 und BesV, sGS 143.2). In diesen Erlassen finden sich ebenfalls keine Bestimmungen über den Ausstand. Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege sieht zwingende Ausstandsgründe für die Verfahren vor den Verwaltungsbehörden des Kantons, der Gemeinden und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften vor (vgl. Art. 7 VRP).

Unabhängig von den angeführten gesetzlichen Regelungen gilt das verfassungsrechtliche Gebot, dass, wer öffentliche Aufgaben wahrnimmt, bei Geschäften oder Amtshandlungen, die sie oder ihn unmittelbar betreffen, in den Ausstand tritt (vgl. Art. 29 BV). Auch die Rechtsprechung anerkennt – unter Vorbehalt weitergehender gesetzlicher Regelungen – in staatlichen Verfahren eine Ausstandspflicht, wenn der Staatsangestellte ein persönliches Interesse an dem zu behandelnden Geschäft hat (vgl. BGE 107 Ia 135 ff.). In diesem Sinne befangen ist in jedem Fall ein Staatsangestellter, wenn er vom Verfahren direkt in seiner Rechtsstellung mehr als andere betroffen ist.

Im vorliegenden Fall kam es zu einem Beinahezusammenstoss zwischen dem vortrittsberechtigten Auto des angezeigten Polizeibeamten und dem von der Anzeigerin gelenkten Motorfahrzeug. Der Beamte kommt damit als Geschädigter bzw. Opfer in Frage. Unter solchen Umständen hat er grundsätzlich in den Ausstand zu treten und darf an den mit dem Vorfall zusammenhängenden Abklärungen nicht mitwirken. Indem der angezeigte Polizeibeamte indes die Anzeigerin kontrollierte, eine Einvernahme mit ihr durchführte und einen Verzeigungsrapport erstellte, missachtete er die zu beachtende Ausstandspflicht.

…

Dem Gesagten ist beizufügen, dass einem Polizeibeamten, der als Geschädigter bzw. als Opfer in Frage kommen kann – gleich wie jeder anderen betroffenen Person – die gesetzlich vorgesehenen Partei- und Mitwirkungsrechte offen stehen.

Nur darf er eben an den Ermittlungshandlungen nicht mitwirken, wenn er ein persönliches Interesse an dem zu behandelnden Fall hat.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Ausstandspflicht auch zu beachten ist, wenn der Verdacht einer strafbaren Handlungen durch einen Polizeibeamten besteht. Deshalb ist der Beizug eines anderen Beamten durch den angezeigten Polizisten zu Recht erfolgt, als es um seine Schläge mit der Hand auf das Dach des Fahrzeuges der Anzeigerin und eine damit zusammenhängende allfällige Sachbeschädigung ging. Es gilt, dass Polizeibeamte, welche direkt oder indirekt von einer mutmasslich strafbaren Handlung als Geschädigte bzw. Opfer oder als Täter in Frage kommen, in den Ausstand zu treten haben. Sie dürfen an den damit zusammenhängenden Abklärungen in der Funktion als Beamte nicht mitwirken.

77

Art. 43 ff. StP, Art. 44 Abs. 2 Satz 2 StP, Art. 36 Abs. 3 letzter Satz aStP (sGS 962.1) und Art. 8 Abs. 1 lit. a OHG (SR 312.5). Praxisänderung. Die gestützt auf Art. 36 Abs. 3 letzter Satz aStP und Art. 8 Abs. 1 lit. a OHG entwickelte Praxis, wonach der Zivilanspruch des Opfers auch ohne Zustimmung des Angeklagten noch im Gerichtsverfahren geltend gemacht werden konnte, gilt unter dem revidierten Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999 nicht mehr. Nach Abschluss der Untersuchung kann das Opfer die Zivilklage nur mit Zustimmung des Angeschuldigten anhängig machen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 4. Dezember 2007

Aus den Erwägungen:

10. Auf die Zivilforderungen der Kläger 2–6 ist die Vorinstanz (wegen verspäteter Geltendmachung) zutreffend nicht eingetreten. Das Verfahren wird nicht durch Art. 8 OHG, sondern durch das kantonale Prozessrecht geregelt; insbesondere bestimmt sich der Zeitpunkt der Geltendmachung von Zivilforderungen nach kantonalem Recht (Steiger, in: Gomm/Zehnter, Kommentar zum Opferhilfegesetz, N 27, 29 zu Art. 8 OHG). Der kantonale Gesetzgeber hat bei der Revision des Strafprozessgesetzes vom 1. Juli 1999 in den Art. 43 ff. StP für die Zivilklage eine vereinfachte, einheitliche Regelung geschaffen, die Opferrechte ausdrücklich im kantonalen Prozessrecht verankert und insbesondere gegenüber Art. 44 Abs. 2 Satz 2 StP die Bestimmungen des Opferhilfegesetzes bewusst nicht vorbehalten (vgl. Begleitender Bericht zum Vorentwurf Totalrevision StP vom 25. Oktober 1995 S. 25 f.; Vernehmlassung des Kantonsgerichts hierzu vom 8. März 1996 S. 9; Botschaft StP vom 30. Juni 1998, ABl 1998 1479). Die Praxis zu Art. 36 Abs. 3 letzter Satz aStP, wo-

nach der Zivilanspruch des Opfers auch ohne Zustimmung des Angeklagten noch im Gerichtsverfahren geltend gemacht werden konnte, kann unter dem revidierten Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999 daher nicht mehr aufrechterhalten werden.

78

Art. 55 StP (sGS 962.1). Bei Bagatelldelikten besteht kein Anspruch auf amtliche oder notwendige Verteidigung.

Verwaltungsgerichtspräsident, vom 21. April 2008

Die Stadtpolizei St.Gallen erhob gegen X. Anzeige wegen verschiedener einfacher Verkehrsregelverletzungen. X. ersuchte hierauf durch Rechtsanwalt Y. um Gewährung der amtlichen bzw. der notwendigen Verteidigung. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies das Gesuch ab mit der Begründung, X. würden Übertretungen vorgeworfen. Bei einem Schuldspruch müsse er mit einer Busse rechnen. Es handle sich um einen Bagatellfall im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, bei dem unabhängig von allfälligen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten kein Anspruch auf eine Pflichtverteidigung bestehe. X. erhob Beschwerde beim Präsidenten des Verwaltungsgerichts. Dieser verbeiständete X. aufgrund seines Verhaltens im Beschwerdeverfahren und wies die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 56 Abs. 1 und 3 StP kann der bedürftige Angeschuldigte die amtliche Verteidigung verlangen, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als achtzehn Monaten oder eine freiheitsentziehende Massnahme in Betracht kommt (Abs. 3 lit. a), wenn die Anklage persönlich vor Gericht vertreten wird (Abs. 3 lit. b), wenn ein Antrag auf Haftverlängerung gestellt wird (Abs. 3 lit. c) oder wenn die Sach- oder Rechtslage in anderen wichtigen Fällen erhebliche Schwierigkeiten bietet (Abs. 3 lit. d).

2.1. Soweit das kantonale Recht keine weitergehenden Ansprüche gewährt, lässt sich der Anspruch auf einen amtlichen Verteidiger auch als Minimalgarantie direkt aus Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK herleiten (N. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 510).

2.2. Zu unterscheiden von der amtlichen Verteidigung ist die notwendige Verteidigung im Sinn von Art. 55 StP. Nach dieser Bestimmung kann das zuständige Departement auf Antrag des Untersuchungsrichters oder des Gerichtspräsidenten in wichtigen Fällen nach Art. 56 Abs. 3 StP einen amtlichen Verteidiger bestellen, wenn der Angeschuldigte infolge geistiger oder körperlicher Beeinträchtigung oder

aus anderen Gründen seine Rechte nicht ausreichend wahren kann und die Verbeiständung durch den gesetzlichen Vertreter oder der Beizug eines Übersetzers nicht genügt.

Die notwendige Verteidigung soll sicherstellen, dass in Verfahren, in denen dies Voraussetzung für einen fairen Prozess bildet, der Angeschuldigte über einen Vertreter verfügt, der der Anklagebehörde Paroli bieten kann. Das ist namentlich dann der Fall, wenn für den Angeschuldigten ein jahrelanger Freiheitsentzug auf dem Spiel steht, seine Verteidigungsfähigkeit durch Krankheit oder Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft eingeschränkt ist oder die Sache zu komplex ist, um sich ohne Anwalt angemessen verteidigen zu können. Das Institut liegt damit zwar in erster Linie im wohlverstandenen Interesse des Angeschuldigten, darüber hinaus indessen auch im Interesse der Rechtspflege an der Gewährleistung eines fairen Strafprozesses (vgl. BGE 129 I 281 E. 4.3 mit Hinweis auf Haefliger/Schürmann, Die EMRK und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 230). Bei offensichtlichen Bagatelldelikten, bei denen nur eine Busse oder eine geringfügige Freiheitsstrafe in Frage kommt, verneint das Bundesgericht einen unmittelbaren verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung (BGE 1P.411/2002 vom 6. November 2002 mit Hinweis auf BGE 122 I 49 E. 2c/bb und 120 Ia 43). Auch in der neuesten Praxis leitet das Bundesgericht aus Bundesverfassung oder Völkerrecht keinen Anspruch auf notwendige Verteidigung ungeachtet der Art der Anschuldigung ab (BGE 130 I 350 ff.).

Ein Anspruch auf notwendige Verteidigung besteht damit nach kantonalem Recht nur bei Vorliegen der in Art. 56 Abs. 3 StP verankerten Voraussetzungen (Oberholzer, a. a. O., Rz. 506). Bei offensichtlichen Bagatelldelikten, bei denen nur eine Busse oder eine geringfügige Freiheitsstrafe in Frage kommt und die Sach- und Rechtslage keine erheblichen Schwierigkeiten bietet, besteht weder ein Anspruch auf einen amtlichen Verteidiger noch ein solcher auf eine notwendige Verteidigung im Sinn von Art. 55 StP.

2.3. Der Rechtsbeistand erachtet dies als Widerspruch zu rechtsstaatlichen Erfordernissen. Wenn sich ein Angeschuldigter infolge geistiger oder körperlicher Beeinträchtigung nicht selbst verteidigen könne, dann stehe ein Strafurteil, und sei es nur ein Strafbescheid, nicht auf einem ausreichenden rechtsstaatlichen Fundament.

Der Anspruch auf einen vom Gemeinwesen gestellten Verteidiger ist nach den dargelegten Grundsätzen u. a. davon abhängig, wie schwer ein Verfahren in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift (vgl. auch R. Hotz, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 43). Daher wird es nicht als Verstoss gegen rechtsstaatliche Grundsätze erachtet, die amtliche und die notwendige Verteidigung in Bagatellfällen nicht zu gewähren. Im vorliegenden Fall betrifft die Anschuldigung verschiedene SVG-Verstösse, die gemäss Darstellung im Polizeirapport als Übertretungen einzustufen sind. Der Tatbestand des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen ist nicht mehr Gegenstand der Anklage. Der Beschwerdeführer hat mit einer Busse zu

rechnen. Es sind keine Umstände ersichtlich, dass diese im Falle eines Schuldspruchs derart hoch ausfallen wird, dass von einem schweren Eingriff in die Rechte des Beschwerdeführers gesprochen werden könnte.

Der Beistand macht geltend, der Beschwerdeführer sei in einer generellen Abwehrposition gegenüber staatlichen Vertretern, vor allem gegenüber Untersuchungsrichtern und Polizeibeamten. Diese Abwehrhaltung trage durchaus pathologische Züge. Solche Verhaltensweisen des Beschwerdeführers sind notorisch. Es liegen aber genügend Anhaltspunkte vor, welche ihn grundsätzlich als fähig erscheinen lassen, seine Anliegen, jedenfalls in einem Strafverfahren wegen SVG-Übertretungen, selber zweckmässig vorzutragen. Insbesondere war er imstande, ausführlich und detailliert Mängel im Polizeirapport und in der darin festgehaltenen Sachdarstellung vorzutragen. Es wird denn auch zu Recht darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer durchaus vernünftig und scharfsinnig argumentieren kann. Sein unzweckmässig erscheinendes Verhalten bezweckt in der Regel, ein Verfahren zu erschweren und die Handlungen der Verfahrensleitung zu durchkreuzen. Das Verhalten des Beschwerdeführers erscheint aus diesem Blickwinkel nicht zwecklos, sondern von der Absicht geprägt, den Gang eines Verfahrens zu behindern und den zuständigen Ämtern die Tätigkeit zu erschweren. Dies zeigt sich im vorliegenden Fall darin, dass der Beschwerdeführer ausdrücklich eine öffentliche Verhandlung beantragte und sich anschliessend weigerte, einen Termin zu vereinbaren bzw. einzuhalten.

Der Beschwerdeführer ist Inhaber eines Führerausweises, und die Strafanzeige wurde gegen ihn als Lenker eines Personenwagens erhoben. Als solcher ist er imstande, die Feststellungen im Polizeirapport zu würdigen und sich gegen allfällige, aus seiner Sicht unbegründete Vorwürfe zu verteidigen. Dies hat er denn auch bezüglich der Darstellung seiner Fahrmanöver getan. Es besteht unter diesen Umständen kein Grund zur Annahme, dass der Beschwerdeführer aufgrund körperlicher oder geistiger Beeinträchtigung seine Rechte nicht ausreichend wahren kann. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer als Automobilist jederzeit in eine Polizeikontrolle geraten kann. Wenn seine Abwehrhaltung gegenüber Polizeibeamten derart ausgeprägt ist, dass eine Kontrolle oder der Vorhalt einer Übertretung durch die Polizei zu einer Eskalation und zu aggressivem Verhalten führen, so stellt sich ernsthaft die Frage, ob der Beschwerdeführer die geistigen und charakterlichen Voraussetzungen zum Lenken eines Motorfahrzeuges noch erfüllt.

2.4. Der Rechtsbeistand führt weiter an, dass es unter finanziellen Aspekten für das Gemeinwesen kostengünstiger sei, einen Verteidiger zu bezahlen und dadurch das Verfahren geordnet und speditiver abzuwickeln. Dies mag für das vorliegende Verfahren durchaus zutreffen; allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass ein allgemeiner Anspruch auf unentgeltliche Verteidigung in Bagatellfällen mit erheblichen Kosten verbunden wäre.

Das Bundesgericht hat eine Beschwerde von X. gegen diesen Entscheid abgewiesen (BGE 1B.133/2008 vom 14. Oktober 2008).

79

Art. 133 StP (sGS 962.1). Die Anordnung des vorzeitigen Massnahmenvollzugs ist auch im Nachverfahren nach Art. 65 Abs. 1 StGB grundsätzlich zulässig.

Anklagekammer, 29. Oktober 2008

Aus den Erwägungen:

Dem streitigen vorzeitigen Massnahmenvollzug (stationäre Behandlung) steht das nicht rechtskräftige Urteil des Kreisgerichts St.Gallen vom 19. September 2008 zugrunde, womit gestützt auf Art. 65 Abs. 1 StGB nachträglich eine stationäre Massnahme angeordnet wurde. Eine solche nachträgliche Änderung der Sanktion ist grundsätzlich auch gegenüber Tätern zulässig, die – wie im vorliegenden Fall – vor deren Inkrafttreten eine Tat begangen haben oder beurteilt worden sind (vgl. Art. 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002).

Bei einem vorzeitigen Massnahmenvollzug liegt ein rechtskräftiges Urteil noch nicht vor. Es ist zwischen den Verfahrensbeteiligten zu Recht unbestritten, dass deshalb der damit verbundene Freiheitsentzug gegen den Willen des Betroffenen grundsätzlich nur beim Vorliegen eines Haftgrundes angeordnet werden kann (vgl. Art. 113 und 133 StP).

Die Anordnung des vorzeitigen Massnahmenvollzugs (stationäre Behandlung gemäss Art. 59 StGB und Art. 60 StGB) im Nachverfahren nach Art. 65 Abs. 1 StGB ist im erwähnten Sinne grundsätzlich zulässig (vgl. BGE 128 I 184).

80

Art. 142 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Die Staatsanwaltschaft entscheidet nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens über die Verrechnung des Erlöses beschlagnahmter Gegenstände oder Vermögenswerte mit den dem Angeschuldigten auferlegten Verfahrenskosten. Der Staat hat den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für einen definitiven Beizug zur Deckung der Kosten gegeben sind.

Anklagekammer, 19. Dezember 2007

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss der st.gallischen Gerichtspraxis ist die Verrechnung beschlagnahmter Vermögenswerte mit den Verfahrens- und Vollzugskosten eine reine Vollzugs-

frage. Hierüber entscheidet deshalb nicht der Sachrichter, sondern die Staatsanwaltschaft (vgl. Art. 285 Abs. 3 Ziff. 3 StP). Die Anklagekammer beurteilt gestützt auf Art. 230 lit. g StP Beschwerden gegen entsprechende staatsanwaltschaftliche Verfügungen.

Anfechtungsgegenstand ist der nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer 1 erlassene Entscheid der Staatsanwaltschaft, worin die Verwertung von beschlagnahmten Gegenständen und die Verrechnung des Verwertungserlöses mit ihm rechtskräftig auferlegten Strafverfahrenskosten verfügt wird.

2. Gemäss Art. 142 StP können zur Sicherstellung der Verfahrens- und Vollzugskosten einschliesslich allfälliger Ersatzforderungen Vermögenswerte des Angeschuldigten beschlagnahmt werden. Auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Angeschuldigten und seiner Familienangehörigen sowie auf die Rechte Dritter wird angemessen Rücksicht genommen. Es ist nicht erforderlich, dass die Vermögenswerte mit der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Straftat in einem Zusammenhang stehen. Grundsätzlich können das gesamte Vermögen oder Teile des Vermögens des Angeschuldigten mit Beschlag belegt werden, ohne dass die Voraussetzungen der so genannten Konfiskationsbeschlagnahme (Art. 141 Abs. 1 lit. b StP, Art. 70 StGB) gegeben sein müssen (GVP 2002 Nr. 95). Gemäss dem Wortlaut von Art. 142 StP kann nur Vermögen des Angeschuldigten selber der Vermögensbeschlagnahme unterliegen, nicht aber dasjenige von Drittpersonen. Dabei sind aber Ausnahmen denkbar, namentlich die Beschlagnahme von Vermögen im Eigentum einer mit dem Angeschuldigten solidarisch haftenden Person (vgl. BGE 101 Ia 325 ff.; BGE 120 IV 365 ff.).

3. Der Beschwerdeführer 1 wurde rechtskräftig strafbarer Handlungen schuldig erklärt und es wurden ihm Verfahrenskosten von insgesamt rund Fr. 37 000.– auferlegt. Insoweit sind unbestrittenermassen die Voraussetzungen für einen definitiven Beizug der zur Deckung der Verfahrenskosten beschlagnahmten Gegenstände erfüllt. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass einzelne Gegenstände gemäss ihren Anträgen nicht im Eigentum des Beschwerdeführers 1 stehen würden.

4. Der Staat hat in analoger Anwendung von Art. 8 ZGB nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für eine (definitive) Vermögensbeschlagnahme gegeben sind. Dies insbesondere für den Beweis, dass die zu beschlagnahmenden Vermögenswerte im Eigentum des Angeschuldigten (oder allenfalls einer mit ihm solidarisch haftenden Person) stehen. Die Verwertung beschlagnahmter Gegenstände ist grundsätzlich auch dann möglich, wenn der Angeschuldigte Dritteigentum geltend macht, diese Angaben aber offensichtlich unglaubhaft sind. Die Staatsanwaltschaft hat – soweit streitig – den Nachweis des Eigentums des Angeschuldigten an den zu beschlagnahmenden Gegenständen im Einzelfall zu erbringen und von Amtes wegen die hierfür erforderlichen Beweisabnahmen unter Mitberücksichtigung der als entscheidrelevant erscheinenden angebotenen Beweise zu tätigen. In diesem Sinne ist es nicht zulässig, Gegenstände einzig mit der Begründung, dass die da-

rauf Anspruch erhebenden Drittpersonen ihr Eigentum nicht bewiesen hätten, eigentumsrechtlich dem Beschwerdeführer 1 zuzuordnen.

5. …

Schliesslich vermag die Nichtanfechtung der strafprozessualen Beschlagnahmeverfügungen ein Eigentum des Beschwerdeführers 1 an den vorläufig beschlagnahmten Gegenstände nicht zu beweisen. Es handelt sich dabei um eine vorläufige strafprozessuale Zwangsmassnahme. Über die Verwendung beschlagnahmter Vermögenswerte zwecks Sicherstellung der Verfahrens- und Vollzugskosten kann erst nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens entschieden werden. Noch in einem entsprechenden Verfahren können Drittpersonen eigentumsrechtliche Ansprüche auf die beschlagnahmten Gegenstände erheben. In einem solchen Fall sind durch die Staatsanwaltschaft die erforderlichen Abklärungen vorzunehmen, ob die sichergestellten Gegenstände im Eigentum des verurteilten Angeschuldigten stehen und damit (definitiv) der Vermögensbeschlagnahme unterliegen. Diese Abklärungen sind nicht im Beschwerdeverfahren vor der Anklagekammer vorzunehmen. Vielmehr obliegt diese Aufgabe der Staatsanwaltschaft.

81

Art. 150 Abs. 2 StP (sGS 962.1). Umfang der Prüfung bei Entsiegelungsentscheiden, welche in internationalen Rechtshilfesachen ergehen.

Anklagekammer, 2. September 2008

Aus den Erwägungen:

Im Falle einer rechtshilfeweisen Beschlagnahme, Versiegelung und Durchsuchung von Dokumenten (Art. 63 Abs. 1-2 IRSG) richtet sich der Schutz des Geheimbereichs der von den Rechtshilfemassnahmen Betroffenen nach den Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht bzw. nach den Grundsätzen von Art. 69 BStP (Art. 9 IRSG). Eine Entsiegelung und Durchsuchung von rechtshilfeweise beschlagnahmten und versiegelten Datenträgern setzt zunächst voraus, dass diese für die Untersuchung von Bedeutung sind und ihre rechtshilfeweise Verwendung in Frage kommen kann (Art. 69 Abs. 2 BStP i.V. m. Art. 64 und Art. 12 IRSG; BGE 130 II 196, E. 2.3). Die Durchsuchung ist mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse vorzunehmen sowie unter Wahrung der Berufsgeheimnisse, wozu namentlich das Anwaltsgeheimnis gehört (Art. 69 Abs. 1 i.V. m. Art. 77 BStP).

In Entsiegelungsentscheiden, welche in internationalen Rechtshilfesachen ergehen, entfällt in der Regel eine Prüfung der allgemeinen Voraussetzung des dringenden Tatverdachts. Dabei genügt grundsätzlich eine inhaltliche Bezugnahme

zum Gegenstand der ausländischen Strafuntersuchung. Im Entsiegelungsverfahren kann grundsätzlich nicht verlangt werden, dass die gesuchstellende schweizerische Strafverfolgungsbehörde bereits darlegt, inwiefern ein konkreter Sachzusammenhang zwischen der ausländischen Strafuntersuchung und den einzelnen Datenträgern bestünde. Eine solcher Sachzusammenhang ist grundsätzlich erst (nach erfolgter Entsiegelung und Durchsuchung der beschlagnahmten Datenträger) im Rahmen einer allfälligen Schlussverfügung aufzuzeigen, mit der die rechtshilfeweise Herausgabe von Datenträgern bewilligt würde (BGE 130 II 197, E. 4.3). Erst mit der Schlussverfügung wird abschliessend über die Zulässigkeit und auch den Umfang der Rechtshilfe entschieden. Dies beinhaltet namentlich auch den Entscheid darüber, ob die Sachverhaltsdarstellung des Rechtshilfeersuchens für eine Gewährung der Rechtshilfe genügt. Entsiegelungsverfahren, welche sogenannte IRSG-Fälle betreffen, beschränken sich deshalb in aller Regel auf die Prüfung, ob die Unterlagen grundsätzlich für das Rechtshilfeersuchen erheblich sein könnten. Sodann ist gegebenenfalls der Wahrung von Berufsgeheimnissen Nachachtung zu verschaffen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Einwendungen des Gesuchsgegners, soweit sie sich gegen die Zulässigkeit der Rechtshilfe richten, nicht im vorliegenden Entsiegelungsverfahren zu beurteilen sind und insoweit darauf nicht eingetreten werden kann.

82

Art. 234 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Ausnahmsweise Beschränkung des rechtlichen Gehörs der angezeigten Person (Ausschluss der Akteneinsicht, Nichtgewährung einer Stellungnahme) im Beschwerdeverfahren gegen Nichteintretensverfügungen.

Anklagekammer, 4. Dezember 2008

Aus den Erwägungen:

3. Wird eine Nichteintretensverfügung erlassen, ist die einer strafbaren Handlung verdächtigte Person grundsätzlich nicht beschwert. Ihr kommt damit keine Legitimation zu, selber eine Beschwerde gegen die Nichteintretensverfügung zu erheben (vgl. Art. 223 StP). Die eine Strafklage erhebende Person ist hingegen durch den Nichteintretensentscheid unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen und damit beschwert (Art. 222 lit. c, Art. 223 StP); sie ist deshalb zur Beschwerde gegen eine Nichteintretensverfügung legitimiert und kann im Beschwerdeverfahren Parteirechte ausüben.

4. Für das Rechtsmittelverfahren vor der Anklagekammer sieht Art. 234 Abs. 1 StP in allgemeiner Weise vor, dass die Vorinstanz und die Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, soweit die Beschwerde nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet erscheint. Allein aufgrund der fehlenden Beschwer kann einem Verfahrensbeteiligten die Parteistellung im Rechtsmittelverfahren nicht generell abgesprochen werden. Auch wer mangels Beschwer nicht befugt ist, in eigenem Namen ein Rechtsmittel zu ergreifen, kann unter Umständen in seiner Eigenschaft als Gegenpartei berechtigt sein, im Rechtsmittelverfahren Parteirechte auszuüben (so etwa der Angeschuldigte, gegen den eine Strafuntersuchung aufgehoben wurde). Die Regelung des Rechtsmittelverfahrens vor der Anklagekammer ist auf die Fälle zugeschnitten, in denen beide Parteien über den gleichen Informationsstand verfügen und (bereits) Einsicht in die Akten erhalten haben. Sie nimmt indessen keine Rücksicht auf die dem Akteneinsichtsrecht allenfalls entgegenstehenden Interessen der Strafuntersuchung.

Nach den allgemeinen strafprozessualen Grundsätzen ist unbestritten, dass die Eröffnung der Untersuchung ohne vorgängige Anhörung des Verdächtigten erfolgt (Art. 173 Abs. 1 StP). Gegen die Eröffnung der Untersuchung steht kein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung (GVP 1958 Nr. 48), da die blosse Tatsache der Untersuchungseröffnung als solche (noch) zu keiner Beschwer führt.

Die strafprozessualen Parteirechte greifen erst nach eröffneter Untersuchung (Art. 38 StP). Vor dem Erlass einer Nichteintretensverfügung sind die Akten in aller Regel den Parteien nicht zu eröffnen (GVP 1964 Nr. 30). Aber auch nach eröffneter Strafuntersuchung steht es im Ermessen des Untersuchungsrichters, in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt er die Akten offenlegen will. Gemäss Art. 174 Abs. 1 StP gewährt er den Parteien Einsicht in die Akten, sobald der Stand der Untersuchung es erlaubt, spätestens vor deren Abschluss. So kann auch in einem noch frühen Stadium des Verfahrens nicht verlangt werden, dass die genaue Verdachtslage und die vorhandenen Beweismittel dem Angeschuldigten vollumfänglich bekannt gegeben werden. Eine zu weit gehende Offenlegung könnte bei umfangreichen oder komplizierten Strafuntersuchungen den Zweck des Verfahrens geradezu vereiteln. Eine Ausnahme vom grundsätzlichen Anspruch auf das rechtliche Gehör ist geboten, wenn mit dessen Gewährung vor einer Entscheidung der Zweck der beabsichtigten Massnahme geradezu vereitelt würde, wie dies in aller Regel bei den strafprozessualen Zwangsmassnahmen der Fall sein dürfte. Ebenso kann eine (Kollusions-)Gefahr hinsichtlich noch vorzunehmender Abklärungen und Untersuchungshandlungen vor einer ersten einlässlichen Einvernahme der angeschuldigten Person nicht ausgeschlossen werden (vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 55 N 18f; § 76 N 7). Folgerichtig ist denn auch ein umfassendes Recht der Parteien auf Einsicht in die vollständigen Akten erst nach durchgeführter Untersuchung im Rahmen des Abschlussverfahrens gewährleistet (vgl. Art. 179 Abs. 1 StP).

5. Der Entscheid über die Eröffnung der Untersuchung fällt grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich des Untersuchungsrichters (Art. 173 Abs. 1 StP). Er legt die Untersuchungstaktik fest und bestimmt bis zum Abschluss der Untersuchung weitgehend selbständig über den Umfang und den Zeitpunkt der Akteneinsicht. Diese Möglichkeit muss nun aber auch gewahrt bleiben, wenn nicht der Untersuchungsrichter, sondern die Anklagekammer im Rahmen eines vom Kläger initiierten Beschwerdeverfahrens über die Eröffnung der Untersuchung entscheidet. Dieser Entscheid erfolgt zwar in formeller Hinsicht in einem Beschwerdeverfahren; in materieller Hinsicht stellt er aber nichts anderes als eine Entscheidung über Eröffnung oder Nichteröffnung der Untersuchung dar. Im Fall einer Gutheissung der Beschwerde wird die Untersuchung eröffnet und der Untersuchungsrichter hat zu entscheiden, in welcher Weise und mit welchen Mitteln er die sachlichen und persönlichen Umstände abklären will, die für das richterliche Urteil oder die Aufhebung des Verfahrens von Bedeutung sind (vgl. Art. 172 StP). Unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs kann es deshalb für den Verdächtigten nicht von Bedeutung sein, ob der Untersuchungsrichter die Untersuchung direkt eröffnet oder ob die Verfahrenseröffnung durch die Anklagekammer im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens erfolgt. Die Verfahrenseröffnung als solche führt für den Verdächtigten nicht zu einem Eingriff in seine rechtlich geschützten Interessen; vielmehr wird er diese im Rahmen der erst noch durchzuführenden Untersuchung in vollem Umfang wahrnehmen können.

Damit liegen zureichende Gründe vor, die es gebieten, das rechtliche Gehör im Beschwerdeverfahren dahingehend zu beschränken, als dass der verdächtigen Person weder die Akten zur Einsicht zugestellt werden noch die Möglichkeit einer Stellungnahme eingeräumt wird.

6. Der Ausschluss der Akteneinsicht im Beschwerdeverfahren wird weiterhin die Ausnahme bleiben. Eine Verweigerung der Akteneinsicht kann sich von vornherein nur auf Beschwerdeverfahren beziehen, die eine Nichteintretensverfügung zum Gegenstand haben und bei denen übergeordnete Interessen der Strafverfolgung einer Akteneinsicht durch den Verdächtigten entgegenstehen. Es wird deshalb Aufgabe der Staatsanwaltschaft sein, die Anklagekammer in geeigneter Form darauf hinzuweisen, dass im konkreten Einzelfall im Interesse der künftigen Untersuchungsführung die Akteneinsicht gegenüber dem einstweilen nur Verdächtigten beschränkt wird. Diese kann – wie im vorliegenden Fall – ohne weiteres in der Form geschehen, dass die Nichteintretensverfügung dem Verdächtigten erst nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt wird.

83

Art. 239 und Art. 242 Abs. 2 StP (sGS 962.1). Umfang der Berufungsbegründung (vgl. auch GVP 2007 Nr. 92). Wird nur die Art des Strafvollzuges angefochten, so ist eine Überprüfung der Schuldsprüche lediglich unter dem eingeschränkten Gesichtspunkt von offensichtlichen Gesetzesverletzungen zulässig. Die Vorschrift, sich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt über den Umfang der Anfechtung festzulegen, dient einem geregelten, klaren Verfahren und der Prozessökonomie und ist damit sachlich gerechtfertigt.

Kantonsgericht, Strafkammer, 9. Juni 2008

Aus den Erwägungen

II./1. b) Gemäss Art. 239 Abs. 2 StP kann sich die Berufungserklärung auf den Schuldspruch, die Sanktion, den Kostenspruch oder die Zivilklage beschränken. Die Berufungsbegründung beschränkt sich auf die in der Berufungserklärung angefochtenen Punkte (Art. 242 Abs. 2 StP). Die Berufungsbegründung dient nur der Ergänzung oder Abänderung der angefochtenen Punkte innerhalb des mit der Berufungserklärung der Neubeurteilung unterworfenen Sachzusammenhangs, nicht aber der Ausdehnung des Berufungsbegehrens auf andere, damit nicht notwendigerweise im Zusammenhang stehende Bereiche des erstinstanzlichen Entscheids. Der Überprüfung im Berufungsverfahren unterliegt grundsätzlich nur, was ausdrücklich angefochten und in der Berufungserklärung genannt ist. Begnügt sich der Angeschuldigte damit, lediglich das Strafmass anzufechten, so soll der Berufungsrichter zu seinen Gunsten nur dann beim Schuldspruch korrigierend eingreifen, wenn die Mängel des erstinstanzlichen Entscheids offenkundig sind oder wenn Schuld- und Straffrage im besonderen Fall derart eng zusammenhängen, dass sie nicht losgelöst voneinander betrachtet werden können (GVP 2007 Nr. 92 m.w.H.).

c) Der Angeklagte äusserte sich in der Berufungserklärung nicht zu den Schuldsprüchen und beantragte insbesondere auch keine weiteren Freisprüche. Er möchte mit der Berufung vielmehr «eine bedingte Strafe […] erbeten», da er innerhalb der letzten fünf Jahre keine Freiheitsstrafe verbüsst habe, seit 2003 ein deliktsfreies Leben führe und daher eine günstige Prognose möglich sei. Damit ist aus der Berufungserklärung klar ersichtlich, dass der Angeklagte das erstinstanzliche Urteil lediglich hinsichtlich der Frage des bedingten Strafvollzuges anfechten wollte. Der Einwand des Verteidigers an Schranken, es handle sich um einen Laien, der das Urteil als ganzes habe anfechten wollen, trifft gerade nicht zu. Insbesondere wird auch in der Rechtsmittelbelehrung des erstinstanzlichen Urteils ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die Berufungserklärung «auf den Schuldspruch, die Sanktion, den Kostenspruch oder die Zivilklage beschränken kann», so dass die entsprechende Unterscheidung auch für einen Laien verständlich war.

d) Die Rüge des Verteidigers an Schranken, der Antrag der Staatsanwaltschaft, auf die Begehren in der Berufungsbegründung zufolge Verspätung nicht einzutreten, sei überspitzt formalistisch, trifft nicht zu. Überspitzter Formalismus liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt (Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 80 B. IV.a). Die Vorschrift, sich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt über den Umfang der Anfechtung festzulegen, dient einem geregelten, klaren Verfahren und der Prozessökonomie. Die entsprechende Vorschrift ist damit sachlich gerechtfertigt. Eine übertriebene Handhabung dieser Vorschrift ist ebenfalls zu verneinen. (…)

e) Mangels ausdrücklicher Anfechtung in der Berufungserklärung hat es damit bei den Schuldsprüchen des vorinstanzlichen Urteils insoweit sein Bewenden, als dieses nicht offenkundige Mängel aufweist. Die vom Verteidiger in der Berufungsbegründung bestrittenen Schuldsprüche sind damit vorliegend einzig unter dem eingeschränkten Gesichtspunkt von offensichtlichen Gesetzesverletzungen im Sinn von Art. 227 StP zu prüfen.

84

Art. 254 StP (sGS 962.1). Nach der Gerichtshängigkeit des Strafverfahrens sind Anträge auf Beweiserhebungen beim Gericht und nicht bei der Staatsanwaltschaft einzureichen.

Anklagekammer, 29. Oktober 2008

Das Kreisgericht und auch das Kantonsgericht verurteilten den Beschwerdeführer zu einer unbedingten mehrjährigen Freiheitsstrafe. Er reichte nach Erlass des zweitinstanzlichen Urteils bei der Staatsanwaltschaft ein Begehren auf Beizug von verschiedenen medizinischen Unterlagen ein. Die Staatsanwaltschaft lehnte das Ersuchen ab. Die Anklagekammer trat auf die vom Beschwerdeführer dagegen eingereichte Rechtsverweigerungsbeschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen:

Mit der Anklageerhebung, d. h. mit dem Eingang der Anklageschrift und der Akten, wird das Verfahren beim Gericht hängig (Art. 192 Abs. 1 StP). Der Untersuchungsrichter ergänzt die Anklageschrift, wenn nach der Anklageerhebung neue strafbare Handlungen bekannt werden, die nach Art. 28 Abs. 2 StP gemeinsam mit den bereits hängigen strafbaren Handlungen zu beurteilen sind (Art. 192 Abs. 2

StP). Eine Anklageergänzung kann sich auch dann aufdrängen, wenn im Rahmen der gerichtlichen Beweisanordnungen eine Ergänzung der Untersuchung beschlossen und der Untersuchungsrichter mit den entsprechenden Beweiserhebungen beauftragt worden ist.

Der Untersuchungsrichter bleibt nach der Gerichtshängigkeit zuständig für die Anordnung, Aufrechterhaltung oder Aufhebung von Zwangsmassnahmen bzw. im Fall der Untersuchungshaft der Haftrichter (vgl. Art. 110 Abs. 1 lit. a StP). Im Übrigen kommt der Staatsanwaltschaft im Gerichtsverfahren die Stellung einer Partei mit den entsprechenden gesetzlich vorgesehenen Rechten zu, namentlich die Einreichung begründeter Beweisanträge beim Gericht (Art. 193 Abs. 1 StP). Es bleibt allen Verfahrensparteien grundsätzlich unbenommen, neue Tatsachen und Beweismittel einzureichen. Dies ist selbst im Berufungsverfahren noch zulässig (vgl. Art. 238 StP). Im Strafverfahren gelangt die Untersuchungsmaxime uneingeschränkt zur Anwendung. Die Beweiserhebung ist von Amtes wegen auf alle Tatsachen zu erstrecken, die für die Beurteilung von Bedeutung sein können (Art. 63 Abs. 1 StP).

Das Gesagte hat zur Folge, dass die Herrschaft über das Strafverfahren mit der Gerichtshängigkeit (vgl. Art. 192 StP) von der Staatsanwaltschaft (Untersuchungsrichter) auf das zuständige Kreisgericht, im Falle einer Berufung gemäss Art. 237 StP auf die Rechtsmittelinstanz (Kantonsgericht St.Gallen), übergeht. Es ist zwar der Staatsanwaltschaft und den anderen Verfahrensbeteiligten nicht ausdrücklich untersagt, Beweismittel selber erhältlich zu machen und dem Gericht im Rahmen der strafprozessrechtlichen Bestimmungen einzureichen. Es entspricht aber den erwähnten strafprozessualen Vorgehensregeln, dass die Parteien Beweisanträge beim Gericht stellen, welches in der Folge darüber entscheidet, ob diesen Begehren (ganz oder teilweise) entsprochen wird oder nicht. Nach der Gerichtshängigkeit des Strafverfahrens haben deshalb die Parteien Anträge auf Beweiserhebungen beim Gericht und nicht bei der Staatsanwaltschaft einzureichen.

Die im vorliegenden Fall streitige Beweisabnahme steht im Zusammenhang mit den vom Kantonsgericht St.Gallen als Berufungsinstanz am 12. Juni 2008 beurteilten, durch den Beschwerdeführer mutmasslich begangenen, strafbaren Handlungen. Das entsprechende Urteil lag zum Zeitpunkt der Stellung des Antrages auf Beizug von medizinischen Akten in begründeter Form noch nicht vor. Es ergibt sich keine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft zur Behandlung der erst nach dem zweitinstanzlichen Urteil gestellten Beweisanträge. Sie ist aufgrund der vorstehenden strafprozessrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich nicht befugt, während der Gerichtshängigkeit Anträge auf Beweiserhebungen seitens der anderen Verfahrensbeteiligten entgegenzunehmen und über die Beweisanträge zu befinden. Daran vermag der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Umstand nichts zu ändern, wonach er beabsichtige, den kantonsgerichtlichen Entscheid an das Schweizerische Bundesgericht weiterzuziehen. Eine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft zur Abnahme des beantragten Beweises lässt sich im Übrigen auch nicht aus dem

Anspruch auf ein faires Verfahren und das Recht auf eine effiziente Verteidigung eines Angeschuldigten ableiten. Dies entbindet nicht davon, Beweisanträge gemäss den je nach dem Verfahrensstand massgebenden prozessrechtlichen Vorschriften geltend zu machen und im Streitfalle durchzusetzen. Es muss nicht hier darüber entschieden werden, ob dies im vorliegenden Fall in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesgericht oder in einem Verfahren betreffend Wiederaufnahme (vgl. Art. 248 ff. StP) vorgenommen werden kann.

85

Art. 254 StP (sGS 962.1). Rechtsverweigerungsbeschwerde: Eintretensvoraussetzungen (Ergänzung der Rechtsprechung gemäss GVP 2002 Nr. 100).

Anklagekammer, 19. November 2008

Aus den Erwägungen:

Gegen Handlungen oder Unterlassungen des Untersuchungsrichters kann grundsätzlich die Rechtsverweigerungsbeschwerde ergriffen werden (vgl. Art. 254 StP). Über solche Beschwerden entscheidet die Anklagekammer (Art. 255 StP). Die Rechtsverweigerungsbeschwerde wurde innert der 14-tägigen Rechtsmittelfrist eingereicht. Insoweit sind die von Amtes wegen zu prüfenden formellen Eintretensvoraussetzungen erfüllt.

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist ein ausserordentliches und unvollkommenes Rechtsmittel, welches nur subsidiär ergriffen werden kann. Sie steht nur zur Verfügung, wenn der gerügte Mangel oder Fehler nicht mit einem anderen Rechtsmittel (vgl. Art. 254 Abs. 2 StP) oder mit einem sonstigen Rechtsbehelf geltend gemacht werden kann. So ist die Rechtsverweigerungsbeschwerde insbesondere nicht zulässig gegen die Ablehnung von Beweisanträgen durch den Untersuchungsrichter (GVP 2002 Nr. 100; vgl. auch BGE 1B_142/2008), den Erlass einer Parteimitteilung gemäss Art. 179 f. StP oder auch gegen eine Anklageschrift. Auf ein Rechtsmittel ist sodann nur einzutreten, wenn der Einleger durch die angefochtene Handlung oder Unterlassung beschwert ist und ein rechtlich geschütztes Interesse an deren Aufhebung hat (vgl. Art. 223 Abs. 1 StP).

Für die mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde verlangte Begründung der Verweigerung der Teilnahme des Beschwerdeführers als mutmassliches Opfer an der untersuchungsrichterlichen Einvernahme des Angeschuldigten vom 17. Oktober 2008 fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse. Die Einvernahme ist bereits durchgeführt. Die Begründung der Ablehnung ergibt sich im Übrigen bereits aus dem Gesetz: Die Parteirechte des Klägers bzw. eines Opfers beschränken sich auf

das zur Wahrung der rechtlich geschützten Interessen Erforderliche (Art. 42 Abs. 2 StP, vgl. auch Art. 8 OHG). Ein uneingeschränktes und voraussetzungsloses Recht der Parteien, an Beweiserhebungen teilzunehmen, kennt das st.gallische Strafprozessrecht nur in drei Fällen (vgl. Art. 180 Abs. 2 StP, Art. 196 Abs. 2 StP und Art. 214 Abs. 2 StP). Zudem besteht grundsätzlich ein uneingeschränktes Teilnahmerecht für Beweiserhebungen während der gerichtlichen Hauptverhandlung (vgl. Art. 207 ff. StP). Im Übrigen gewährt das Strafprozessgesetz den Parteien die Teilnahme an Beweisabnahmen nur in eingeschränkter Form. Soweit es zur Wahrung seiner Rechte erforderlich erscheint, kann der Kläger auf Gesuch zugelassen werden (Art. 176 Abs. 1 zweiter Satz StP). In Anbetracht dieser klaren gesetzlichen Regelung besteht kein Rechtsanspruch auf Begründung der Verweigerung der Teilnahme an der untersuchungsrichterlichen Einvernahme des Angeschuldigten vom 17. Oktober 2008. Immerhin ist hier festzuhalten, dass die Anwältin des Beschwerdeführers zur Einvernahme zugelassen gewesen wäre. Im Übrigen bleibt eine allfällige Konfrontationseinvernahme zwischen ihm und dem Angeschuldigten im Verlaufe der weiteren Strafuntersuchung vorbehalten. Auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde des Beschwerdeführers kann daher mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten werden.

86

Art. 254 StP (sGS 962.1). Akteneinsicht im Strafverfahren. Grundsatz der Öffentlichkeit.

Anklagekammer, 4. Dezember 2008

Aus den Erwägungen:

2. In Verfahren vor staatlichen Gerichten gilt für die Verhandlung und Urteilverkündung der Grundsatz der Öffentlichkeit. Der Öffentlichkeitsgrundsatz bedeutet eine Absage an jegliche Form der Kabinettsjustiz. Er soll den Personen, die am Prozess beteiligt sind, eine korrekte Behandlung gewährleisten. Der Öffentlichkeitsgrundsatz will aber auch der Allgemeinheit ermöglichen, festzustellen, wie das Recht verwaltet und die Rechtspflege ausgeübt wird, und liegt insoweit auch im öffentlichen Interesse. Die rechtsstaatliche und demokratische Bedeutung des Grundsatzes der Öffentlichkeit verbietet einen Ausschluss dort, wo nicht überwiegende Gründe der staatlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit oder schützenswerte Interessen Privater dies vordringlich gebieten (BGE 133 I 106 E. 8.1 mit Verweisen). Der Grundsatz der Öffentlichkeit beinhaltet damit einen grundsätzlich voraussetzungslosen Anspruch auf Einsicht in die durch staatliche

Gerichte ergangenen Entscheide. Dem ist Genüge getan, wenn das Strafurteil öffentlich bekannt gemacht wird. Dazu genügt die Auflage der Urteile bei einer der Öffentlichkeit zugänglichen Kanzlei, wo jedermann, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht, den vollständigen Text des Urteils einsehen oder sich eine Kopie erstellen lassen kann. Sofern keine besonderen, schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen – bei deren Vorliegen allenfalls die Öffentlichkeit ausnahmsweise von den Verhandlungen ausgeschlossen werden könnte – ersichtlich sind, hat der Berechtigte Anspruch auf Kenntnisnahme des vollständigen, ungekürzten und nicht anonymisierten Urteils (BGE 124 IV 234 E. 3 lit. e).

In begründeten Fällen kann aus dem Öffentlichkeitsprinzip auch ein Einsichtsrecht in strafprozessuale Entscheide und Verfügungen, die ohne Durchführung einer (öffentlichen) Gerichtsverhandlung abgeschlossen wurden, abgeleitet werden (BGE 134 I 286). Dies gilt insbesondere für Bussenverfügungen (Art. 170 StP), Nichteintretensverfügungen (Art. 168 StP), Aufhebungsverfügungen (Art. 183 StP), Strafbescheide (Art. 185 StP), Einstellungsverfügungen (Art. 189 f. StP) oder Strafentscheide (Art. 322 f. StP). Das Einsichtsrecht kann geltend machen, wer ein schutzwürdiges Interesse nachweist, wobei an den Nachweis dieses Interesses kein strenger Massstab anzulegen ist. Die Einsicht ist zu gewähren, sofern keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen der Einsichtnahme entgegenstehen (BGE 134 I 286). Berechtigten entgegenstehenden privaten oder öffentlichen Interessen kann gegebenenfalls durch Kürzung oder Anonymisierung Rechnung getragen werden (vgl. BGE 124 IV 234 E. 3 lit. c). Dabei genügt es, wenn die Entscheide für einige Zeit auf der Kanzlei der Verwaltungsbehörde zur Einsicht durch Interessierte aufgelegt sind oder einem Berechtigten auf besonderes Ersuchen hin Einsicht gewährt wird. Beim Bundesgericht besteht – wenn in einem gerichtlichen Verfahren keine öffentliche mündliche Verhandlung und keine öffentliche Urteilsberatung stattgefunden hat – die Öffentlichkeit des Verfahrens darin, dass das Urteil öffentlich verkündet wird. Um dies zu gewährleisten, werden die Rubra und Dispositive aller verfahrensabschliessenden Urteile während 30 Tagen grundsätzlich ohne Anonymisierung am Bundesgericht öffentlich aufgelegt (vgl. BGE 133 I 106 E. 8.2).

Das sich aus dem erwähnten Öffentlichkeitsgrundsatz ergebende Recht auf Kenntnisnahme über den Abschluss von Strafverfahren gilt zeitlich nicht unbeschränkt. Es muss grundsätzlich im Rahmen einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Anwesenheit ausgeübt werden. Im Falle einer schriftlichen Urteilseröffnung bzw. wenn ein Entscheid im schriftlichen Verfahren ohne mündliche Verhandlung ausgefällt wird, ist das sich aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz ergebende Recht auf Kenntnisnahme über den Ausgang des Verfahrens in der Regel während den laufenden Rechtsmittelfristen auszuüben. Damit ist eine Pflicht des Interessierten vorausgesetzt, sich bei den für das Verfahren zuständigen Behörden über den Gang des Verfahrens zu erkundigen. Dies gilt auch namentlich für Journalisten, welche kein weitergehendes, sich aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit von Ver-

fahren ergebendes, Informationsrecht für sich ableiten können. Auch Journalisten müssen sich aktiv und rechtzeitig um Einsicht in Gerichtsentscheide bemühen, um dem sich aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz ergebenden Recht auf Einsicht nicht verlustig zu gehen. Die zeitliche Beschränkung des Einsichtsrechts setzt allerdings voraus, dass die staatlichen Behörden die ohne Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung gefällten Entscheide in geigneter Weise bekannt machen.

Lässt sich ein Begehren um Auskünfte über ein Strafverfahren nicht (mehr) auf den Öffentlichkeitsgrundsatz abstützen, kann ein solches Ersuchen nur noch im Rahmen der von der Anklagekammer erlassenen Weisung über die Akteneinsicht, die Herausgabe von Strafakten und die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren gewährt werden (vgl. GVP 2001 Nr. 75). Dies kann Journalisten nur gewährt werden, wenn die geltend gemachten Interessen das öffentliche oder private Interesse an der Geheimhaltung deutlich überwiegen (vgl. Art. 3 lit. e der erwähnten Weisung). Dabei ist vorgängig dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (Art. 4 der Weisung).

87

Art. 254 Abs. 1 lit. a StP (sGS 962.1). Prozessuale Sorgfaltspflichten vor der Einreichung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde.

Anklagekammer, 17. März 2008

Aus den Erwägungen:

Der Beschwerdeführer rügt, dass die Untersuchungsrichterin die Vornahme von gesetzlich vorgeschriebenen Amtshandlungen durch ihre Untätigkeit ungerechtfertigt verzögert habe. So habe die Untersuchungsrichterin unter anderem sein Schreiben vom 29. November 2007 bis heute nicht beantwortet. Nach Abschluss der Auswertung der beschlagnahmten Gegenstände im November 2007 sei festgestanden, dass kein verdächtiges Material gefunden worden sei, anderenfalls die Gegenstände nicht ausgehändigt worden wären.

…

Der Anspruch auf Erledigung einer Sache innert angemessener Frist gehört zu den Verfahrensgarantien nach Art. 29 Abs. 1 BV. Eine unrechtmässige Verzögerung und damit eine formelle Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die zuständige Behörde sich zwar bereit zeigt, die Verfügung zu erlassen, sie aber nicht binnen der Frist erlässt, welche nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände als angemessen erscheint (BGE 103 V 195). Der Erreichung dieses Ziels – Erledigung innert angemessener Frist – dienen insbesondere die Verfahrensord-

nungen. Unerlässlich sind dafür Fristen, Formen und prozessuale Sorgfaltspflichten, die einem schleppenden Prozessgang und der Verfahrensverzögerung entgegen wirken. Die Durchsetzung des Beschleunigungsgrundsatzes verlangt zwar in erster Linie vom Untersuchungsrichter, daneben aber auch von den Parteien, das je ihnen Mögliche und Zumutbare dazu beizutragen, dass das Verfahren zügig voranschreitet. Hinzu tritt aber auch der Grundsatz von Treu und Glauben, welcher Behörden und Privaten gleichermassen rechtsmissbräuchliches und widersprüchliches Verhalten verbietet. Im Rahmen der prozessualen Sorgfaltspflichten obliegt es daher den Parteien, festgestellte Verfahrensmängel rechtzeitig anzuzeigen (BGE 125 V 375).

Die Hausdurchsuchung und Sicherstellung der Datenträger fand am 24. April 2007 statt. Am 11. Mai 2007 erliess die Untersuchungsrichterin eine Beschlagnahmeverfügung; am 25. Mai 2007 erfolgte eine polizeiliche Befragung des Beschwerdeführers; am 14. Juni 2007 wurden dem Beschwerdeführer ein Teil der in der Zwischenzeit ausgewerteten Datenträger wieder ausgehändigt. Am 28. August 2007 ersuchte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Untersuchungsrichterin um Orientierung über den Stand des Verfahrens sowie um Einsicht in die Akten. Die Untersuchungsrichterin teilte dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 31. August 2007 mit, dass die Auswertung der beschlagnahmten Datenträger noch nicht abgeschlossen sei; dem Beschwerdeführer werde Vorhalt gemacht, sobald die Auswertungsergebnisse vorlägen; Akteneinsicht werde erst im Anschluss daran gewährt. Am 2. November 2007 monierte der Beschwerdeführer, dass das Verzeichnis der sichergestellten Unterlagen mit dem in seiner Wohnung fehlenden Computermaterial nicht übereinstimme. Er wurde mit Schreiben der Untersuchungsrichterin vom 7. November 2007 gebeten, diesbezüglich weitere Angaben zu machen. Nachdem von Seiten des Beschwerdeführers keine Reaktion erfolgte, ging die Untersuchungsrichterin davon aus, dass sich die Angelegenheit erledigt hatte. Am 16. November 2007 wurden dem Beschwerdeführer die restlichen sichergestellten Datenträger ausgehändigt. Am 29. November 2007 ersuchte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Untersuchungsrichterin um Erlass einer Aufhebungsverfügung, nachdem in der Zwischenzeit sämtliche sichergestellten Datenträger wieder zurückgegeben worden seien und sich der Tatverdacht nicht habe erhärten lassen. Dieses Schreiben blieb von der Untersuchungsrichterin unbeantwortet, und eine weitere Intervention von Seiten des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers erfolgte nicht.

Der Beschwerdeführer hat zweifellos ein berechtigtes Interesse an einem möglichst baldigen Abschluss der gegen ihn geführten Strafuntersuchung, zumal sich anhand der sichergestellten Datenträger der ursprüngliche Tatverdacht offenbar nicht erhärten liess. Andererseits zeigen aber die konkreten Umstände des Verfahrens, dass die Untersuchung durchaus mit der gebotenen Beschleunigung vorangetrieben wurde. Zwischen Verfahrenseröffnung und Einreichung der Rechtsverzögerungsbeschwerde waren knapp zehn Monate verstrichen, wobei es in der Natur

der Sache liegt, dass die Auswertung sichergestellter Datenträger eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Der Beschwerdeführer wurde anlässlich der polizeilichen Befragung vom 25. Mai 2007 über die vorliegenden Verdachtsmomente in Kenntnis gesetzt; und auch die Auswertung der sichergestellten Datenträger erfolgte speditiv, so dass diese dem Beschwerdeführer am 24. Juni 2007 teilweise und am 16. November 2007 dann vollständig wieder zurückgegeben werden konnten.

Bis November 2007 kann jedenfalls von Rechtsverzögerung keine Rede sein. Wie sich der Vernehmlassung der Untersuchungsrichterin im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens entnehmen lässt, wurde der polizeiliche Schlussbericht am 11. Januar 2008 sowie der forensische Ermittlungsbericht am 22. Januar 2008 erstellt. Auch nach November 2007 wurden somit weitere Untersuchungshandlungen durchgeführt und damit die Untersuchung mit der gebotenen Beschleunigung vorangetrieben.

Dass das Schreiben des Rechtsvertreters an die Untersuchungsrichterin vom 29. November 2007 unbeantwortet blieb, mag zwar aus Sicht des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers irritierend erscheinen. Immerhin ist aber zu berücksichtigen, dass der überwiegende Teil jenes Schreibens sich auf die Rückgabe der sichergestellten Datenträger, insbesondere auf einen angeblich noch fehlenden USB-Stick, bezog, und der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers im Übrigen eher beiläufig um eine möglichst baldige Beendigung des Verfahrens ersuchte.

Im Sinne der zitierten Rechtsprechung zu den Sorgaltspflichten (auch) der Parteien hätte vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers erwartet werden können und müssen, dass er sich vor der Erhebung der Rechtsverzögerungsbeschwerde bei der Untersuchungsrichterin nochmals nach dem Stand des Verfahrens erkundigt. Er hätte dann unschwer feststellen können, dass in der Zwischenzeit weitere polizeiliche Berichte eingegangen sind und die Untersuchungsrichterin durchaus gewillt ist, das Verfahren nach Abschluss der erforderlichen Ermittlungen mit der gebotenen Beschleunigung zum Abschluss zu bringen.

Es zeigt sich somit, dass von einer unzulässigen Verzögerung des Verfahrens keine Rede sein kann und im Übrigen der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die ihm vor Einreichung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde obliegenden prozessualen Sorgfaltspflichten nicht eingehalten hat.

88

Art. 266 lit. a und Art. 337 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Kostenauflage bei Einstellung des Strafverfahrens (Präzisierung der Rechtsprechung gemäss GVP 2000 Nr. 62).

Präsident der Anklagekammer, 10. Juni 2008

Aus den Erwägungen:

2.b) Nach Art. 266 lit. a StP trägt der Angeschuldigte die Kosten, wenn er einer strafbaren Handlung schuldig erklärt wird (Art. 266 lit. a StP). Auch wenn die allgemeinen Voraussetzungen für eine Kostenauflage an den Angeschuldigten gegeben sind (Art. 266 StP), können im Jugendstrafverfahren die Verfahrenskosten ganz oder teilweise dem Staat auferlegt werden, wenn der Jugendliche sonst übermässig belastet würde (Art. 337 Abs. 1 StP).

Art. 266 StP geht hinsichtlich der Kostenauflage von einem (expliziten formellen) Schuldspruch aus. Grundgedanke der Kostenauflage ist hingegen, dass ein Zusammenhang zwischen dem zur Verurteilung führenden tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten und den dadurch verursachten Kosten bestehen muss. Eine Kostenauflage muss demzufolge auch ohne expliziten formellen Schuldspruch möglich sein, wenn ein strafbares Verhalten vorliegt, von einer Bestrafung aber zufolge geringem Verschulden abgesehen und das Verfahren demzufolge eingestellt wird.

c) Das Verfahren gegen die jugendliche Beschwerdeführerin resultierte nicht in einem formellen Schuldspruch, da aus Opportunitätsgründen von einer Bestrafung abgesehen und das Verfahren eingestellt wurde. Dennoch wurde in der Einstellungsverfügung festgestellt, dass sie – wenn auch nur ein leichtes – Verschulden trifft, da sie die für ein korrektes Abbiegen notwendigen Verkehrsregeln nicht eingehalten hat. Damit wären die Voraussetzungen für eine Kostenauflage gemäss Art. 266 StP grundsätzlich erfüllt und eine solche wäre zulässig gewesen. Eine entsprechende Auflage der Verfahrenskosten hätte auch nicht die Unschuldsvermutung verletzt, welche (einzig) einer Kostenauflage für den Fall einer Verfahrenseinstellung bei nicht vollständig geklärter Verschuldensfrage entgegensteht (vgl. GVP 2000 Nr. 62; BSK Strafrecht I – Riklin, 2. A., Vor Art. 52 ff. N 31 m.w.H.). Im Falle einer Kostenauflage ist keine Entschädigung für die Verteidigerkosten geschuldet (vgl. Art. 271 StP), selbst eine (teilweise) Kostenauflage an den Staat gemäss Art. 337 StP erzeugt keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

d) Zusammenfassend waren damit die Voraussetzungen für eine Kostenauflage an die Beschwerdeführerin grundsätzlich gegeben. Damit besteht kein Anspruch auf die Zusprache einer Entschädigung für die private Verteidigung. Somit kann offen bleiben, ob die zugesprochene (reduzierte) Entschädigung überhaupt dem Gesamtaufwand angemessen war. Die Beschwerde gegen die Reduktion der Honorarnote ist daher abzuweisen.

3. Hinsichtlich des Erwachsenenstrafrechts wird in der Lehre und Rechtsprechung einhellig die Meinung vertreten, dass mit der Einstellung des Verfahrens (in der Regel) keine endgültige Feststellung über Schuld oder Unschuld erfolge, so dass die Unschuldsvermutung voll zum Tragen komme. Dies habe zur Folge, dass aus der Einstellung des Verfahrens keine Konsequenzen gezogen werden dürfen, die nur bei einem gesetzlichen Nachweis der Schuld zulässig wären, und mithin

auch keine Kostenauflage statthaft ist (vgl. GVP 2000 Nr. 62; BSK Strafrecht I – Riklin, 2. A., Vor Art. 52 ff. N 31 m.w.H.).

Dennoch stellt sich auch im Erwachsenenstrafrecht in Fällen mit klar ausgewiesenem Verschulden die Frage, ob die entsprechende angeschuldigte Person neben einer Strafbefreiung zusätzlich auch noch von Kosten entbunden werden soll, zumal in diesen Konstellationen durch eine Kostenauflage keine Verletzung der Unschuldsvermutung vorliegen würde, wie dies der Fall wäre, wenn bereits im Strafverfahren von der weiteren Strafverfolgung abgesehen wird, ohne dass die Verschuldensfrage vollständig geklärt wurde. Ob eine Kostenauflage im Erwachsenenstrafrecht bei klarer Verschuldensfrage zulässig ist, braucht jedoch vorliegend nicht abschliessend geklärt zu werden.

89

Art. 294 ff. StP (sGS 962.1), Art. 72 Abs. 1 GerG (sGS 941.1). Der vom Kläger beim Kreisgerichtspräsidium mit Privatstrafklage- bzw. im anschliessend geführten Untersuchungsverfahren neu erhobene Vorwurf der falschen Anschuldigung stellt kein Ehrverletzungs- oder anderes Antragsdelikt, sondern eine von Amtes wegen zu verfolgende strafbare Handlung (Offizialdelikt) dar, die in den sachlichen Zuständigkeitsbereich der Strafverfolgungsbehörden fällt und daher nicht im Privatstrafklageverfahren, sondern im ordentlichen Verfahren zu beurteilen ist. Der mit der Untersuchung der Privatstrafklage befasste Gerichtspräsident hätte daher infolge sachlicher Unzuständigkeit zunächst gemäss Art. 72 Abs. 1 GerG den neu erhobenen Vorwurf der falschen Anschuldigung zur Beurteilung an das zuständige Untersuchungsamt überweisen müssen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 6. März 2008

Aus den Erwägungen:

II./2. a) Der Kläger rügt, der vorinstanzliche Entscheid leide an einem Verfahrensmangel; die Vorinstanz sei zu Unrecht auf die falsche Anschuldigung nicht eingetreten. Da auch die falsche Anschuldigung von der Überweisung erfasst worden sei, hätte sie vom Einzelrichter beurteilt werden müssen. Der Nichteintretensentscheid sei daher aufzuheben. Eventualiter beantragt der Kläger die Aktenüberweisung an den Untersuchungsrichter bzw. Staatsanwalt, verbunden mit der Anweisung, eine Strafuntersuchung zu eröffnen bzw. fortzuführen und den Beklagten der falschen Anschuldigung schuldig zu sprechen. Für den Fall, dass der untersuchungsrichterliche Überweisungsentscheid an einem Mangel leide, wie dies die Vorinstanz an-

nehme, dürfe dieser dem Kläger nicht zu seinem Nachteil gereichen. Die falsche Anschuldigung sei noch in keinem anderen Verfahren rechtskräftig beurteilt worden. Damit seien die Verfolgungspflicht sowie die Untersuchungs- und Offizialmaxime verletzt worden.

In der Überweisung der Privatstrafklage betreffend üble Nachrede, falsche Anschuldigung, evtl. Verleumdung, zur gerichtlichen Beurteilung war festgehalten worden, ein Vorbehalt gemäss Art. 304 Abs. 3 StP sei nicht indiziert. Die Vorinstanz erwog, die falsche Anschuldigung als Offizialdelikt könne im Privatstrafklageverfahren, das nur die Beurteilung von Antragsdelikten vorsehe, nicht beurteilt werden und trat daher auf den Antrag, den Beklagten der falschen Anschuldigung schuldig zu erklären, nicht ein. Sie merkte jedoch mit Verweis auf Art. 304 Abs. 3 StP an, da der Vorwurf der falschen Anschuldigung bereits im Untersuchungsverfahren erhoben worden sei, hätte der untersuchende Richter, nachdem die Voraussetzungen für die Verweisung in das Privatstrafklageverfahren offensichtlich nicht mehr gegeben gewesen seien, das Verfahren abschreiben und die Akten dem Staatsanwalt überweisen müssen.

b) Ehrverletzungen gemäss Art. 173–178 StGB sind nur auf Antrag strafbar. 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. Entsprechend hob der Kläger vorliegend das Privatstrafklageverfahren direkt durch Einreichung des Vermittlungsbegehrens an (vgl. Art. 299 Abs. 1 lit. a aStP), da er am Vermittlungsvorstand vorerst (sinngemäss) eine Bestrafung des Beklagten wegen Ehrverletzungen, konkret wegen übler Nachrede, evtl. Verleumdung, sowie Beschimpfung, verlangte. Mit Klage vom 28. Juli 2006 bzw. im darauf folgenden Untersuchungsverfahren sah er sich aber veranlasst, neu eine Bestrafung wegen falscher Anschuldigung, übler Nachrede, evtl. Verleumdung, aber nicht mehr wegen Beschimpfung zu beantragen. Eine Klageänderung ist grundsätzlich zulässig, da in Privatstrafklagesachen das Rechtsbegehren am Vermittlungsvorstand nicht endgültig festgelegt wird. Der Kläger kann vielmehr – unter Vorbehalt der Strafantragsfrist – bis zum Abschluss der Untersuchung die Klage abändern oder neue Klagen hinzufügen (Art. 309 Abs. 1 StP). Vorliegend handelt es sich indessen nicht nur um eine blosse Klageänderung im Privatstrafklageverfahren.

c) Zu berücksichtigen ist, dass der neu erhobene Vorwurf der falschen Anschuldigung (Art. 303 StGB) kein Ehrverletzungs- oder anderes Antragsdelikt, sondern eine von Amtes wegen zu verfolgende strafbare Handlung (Offizialdelikt) darstellt, die in den sachlichen Zuständigkeitsbereich der Strafverfolgungsbehörden fällt und daher nicht im Privatstrafklageverfahren, sondern im ordentlichen Verfahren zu beurteilen ist (vgl. Art. 61 ff., Art. 166 ff. StP). Steht eine Ehrverletzung oder ein anderes Antragsdelikt mit einer von Amtes wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung

im Zusammenhang, werden sie ebenfalls im ordentlichen Verfahren untersucht und beurteilt (Art. 295 Abs. 1 StP), wobei ein Zusammenhang in zeitlicher, persönlicher oder sachlicher Hinsicht ausreicht (GVP 1977 Nr. 41; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1500). Gemäss Art. 4 der Weisung der Anklagekammer über das Privatstrafklageverfahren (GVP 2001 Nr. 72) genügt es für den Ausschluss des Privatstrafklageverfahrens nach Art. 295 Abs. 1 StP nicht, wenn lediglich das Zusammentreffen mit einer anderen, von Amtes wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung behauptet wird. Vielmehr müssen in Bezug auf die andere strafbare Handlung konkrete Anhaltspunkte vorliegen, welche für sich zu einer Eröffnung der Untersuchung i. S. von Art. 173 StP führen. Sind die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Strafuntersuchung wegen der von Amtes wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung nicht gegeben, erlässt der Untersuchungsrichter diesbezüglich eine Nichteintretensverfügung und verweist im Übrigen die Ehrverletzung oder ein anderes Antragsdelikt in das Privatstrafklageverfahren. Anstände über die anwendbare Verfahrensart zwischen den Parteien und dem Vertreter der Staatsanwaltschaft oder dem untersuchenden Richter und dem Staatsanwalt entscheidet der Präsident der Anklagekammer (Art. 295 Abs. 2, Art. 304 Abs. 3 StP; vgl. auch Art. 5 der Weisung über das Privatstrafklageverfahren).

Art. 72 Abs. 1 GerG sieht für Eingaben an einen unzuständigen Richter (innerkantonal) eine vorbehaltlose Überweisungspflicht vor, wonach diese der zuständigen Behörde überwiesen werden müssen. Die Bestimmung erfasst alle schriftlichen Eingaben, welche Verfahrensbeteiligte dem Richter zustellen, soweit sie ein hängiges Verfahren betreffen oder ein solches einleiten (vgl. Holenstein, Gerichtsgesetz, Flawil 1987, Vorbem. zu Art. 70–72 N 1, Art. 72 N 2, Art. 84 N 8). Die vom Kläger beim Kreisgerichtspräsidium Werdenberg-Sargans mit Privatstrafklage vom 28. Juli 2007 bzw. im anschliessend geführten Untersuchungsverfahren erhobene Strafanzeige wegen falscher Anschuldigung ist als solche Eingabe zu betrachten. Infolge sachlicher Unzuständigkeit zur Überprüfung des neu erhobenen Vorwurfs der falschen Anschuldigung und der sich daraus ergebenden verfahrensrechtlichen Folgen hätte der mit der Untersuchung der Privatstrafklage befasste Gerichtspräsident die Angelegenheit an das örtlich zuständige Untersuchungsamt überweisen müssen. Dem Untersuchungsrichter hätte in der Folge der Entscheid oblegen, ob die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Strafuntersuchung wegen falscher Anschuldigung gegeben und das ordentliche Verfahren durchzuführen (Art. 173, Art. 295 Abs. 1 StP) oder aber auf die Strafanzeige wegen falscher Anschuldigung nicht einzutreten (Art. 168 StP) und die Ehrverletzung in das Privatstrafklageverfahren zu verweisen gewesen wäre.

d) Zusammenfassend ist der vorinstanzliche Entscheid formell mangelhaft. Bereits die Überweisungsverfügung vom 13. Februar 2007 war formell mangelhaft, da der untersuchende Richter die Angelegenheit trotz des im Privatstrafklageverfahren erhobenen Vorwurfs der falschen Anschuldigung an den Einzelrichter überwie-

sen hat, anstatt sie gemäss Art. 72 Abs. 1 GerG an die Strafuntersuchungsbehörden zur Prüfung des Offizialdelikts zu überweisen. Die Vorinstanz hat zwar zutreffend erwogen, dass die falsche Anschuldigung als Offizialdelikt nicht im Privatstrafklageverfahren beurteilt werden kann. Sie ist jedoch auf die Privatstrafklage in diesem Punkt nicht eingetreten, anstatt sie zur korrekten Verfahrenserledigung an die Strafuntersuchungsbehörde zu überweisen. Im Weiteren hat sie im Privatstrafklageverfahren über die geltend gemachte Ehrverletzung materiell entschieden. Die Beurteilung der Ehrverletzung im (hängigen) Privatstrafklageverfahren hätte aber nur und einzig dann erfolgen dürfen, wenn der Untersuchungsrichter betreffend der neu angezeigten, von Amtes wegen zu verfolgenden falschen Anschuldigung eine Nichteintretensverfügung erlassen und im Übrigen die Ehrverletzung ins Privatstrafklageverfahren verwiesen hätte. Hätte der Untersuchungsrichter dagegen ein Strafverfahren wegen falscher Anschuldigung eröffnet, wäre auch die Ehrverletzung im ordentlichen Strafverfahren zu untersuchen und beurteilen gewesen. Die der Strafuntersuchungsbehörde obliegende Untersuchung und Beurteilung des Offizialdelikts der falschen Anschuldigung darf weder vom untersuchenden Kreisgerichtspräsidenten noch vom Einzelrichter des Kreisgerichtes oder dem Kantonsgericht vorweggenommen werden. Anstände über die Anwendung des ordentlichen Verfahrens oder des Privatstrafklageverfahrens hätte im Übrigen der Präsident der Anklagekammer zu entscheiden.

Der vorinstanzliche Entscheid ist somit aufzuheben und die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche zunächst gemäss Art. 72 Abs. 1 GerG den neu erhobenen Vorwurf der falschen Anschuldigung zur Beurteilung an das zuständige Untersuchungsamt zu überweisen und das bei ihr anhängige Privatstrafklageverfahren vorläufig pendent zu halten hat. Je nach Entscheid des Untersuchungsrichters ist dann im Sinn der vorstehenden Erwägungen (vgl. vorn E. II.2b und c) weiter zu verfahren.

90

Art. 294 Abs. 1 lit. b, Art. 304 Abs. 3 StP (sGS 962.1). Abgrenzung zwischen ordentlichem Verfahren und Privatstrafklageverfahren. Der Verweisungsverfügung kommt keine materielle Rechtskraft zu.

Kantonsgericht, Strafkammer, 11. Februar 2008

Aus den Erwägungen:

1. Der Schuldspruch wegen einfacher Körperverletzung zum Nachteil von O wurde im Berufungsverfahren nicht angefochten; dabei hat es folglich sein Bewenden (Art. 241 StP).

2. Der Verteidiger erhebt zunächst den formellen Einwand, bei den «Klagen» von Y und Z fehle ein rechtsgültiger Strafantrag, weshalb eine Strafbarkeit von X entfalle.

O, Y und Z haben am 8. Juni 2005 bei der Polizei einen gültigen Strafantrag wegen Körperverletzung gestellt. Am 20. September 2005 erliess der Untersuchungsrichter drei Verweisungsverfügungen. O hat durch seinen Rechtsvertreter die Verweisung seiner Klage ins Privatstrafklageverfahren bei der Anklagekammer angefochten. Auf Intervention des Anklagekammerpräsidenten zog der zuständige Staatsanwalt die Verweisungsverfügung vom 20. September 2005 in Wiedererwägung, hob sie auf und wies den Untersuchungsrichter an, die Strafuntersuchung gegen X zu eröffnen.

Y erhob gestützt auf die Verweisungsverfügung am 10. Oktober 2005 gegen X Strafklage beim Vermittleramt. Auch Z stellte innert der gesetzten Frist beim Vermittleramt das Begehren um Durchführung eines Vermittlungsvorstandes, zu dem auf den 26. Oktober 2005 vorgeladen wurde. Auf Intervention des Vertreters von Y lehnte der zuständige Staatsanwalt am 7. November 2005 ein Wiedererwägungsgesuch gegen die Verweisungsverfügung zunächst ab, hob diese Verfügung zwei Tage später aber doch auf und erklärte die Behandlung «der oben erwähnten Prozedur [Y gegen X] im ordentlichen Verfahren».

Gegenüber Z, die im ganzen Verfahren nie anwaltlich vertreten war, wurde die Verweisungsverfügung nie formell aufgehoben, obwohl es keinen sachlichen Grund gab, dass ihre Strafklage, die sich auf dasselbe historische Ereignis und den gleichen Beklagten bezog wie die Strafklagen von O und Y, als einzige im Privatstrafklageverfahren und nicht ebenfalls im ordentlichen Verfahren behandelt werden sollte.

Bei einer der Sache angemessenen Behandlung der Angelegenheit in formeller Hinsicht hätte von Anfang an nur eine Verweisungsverfügung erlassen oder spätestens mit der Aufhebung der Verfügung in Sachen O gegen X auch diejenigen gegen Y und Z aufgehoben werden sollen (analoge Anwendung von Art. 227 Abs. 1 StP). Namentlich war vorauszusehen, dass der untersuchende Richter das Privatstrafklageverfahren von Z gegen X bei dieser Sachlage – zwei Klagen im ordentlichen, eine dritte damit zusammenhängende Klage im Privatstrafklageverfahren – abschreiben und die Akten dem Staatsanwalt überweisen würde (Art. 304 Abs. 3 StP). Aufgrund dieser Kompetenz des untersuchenden Richters handelt es sich bei der Verweisungsverfügung entgegen den Ausführungen in der Berufungsbegründung nicht um einen endgültigen Entscheid, mit welchem die Durchführung des Privatstrafklageverfahrens definitiv besiegelt wird. Im Übrigen war eine Verweisung ins Privatstrafklageverfahren ohnehin nicht angezeigt. Namentlich konnte eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten nicht ausgeschlossen werden und wurden dem Angeklagten mehrere strafbare Handlungen gegen mehrere Geschädigte zur Last gelegt (vgl. Art. 294 Abs. 1 lit. b StP; Weisung der Anklagekammer des Kantons St.Gallen über das Privatstrafklageverfahren vom 1. September 2001, GVP

2001 Nr. 72). Zu berücksichtigen ist auch, dass für den Untersuchungsrichter klar war, das ordentliche Verfahren gegen X hinsichtlich aller drei Strafklagen durchzuführen (was gegenüber O und Y auch schriftlich bestätigt wurde). Er befragte am 30. März 2006 O, Y und Z sowohl als Kläger bzw. Klägerinnen als auch als Angeklagte (bezüglich der Strafklage von X); zudem konfrontierte er sie mit X. An diesen Einvernahmen und an der Schlusseinvernahme vom 2. Mai 2006 nahm der Verteidiger teil, ohne einzuwenden, die Verfahren gegen die Klägerinnen seien im Privatstrafklageverfahren durchzuführen bzw. die Strafanträge seien nicht rechtzeitig weiterverfolgt und damit zurückgezogen worden. Diesen Einwand erhob er erstmals im Schreiben vom 23. Mai 2006. Entgegen den in diesem Schreiben aufgestellten Behauptungen trifft jedoch nicht zu, dass Y und Z das Vermittlungsbegehren nicht rechtzeitig gestellt hätten. Denn in der Angelegenheit Z gegen X wurde bereits am 5. Oktober 2005 zum Vermittlungsvorstand eingeladen, und auch die Strafklage vom 10. Oktober 2005 in Sachen Y gegen X war fristgerecht erhoben worden. Für Y bestand kein Anlass mehr, die Klage beim Gericht anhängig zu machen, nachdem der Staatsanwalt am 9. November 2005 mitgeteilt hatte, die Klage werde im ordentlichen Verfahren behandelt. Auch Z durfte nach Treu und Glauben darauf vertrauen, keine Klage mehr einreichen zu müssen, nachdem die Klagen von O und Y im ordentlichen Verfahren durchgeführt wurden. Sie sind im Vertrauen zu schützen, welches sich mangels Widerspruchs des Angeklagten aus den Schreiben, dem Verhalten und den Äusserungen der Staatsanwaltschaft ergeben hat. Der Angeklagte hat demgegenüber kein schützenswertes Interesse an einer Feststellung, wonach das Verfahren bezüglich der Körperverletzung zum Nachteil von Z im Privatstrafklageverfahren abzuhandeln gewesen wäre. Auf alle drei Strafklagen ist daher materiell einzutreten.

5. Rechtsanwälte und Rechtsagenten

91

BGFA (SR 935.61), AnwG (sGS 963.70). Organisation von Anwaltskanzleien in Form von Kapitalgesellschaften, Stellungnahme der Anwaltskammer des Kantons St.Gallen zu Handen des St.Gallischen Anwaltsverbandes vom 13. Mai 2008.

Anwaltskammer, im Mai 2008

Nachdem verschiedene kantonale Aufsichtsbehörden die Organisation von Anwaltskanzleien in Form von Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit be-

schränkter Haftung zuliessen und die bei Kapitalgesellschaften angestellten Anwälte und Anwältinnen in das kantonale Anwaltsregister eintrugen bzw. deren Eintrag weiterhin als gültig beliessen, kam auch im Kanton St.Gallen die Frage nach der Zulässigkeit derartiger Organisationsformen auf. Obwohl die Anwaltskammer in aller Regel nur konkrete Fälle im Rahmen eines formellen Verfahrens beurteilt, hat sie sich angesichts der Bedeutung der Thematik entschlossen, zur Frage der Organisationsfreiheit eine allgemeine Stellungnahme abzugeben.

1. Die Anwaltskammer anerkennt, dass die Organisation von Anwaltskanzleien in Form einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung einem aktuellen wirtschaftlichen Bedürfnis entspricht. Sie hat davon Kenntnis genommen, dass in der Zwischenzeit eine knappe Mehrheit der kantonalen Aufsichtsbehörden ihre Zustimmung zu anwaltlichen Kapitalgesellschaften erteilt hat. Dabei darf indessen nicht übersehen werden, dass sich die diesbezüglichen Entscheide nur ansatzweise mit der grundsätzlichen Vereinbarkeit von anwaltlichen Kapitalgesellschaften mit der geltenden Rechtsordnung auseinandersetzen und sich weitgehend darauf beschränken, gewisse Modalitäten der Organisationsform zu regeln. Der Anwaltskammer ist weiter bekannt, dass die Zulassung von anwaltlichen Kapitalgesellschaften bei den direkt interessierten Kreisen mehrheitlich auf Zustimmung gestossen ist. Mit ihrer ablehnenden Grundsatzentscheidung stellt sich denn auch die Anwaltskammer keineswegs gegen Entwicklungen oder Veränderungen im Bereich des Anwaltsrechts. Sie ist aber, wie im Einzelnen noch darzulegen sein wird, der Überzeugung, dass einerseits anwaltliche Kapitalgesellschaften mit dem geltenden Recht nicht vereinbar sind, und andererseits eine klare gesetzliche Grundlage für deren Zulassung auf eidgenössischer Ebene zu schaffen ist. Allein der Bundesgesetzgeber ist in der Lage, die sich im Zusammenhang mit der Zulassung von anwaltlichen Kapitalgesellschaften stellenden Problembereiche adäquat zu lösen und eine für das gesamte Gebiet der Schweiz verbindliche Regelung zu treffen. In diesem Sinn harrt die seinerzeitige Motion Cottier, mit welcher der Bundesrat eingeladen wurde, «die verschiedenen Organisationsformen für den Zusammenschluss von Angehörigen der freien Berufe (Anwälte, Ärztekollektive usw.) abzuklären und dem Parlament – soweit erforderlich – einen Entwurf für die geeignete rechtliche Grundlage zu unterbreiten», dringend der Umsetzung. Die bisherigen Versuche verschiedener kantonaler Aufsichtsbehörden, den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Anwaltsstandes nach Möglichkeit gerecht zu werden, hat zwar zu kreativen Lösungsansätzen geführt, die aber letztlich an die kantonale Rechtszersplitterung vor Erlass des BGFA erinnern.

Die Anwaltskammer ist – im Unterschied zu Aufsichtsbehörden anderer Kantone – nicht bereit, vom klaren Wortlaut des Gesetzes und den anerkannten Auslegungsmethoden abzuweichen. Nachdem die Frage der anwaltlichen Unabhängigkeit ein zentrales Thema beim Erlass des BGFA gebildet hatte und die Eidgenössischen Räte diesbezüglich bewusst vom «liberaleren» Konzept des Bundesrates abgewichen sind und die Zulassung von anwaltlichen Kapitalgesellschaften einer

Spezialgesetzgebung überlassen wollten, bleibt aus Sicht der Anwaltskammer weder Platz für eine vom klaren Wortlaut abweichende «ratio legis» noch für eine «die Wirtschaftsfreiheit nicht weiter einschränkende» Regelung.

2. Art. 8 BGFA sieht im Rahmen der persönlichen Voraussetzungen für den Anwaltsregistereintrag vor, dass Anwälte und Anwältinnen in der Lage sein müssen, «den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind» (Abs. 1 lit. d). Der Gesetzeswortlaut ist klar und lässt keinen Interpretationsspielraum offen. In das kantonale Anwaltsregister können nur natürliche Personen eingetragen werden, welche die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen von Art. 7 und Art. 8 BGFA erfüllen; dementsprechend darf ein Anstellungsverhältnis nur zu einer ebenfalls im Register eingetragenen, natürlichen Person bestehen.

3. «Vom klaren, d. h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u. a. dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben» (BGE 133 III 499; 132 III 21; 120 V 102 je m.w.H.). «Bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden. […] Ist in der Gesetzesberatung insbesondere ein Antrag, das Gesetz sei im Sinne einer nunmehr vertretenen Auslegungsmöglichkeit zu ergänzen, ausdrücklich abgelehnt worden, dann darf diese Auslegungsmöglichkeit später nicht in Betracht gezogen werden» (BGE 123 V 318 m.w.H.).

Der Bundesrat sah im ursprünglichen Entwurf zum BGFA hinsichtlich der institutionellen Unabhängigkeit noch eine offenere und liberalere Lösung vor, wonach Anwälte und Anwältinnen in der Lage sein müssen, «den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben» (Art. 7 lit. e Entwurf-BGFA in BBl 1999 6080, 6038 f.). Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurden die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit explizit erhöht («sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind»); diese Einschränkungen wurden schliesslich auch vom Bundesrat unterstützt (Amtl Bull NR, AB 1999 N 1555–1567; Amtl Bull SR, AB 1999 S 1165–1170; Amtl Bull NR, AB 2000 N 38–39; Amtl Bull SR, AB 2000 S 234–237).

Ein parlamentarischer Antrag, die Umschreibung der Unabhängigkeit dahingehend zu ergänzen, dass Anwälte und Anwältinnen in der Wahl ihrer rechtlichen Organisationsform frei sein sollen (Amtl Bull SR, AB 1999 S 1170), wurde in den Beratungen ausdrücklich abgelehnt (Amtl Bull NR, AB 2000 N 41–44; Amtl Bull SR, AB 2000 S 239). Verschiedene Nationalräte verwiesen auf noch zahlreiche offene Fragen und Problemkreise und wollten die mögliche Zulassung von Anwaltskapitalgesellschaften erst nach Ausarbeitung einer (detaillierten) Regelung im Rahmen einer von Anton Cottier eingereichten Motion beraten (Amtl Bull NR, AB 2000 N 42 ff., Votum Cina, Baumann, Jutzet, Mariétan, Metzler). Eine Zulassung von an-

waltlichen Kapitalgesellschaften widerspricht somit nicht nur dem klaren Wortlaut des BGFA; sie ist auch mit den anerkannten Grundsätzen der Gesetzesauslegung nicht vereinbar.

Es entsprach dem klaren Willen des Gesetzgebers, die Organisation einer Anwaltskanzlei in Form einer juristischen Person auf der Grundlage des BGFA (einstweilen noch) nicht zuzulassen. Die rechtliche Umsetzung der bereits bei Erlass des BGFA bekannten Bedürfnisse nach einer möglichen Zulassung von anwaltlichen Kapitalgesellschaften sollte nach dem Willen des Gesetzgebers einem späteren Bundesgesetz vorbehalten bleiben und nicht im Rahmen der Auslegung des BGFA der unterschiedlichen Praxis von 26 kantonalen Aufsichtsbehörden überlassen werden.

4. Die Zulassung anwaltlicher Kapitalgesellschaften auf dem Weg einer Uminterpretation des BGFA widerspricht nicht nur den anerkannten Grundsätzen der Gesetzesauslegung, sondern führt auch zu zahlreichen Unwägbarkeiten und Problemen, die mit kantonal unterschiedlichen Lösungsansätzen nicht behoben werden können. Mit dem Erlass des BGFA sollte nicht nur die Freizügigkeit der Anwälte und Anwältinnen gewährleistet werden, sondern sollten auch «einheitliche Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz» festgelegt werden (Art. 1 BGFA). Würde nun die – im Rahmen der Beratungen zum BGFA äusserst umstrittene Frage der Organisationsform – allein der kantonalen Praxis und Rechtsprechung überlassen, würde die mit dem BGFA zumindest teilweise erreichte Vereinheitlichung des schweizerischen Anwaltsrechts in einem bedeutenden Punkt wieder zunichte gemacht.

Nach den diversen kantonalen Zulassungsentscheiden kennt die Schweiz unterschiedlichste Lösungen im Hinblick auf die Zulassung und Ausgestaltung von anwaltlichen Kapitalgesellschaften. Einzelne Kantone zeigen sich ausgesprochen «liberal» und lassen Kapitalgesellschaften in Form von gemischten Sozietäten zu; andere Kantone sind «restriktiver» und beharren auf reinen Anwaltssozietäten; wiederum andere Kantone lassen anwaltliche Kapitalgesellschaften generell nicht zu; und ein Teil der Kantone ist mit dieser Fragestellung (noch) nicht konfrontiert worden. Das Bundesgericht konnte sich bis anhin zum Problemkreis nicht äussern, da die kantonalen Anwaltsverbände dem Anliegen nach Zulassung anwaltlicher Kapitalgesellschaften – soweit ersichtlich – positiv gegenüberstehen und deshalb kaum geneigt sind, von ihrem Beschwerderecht (vgl. Art. 6 Abs. 4 BGFA) Gebrauch zu machen.

Nachdem es sich beim anwaltlichen Unabhängigkeitsgebot sowohl um eine Voraussetzung für den Registereintrag wie auch um eine anwaltliche Berufsregel handelt, sind die sich aus der aktuellen Zersplitterung ergebenen Konsequenzen unabsehbar. Muss der einer gemischten Sozietät angehörende Anwalt auch in einem Kanton zugelassen werden, der nur die reine Anwaltssozietät kennt? Wie verhält es sich mit Zweigniederlassungen einer gemischten Sozietät in Kantonen mit restriktiver Praxis oder gar in Kantonen ohne Sozietätszulassung? Sind allenfalls Diszi-

plinarverfahren einzuleiten, wenn sich ein Angestellter einer gemischten Sozietät in einem Kanton betätigt, der nur reine oder generell keine anwaltlichen Kapitalgesellschaften zulässt? Gerade hier zeigt sich besonders deutlich, dass mit einem isolierten Vorgehen einzelner Kantone für die betroffenen Anwälte und Anwältinnen wenig gewonnen ist. Nur eine vom Bundesgesetzgeber geschaffene und gesamtschweizerisch verbindliche Regelung der Organisationsform vermag die anstehenden Probleme zu lösen.

5. Bereits der klare Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA lässt eine Zulassung von anwaltlichen Kapitalgesellschaften – unabhängig davon, ob sie nun als reine Anwaltssozietäten oder als gemischte Sozietäten ausgestaltet sind – nicht zu. Darüber hinaus enthält das BGFA aber auch weitere Bestimmungen, die mit der Ausgestaltung anwaltlicher Kanzleien in Form einer Kapitalgesellschaft nicht vereinbar sind.

a) Nach Art. 12 lit. b BGFA üben Anwälte und Anwältinnen ihren Beruf nicht nur unabhängig, sondern auch «in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung» aus. Handeln in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung setzt aber zwingend voraus, dass ein direktes Auftragsverhältnis zwischen Anwalt und Mandant besteht und keine Kapitalgesellschaft dazwischen geschaltet ist.

b) Die Ausübung der Anwaltstätigkeit auf eigene Verantwortung bedeutet insbesondere auch, dass sich Anwälte und Anwältinnen ihrer persönlichen finanziellen Verantwortung nicht entziehen können. Führt ihre berufliche Tätigkeit – oder auch ihr übriges Verhalten – zu einem Verlustschein, fehlt es an einer der zwingenden Voraussetzungen für einen Eintrag in das Anwaltsregister (Art. 8 Abs. 1 lit. c BGFA). Gestützt auf das massgebende kantonale Recht ist ihnen überdies in aller Regel auch das Patent zu entziehen (Art. 36 AnwG i.V. m. Art. 14 lit. b AnwG und Art. 8 Abs. 1 lit. c BGFA). Der Bestand von Verlustscheinen führt somit auf der Grundlage des eidgenössischen Rechts zwingend zu einem Berufsausübungsverbot im Monopolbereich und gestützt auf das kantonale Recht in aller Regel zu einem völligen Verlust der Berufsausübungsbewilligung.

Mit der Zulassung anwaltlicher Kapitalgesellschaften – und der damit verbundenen Beschränkung der Haftung auf die juristische Person – wird das sowohl im BGFA wie auch im kantonalen Anwaltsrecht ausdrücklich vorgesehene Erfordernis der Verlustscheinlosigkeit ausser Kraft gesetzt. Kommt eine anwaltliche Kapitalgesellschaft ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nach, ergeben sich daraus (unter dem Vorbehalt allfälliger gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche) in aller Regel keine Konsequenzen für die angestellten Anwälte und Anwältinnen. Insbesondere lauten im Konkurs der Gesellschaft allfällige Verlustscheine auf die juristische Person, nicht aber auch auf die einzelnen Gesellschafter oder Gesellschafterinnen. Auch wenn die Gläubiger der anwaltlichen Kapitalgesellschaft zu Schaden gekommen sind, bleibt es den von ihr angestellten Anwältinnen und Anwälten unbenommen, in eigenem Namen oder im Rahmen eines neuen Anstellungsverhältnisses weiterhin den Anwaltsberuf auszuüben.

c) Auch die persönliche Verpflichtung des einzelnen Anwalts, der einzelnen Anwältin zur Wahrung des Berufsgeheimnisses (Art. 13 BGFA; Art. 321 StGB) wird durch die Organisationsform einer anwaltlichen Kapitalgesellschaft beeinträchtigt. Eine Anonymisierung der Mandantenangaben für die von den Steuerveranlagungsbehörden verlangten Abrechnungen scheint zwar (derzeit) ohne weiteres möglich zu sein. Ungeklärt ist jedoch nach wie vor, wie die Revisionsstelle ohne Verletzung der anwaltlichen Schweigepflicht die Bonität der Mandanten bewerten soll (vgl. auch Amtl Bull NR, AB 2000 N 43, Votum Baumann). Das eigene Berufsgeheimnis der Revisionsstelle vermag daran nichts zu ändern, da es nicht den gleichen Regeln unterliegt wie das Anwaltsgeheimnis (insbesondere in Bezug auf die Entbindung und Nichtpreisgabe trotz Entbindung, vgl. Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BGFA). Vor allem wäre aber insbesondere auch im Rahmen einer aktienrechtlichen Sonderprüfung mit einer Verletzung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses zu rechnen.

d) Ungelöst bleibt schliesslich auch die kantonale Beurkundungskompetenz der einzelnen Anwälte und Anwältinnen innerhalb einer Kapitalgesellschaft (vgl. Art. 15 lit. b EG zum ZGB). Diese Problematik kann von der Anwaltskammer mangels Zuständigkeit auch nicht geklärt oder geregelt werden. In der Literatur wird aufgezeigt, dass in verschiedenen Kantonen ein Zusammenschluss von Notaren in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht möglich ist (Fellmann, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, in: Anwaltsrevue 10/2003, S. 348).

e) An der aufgezeichneten Problematik vermag auch der mittlerweile ergangene Entscheid des Bundesgerichts (BGE 130 III 87) nichts zu ändern. Dieser Bundesgerichtsentscheid äussert sich nur zur Zulässigkeit einer selbstständigen Erwerbstätigkeit als Anwalt neben einer anderen Erwerbstätigkeit in einem Angestelltenverhältnis, nicht aber hinsichtlich einer anwaltlichen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis und schon gar nicht zu einer anwaltlichen Tätigkeit im Rahmen einer Kapitalgesellschaft.

6. Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Anwaltskammer zwar ausdrücklich das Bedürfnis nach neuen Organisationsformen der anwaltlichen Zusammenarbeit anerkennt. Sie gelangt aber auf der Grundlage des geltenden Rechts zum Schluss, dass ein Gesuch eines bei einer Kapitalgesellschaft angestellten Anwalts oder Anwältin um Eintragung in das Anwaltsregister abzulehnen wäre. Zum einen steht der klare Gesetzeswortlaut und stehen insbesondere die Gesetzesmaterialien einer Zulassung entgegen. Zum andern sind bei den neuen Organisationsformen derart viele Fragen ungeklärt, dass eine gesamtschweizerische Regelung durch den dafür zuständigen Bundesgesetzgeber unerlässlich erscheint. Es kann deshalb nicht Aufgabe einer kantonalen Aufsichtsbehörde sein, auf dem Weg einer Uminterpretation des klaren gesetzgeberischen Willens neue Organisationsformen zuzulassen.

92

Art. 32 AnwG (sGS 963.70). Begutachtung einer Anwaltsrechnung. Aktuelles Rechtsschutzinteresse.

Präsident der Anwaltskammer, 29. Oktober 2008

Aus den Erwägungen:

6. Das Gesetz sieht zwar keine Frist vor, innert der das Begehren um Honorarbegutachtung eingereicht werden muss. Dies bedeutet jedoch nicht, dass uneingeschränkt von den Möglichkeiten einer Begutachtung Gebrauch gemacht werden kann. Vielmehr setzt auch die Honorarbegutachtung – wie jedes andere Rechtsmittel und jeder andere Rechtsbehelf – voraus, dass ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Beantwortung der dem Honorargutachter unterbreiteten Rechtsfrage besteht. Dieses aktuelle Rechtsschutzinteresse entfällt insbesondere dann, wenn die Honorarrechnung durch den Mandanten selbst oder durch einen Dritten im Wissen des Auftraggebers vorbehaltlos bezahlt wurde, denn der zivilrechtliche Untergang der Forderung steht einer nachträglichen Begutachtung entgegen (Sterchi, Kommentar zum Bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, S. 128 f.; VZR, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988, S. 159).

Dem Gesuch von A. als auch der Stellungnahme von Rechtsanwalt Z. lässt sich entnehmen, dass sämtliche in Rechnung gestellten Aufwände bezahlt bzw. mit Kostenvorschüssen verrechnet und mit Schlusszahlung vom 19. August 2008 definitiv beglichen wurden. A. konnte aus den einzelnen Zwischenabrechnungen entnehmen, während welchem Zeitraum welche Aufwendungen für welche Verfahrensabschnitte im Einzelnen entstanden waren und wie diese in Rechnung gestellt wurden. Nachdem diese Rechnungen vorbehaltlos bezahlt worden sind, kann darauf im Verfahren vor dem Honorargutachter nicht mehr zurückgekommen werden. Vielmehr sind durch diese vorbehaltslose Bezahlung die den einzelnen Honorarrechungen zugrunde liegenden Forderungen zivilrechtlich untergegangen, so dass eine nachträgliche Honorarbegutachtung nicht mehr in Frage kommt und deshalb auf das Gesuch von A. nicht eingetreten werden kann.

6. Schuldbetreibung und Konkurs

93

Art. 204 Abs. 1, Art. 207 Abs. 1, Art. 213, Art. 231, Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 250 SchKG (SR 281.1), Art. 71 Abs. 1 und 2 sowie Art. 73 StGB (SR 311.0), Art. 27 Abs. 1, Art. 44 Abs. 2 und Art. 181 ff. StP (sGS 962.1) sowie Art. 79 lit. b ZPO (sGS 961.2). Die im Strafverfahren gegen den Angeklagten eingereichten Zivilforderungen der Kläger dürfen nur dann auch im Strafverfahren erledigt werden, wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung die Untersuchung abgeschlossen bzw. bereits Anklage erhoben worden ist und die Zivilkläger ihre Forderungen bereits geltend gemacht hatten, wobei dies nach kantonalem Verfahrensrecht rechtzeitig erfolgt sein musste. Diese Voraussetzungen sind im zu beurteilenden Fall nicht gegeben. Unter diesen Umständen konnte im Adhäsionsverfahren vor dem Strafrichter ein die Konkursmasse bindendes Urteil über den Bestand der Zivilforderungen nicht mehr erwirkt werden; dem Strafrichter fehlte die Zuständigkeit zu deren Beurteilung. Die Fortführung des Prozesses an einem anderen Ort als dem Konkursort und in einem anderen Verfahren ohne Vorliegen der Voraussetzung von Art. 250 SchKG gestützt auf die kantonalen Verfahrensvorschriften bildet eine Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Art. 207 SchKG kommt nicht zur Anwendung. Es folgen Hinweise betreffend Ersatzforderung des Staates und deren Verwendung zu Gunsten der Geschädigten.

Kantonsgericht, Strafkammer, 1. Juli 2008

Aus den Erwägungen:

II./2. b) Grundsätzlich hat die Berufungsinstanz von Amtes wegen nur zu prüfen, ob sie selbst örtlich und sachlich zuständig ist (vgl. Art. 27 Abs. 1 StP; Art. 79 lit. b ZPO), was zu bejahen ist. Vorliegend hat der Rechtsvertreter des Angeklagten jedoch mit seiner Rüge, die Vorinstanz hätte über die angefochtenen Zivilforderungen nicht materiell entscheiden dürfen, sinngemäss deren Unzuständigkeit geltend gemacht, weshalb auch die Zuständigkeit der Vorinstanz zu überprüfen ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 269 N 4a).

c) Mit der Konkurseröffnung verliert der Schuldner das Recht, über sein Vermögen zu verfügen, soweit es gemäss Art. 197 ff. SchKG zur Konkursmasse gehört. Nach Art. 204 SchKG sind Rechtshandlungen, die er in Bezug auf dieses Vermögen nach der Konkurseröffnung vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam und brauchen von ihnen bzw. der Konkursverwaltung nicht anerkannt zu werden. Unter Vermögen sind auch die Passiven und Verpflichtungen zu verstehen, die

bei der Konkurseröffnung schon vorhanden waren und Anspruch auf anteilsmässige Befriedigung aus dem Ergebnis der Konkursliquidation haben. Die Beschränkung der Verfügungsmacht wirkt sich auch auf Prozesse des Schuldners aus, die den Bestand der Konkursmasse berühren und im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hängig sind (vgl. Art. 204 SchKG; BGE 132 II 93 E. 1.3; 1P.305/2002 vom 23. Januar 2003 E. 4.3; BGE 54 I 264 E. 2c; PKG GR 1980 Nr. 14 S. 56; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 41 Rz. 6 ff.). Bestreitet die Konkursverwaltung eine Forderung, so hat der Gläubiger am Ort der Konkurseröffnung Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG zu erheben. Nur in diesem Verfahren und an diesem Ort kann die Forderung mit der Wirkung geltend gemacht werden, dass das Urteil einen rechtskräftigen Forderungstitel auch gegen die Masse zu bilden und sie zur Kollokation der Forderung zu verpflichten vermag. Von dieser Ordnung macht das Gesetz in Art. 207 SchKG eine Ausnahme, falls über eine solche Forderung bei der Konkurseröffnung schon ein Zivilprozess eines Gläubigers gegen den Konkursiten als Beklagten hängig war (BGE 54 I 264 f. E. 2c; PKG GR 1980 Nr. 14 S. 56 f.). Nach Art. 207 Abs. 1 Satz 1 SchKG werden – mit Ausnahme dringlicher Fälle – Zivilprozesse, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, mit der Konkurseröffnung von Gesetzes wegen eingestellt (vgl. BGE 133 III 380 E. 5.1 = Pra 97 [2008] Nr. 17; BGE 118 III 42 E. 5b = Pra 84 [1995] Nr. 47; BGE 116 V 288 E. 3e; BSK SchKG II-Wohlfahrt, Art. 207 N 14). Sie können im ordentlichen Konkursverfahren frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung, im summarischen Konkursverfahren frühestens zwanzig Tage nach der Auflegung des Kollokationsplanes wieder aufgenommen werden (Art. 207 Abs. 1 Satz 2 SchKG).

d) Der Adhäsionsprozess, in welchem ein Geschädigter als Zivilkläger im Strafverfahren gegen den Angeschuldigten Zivilansprüche geltend macht, gilt als Zivilprozess (1P.305/2002 vom 23. Januar 2003 E. 4.3). Das Bundesgericht hat bis anhin jedoch offengelassen, ob sich die in Art. 207 SchKG getroffene Regelung auch auf Adhäsionsprozesse bezieht, d. h. ob ein solcher Prozess zu denjenigen gehört, den die Konkursmasse als Partei aufzunehmen und fortzuführen hat, wenn sie den Anspruch nicht anerkennen will. Es hielt in BGE 54 I 259 ff. fest, Voraussetzung hierfür wäre jedenfalls, dass der Adhäsionsprozess gegen den Konkursiten als Beklagten im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hängig sei. Hiervon könnte man nur ausgehen, wenn das Strafverfahren sich im Zeitpunkt der Konkurseröffnung in einem Abschnitt befunden habe, in welchem dem Geschädigten ein Rechtsschutzanspruch auf Beurteilung seiner Zivilforderung im Strafverfahren zustand, was frühestens dann zutreffe, wenn der Angeschuldigte an das zuständige Strafgericht überwiesen und Anklage erhoben worden sei. Die blosse Konstituierung des Geschädigten als Zivilpartei schon in der Voruntersuchung könne keine Rechtshängigkeit im Sinn von Art. 207 Abs. 1 SchKG begründen (BGE 54 I 267 f. E. 2c; vgl. auch 1P.305/2002 vom 23. Januar 2003 E. 4.3). Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde auch von kantonalen Gerichten bestätigt (vgl. PKG GR 1980 Nr. 14 S. 57). In der Lehre wird

die Ansicht vertreten, Art. 207 SchKG gelte auch für Adhäsionsprozesse, wobei die in einem Strafverfahren eingereichten Adhäsionsklagen nur dann in diesem Verfahren erledigt werden dürften, wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits Anklage erhoben worden sei und die Zivilkläger ihre Forderungen schon geltend gemacht hätten (BSK SchKG II-Wohlfahrt, Art. 207 N 8). Habe das Adhäsionsverfahren zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht begonnen, sei die adhäsionsweise Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche im Strafverfahren ausgeschlossen und dem Geschädigten bleibe nur der Weg der Eingabe seiner Forderung beim Konkursamt nach Art. 232 SchKG (BSK SchKG III-Hierholzer, Art. 250 N 67; vgl. 1P.305/2002 vom 23. Januar 2003 E. 4.3 mit weiteren Hinweisen auf die Lehre).

Nach st.gallischem Strafprozessrecht ist eine Adhäsionsklage im Verlauf des Untersuchungsverfahrens schriftlich oder zu Protokoll einzureichen. Nach Abschluss der Untersuchung kann sie nur noch mit Zustimmung des Angeschuldigten anhängig gemacht werden (Art. 44 Abs. 2 StP). Die erstmalige Geltendmachung von Zivilansprüchen im Gerichtsverfahren ist verspätet und auf die Zivilklage wird nicht eingetreten, es sei denn, der Angeschuldigte stimme ihrer Behandlung zu (vgl. GVP 1969 Nr. 55; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 2005, Rz. 618). Erst nach Abschluss der Untersuchung steht indessen fest, ob Anklage beim Gericht erhoben wird und der Geschädigte einen Rechtsanspruch auf Beurteilung seiner Zivilforderung im Strafprozess hat (vgl. Art. 181 ff. StP).

Insgesamt folgt, dass die im Strafverfahren gegen den Angeklagten eingereichten Zivilforderungen der Kläger nur dann auch im Strafverfahren erledigt werden dürfen, wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung die Untersuchung abgeschlossen bzw. bereits Anklage erhoben worden ist und die Zivilkläger ihre Forderungen bereits geltend gemacht hatten (vgl. 1P.305/2002 vom 23. Januar 2003 E. 4.3; PKG GR 1980 Nr. 14 S. 57), wobei dies nach kantonalem Verfahrensrecht rechtzeitig erfolgt sein musste. Diese Voraussetzungen sind im zu beurteilenden Fall nicht gegeben. Zwar wurden sämtliche angefochtenen Zivilforderungen gemäss Art. 44 Abs. 2 StP im Untersuchungsverfahren angehoben und demnach sowohl nach kantonalem Verfahrensrecht rechtzeitig als auch zeitlich vor der Konkurseröffnung vom 18. November 2005. Anklage wurde indessen erst lange nach Konkurseröffnung am 31. Oktober 2006 erhoben. Die gegen den Angeklagten geltend gemachten Adhäsionsklagen waren daher im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht rechtshängig. Unter diesen Umständen konnte im Adhäsionsverfahren vor dem Strafrichter ein die Konkursmasse bindendes Urteil über den Bestand der Zivilforderungen nicht mehr erwirkt werden; dem Strafrichter fehlte die Zuständigkeit zu deren Beurteilung. Die Fortführung des Prozesses an einem anderen Ort als dem Konkursort und in einem anderen Verfahren ohne Vorliegen der Voraussetzung von Art. 250 SchKG gestützt auf die kantonalen Verfahrensvorschriften bildet eine Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (vgl. BSK SchKG III-Hierholzer, Art. 250 N 67). Art. 207 SchKG kommt nicht zur Anwendung.

e) Demnach ist die Berufung im Ergebnis gutzuheissen. Auf die adhäsionsweise geltend gemachten Zivilklagen gemäss den angefochtenen Ziff. 6 lit. a und b wird mangels Zuständigkeit nicht eingetreten (vgl. BGE 133 III 386 E. 9 = Pra 97 [2008] Nr. 17; 1P.305/2002 vom 23. Januar 2003 E. 4.3; PKG GR 1980 Nr. 14 S. 57). Entsprechend können den Zivilklägern im Strafverfahren auch keine Parteientschädigungen zugesprochen werden, weshalb Ziff. 9 des Urteilsdispositivs aufzuheben ist.

Der Konkurs des Angeklagten wird im summarischen Verfahren nach Art. 231 SchKG durchgeführt. Am … erfolgte die Auflage des Lastenverzeichnisses (vgl. http://www.amtsblatt-sg.ch). Die auch im summarischen Verfahren nach Art. 231 SchKG zwingende Auflage von Kollokationsplan und Inventar (Art. 231 Ziff. 3 SchKG) ist noch nicht erfolgt (vgl. http://www.konkurs.sg.ch). Es ist Sache der Konkursverwaltung zu prüfen, ob die adhäsionsweise geltend gemachten Forderungen der Kläger, soweit sie nach Art. 232 SchKG auch im Konkursverfahren eingegeben wurden, zu kollozieren sind. Wird eine Forderung abgewiesen oder nur teilweise anerkannt, kann der Gläubiger nach Art. 250 SchKG am Ort der Konkurseröffnung Kollokationsklage gegen die Konkursmasse erheben (vgl. BGE 54 I 267 E. 2c; PKG GR 1980 Nr. 14 S. 57 f.).

3. Im Strafverfahren war auch über die Einziehung beschlagnahmter Vermögenswerte sowie die allfällige Festlegung einer Ersatzforderung zu entscheiden. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen für eine Einziehung der in der Untersuchung beschlagnahmten Vermögenswerte von Fr. … gestützt auf Art. 70 StGB als nicht erfüllt, erkannte aber nach Art. 71 Abs. 1 und 2 StGB auf eine Ersatzforderung des Staates in dieser Höhe und ordnete gleichzeitig gemäss Art. 73 StGB die Verwendung zu Gunsten der Geschädigten an. In diesem Punkt ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen. Die Voraussetzung der Zuweisung nach Art. 73 StGB, wonach der Schadenersatz in einem Straf- oder Zivilverfahren rechtskräftig zugesprochen oder durch Vergleich festgesetzt worden sein muss, ist mit dem vorliegenden Entscheid indessen (nachträglich) dahingefallen.

Unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels bleibt auf Folgendes hinzuweisen: Nach Art. 71 Abs. 3 StGB begründet die zur Durchsetzung der Ersatzforderung angeordnete Beschlagnahme bei der Zwangsvollstreckung der Ersatzforderung ausdrücklich kein Vorzugsrecht zu Gunsten des Staates. Diese Bestimmung bedeutet nichts anderes, als dass die Durchsetzung der Ersatzforderung, d. h. die Verwertung des vorliegend beschlagnahmten Betrages von Fr. … und die Verteilung eines allfälligen Erlöses, nach den Vorschriften des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts erfolgt. Zuständig ist somit nicht die sonst regelmässig zur Urteilsvollstreckung aufgerufene Staatsanwaltschaft und anwendbar ist nicht Strafverfahrens- oder Strafvollstreckungsrecht, sondern die Durchsetzung der Ersatzforderung erfolgt auf dem Wege des Konkurses und durch die dafür zuständige Behörde (vgl. Oberholzer, a. a. O., Rz. 1169; Schmid, Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 2007, § 2/StGB 70–72 N 181).

Der Staat kann im zu beurteilenden Fall keine Vermögenswerte direkt zur Deckung der Ersatzforderung heranziehen, da diese gegenüber dem Angeklagten in dessen Konkurs angemeldet werden muss. Der sichergestellte Betrag in Höhe der Ersatzforderung fällt in die Konkursmasse und der Staat partizipiert daran mit den übrigen Gläubigern der dritten Klasse, weshalb sich die Vollzugsaufgabe der Staatsanwaltschaft auf die Anmeldung der Ersatzforderung im Konkurs und die Überweisung der beschlagnahmten Vermögenswerte an die Konkursverwaltung beschränkt (Schmid, a. a. O., § 2/StGB 70–72 N 185 sowie FN 912, 913; vgl. Art. 219 Abs. 4 SchKG). Die Ansprüche der Zivilkläger werden somit grundsätzlich nicht vor den Ansprüchen der übrigen Konkursgläubiger befriedigt, da bis zur (eventuellen) Verteilung des aus der Liquidation der Masse erzielten Erlöses der Ausgang des Konkursverfahrens abgewartet werden muss. Dannzumal steht auch die Höhe der Zivilforderungen der Kläger fest. Die Frage der Verwendung der Ersatzforderung zu Gunsten der Geschädigten stellt sich daher erst nach Abschluss des Konkursverfahrens. Verrechnung einer Ersatzforderung ist unter den Voraussetzungen von Art. 213 SchKG zulässig, wobei im Verhältnis zur Verwendung zu Gunsten des Geschädigten im Sinn von Art. 73 StGB davon auszugehen ist, dass die Rechte des Geschädigten gegenüber jenen der Gläubiger des Einziehungsbetroffenen zurückzutreten haben; die Ersatzforderung ist – wie ausgeführt – ohnehin zunächst vom Staat einzufordern (vgl. 6S. 203/2004 vom 15. Juni 2006 E. 4.1; BGE 133 III 384 E. 7.2 = Pra 97 [2008] Nr. 17; Schmid, a. a. O., § 2/StGB 70–72 N 186 sowie FN 915, § 3/StGB 73 N 53; vgl. auch Bommer, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006, 116, 123 ff., 127; BSK Strafrecht I-Baumann, Art. 73 N 15; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., Bern 2006, § 13 Rz. 131).

V. Internationales Recht

94

Art. 4 HUe54 (SR 0.274.12). Die Bewilligung der Gehaltsexekution, verfügt von einem österreichischen Bezirksgericht, stellt eine Vollstreckungsmassnahme dar. Deren Zustellung an einen Drittschuldner in der Schweiz ist wegen ihrer unzulässigen grenzüberschreitenden Wirkung abzulehnen.

Kantonsgericht, Einzelrichter in Rechtshilfesachen, 19. Mai 2008

Aus den Erwägungen:

1. a) In der Exekutionssache A, Vollstreckungsgläubiger, gegen B, Vollstreckungsschuldner, ersuchte ein österreichisches Bezirksgericht das Kreisgericht um Zustellung der Bewilligung der Gehaltsexekution sowie des Deckblatts zur Drittschuldnererklärung an die Firma «C-AG» in der Schweiz. Der Präsident des Kreisgerichts teilte daraufhin der ersuchenden Behörde mit, er beabsichtige, das Zustellungsbegehren gestützt auf Art. 13 des Haager Übereinkommens vom 15. November 1965 abzulehnen und gab ihr Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen. Die ersuchende Behörde verzichtete darauf, eine Eingabe einzureichen. In der Folge sandte die Vorinstanz die Unterlagen unerledigt zurück mit der Begründung, die zuzustellende Exekutionsbewilligung stelle eine Verfügung dar, die wegen ihrer grenzüberschreitenden Wirkung nicht zugestellt werden könne; eine solche Wirkung stehe mit den einschlägigen gesetzlichen und staatsvertraglichen Bestimmungen nicht in Einklang.

b) Gegen diesen Entscheid erhob A fristgerecht Rekurs beim Kantonsgericht, Einzelrichter in Rechtshilfesachen. Er beantragt, es sei die erstinstanzliche Ablehnungsentscheidung aufzuheben und die Zustellung der Exekutionsbewilligung gegenüber der Drittschuldnerin «C-AG» zu verfügen. Aus den von der Vorinstanz angeführten «gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen» ergebe sich in keiner Weise, dass dem Zustellbegehren nicht nachgekommen werden könnte.

2. a) Die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke richtet sich im Verhältnis zwischen Österreich und der Schweiz nach dem Haager Übereinkommen betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 (HUe54). Aufgrund dieses Übereinkommens besteht grundsätzlich eine völkerrechtliche Verpflichtung des ersuchten Vertragsstaates, die Zustellung vorzunehmen (G. Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2007, 342). Gemäss Art. 4 HUe54 kann jedoch die Zustellung abgelehnt werden, wenn sie nach der Auffassung des Staates, auf dessen Gebiet sie erfolgen soll, geeignet erscheint, seine Hoheitsrechte zu verletzen oder seine Sicherheit zu gefährden. Darauf hinzuweisen ist, dass im Geltungsbereich des Haager Zustellungsübereinkommens vom 15. November 1965 die Ablehnung eines Ersuchens aus identischen Gründen erfolgen kann (Art. 13 Abs. 1 HZUe65; Walter, a. a. O., 360; P. Volken, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, Kap. 2 N 108). Was unter Verletzung der Hoheitsrechte oder Gefährdung der Sicherheit zu verstehen ist, entscheidet jeder Vertragsstaat selbst. Als Ablehnungsgründe kommen indessen nur schwere Beeinträchtigungen der nationalen Sicherheit und Unabhängigkeit in Frage. Die Grenzen sind eher enger zu ziehen als beim traditionellen Ordre-public-Vorbehalt (Volken, a. a. O., Kap. 2 N 45; Walter, a. a. O., 343, insb. Fn 87; Th. Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen, Zürich 1997, 229 f.; Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification de la Haye, Montréal 2006, 68).

b) Sowohl die betreibende Partei, A, wie auch die verpflichtete Partei, B, wohnen in Österreich. Die Drittschuldnerin, die Arbeitgeberin des Vollstreckungsschuld-

ners, hat ihren Sitz in der Schweiz. Die Bewilligung der Gehaltsexekution, deren Zustellung beantragt wird, enthält die folgende Klausel:

«Mit Zustellung dieses Beschlusses an Sie hat die betreibende Partei an der Forderung ein Pfandrecht erworben. Der verpflichteten Partei wird jede Verfügung über die gepfändete Forderung, insbesondere die Einziehung der Forderung untersagt. Ihnen wird verboten, die gepfändete Forderung an die verpflichtete Partei auszuzahlen.»

Mit diesem Beschluss wird die Arbeitgeberin des Vollstreckungsschuldners somit angewiesen, ihm, d. h. dem Arbeitnehmer, die gepfändete Forderung nicht mehr zu zahlen. Dabei handelt es sich um eine Vollstreckungsmassnahme (vgl. Walter, a. a. O., 360 f.).

Zu prüfen ist, ob die Zustellung dieser Bewilligung an die Drittschuldnerin ein extraterritorialer Vollstreckungsakt ist und die schweizerische Territorialhoheit demnach tangiert wird. Es ist ferner zu untersuchen, in welchem Staat die strittige Bewilligung Wirkungen entfaltet.

aa) Jeder Staat bestimmt innerhalb der völkerrechtlichen und staatsvertraglichen Grenzen selbst, in welchen Fällen er sich zur Zwangsvollstreckung zuständig sieht. Das auf dem Völkergewohnheitsrecht basierende Territorialitätsprinzip besagt jedoch, dass ein Staat seine hoheitlichen Akte nicht in einem anderen Staat durchsetzen darf (D. Staehelin, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 3/95, 261 f.; vgl. auch Th. Hopf, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 271 StGB). Weil Zwangsvollstreckungsmassnahmen ein besonders deutlicher Ausfluss hoheitlicher Gewalt sind, ist deren Anordnung und Überprüfung den Gerichten des Staates vorbehalten, auf dessen Gebiet die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll. Die Vollstreckungsbehörden eines Staates können und dürfen somit nur auf diejenigen Vermögenswerte greifen, die sich im Inland befinden. Es stellt sich damit die grundsätzliche Frage, welche Vermögenswerte sich im Inland und welche sich im Ausland befinden. Für diese vollstreckungsrechtliche Lokalisierung wird der Ausdruck «Belegenheit» verwendet (A. Markus, Drittschuldners Dilemma, in: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, 2005, Heft 1, 7 ff.; Staehelin, a. a. O., 262 ff.).

Gegenstand der strittigen Bewilligung ist die Forderung von B, Vollstreckungsschuldner, gegen seine Arbeitgeberin. Es ist der anwendbaren Rechtsordnung anheim gestellt, ob sie eine Forderung am Wohnsitz des Gläubigers oder am Wohnsitz des Schuldners als belegen betrachtet (Markus, a. a. O., 7; Staehelin, a. a. O., 264; BGE 124 III 505 Erw. 3a). Es bestehen jedoch rechtliche und praktische Argumente, die Belegenheit einer Forderung grundsätzlich beim Schuldner – hier bei der Drittschuldnerin – anzunehmen (Markus, a. a. O., 7 ff.; BGE 128 III 473 Erw. 3.1; D. Gasser, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, ZBJV 2003, 463). Die Pfändung der Forderung bei der schweizerischen Drittschuldnerin erscheint damit als unzulässig.

bb) Dazu kommt, dass gerichtliche Anordnungen des Zwangsvollstreckungsrechts aber auch insofern über die Grenzen des Gerichtsstaats greifen können, als

sich der Adressat der Anordnung dort befindet. Hat der Adressat mit Sanktionen für den Fall der Nichtbefolgung zu rechnen, so wird sein Wille beeinflusst und dadurch Druck ausgeübt. Dieser Druck wirkt sich gleichsam im Territorium aus, in welchem sich der Adressat befindet (Markus, a. a. O., 10).

Im Beschluss, der zugestellt werden soll, wird der Arbeitgeberin, der Drittschuldnerin, verboten, die gepfändete Forderung an den Vollstreckungsschuldner auszuzahlen, und sie wird verpflichtet, die einbehaltenen Beträge an den Vollstreckungsgläubiger zu überweisen. Es wird ihr ferner aufgetragen, die Drittschuldnererklärung an das Exekutionsgericht sowie an die betreibende Partei zu übermitteln. Bei Nichterfüllung dieser Pflichten hat sie der betreibenden Partei Schadenersatz zu leisten. Die Drittschuldnerin wird demnach durch das österreichische Zwangsvollstreckungsrecht unmittelbar in ihren Rechtspositionen betroffen und beeinträchtigt. Diese Wirkungen werden durch die Zustellung des Beschlusses an die Drittschuldnerin ausgelöst. Die Schweiz hat aber ein Interesse daran, dass ihre Rechtsunterworfenen – hier die Drittschuldnerin – von ausländischem Verfahrenszwang freigehalten werden. Zu beachten ist, dass die Drittschuldnerin nicht Partei des österreichischen Vollstreckungsverfahrens ist, sondern nur als Dritte in das Verfahren gegen den Vollstreckungsschuldner einbezogen wird. Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass die reale Gefahr der doppelten Inanspruchnahme der Drittschuldnerin besteht. Ferner fällt in Betracht, dass dem Vollstreckungsgläubiger zur Durchsetzung seiner Forderung andere Wege offenstehen, namentlich kann er am schweizerischen Sitz der Arbeitgeberin des Vollstreckungsschuldners ein Arrestbegehren stellen (Art. 272 Abs. 1 SchKG; BGE 114 III 31 Erw. 2 b).

Damit ist das Interesse der Schweiz, gegenüber einem Drittschuldner das eigene Verfahren anzuwenden, höher zu gewichten als das Interesse Österreichs, in einem Verfahren betreffend Zwangsvollstreckung seine «Justizhoheit» auf Dritte auszudehnen.

95

Art. 5 Ziff. 1, Art. 17 LugÜ (SR 0.275.11) und Art. 117 IPRG (SR 291). Eine schriftliche Einigung der Parteien auf einen Gerichtsstand liegt insbesondere nur dann vor, wenn bei einem Austausch per E-Mail die inhaltliche Übereinstimmung beider Erklärungen aus ihnen hinreichend deutlich hervorgeht, was vorliegend nicht der Fall ist. Auf das vorliegende Vertragsverhältnis, bei welchem die Klägerin mit Sitz in St.Gallen die charakteristische Leistung erbringt, ist schweizerisches Recht anzuwenden. Erfüllungsort ist damit St.Gallen, womit das Handelsgericht örtlich zuständig ist.

Handelsgericht, 7. April 2008

Aus den Erwägungen:

2. Beide Parteien gehen davon aus, dass die Klägerin und die Beklagte 1 am 2. Oktober 2006 an einer mündlichen Besprechung eine Vereinbarung über die Erbringung von Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit einem Business und Investment Case und Vertragsverhandlungen trafen. Diese Vereinbarung bestätigte die Klägerin mit E-Mail vom 3. Oktober 2006, worauf sich die Beklagte 1 damit gleichentags per E-Mail einverstanden erklärte. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Klägerin und die Aufstellung Nebenkosten und Spesen Bestandteil des Vertrags vom 3. Oktober 2006 wurden.

In Ziff. 7 der AGB der Klägerin wird unter dem Titel «Anwendbares Recht / Gerichtsstand» festgehalten, dass der Vertrag schweizerischem Recht untersteht und der Gerichtsstand St.Gallen ist.

a) Da die Beklagten ihren Sitz in Deutschland haben, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Beide Parteien gehen davon aus, dass vorliegend das Lugano-Übereinkommen anwendbar ist (vgl. GVP 1998 Nr. 48 E. 1). Haben die Parteien vereinbart, dass ein Gericht eines Vertragsstaats über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden soll, so ist das Gericht dieses Staates ausschliesslich zuständig (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 LugÜ). Gemäss Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a und b LugÜ muss eine solche Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen werden

a) schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung, oder
b) in einer Form, welche den Gepflogenheiten entspricht, die zwischen den Parteien entstanden sind.

Art. 17 LugÜ räumt den Parteien eines genau bestimmten Rechtsverhältnisses die Möglichkeit ein, für zwischen ihnen entstehende Streitigkeiten im Voraus – auf ausschliessliche Weise – das zuständige Gericht zu bestimmen (BGE 131 III 400 E. 6 = Pra 2006 Nr. 9; Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2007, 256 f.). Da die Vereinbarung eines Gerichtsstandes eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz des Gerichtsstandes des Beklagten darstellt, sind die von Art. 17 LugÜ aufgestellten formellen Bedingungen streng auszulegen. Diese sollen verhindern, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung ohne Wissen einer der Vertragsparteien in den Text eines Vertrages eingefügt wird. Damit sich eine Partei auf eine solche Klausel berufen kann, muss das Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses der Parteien der Gerichtsstandsvereinbarung bewiesen werden und zusätzlich, dass dieser Konsens entsprechend den formellen Anforderungen von Art. 17 LugÜ nachgewiesen ist (BGE 131 III 400 E. 6; BGE vom 21.11.2007, 4A_272/2007 E. 5.1; Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen, 7. Aufl., Heidelberg 2002, N 25 zu Art. 23 EuGVO).

b) aa) Eine schriftliche Vereinbarung gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. a LugÜ liegt vor, wenn jede Vertragspartei ihre Willenserklärung schriftlich abgegeben hat, so etwa

durch eine von beiden Parteien unterzeichnete Vertragsurkunde. Genügend ist aber auch ein Briefwechsel oder ein Austausch per Telefax oder E-Mail (vgl. Art. 23 Ziff. 2 revLugÜ; Walter, a. a. O., 262; Kropholler, N 41 zu Art. 23 EuGVO), indem zwar getrennte Schriftstücke vorliegen, aber die Erklärung jeder Partei schriftlich ist und die inhaltliche Übereinstimmung beider Erklärungen aus ihnen hinreichend deutlich hervorgeht (Walter, a. a. O., 260; Kropholler, N 33 zu Art. 23 EuGVO). Dabei wird auch das Anbringen einer Unterschrift nicht verlangt (BGE 131 III 401 E. 7.1.1; BGE vom 21.11.2007, 4A_272/2007 E. 5.1).

Im E-Mail vom 3. Oktober 2006 fasste A gegenüber der Beklagten die Punkte, auf welche sie sich geeinigt hatten, zusammen, worauf sich die Beklagte 1 gleichentags damit einverstanden erklärte. Eine Gerichtsstandsvereinbarung wurde in den beiden E-Mails nicht erwähnt. Der von der Klägerin dem Rechtsvertreter der Beklagten am 14. Januar 2007 per E-Mail zugestellte Vertragsentwurf mit angefügten AGB, welche eine Gerichtsstandsklausel enthielten, wurde von den Beklagten nicht unterzeichnet. Eine ausdrückliche schriftliche Einigung der Parteien auf einen Gerichtsstand liegt somit nicht vor.

bb) Eine schriftliche Vereinbarung ist ferner auch dann gegeben, wenn der Vertrag, der die Klausel über die Gerichtsstandsvereinbarung auf der Rückseite zwischen den von einer Vertragspartei vorgegebenen AGB enthält, von beiden Parteien unterzeichnet worden ist und einen ausdrücklichen Hinweis auf die AGB enthält (BGE 131 III 401 E. 7.1.1). Hingegen genügt es nicht, die AGB ohne entsprechenden Hinweis im Vertrag, welcher von den Parteien unterzeichnet worden ist, beizufügen, indem etwa ein Auftrag durch ein Schreiben angenommen wird, auf dessen Rückseite die AGB abgedruckt sind (Walter, a. a. O., 261, insbes. Anm. 276 mit Hinweis auf Urteil des BGH vom 09. 03. 1994, RIW 1994, 508 ff.). Dem Schriftlichkeitsgebot wird auch nicht genügt, wenn sich eine Gerichtsstandsklausel als Teil von AGB auf der Rückseite des Geschäftspapiers findet, auf dem der Vertrag verfasst wurde. Nicht ausreichend ist auch eine mittelbare oder stillschweigende Verweisung auf einen vorangegangenen Schriftwechsel, da in diesem Fall keine Gewissheit darüber besteht, dass sich die Einigung über den Vertragsinhalt tatsächlich auf die Gerichtsstandsklausel erstreckt hat (Kropholler, N 35 f. zu Art. 23 EuGVO).

Am 13. Juli 2006 sandte A von der Klägerin dem Assistenten von B, C, ein E-Mail, welches das geführte Gespräch zusammenfasste und «eine kurze Zusammenstellung unseres Angebotes für das Thema Biodiesel» enthielt; dem E-Mail waren u. a. die AGB der Klägerin beigefügt. Weder C noch B selber haben zu diesem E-Mail Stellung genommen. Ihr Stillschweigen kann nicht als Annahme der AGB und der darin enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung betrachtet werden. Im E-Mail von A an die Beklagte 1 vom 3. Oktober 2006 werden weder die AGB der Klägerin beigefügt noch wird auf die C am 13. Juli 2006 gesandten AGB hingewiesen. Damit kann nicht eine stillschweigende Zustimmung der Beklagten zum Inhalt der AGB der Klägerin, insbesondere betreffend Gerichtsstandsklausel, ange-

nommen werden. Aber auch wenn die AGB den Beklagten entsprechend dem E-Mail vom 13. Juli 2006 zugestellt worden wären, würde eine solche Zustellung der AGB der Klägerin ohne entsprechenden Hinweis auf den von den Parteien abgeschlossenen Vertrag nicht für die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung der Beklagten zu einer Gerichtsstandsvereinbarung genügen. Im Übrigen hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass B bzw. die D GmbH im Juli 2006 Vertreter der Beklagten 1 gemäss Art. 32 OR waren. Nicht nachgewiesen ist ferner, dass B bzw. die D GmbH das E-Mail vom 13. Juli 2006 und insbesondere die AGB der Klägerin an die Beklagten weitergegeben haben. Insgesamt hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass die Beklagten der in ihren AGB enthaltenen Gerichtsstandsklausel schriftlich zugestimmt haben.

c) Gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. a LugÜ kann eine Gerichtsstandsvereinbarung auch «mündlich mit schriftlicher Bestätigung» geschlossen werden. Die Einhaltung der «halben Schriftlichkeit» setzt voraus, dass sich die Parteien im Rahmen eines mündlichen Vertragsschlusses für beide Seiten erkennbar wenigstens stillschweigend über die Zuständigkeitsregelung geeinigt haben und dies von einer Seite schriftlich bestätigt worden ist. Dabei muss sich eine mündliche Willenseinigung klar und deutlich auf die Gerichtsstandsklausel erstrecken, und es muss, sofern die Gerichtsstandsklausel in AGB enthalten ist, bei Vertragsschluss ausdrücklich auf diese Bezug genommen worden sein (BGE vom 21.11.2007, 4A_272/2007 E. 5.1; Walter, a. a. O., 262 ff.; Kropholler, N 41 ff. zu Art. 23 EuGVO).

Vorliegend geht die Klägerin davon aus, dass zwischen ihr und den Beklagten am 2./3. Oktober 2006 ein Auftrag über Beratungsdienstleistungen zustande kam. Dessen Inhalt wurde im E-Mail vom 3. Oktober 2006 bestätigt, wobei in keiner Weise auf eine Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien bzw. die AGB der Klägerin, welche eine Gerichtsstandsklausel enthalten, Bezug genommen wurde. Die Klägerin behauptete dabei selber nicht, dass sich die Klägerin und die Beklagte 1 an der Besprechung vom 2. Oktober 2006 klar und deutlich auf eine Gerichtsstandsvereinbarung geeinigt hätten bzw. die Beklagte 1 sich stillschweigend mit einer Übergabe der AGB der Klägerin, in welcher sich eine Gerichtsstandsklausel befindet, einverstanden erklärt hätte. Eine mündliche Einigung der Parteien auf eine Gerichtsstandsklausel mit nachträglicher schriftlicher Bestätigung ist damit nicht nachgewiesen.

d) Nicht gegeben sind auch die Voraussetzungen gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. b LugÜ, wonach es genügt, wenn die Form zwar nicht der von lit. a entspricht, aber den «Gepflogenheiten …, die zwischen den Parteien entstanden sind». Diese Situation entsteht, wenn zwischen den Parteien längere und im Verlauf der Zeit wiederholte Handelsbeziehungen bestanden haben, die geeignet sind, eine Art interner Praxis zu festigen (BGE 131 III 402 E. 7.2; Walter, a. a. O., 264 f.; Kropholler, N 50 zu Art. 23 EuGVO).

Vorliegend behauptet die Klägerin nicht, bereits früher Geschäftsbeziehungen mit den Beklagten unterhalten zu haben, oder dass sich zwischen den Parteien

eine Praxis entwickelt hätte, gemäss welcher das Schweigen auf die Zustellung der AGB der Klägerin an eine Drittpartei als Annahme des prorogierten Gerichtsstandes durch die Beklagte 1 verstanden werden konnte.

e) Insgesamt hat die Klägerin somit eine den Anforderungen an Art. 17 LugÜ entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung, insbesondere durch Vereinbarung der klägerischen AGB und der darin enthaltenen Gerichtsstandsklausel, nicht nachgewiesen.

3. Die Klägerin beruft sich für den Fall, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht nachgewiesen ist, auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ i.V. m. Art. 6 Ziff. 1 LugÜ i.V. m. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR i.V. m. Art. 117 Abs. 2 und Abs. 3 lit. c IPRG. Die Beklagten machen geltend, Erfüllungsort sei Düsseldorf.

a) Nach der allgemeinen Zuständigkeitsvorschrift in Art. 2 LugÜ sind die Gerichte des Vertragsstaates zuständig, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz bzw. Sitz (Art. 53 LugÜ) hat. In einem anderen Vertragsstaat kann er nach den besonderen Zuständigkeiten gemäss Art. 5 LugÜ verklagt werden. Die Zuständigkeiten von Art. 5 LugÜ kommen im Verhältnis zu Art. 2 LugÜ nur zur Anwendung, wenn in einem anderen als dem Staat des Wohnsitzes bzw. Sitzes des Beklagten geklagt wird (BGE 131 III 82 E. 3.4). Nachdem die Beklagten ihren Sitz in Deutschland haben, ist das Handelsgericht zuständig, wenn eine besondere Zuständigkeit gemäss Art. 5 LugÜ besteht.

b) Wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Streitgegenstand bilden, kann der Kläger nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ den Beklagten nicht nur am Wohnsitz bzw. Sitz, sondern auch vor dem Gericht des Ortes verklagen, an dem die Verpflichtung erfüllt werden soll oder zu erfüllen wäre. Während der Begriff des Vertrages bzw. der vertraglichen Ansprüche vertragsautonom auszulegen ist, richtet sich der Erfüllungsort nach dem auf den Vertrag anzuwendenden Recht. Bei synallagmatischen Verträgen ist für jede Verpflichtung ein gesonderter Erfüllungsort zu bestimmen (BGE 124 III 189 E. 4a; 122 III 45 E. 3b; 122 III 299 f. E. 3a; GVP 1998 Nr. 48 E. 6; Keller/Kren Kostkiewicz, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 2004, N 23 f. zu Art. 113 IPRG). Vorliegend macht die Klägerin ein Honorar für erbrachte Leistungen geltend, womit zweifellos ein vertraglicher Anspruch im Sinne des Lugano-Übereinkommens vorliegt. Zu prüfen ist, wo diese Leistung zu erbringen ist.

c) Nachdem die Parteien – wie erwähnt – keine Rechtswahl getroffen haben, untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt. In Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG ist für typische Fälle vorgesehen, worin vermutungsweise der engste Zusammenhang zu erblicken ist. Nach der «Vermutungsklausel» von Art. 117 Abs. 2 IPRG besteht der engste Zusammenhang mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, in dem sich ihre Niederlassung befindet. Als charakteristische Leistung gilt gemäss Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG

bei Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen die Dienstleistung. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob der vorliegende Beratungsvertrag als Auftrag oder als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Nachdem sich in Bezug auf die Anknüpfung mittels charakteristischer Leistung in Bezug auf den Auftrag oder den Werkvertrag keine Unterschiede ergeben, kann vorliegend die Frage der Vertragsqualifikation offen gelassen werden.

aa) Die «Vermutung» von Art. 117 Abs. 2 IPRG stellt eine methodische Vorgabe dar, indem sie eine bestimmte Reihenfolge des Vorgehens festlegt (Keller/Kren Kostkiewicz, N 50 zu Art. 117 IPRG; Amstutz/Vogt/Wang, Basler Kommentar, Art. 117 N 11). Dabei ist bei jedem Vertrag primär die Anknüpfung mittels charakteristischer Leistung vorzunehmen. In zweiter Linie, d. h. sekundär, sind alternative Kriterien zu prüfen, insbesondere, ob die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt oder den Sitz des Erbringers der charakteristischen Leistung zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Diese Regelung, dass für die Anknüpfung der Verträge primär nach der charakteristischen Leistung gesucht werden muss, soll eine weitgehende Rechtssicherheit schaffen und dem Bedürfnis des internationalen Handels nach Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts Rechnung tragen (Keller/Kren Kostkiewicz, N 51 und N 67 zu Art. 117 IPRG; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang, Art. 117 N 12; Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N 259).

Entsprechend der Vermutung in Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG bestimmt sich das auf den einfachen Auftrag anwendbare Recht aufgrund der Leistung des Beauftragten. Somit ist das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes bzw. der Geschäftsniederlassung des Beauftragten anwendbar (BGE vom 21.12.2000, 4C.292/2000, E. 4b; GVP 1998 Nr. 48 E. 6c.bb; Keller/Kren Kostkiewicz, N 91 zu Art. 117 IPRG; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang, Art. 117 N 33; Vischer/Huber/Oser, a. a. O., N 439). Auf den Werkvertrag ist das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes bzw. der Niederlassung des Unternehmers anwendbar, da die Werkleistung die charakteristische ist (Keller/Kren Kostkiewicz, N 126 zu Art. 117 IPRG; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang, Art. 117 N 43; Vischer/Huber/Oser, a. a. O., N 516).

Beim vorliegenden Beratungsvertrag erbringt die Klägerin als Beauftragte bzw. Unternehmerin die charakteristische Leistung. Nachdem sie ihren Sitz in der Schweiz hat, ist grundsätzlich schweizerisches Recht anzuwenden. Unbestrittenermassen ist gemäss dem anwendbaren schweizerischen Recht Erfüllungsort des vertraglich geschuldeten Beratungshonorars St.Gallen (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Damit ist das Handelsgericht des Kantons St.Gallen, sofern eine Anknüpfung nach der charakteristischen Leistung erfolgt, gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ am Erfüllungsort zuständig (vgl. Walter, a. a. O., 187).

bb) Die Beklagten brachten vor, bei genauer Betrachtung führe die Vermutungsregel von Art. 117 Abs. 2 IPRG entgegen der Anknüpfung gemäss Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG zum deutschen Recht. Es handle sich vorliegend um einen rein innerdeutschen Vertrag. Die Klägerin habe die Leistungen nicht von ihrer Hauptnieder-

lassung in St.Gallen aus erbracht, sondern direkt vor Ort in Deutschland. Sie verfüge neben ihren offiziellen Niederlassungen in St.Gallen, Zürich, Wien und London zusätzlich über eine Zweigniederlassung (ohne eigene Rechtspersönlichkeit) in Deutschland. Für die Klägerin habe ein Projektteam unter deutscher Leitung, d. h. A, welcher Rheinländer sei und auch im Rheinland wohne, gehandelt. Die Klägerin hielt fest, es liege kein innerdeutsches, sondern ein internationales Verhältnis vor, da die Klägerin sowohl ihren Ursprung als auch ihren Sitz in St.Gallen habe. Auch wenn die Projektleitung bei A, Mitarbeiter der Klägerin, gelegen habe, sei die Projektsteuerung resp. Oberaufsicht von dessen Vorgesetzten E wahrgenommen worden.

aaa) Ist der berufliche oder gewerbliche Bezug des Vertragsschlusses gegeben, so ist die Lokalisierung aufgrund der Geschäftsniederlassung jener Partei vorzunehmen, welche die charakteristische Leistung erbringt. Dieser Begriff ist für Gesellschaften nach Art. 21 Abs. 4 IPRG zu bestimmen, wonach die Niederlassung einer Gesellschaft sich in dem Staat befindet, in dem der Sitz liegt, oder in einem der Staaten, in dem sich eine Zweigniederlassung befindet. Falls eine Partei mehrere Niederlassungen besitzt und diese der anderen Partei bekannt sind, ist auf diejenige abzustellen, mit welcher das vorliegende Vertragsverhältnis zusammenhängt (Keller/Kren Kostkiewicz, N 45 zu Art. 117 IPRG; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang, Art. 117 N 22; Vischer/Huber/Oser, a. a. O., N 243 ff.).

Der in Art. 21 Abs. 4 IPRG umschriebene Begriff der Niederlassung einer Gesellschaft ist u. a. von Bedeutung für die Bestimmung des anwendbaren Rechts (z. B. Art. 117 Abs. 2 IPRG; vgl. Keller/Kren Kostkiewicz, N 7 zu Art. 21 IPRG; BSK IPRG-von Planta/Eberhard, Art. 21 N 9). Der Begriff «Niederlassung» im IPRG erfasst immer auch denjenigen der «Zweigniederlassung». Das IPRG definiert den Begriff der Zweigniederlassung nicht. Unter Zweigniederlassung ist ein kaufmännischer Betrieb zu verstehen, der rechtlich Teil einer Hauptunternehmung (d. h. ohne eigene Rechtspersönlichkeit) ist und deren wirtschaftlichen Zweck dient. Die Zweigniederlassung ist eine von der Hauptniederlassung räumlich getrennte Handelsniederlassung, die jedoch eine gleichartige Tätigkeit wie die Hauptniederlassung ausübt. Sie verfügt über eine eigene Organisation, insbesondere eine eigene Leitung (BGE vom 27.01.2005, 4C.333/2004 E. 2.3), sowie über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit (BGE 117 II 87 E. 3; 108 II 124 E. 1; Keller/Kren Kostkiewicz, N 8 zu Art. 21 IPRG; BSK IPRG-von Planta/Eberhard, Art. 21 N 10; Vischer/Huber/Oser, a. a. O., N 247; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 59 N 5 ff.).

bbb) Unbestrittenermassen hat die Klägerin ihren Ursprung, was auch aus ihrer Firma hervorgeht, und ihren Sitz in St.Gallen. Für die Frage, ob eine Zweigniederlassung vorliegt, ist nicht von Bedeutung, dass insbesondere A als einer der Projektverantwortlichen deutscher Staatsangehöriger ist und Beratungsdienstleistungen für die Beklagten in Deutschland erbrachte, nachdem die Beklagten selber nicht ausführen, es habe in Deutschland ein Geschäftsbetrieb der Klägerin mit einer gewissen Selbständigkeit bestanden. Die Beklagten behaupten auch nicht,

dass eine solche Zweigniederlassung über eine eigene Leitung und eine «Autonomie nach aussen» verfügen würde, die sich in einem unmittelbaren Marktzugang in direkter Beziehung zur Kundschaft manifestieren würde (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a. a. O., § 59 N 20; BGE 117 II 88 E. 4). Vielmehr fügte A in seinen E-Mails an den Assistenten von B und die Beklagte 1 vom 13. Juli und 3. Oktober 2006 die Firma der Klägerin an, womit sich die Klägerin gegenüber den Beklagten nach aussen ausschliesslich mit der Firma ihres Hauptsitzes in St.Gallen manifestierte. Keinerlei rechtliche Bedeutung kommt der von A insbesondere im E-Mail vom 3. Oktober 2006 verwendeten Grussformel «Grüsse aus dem Rheinland!» zu, nachdem dieses E-Mail – wie erwähnt – als Briefkopf die Adresse der Klägerin in St.Gallen als Arbeitgeberin von A aufführt. Insgesamt gelingt den Beklagten somit der Nachweis nicht, dass die Klägerin über eine Zweigniederlassung in Deutschland verfügt, die sich gegenüber den Kunden auch als solche manifestiert, über einen Geschäftsbetrieb und ein Domizil verfügt, unter einer ständigen eigenen Leitung steht und als ein als nach kaufmännischer Art geleitetes Gewerbe eine gewisse Selbständigkeit hat. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin ihre Beratungsdienstleistungen als charakteristische Leistung i. S.v. Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG durch eine Zweigniederlassung in Deutschland erbracht hat.

cc) Die Beklagten machen schliesslich für den Fall, dass die Voraussetzungen, die nach Schweizer Recht für das Bestehen einer Zweigniederlassung bestehen müssen, nicht erfüllt sind, geltend, die Vermutung von Art. 117 Abs. 2 IPRG gelte dann nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergebe, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist. Es sei nach Art. 117 Abs. 1 IPRG das Recht des Staates zu ermitteln, mit dem der Vertrag die engste Verbindung aufweise. Vorliegend weise der Vertrag die engsten Verbindungen mit Deutschland auf, indem die Leistungen der Klägerin in Deutschland erbracht worden seien. Düsseldorf sei zum Projektsitz geworden, wobei sich das Arbeitszentrum in den Räumlichkeiten der Kanzlei F & Partner in Düsseldorf befunden habe. Alle Meetings hätten in Deutschland stattgefunden, und gemäss E-Mail vom 3. Oktober 2006 sei als Währung für die Honorarentschädigung «Euro» vereinbart worden. Die Klägerin bestritt insbesondere, dass Düsseldorf als Projektsitz vereinbart worden sei.

aaa) Die in Art. 117 Abs. 1 IPRG verwendete Formel «engster Zusammenhang» stellt keinen Anknüpfungsbegriff dar und ist lediglich eine Richtschnur für die Einordnung derjenigen Vertragstypen, die in Art. 117 Abs. 3 und 119–122 IPRG nicht ausdrücklich erwähnt sind bzw. für welche die Vermutung von Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG nicht zutrifft. Gegenüber den in Art. 117 Abs. 2 und 3 und 119–122 IPRG normierten Anknüpfungskriterien dient die Formel des engsten Zusammenhangs als Ausweichklausel, indem sich ergeben kann, dass ein Vertrag entweder unter keine gesetzlich vorgesehene Anknüpfungsregel fällt oder aufgrund besonderer Umstände mit einer anderen Rechtsordnung in einem noch engeren Zusammenhang steht (BGE 133 III 93 E. 2.3; 94 II 355 ff. = Pra 1969 Nr. 77; Keller/Kren Kost-

kiewicz, N 19 und N 23 zu Art. 117 IPRG). Grundsätzlich ist also im Interesse der Rechtssicherheit die Anknüpfung primär aufgrund der charakteristischen Leistung vorzunehmen. Mithin besteht ein Vorrang der Anknüpfung an die charakteristische Leistung gegenüber derjenigen des engsten Zusammenhanges (BGE 133 III 93 E. 2.4; Keller/Kren Kostkiewicz, N 51 f. zu Art. 117 IPRG). Ausnahmen von der Regelanknüpfung der «charakteristischen Leistung» sind nur anzunehmen, wo im Rahmen eines Vergleiches zwischen der Ausnahmeanknüpfung und jener aufgrund der charakteristischen Leistung die Ausnahme kollisionsrechtlich deutlich überzeugender ist als die Regelanknüpfung und sie damit als «engerer» oder «engster» Zusammenhang vorgeht (Keller/Kren Kostkiewicz, N 63 zu Art. 117 IPRG; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang, Art. 117 N 14 m.w.H.).

bbb) Wie erwähnt, gingen die Beklagten bewusst ein Vertragsverhältnis mit der Klägerin, welche in der Schweiz ihren Sitz hat und den Firmenbestandteil «St.Gallen» aufweist, ein. Damit bestünde auch bei Annahme des von den Beklagten behaupteten, aber nicht nachgewiesenen Umstandes, dass die Leistungen durch die Klägerin allesamt in Deutschland erbracht worden seien und Düsseldorf zum Projektsitz ernannt worden sei, kein hinreichender Grund, um von der Regelanknüpfung von Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG abzuweichen. Im Übrigen erfolgten der E-Mail-Verkehr, die Präsentationen der Klägerin sowie deren Honorarrechnungen mit dem Briefkopf der Klägerin. Auch wenn Mitarbeiter der Klägerin, insbesondere A, ihre Arbeitsstunden überwiegend in Deutschland erbracht hatten, wurden auch Leistungen von nicht unerheblichem Umfang in St.Gallen erbracht. Nicht entscheidend ist, ob die Familie von A in Deutschland wohnt, nachdem es sich bei diesem nicht um den einzigen Mitarbeiter handelt, welcher im Rahmen der Vertragserfüllung als Mitarbeiter der Klägerin tätig war. Damit braucht die Frage, ob A, wie die Beklagten behaupten, seinen Wohnsitz nicht in St.Gallen habe, nicht entschieden zu werden. Fest steht, dass er eine Aufenthaltsbewilligung B EG/EFTA für die Schweiz besitzt, wobei als sein Wohnort St.Gallen-Bruggen angegeben wird. Insgesamt liegen damit keine hinreichenden Gründe vor, die ein Festhalten an der durch die Regelanknüpfung festgestellten Rechtsordnung der Schweiz als unverhältnismässig erscheinen lassen würden.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf das vorliegende Vertragsverhältnis nach Art. 117 Abs. 2 i.V. m. Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG schweizerisches Recht anzuwenden ist. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich damit aus Art. 5 Ziff. 1 LugÜ i.V. m. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR. Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ist zu verwerfen und auf die Klage einzutreten.

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

96

Art. 8 BV (SR 101). Wird bei einer Nachklausur die gleiche Prüfung verwendet wie zum regulären Prüfungstermin in der Klasse, müssen die Rechte und Pflichten der Kandidatinnen und Kandidaten in der Nachklausur nach dem gleichen Massstab festgesetzt werden wie beim regulären Prüfungstermin – es sei denn, dass sachliche Gründe eine rechtliche Differenzierung rechtfertigen. Liegen keine solchen Gründe vor, muss bei der Nachklausur der gleiche Notenbonus gewährt werden wie bei der regulären Klausur. Anforderungen an die Begründung einer Abrundung von Zeugnisnoten.

Präsident Erziehungsrat, 7. April 2008

Sachverhalt:

A. besuchte die Wirtschaftsmittelschule an der Kantonsschule B. Nachdem sie bereits das zweite Semester wiederholen musste, eröffnete ihr der Rektor der Kantonsschule mit Verfügung von Ende Januar 2008, dass sie für das nächste Semester nicht promoviert werden könne und daher von der Kantonsschule ausgeschlossen werde. Dagegen erhob A. Rekurs beim Erziehungsrat. Sie beantragte unter anderem, die Note im Fach Biologie sei auf 4 anzuheben. Sie habe die letzte Biologieprüfung aus gesundheitlichen Gründen nicht ablegen können und habe diese nachschreiben müssen. Der Klassendurchschnitt jener Klausur habe 3.6 betragen. Wegen des ungenügenden Notendurchschnitts sei die Klausurnote jeder Schülerin und jedes Schülers um 0.4 Punkte erhöht worden. Ihre Nachklausur sei exakt dieselbe Prüfung gewesen; sie sei aber nicht mit dem Bonus von 0.4 Notenpunkten begünstigt worden. Dadurch sei der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt worden.

Aus den Erwägungen:

5. a) Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind. Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Einerseits verbietet das Gleichheitsprinzip unterschiedliche Regelungen, denen keine rechtlich erheblichen Unterscheidungen zugrunde liegen. Andererseits untersagt es aber auch die rechtliche Gleichbehandlung von Fällen, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden (vgl. BGE 127 Ia 192). Der Schutzbereich der Rechtsgleichheit erstreckt sich demnach nur auf gleich gelagerte, einschlägige oder vergleichbare Fälle. Zu klären ist, ob die erheblichen tatsächlichen Verhältnisse gleich liegen bzw. ob sachliche Gründe die rechtliche Differenzierung rechtfertigen (Beatrice Weber-Dürler, Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, in ZBl 2004 S. 11).

b) Unbestritten ist in casu, dass an der Nachklausur vom 15. Januar 2008 dieselbe Prüfung verwendet worden ist wie an der Klassenklausur vom 11. Januar 2008. Der Stellungnahme der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass eine solche Handhabung an der Kantonsschule B. nicht Usus sei, sondern dass es sich im vorliegenden Fall aufgrund der knappen Zeitverhältnisse wegen des unmittelbar bevorstehenden Notenabgabetermins so ergeben habe. Darüber hinaus sei es in gewissen Fächern sehr schwierig, eine gleichwertige Nachprüfung mit veränderten Aufgabenstellungen zu entwerfen.

c) Es ist weder vorgeschrieben noch verboten, für eine Nachklausur die gleiche Prüfung wie in der Klasse zu verwenden. Empfehlenswert sind zwar grundsätzlich eigenständige Nachklausuren, weil mit ihnen Fragen, wie sie sich vorliegend stellen, von vornherein ausgewichen werden kann. Doch können besondere Umstände, wie sie von den Vertretern der Vorinstanz dargelegt wurden, auch für eine identische Nachklausur sprechen. Wer sich indessen dafür entscheidet, an der Klassen- und der Nachklausur dieselbe Prüfung vorzulegen, der muss Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festsetzen – es sei denn, dass sachliche Gründe eine rechtliche Differenzierung rechtfertigten. Die Vorinstanz hat gegenüber der Rekurrentin zwar eine identische Nachklausur verwendet, für deren Bewertung indessen einen ungleichen Massstab angewendet (Verzicht auf den Bonus von 0,4 Notenpunkten). Die dafür vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen:

Die Rekurrentin fehlte krankheitsbedingt an der ordentlichen Klausur vom 11. Januar 2008. Damit hatte sie zwar einige zusätzliche Tage bis zur Nachklausur vom 15. Januar 2008 zur Verfügung. Im Vordergrund stand dabei aber die Genesung, weshalb der Rekurrentin nicht einfach eine längere Vorbereitungszeit «angerechnet» bzw. eine solche mit dem Bonus «verrechnet» werden kann. Aus den Akten ergeben sich jedenfalls keine Anhaltspunkte, dass die Rekurrentin der ordentlichen Prüfung ferngeblieben wäre, um sich länger vorbereiten zu können. Sie macht denn auch in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 17. März 2008 geltend, dass

sie wegen ihres gesundheitlichen Zustandes nicht im Stande gewesen sei, sich noch intensiver auf die Prüfung vorzubereiten.

Eine Absprache der Rekurrentin mit Mitschülerinnen und -schülern über den Inhalt der ordentlichen Klausur würde eine Differenzierung beim Bonus rechtfertigen, wenn sie konkret nachgewiesen wäre. Die Beweislast dafür liegt bei der Schule, da sie eine identische Nachprüfung vorgelegt und damit den Grund für eine allfällige Absprache gesetzt hat. Die Rekurrentin bestreitet eine Absprache. In den ins Recht gelegten Unterlagen ist kein einschlägiger Hinweis zu finden. Der Umstand, dass sich die Noten der Nachklausuren nach unwidersprochener Darstellung der Rekurrentin im gleichen Bereich wie die Noten der ordentlichen Klausur bewegen, lässt eher darauf schliessen, dass kein Austausch stattgefunden hat.

Nicht relevant ist das Argument des wegfallenden Gruppendruckes; in einer Prüfungssituation arbeitet jede Kandidatin und jeder Kandidat für sich allein, unabhängig davon, wie viele weitere Prüflinge anwesend sind. Nicht einzusehen ist überdies, inwiefern identische Nachklausuren separat und damit nicht vergleichbar korrigiert werden müssten.

d) Aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass keine sachlichen Gründe für eine Differenzierung dergestalt vorliegen, dass der Rekurrentin für ihre identische Nachklausur im Fach Biologie nicht auch, wie allen Kolleginnen und Kollegen, welche die Prüfung in der Klasse geschrieben haben, ein Bonus von 0,4 Notenpunkten zu gewähren wäre. Im Verzicht darauf liegt eine rechtsungleiche Behandlung. Der Rekurrentin ist folglich im Rahmen des Rekursverfahrens ein gleicher Bonus gutzuschreiben. Ihr Notenschnitt von 3,75 im Fach Naturwissenschaften erhöht sich damit nach Darstellung des Biologielehrers in dessen abschliessender Stellungnahme vom 20. März 2008 auf 3,88. Er befindet sich damit über der mathematischen Aufrundungsgrenze.

Ein Abrunden von Notenwerten ist grundsätzlich zulässig, als belastender Eingriff indessen an einen triftigen Grund gebunden. Die Anforderungen an die Begründung einer Abrundung sind umso höher, je höher der ungerundete Notenwert liegt. Der Umstand, dass die Rekurrentin Repetentin ist, kann bei sachlicher Betrachtung nicht zu einer Notenabrundung führen. Die vielen unentschuldigten Absenzen sind mit Disziplinarmassnahmen geahndet worden und stehen in keinem Zusammenhang mit der auf die Leistung bezogene Promotion; sie haben im Übrigen Wirkung gezeigt: Nach unwidersprochener Darstellung der Rekurrentin hat sie seit der Ende Dezember 2007 ausgesprochenen befristeten Androhung des Ausschlusses von der Schule keine unentschuldigte Absenz mehr gehabt. Damit verbleibt als möglicher Grund für ein Abrunden die mangelnde mündliche Beteiligung am Unterricht, die von der Rekurrentin allerdings bestritten wird. Wie es sich mit der Beteiligung der Rekurrentin am Unterricht verhalten hat, kann offen bleiben. Eine mangelhafte Beteiligung darf zwar bei der Notengebung grundsätzlich berücksichtigt werden. Vorliegend befindet sich aber der Notenschnitt von 3,88 so deutlich über der mathematischen Aufrundungsgrenze, dass sie allein – in Würdigung

aller Umstände und insbesondere der als anspruchsvoll bekannten Regelung der doppelten Notenkompensation – keinen hinreichenden Grund für ein Abrunden auf den relativ weit entfernten Wert von 3,5 abgeben könnte. Die Zeugnisnote der Rekurrentin im Fach Biologie ist vielmehr auf den deutlich näheren Wert von 4,0 anzuheben. Damit ist die Promotion bestanden (vgl. Art. 4 des Promotionsreglements).

6. Der Rekurs ist im Sinne der vorstehenden Erwägungen gutzuheissen.

2. Bürgerrecht

97

Art. 14 BüG (SR 141.0); Art. 8 Abs. 2 BV (SR 101). Die Erwerbstätigkeit kann als ein möglicher Teil der Integration angesehen werden, so dass deren Fehlen einer Person grundsätzlich als ein in dieser Hinsicht bestehender Mangel vorwerfbar ist. Wird einer behinderten Person jedoch allein wegen der fehlenden Erwerbstätigkeit die Einbürgerung verweigert, so verstösst dies gegen das Diskriminierungsverbot. Ihr muss die Möglichkeit geboten werden, ihre Integration auch auf andere Weise als der Ausübung einer Erwerbstätigkeit darlegen zu können.

Departement des Innern, 14. Juli 2008

Aus den Erwägungen:

3.3 Verweigert die Bürgerschaft entgegen dem Antrag des Einbürgerungsrates eine Einbürgerung, ergibt sich die Begründung hierfür regelmässig aus der der Abstimmung vorangehenden Diskussion. Werden die Ablehnungsgründe genannt und wird darüber unmittelbar im Anschluss an die Diskussion abgestimmt, so ist anzunehmen, dass die ablehnenden Gründe von der Mehrheit der Abstimmenden mitgetragen werden (vgl. Y. Hangartner, Neupositionierung des Einbürgerungsrechts, in: AJP 2004 S. 16 f.; BGE 130 I 154). Findet überhaupt keine Diskussion statt, so fehlt es grundsätzlich an der erforderlichen Begründung (VerwGE vom 9. Mai 2007 i. S. D. I.; BGE 132 I 197 ff.).

3.4 (…) Aus den dargelegten Wortmeldungen kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Einbürgerungsvorlage von A abgelehnt wurde, weil er seine Tätigkeit in der Werkstatt B im Jahr X aufgegeben und seither keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgegangen ist. Es wird davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer von der Gemeinde lebe und es ihm bei seinem Einbürgerungsgesuch im Grunde lediglich darum gehe, die sozialen Institutionen auszunutzen. (…)

4.

4.1 Der Beschwerdeführer rügt (…) eine Verletzung des Diskriminierungs- sowie des Willkürverbots. Im Wesentlichen legt er hierzu dar, der Hauptgrund für die Ablehnung des Beschwerdeführers sei die Sozialbedürftigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers. Damit stelle die Ablehnung indirekt auf seine Behinderung ab und sei diskriminierend. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer im Rollstuhl sei, habe zur Folge, dass er keiner Arbeitstätigkeit nachgehen könne und auf die Unterstützung seiner Familie angewiesen sei. Eine Weiterbeschäftigung bei der Werkstatt B sei für ihn wegen der hohen Transportkosten finanziell unzumutbar gewesen. Auch sei es für ihn als «nur» Körperbehinderten zunehmend schwierig und belastend geworden, im Umfeld der B mit teilweise sehr stark geistig behinderten Menschen zusammenzuarbeiten. Er beabsichtige eine ordentliche Ausbildung zu absolvieren, um künftig finanziell unabhängig zu werden. Die Diskriminierung zeige sich ferner darin, dass die Schwester des Beschwerdeführers das Bürgerrecht erhalten habe, während der Beschwerdeführer, der gleichfalls alle Anforderungen zur Einbürgerung erfüllte, abgelehnt worden sei. Zudem sei es willkürlich, bei der Ablehnung auf eine nicht vorhandene Sozialhilfeabhängigkeit des Beschwerdeführers abzustellen und ihn trotz seiner Bemühungen sowie grossen Akzeptanz in der Bevölkerung nicht einzubürgern.

4.2 Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Die Regelung ist eine Generalklausel mit beispielhafter Aufzählung. Eine verpönte Diskriminierung ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird. Die Diskriminierung stellt demnach eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar. Die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal ist allerdings nicht absolut unzulässig. Vielmehr begründet dieser Umstand zunächst den blossen Verdacht einer unzulässigen Diskriminierung, der durch eine genügende Rechtfertigung umgestossen werden kann. Eine indirekte oder mittelbare Diskriminierung liegt demgegenüber vor, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützte Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige solcher Gruppen besonders benachteiligt, ohne das dies sachlich begründet wäre (vgl. Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 774 ff.; J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999 S. 410 ff.).

Das Willkürverbot ist in Art. 9 BV festgehalten. Gemäss der hierzu ergangenen Rechtsprechung ist ein Entscheid bzw. Beschluss nicht schon dann willkürlich, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wä-

re, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Es muss sich folglich um einen Fall grober Unrichtigkeit handeln (vgl. Häfelin/Haller, a. a. O., Rz. 804 ff.).

4.3 Vorliegend wurde dem Beschwerdeführer die Einbürgerung nicht mit dem Hinweis auf eine Behinderung, sondern mit dem Vorwurf der fehlenden Erwerbstätigkeit verweigert. Mit der fehlenden Erwerbstätigkeit stützt die Bürgerschaft ihre Ablehnung nicht unmittelbar auf die Zugehörigkeit des Beschwerdeführers zur Gruppe der Behinderten ab. Eine direkte Diskriminierung ist deshalb zu verneinen. Der Vorhalt trifft im Übrigen auch zu. Gemäss Akten hat der Beschwerdeführer vom (…) bis zum (…) in der Werkstatt B gearbeitet und geht seither keiner Arbeit mehr nach. Dementsprechend kann der Bürgerschaft ebenso wenig vorgehalten werden, sie stütze sich hinsichtlich der fehlenden Erwerbstätigkeit auf unwahre Tatsachen und handle insoweit willkürlich. Offen bleibt damit aber, ob vorliegend eine indirekte Diskriminierung gegeben ist.

Zwar kann die Erwerbstätigkeit als ein möglicher Teil der Integration angesehen werden, so dass deren Fehlen einer Person grundsätzlich als ein in dieser Hinsicht bestehender Mangel vorwerfbar ist. Bleibt der Blick aber allzu sehr auf diese Tatsache konzentriert, so besteht die Gefahr, dass Menschen mit Behinderung gegenüber denjenigen ohne Behinderung benachteiligt werden. Behinderte sind in ihren Erwerbsmöglichkeiten teilweise erheblich eingeschränkt. Einem Teil von ihnen ist ein Erwerb sogar völlig verunmöglicht. Solchen Personen muss es möglich sein, ihre soziale und kulturelle Integration auch auf andere Weise als durch den Nachweis eines Erwerbs darlegen zu können. Diese Möglichkeit wurde dem Beschwerdeführer von der Bürgerschaft jedoch nicht eröffnet. Aus der an der Bürgerversammlung geführten Diskussion ist ersichtlich, dass der Punkt der fehlenden Erwerbstätigkeit für die Ablehnung des Beschwerdeführers ausschlaggebend war. Der Vorwurf der Sozialhilfeabhängigkeit bzw. der beabsichtigten Ausnützung der Sozialleistungen baut auf diesem Argument auf. Wird die Erwerbstätigkeit als Einbürgerungskriterium derart in den Vordergrund gestellt, so bedeutet dies im Ergebnis, dass Menschen mit einer Behinderung mangels Erwerb kaum mehr eine Chance auf Einbürgerung in der betroffenen Gemeinde haben. Dies stellt eine indirekte Diskriminierung von Menschen mit einer Behinderung und damit auch des Beschwerdeführers dar. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer ursprünglich einmal einer Erwerbstätigkeit im Werkhof B nachgegangen ist, vermag daran nichts zu ändern. Die Aufgabe erfolgte behinderungsbedingt. Die von ihm zur Erklärung angeführten Gründe der zu hohen Transportkosten wie auch die psychische Belastung hängen mit den Besonderheiten der vom Beschwerdeführer zu tragenden Behinderung zusammen. Aus der Aufgabe darf deshalb nicht geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer nicht arbeitet, obwohl er dies grundsätzlich tun könnte.

Die dargelegte Ungleichbehandlung lässt sich im Weiteren durch keine sachlichen Gründe rechtfertigen. Die Bürgerschaft schloss in der Gemeindeversammlung aus der fehlenden Erwerbstätigkeit auf das Vorhandensein von Sozialhilfeabhängigkeit. Darin kann sinngemäss ein Hinweis auf ein gemeindeeigenes Interesse an der Vermeidung finanzieller Mehrbelastungen erblickt werden. Jedoch handelt es sich beim Beschwerdeführer um eine Person mit einer Aufenthaltsbewilligung B. Die Aufenthaltsbewilligung B wird den definitiven Aufenthaltsbewilligungen zugeordnet. Personen mit einer definitiven Aufenthaltsbewilligung brauchen kein Schweizer Bürgerrecht, um Leistungen der Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu können. Aus der Ablehnung solcher Einbürgerungsgesuche kann für die politische Gemeinde C folglich keine finanzielle Entlastung resultieren. Die Vermeidung finanzieller Mehrbelastungen kann daher keinen sachlichen Grund für die vorstehend festgestellte Ungleichbehandlung bilden. Abgesehen davon, dass überhaupt fraglich scheint, ob das Interesse an der Verbesserung der Gemeindefinanzen als derart schwergewichtig gewertet werden darf, dass es als sachlichen Grund eine solch einschränkende Beurteilung des Einbürgerungswunsches von Menschen mit Behinderung zu rechtfertigen vermöchte. Indem die Erwerbstätigkeit bzw. deren Aufgabe von der Bürgerschaft beim Beschwerdeführer derart in den Vordergrund gestellt wurde, ohne hierfür über einen sachlichen Grund zu verfügen, hat die Bürgerschaft demnach gegen das Diskriminierungsverbot verstossen.

Sollte dem Vorhalt der Sozialhilfeabhängigkeit neben der fehlenden Erwerbstätigkeit selbständige Bedeutung zukommen, so ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer trotz Aufgabe seiner Erwerbstätigkeit keine Sozialhilfeleistungen bezieht. Demzufolge müsste eine solche Begründung als mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehend qualifiziert werden.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der ablehnende Einbürgerungsbeschluss (…) im Ergebnis (…) dem Diskriminierungsverbot zuwider läuft. Er ist deshalb rechtswidrig und wird in Gutheissung der Abstimmungsbeschwerde aufgehoben. (…)

3. Gewerbe

98

Art. 9 GWG (sGS 553.1). Im Rahmen von Art. 9 GWG ist nur zu prüfen, ob die nachgesuchte gastgewerbliche Nutzung durch eine rechtskräftige Baubewilligung erlaubt wird. Ist das Baubewilligungsverfahren noch nicht abgeschlossen, so ist zu prüfen, ob die gastgewerbliche Nutzung wenigstens für die Dauer des baurechtlichen Bewilligungs-, Rekurs- oder Beschwerdeverfahrens durch eine rechtskräftige vorsorgliche Massnahme der zuständigen Bau- oder Rechtsmittelbehörde zugelassen wurde. Fehlt es auch an einer solchen provisorischen Nutzungsberechtigung, darf das Patent nicht erteilt bzw. nicht erneuert werden.

Volkswirtschaftsdepartement, 24. April 2008 (die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht am 19. Februar 2009 ab)

Sachverhalt

In der Gemeinde X. wird seit mehr als zwanzig Jahren das Restaurant «Y» betrieben, das sich im Laufe der Jahre aus einem Kiosk mit Snack-Bar (Selbstbedienung) zu einem Ausflugs- und Unterhaltungsrestaurant mit Gartenwirtschaft entwickelt hatte. Seit einigen Jahren wehren sich die Nachbarn des Restaurants «Y» mit verschiedenen rechtlichen Mitteln gegen übermässige Lärm- und Geruchsimmissionen, die ihrer Ansicht nach von der Gartenwirtschaft ausgehen würden. In diesem Zusammenhang machten sie geltend, der aktuelle Ausbaustand des Restaurants «Y» sei nie baurechtlich bewilligt worden.

Am 4. Dezember 2006 erliess der Gemeinderat X. gegenüber dem Restaurant «Y» lärmschutzrechtliche Anordnungen. Gegen diese Anordnungen erhoben sowohl die Eigentümerin des Restaurants «Y» als auch die Nachbarn Rekurs beim Baudepartement. Im Juli 2007 reichte die Eigentümerin des Restaurants «Y» zudem ein Baugesuch ein, in welchem sie um die Bewilligung der bestehenden Bauten und Anlagen ersuchte. Gegen das Baugesuch erhoben die Nachbarn Einsprache beim Gemeinderat.

Im Januar 2008 erteilte der Gemeinderat ein befristetes Patent für das Restaurant «Y». Er verfügte darin verschiedene Auflagen. Unter anderem beschränkte er die Anzahl der Sitzplätze und der Musikveranstaltungen in der Gartenwirtschaft. Gegen dieses Patent erhoben sowohl die Eigentümerin des Restaurants «Y» als auch die Nachbarn Rekurs beim Baudepartement. Die Eigentümerin verlangte, es sei ein ordentliches Patent zu erteilen und die Auflagen seien aufzuheben. Demgegenüber beantragten die Nachbarn, das Patent sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an den Gemeinderat X. zurückzuweisen. In der Rekursbegründung führten die Nachbarn aus, sie seien nicht grundsätzlich gegen ein befristetes Patent. Die Befristung müsse aber stark verkürzt werden, damit der Gemeinderat

endlich über die Baueinsprache entscheide und die streitigen baurechtlichen Fragen geklärt würden.

Das Baudepartement überwies den Rekurs zuständigkeitshalber ans Volkswirtschaftsdepartement. Im Zeitpunkt des Rekursentscheids des Volkswirtschaftsdepartements waren sowohl die Baueinsprache beim Gemeinderat X. als auch der Rekurs beim Baudepartement gegen die lärmschutzrechtlichen Anordnungen noch nicht entschieden.

Aus den Erwägungen:

4. Nach Art. 9 GWG dürfen der nachgesuchten gastgewerblichen Nutzung und damit der Patenterteilung bzw. Patenterneuerung keine bau-, feuer- und lebensmittelpolizeilichen Vorschriften entgegenstehen.

4.1. Der Begriff der baupolizeilichen Vorschriften umfasst sämtliche baupolizeilich relevanten Vorschriften des kommunalen, kantonalen und eidgenössischen Rechtes. Insbesondere gehört auch das Lärmschutzrecht, das im Bundesgesetz über den Umweltschutz (SR 814.01; abgekürzt USG) und in der Lärmschutz-Verordnung (SR 814.41; abgekürzt LSV) geregelt ist, zu den baupolizeilichen Vorschriften im Sinn von Art. 9 GWG. Einem Betrieb, welcher die baupolizeilichen Vorschriften nicht erfüllt, darf daher grundsätzlich das Patent nicht erteilt bzw. nicht erneuert werden (vgl. GVP *2001,* Nr. 91 Erw. 2.a.).

4.2. In Erw. 5 hiernach ist die Frage zu klären, in welchem Verfahren die Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften materiell zu beurteilen ist (vgl. zum Ganzen: GVP *2001,* Nr. 91 Erw. 2.b.aa. bis dd.).

5.

5.1. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass das (geltende) GWG keine materiellen baupolizeilichen Vorschriften mehr enthält. Art. 22 des alten Gastwirtschaftsgesetzes vom 1. Dezember 1983 (nGS 19–106) bestimmte noch, dass Räume und Einrichtungen von Gastwirtschaften so anzuordnen und zu gestalten sind, dass die Nachbarn gegen Lärm und andere übermässige Einwirkungen geschützt sind. Diese Bestimmung verlor jedoch ihre selbständige Bedeutung in Bezug auf den Lärmschutz bereits mit Inkrafttreten der Bundesgesetzgebung über den Umweltschutz, da das Bundesrecht den Schutz vor gewerblichem Lärm abschliessend regelt (vgl. BGE 118 Ib 595 Erw. 3a). Entsprechend enthält Art. 9 GWG keine materiellen Lärmschutzvorschriften mehr, sondern verweist auf die anwendbaren baupolizeilichen Vorschriften. Die lärmschutzrechtliche Zulässigkeit einer gastgewerblichen Nutzung beurteilt sich somit unabhängig davon, ob die Beurteilung in einem Baubewilligungsverfahren oder in einem Patentverfahren erfolgt, materiell nach dem Lärmschutzrecht des Bundes.

5.2. Die Überprüfung von rechtskräftigen Baubewilligungen im Rahmen des Patentverfahrens hätte eine Vervielfachung des Verwaltungsaufwandes zur Folge, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Zweck des aufwändigen Baubewilligungsverfahrens ist unter anderem, durch die umfassende Prüfung aller baurecht-

lich relevanten Aspekte die Basis für eine zeitlich unbefristete Bewilligung zu schaffen, auf deren Gültigkeit sich sowohl der Bewilligungsinhaber als auch die Behörde verlassen kann. Diesem Zweck liefe es diametral entgegen, wenn sich die Behörde im Patentverfahren nicht auf die Richtigkeit der Baubewilligung verlassen dürfte, sondern nochmals umfassend prüfen müsste, ob sämtliche Bau- und Lärmschutzvorschriften eingehalten sind.

5.3. Ebensowenig will Art. 9 GWG ermöglichen, dass Lärmemissionen gleichzeitig in einem patentrechtlichen Verfahren und einem baurechtlichen Verfahren beurteilt werden können. Da die materielle Beurteilung in beiden Verfahren nach denselben Vorschriften vorzunehmen wäre (vgl. Erw. 5.1. hiervor), müssten die Entscheide inhaltlich koordiniert werden. Die Zweispurigkeit hätte somit nur eine Verdoppelung des Verwaltungsaufwandes und einen erhöhten Aufwand für die betroffenen Privaten zur Folge, dem kein praktischer Nutzen, insbesondere keine Verbesserung des Rechtsschutzes gegenüberstünde.

5.4. Es ist daher festzuhalten, dass im Rahmen von Art. 9 GWG weder eine rechtskräftige Baubewilligung auf ihre materielle Richtigkeit hin überprüft werden darf noch eine gastgewerbliche Nutzung materiell baurechtlich zu beurteilen ist, wenn dieselbe Nutzung gleichzeitig Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens bildet. Im Rahmen von Art. 9 GWG ist somit nur zu prüfen, ob die nachgesuchte gastgewerbliche Nutzung durch eine rechtskräftige Baubewilligung erlaubt wird. Ist das Baubewilligungsverfahren noch nicht abgeschlossen, so ist zu prüfen, ob die gastgewerbliche Nutzung wenigstens für die Dauer des baurechtlichen Bewilligungs-, Rekurs- oder Beschwerdeverfahrens durch eine rechtskräftige vorsorgliche Massnahme der zuständigen Bau- oder Rechtsmittelbehörde zugelassen wurde. Fehlt es auch an einer solchen provisorischen Nutzungsberechtigung, darf das Patent nicht erteilt bzw. nicht erneuert werden. Das Fehlen einer rechtsgültigen Baubewilligung steht in diesen Fällen einer gastgewerblichen Nutzung selbst dann entgegen, wenn die Baute oder Nutzung nicht gegen materielles Baurecht verstösst.

Eine Ausnahme gilt indessen, wenn kein Baubewilligungsverfahren hängig und umstritten ist, ob die nachgesuchte gastgewerbliche Nutzung baubewilligungspflichtig ist. In diesem Fall darf das Patent nicht einfach wegen des Fehlens einer formellen Baubewilligung verweigert werden, sondern die Frage der Baubewilligungspflicht ist vorfrageweise im Patentverfahren zu klären, sofern sie nicht schon vor der Baubehörde hängig ist.

5.5. Im vorliegenden Fall ist zwar vor der Vorinstanz ein Baubewilligungsverfahren hängig, doch unterliess es die Vorinstanz als zuständige Baubehörde bis anhin, die gastgewerbliche Nutzung des Restaurants «Y» mittels einer vorsorglichen Massnahme baurechtlich zu regeln. Es fehlt daher an einer (baurechtlichen) provisorischen Nutzungsberechtigung. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz die Nutzung der Parz.Nr.xy für gastgewerbliche Zwecke sowie die verschiedenen Bauten duldete und kein baurechtlich motiviertes Nutzungsverbot aussprach. Das blosse Dulden eines möglicherweise baurechtswidrigen Zustandes begründet keine bau-

rechtliche Nutzungsbewilligung im Sinn von Art. 9 GWG. Die provisorische Nutzungsbewilligung muss in einem Verfahren erteilt worden sein, in welchem die Nachbarn ihre Rechte wahrnehmen konnten. Der Patentinhaberin darf daher das Patent für das Restaurant «Y» in Anwendung von Art. 9 GWG nicht erteilt bzw. nicht erneuert werden.

6. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Rekurs, wenn auch mit einer von den Rekurrenten abweichenden Begründung, gutzuheissen und der angefochtene Beschluss der Vorinstanz vom 14. Januar 2008 in Anwendung von Art. 56 Abs. 2 VRP aufzuheben ist. Es ist Sache der Vorinstanz als zuständige Baubehörde, im hängigen (Bau-) Einspracheverfahren mittels einer vorsorglichen Massnahme über die (baurechtlich) provisorische Nutzungsberechtigung des Restaurants «Y» zu befinden.

4. Natur- und Umweltschutz

99

Art. 5 NHG (SR 451). Die im BLN-Inventar für ein bestimmtes Objekt festgelegten Schutzziele bedürfen für ihre Verbindlichkeit gegenüber einem Grundeigentümer, dessen Grundstück im Perimeter dieses Objekts liegt, der Umsetzung durch den Erlass von grundeigentümerverbindlichen Schutzmassnahmen. Das BLN-Inventar allein stellt keine ausreichende Grundlage dar, um gegenüber den Regelbauvorschriften erhöhte Anforderungen an ein Bauvorhaben zu stellen.

Baudepartement, 27. Oktober 2008

Sachverhalt:

Das Baudepartement hatte eine Baubewilligung für den Neubau eines Einfamilienhauses auf einem der Wohnzone W2 zugeschiedenen Grundstück zu beurteilen, das gemäss Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler innerhalb des Perimeters des Objektes Nr. 1613 (Speer-Churfirsten-Alvier) liegt. Die gegen die Baubewilligung rekurrierenden Nachbarn hatten geltend gemacht, die Vorinstanz habe bei Erteilung der Baubewilligung zu Unrecht nur die einschlägigen Regelbauvorschriften zur Anwendung gebracht; weil sich das Baugrundstück im BLN-Gebiet befinde, müsse das Bauvorhaben erhöhten gestalterischen Anforderungen entsprechen.

Aus den Erwägungen:

3.2

3.2.1 Als Inventar mit Objekten von nationaler Bedeutung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (SR 451, abgekürzt NHG) kommt dem Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler unmittelbare Verbindlichkeit nur bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe zu (J. Leimbacher, Kommentar zu Art. 5 und 6 NHG, in: Keller/Zufferey/Fahrländer [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, Zürich 1997, N 2 zu Art. 6 NHG). Im Zusammenhang mit der Erfüllung von kantonalen oder kommunalen Aufgaben, wie sie die Erteilung einer Baubewilligung grundsätzlich darstellt, bedürfen die Bundesinventare für die Verbindlichkeit gegenüber Behörden bzw. privaten Grundeigentümern zunächst der Umsetzung im Rahmen der Richt- bzw. der weiteren Konkretisierung durch die Nutzungsplanung (Leimbacher, a. a. O., N 29 zu Art. 6 NHG). Diese weitere Konkretisierung drängt sich beim Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vor allem auf, weil die aufgenommenen Objekte flächenmässig in der Regel sehr gross sind und demnach vielfältigste Nutzungen aufweisen können, gleichzeitig aber die anzustrebenden Schutzziele nur sehr unspezifisch und kaum fassbar umschrieben werden (Leimbacher, a. a. O., N 13 zu Art. 5 NHG). Diese grundsätzliche Problematik wurde von seiten des Vertreters des Amtes für Natur, Jagd und Fischerei für das vorliegend relevante BLN-Objekt Nr. 1613 ausdrücklich bestätigt. Das BLN-Gebiet Speer-Churfirsten-Alvier sei riesig und umfasse diverse Nutzungen, z. B. den Skisport, aber mit den nahegelegenen Dörfern X. und Y. auch reine Bauzonen.

3.2.2 Das Baugrundstück liegt innerhalb des Perimeters des BLN-Objekts Nr. 1613. BLN-Objekte werden im kantonalen Richtplan generell als Landschaftsschutzgebiete bezeichnet (Richtplan des Kantons St.Gallen, Koordinationsblatt V / 31, S. 3 f.). Damit sind sie für die Behörden verbindlich. Der Richtplan umschreibt auch die anzustrebenden Schutzziele – unter anderem die sorgfältige Einpassung von Bauten und Anlagen – und bestimmt, dass diese von den kantonalen und kommunalen Behörden bei ihren raumwirksamen Tätigkeiten als Rahmenbedingungen zu berücksichtigen sind (Richtplan des Kantons St.Gallen, Koordinationsblatt V / 31, S. 5). Als Bestandteile des Richtplans sind diese Schutzziele jedoch ausschliesslich behörden-, nicht aber grundeigentümerverbindlich (Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung, SR 700, abgekürzt RPG). Entsprechend deutlich hält der Richtplan auch fest, dass für den Erlass von grundeigentümerverbindlichen Schutzmassnahmen gemäss Art. 101 BauG die Gemeinden zuständig sind (Richtplan des Kantons St.Gallen, Koordinationsblatt V / 31, S. 5).

3.2.3 Zusammenfassend ergibt sich daher, dass sich mangels Grundeigentümerverbindlichkeit weder aus dem Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler noch aus den im Richtplan des Kantons St.Gallen formulierten Schutzzielen Einschränkungen für die Gestaltung eines Bauvorhabens beziehungsweise erhöhte

Anforderungen an eine solche Gestaltung auf einem innerhalb des Perimeters eines BLN-Objekts gelegenen Baugrundstück ableiten lassen.

3.3

3.3.1 Zuständig zum Erlass von grundeigentümerverbindlichen Schutzmassnahmen ist der Gemeinderat (Art. 101 Abs. 1 BauG). Als Schutzmassnahmen kommen Vereinbarungen mit dem Grundeigentümer oder die erforderlichen Verfügungen (Art. 99 Abs. 1 BauG), je nach Bedürfnis der Erlass von Zonen-, Überbauungs- oder Gestaltungsplänen (Art. 99 Abs. 2 BauG) oder bei grösseren zusammenhängenden Gebieten der Erlass von Schutzverordnungen (Art. 99 Abs. 3 BauG) in Frage. Die Art der Schutzmassnahme richtet sich nach dem zu schützenden Objekt, deren Wahl steht im pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Gemeindebehörde.

3.3.2 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid festgestellt, dass das Baugrundstück ebenso wie die unmittelbar benachbarten Grundstücke um den Hügel Z. weder durch Verfügung noch durch eine Schutzverordnung besonders geschützt sei. Diese Feststellung blieb im Rekursverfahren unbestritten. Das Baugrundstück liegt gemäss Zonenplan auch nicht in einem geschützten Ortsbild, für die nach Art. 17 BauR die Bestimmungen der Schutzverordnung Anwendung finden. Für erhöhte gestalterische Anforderungen lässt sich nur für Bauten in den Wohnzonen WE sowie WS-G eine gesetzliche Grundlage finden. Diese sind gemäss Art. 13 Abs. 2 BauR in landschaftlich wertvollen Lagen ausgeschieden worden und verlangen von den dort erstellten Bauten, dass sie sich der Umgebung und dem Charakter der Landschaft anzupassen haben. Für Grundstücke in der Wohnzone W2 enthält das Baureglement keine entsprechende Bestimmung.

3.3.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass weder aus dem BLN-Inventar noch aus dem kantonalen Richtplan oder dem kommunalen Baureglement eine genügende Rechtsgrundlage abgeleitet werden kann, um vom Eigentümer des Baugrundstücks zu verlangen, bei einem Bauprojekt erhöhte gestalterische Anforderungen einzuhalten. Bezüglich des Baugrundstücks existieren auch keine grundeigentümerverbindlichen Schutzmassnahmen, die solches erlauben würden. Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid daher zu Recht davon ausgegangen, dass das Baugrundstück nach den für die Wohnzone W2 geltenden Regelbauvorschriften überbaut werden kann. […]

5. Raumplanung und öffentliches Baurecht

100

Art. 24c RPG (SR 700). Ob eine vorbestehende landwirtschaftliche Wohnbaute abgerissen und ersetzt oder lediglich saniert werden darf, hängt davon ab, ob sie am 1. Juli 1972 landwirtschaftlich genutzt war. Wurde die Landwirtschaft vor diesem Zeitpunkt aufgegeben, sind Abriss und Ersatzbaute zulässig. Als «landwirtschaftlich» gilt eine Nutzung, wenn das massgebliche Grundstück am 1. Juli 1972 landwirtschaftlich geschätzt war und darauf Gross- und Kleinvieh gehalten wurde. Unmassgeblich ist, ob der Betrieb gross genug war, um dem Inhaber ein existenzsicherndes Einkommen zu verschaffen.

Baudepartement, 13. August 2008

Sachverhalt:

Das Baudepartement hatte ein nachträgliches Baugesuch betreffend Abriss und Wiederaufbau eines Wohnhauses in der Landwirtschaftszone zu beurteilen. Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) hatte dieses als am 1. Juli 1972 noch landwirtschaftlich genutzt und daher nach Art. 24d RPG beurteilt. Der Rekurrent machte geltend, dass bei der am 1. Juli 1972 vorhandenen landwirtschaftlichen Betriebsgrösse mit einer Nutzfläche von nur 3,85 ha und einem Nutzviehbestand von zwei Kühen sowie einem Kalb von einem blossen Nebenerwerbsbetrieb auszugehen sei, der die Voraussetzungen an ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinn von Art. 7 BGBB nicht erfülle. Das Wohnhaus sei daher am 1. Juli 1972 zonenwidrig geworden und nach Art. 24c RPG zu behandeln.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Nach Art. 24c Abs. 1 RPG werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt. Sie können nach Abs. 2 mit Bewilligung der zuständigen Behörde und unter Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind.

3.2

3.2.1 Art. 24c RPG steht seit 1. September 2000 in Kraft. Der darin verwendete Begriff der Zonenkonformität im Sinn eines positiven funktionalen Zusammenhangs mit einer bestimmten Zone wurde im Bundesrecht erst mit der Inkraftsetzung des Raumplanungsgesetzes am 1. Januar 1980 eingeführt. Die vor Inkraft-

treten des Raumplanungsgesetzes für die Erteilung von Baubewilligungen massgebenden Art. 19 und 20 aGSchG unterschieden zwischen Bauten und Anlagen innerhalb oder ausserhalb des generellen Kanalisationsprojektes und statuierten hierfür je unterschiedliche Bewilligungsvoraussetzungen, nämlich die Gewährleistung des Anschlusses der Abwässer an die Kanalisation für Bauten und Anlagen innerhalb (Art. 19 aGSchG) bzw. den Nachweis eines sachlich begründeten Bedürfnisses für Bauten ausserhalb des generellen Kanalisationsprojektes (Art. 20 aGSchG). Bis zum Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes musste daher die Zulässigkeit der Erstellung von Bauten und Anlagen bundesrechtlich gar nie unter dem Aspekt der Zonenkonformität beurteilt werden und wurde es auch nicht.

3.2.2 Streng grammatikalisch ausgelegt kann aber nur eine Baute, die vormals zonenkonform war, «nicht mehr zonenkonform» werden. Ein solches Kriterium würden nur die nach dem 1. Januar 1980 unter der Geltung des Raumplanungsgesetzes als zonenkonform bewilligten Bauten und Anlagen erfüllen, nicht hingegen die unter dem Geltungsbereich des damaligen Gewässerschutzgesetzes oder gar die noch vorher bewilligten Bauten und Anlagen. Der Hauptzweck von Art. 24c RPG besteht nun aber gerade darin, für altrechtliche, d. h. vor dem 1. Juli 1972 erstellte Bauten und Anlagen, eine Bestandesgarantie zu statuieren (Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [RPG], Bern 2006, Art. 24c N 4). Die genannte Zweckrichtung spricht daher nicht nur dagegen, den verwendeten Begriff «nicht mehr zonenkonform» im Sinn der «Zonenkonformität», wie durch das Raumplanungsgesetz festgelegt, auszulegen, sie würde dadurch vielmehr sogar obsolet.

3.3

3.3.1 Je neuer ein Gesetz ist, desto grössere Bedeutung kommt nach Auffassung des Bundesgerichtes dem historischen Auslegungselement zu: Bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf nach bundesgerichtlicher Ansicht der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden (BGE 112 Ia 104). Dem historischen Auslegungselement kommt vorliegend daher eine erhebliche Bedeutung zu.

3.3.2 Die Formulierung «nicht mehr zonenkonform» geht auf die parlamentarische Redaktionskommission zurück. In der von den Eidgenössischen Räten ursprünglich beschlossenen Fassung hiess es noch «zonenwidrig geworden». Es hat sich herausgestellt, dass dieser Gesetzeswortlaut nicht mit der für die Rechtsanwendung genügenden Klarheit wiedergibt, welche Bauten und Anlagen tatsächlich in den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG fallen. Unklarheiten ergaben sich insbesondere in Bezug auf Bauten und Anlagen, die zwar rechtmässig erstellt wurden, aber nie zonenkonform waren, da im Zeitpunkt der Erstellung keine bundesrechtlichen Zonenvorschriften bestanden. Da eine bundesrechtliche Zonenordnung in der Regel erst mit der Rechtsänderung infolge des Inkrafttretens des aGSchG geschaffen wurde, wäre es unpräzis zu fordern, die Bauten und Anlagen hätten vor der Rechtsänderung zonenkonform sein müssen. Massgebend ist vielmehr, ob die

Erstellung und allfällige seither vorgenommene Änderungen dem jeweils geltenden materiellen Recht entsprachen. Diese Unklarheit wird durch Art. 41 RPV in Übereinstimmung mit den Absichten des Gesetzgebers in dem Sinn klargestellt, als Art. 24c RPG anwendbar ist auf Bauten und Anlagen, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind (Bundesamt für Raumentwicklung, Neues Raumplanungsrecht, Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung und Empfehlungen für den Vollzug, Bern 2000/01, S. 42 f., im folgenden: ARE, Vollzugsempfehlungen).

3.3.3 Die Berücksichtigung der genannten historischen Elemente führt damit ebenfalls zum Schluss, dass mit dem Begriff «nicht mehr zonenkonform» nicht auf den Begriff der «Zonenkonformität», wie durch das Raumplanungsgesetz festgelegt, abzustellen ist. Die Bedeutung von »zonenkonform« im Sinn von Art. 24c Abs. 1 RPG beschränkt sich vielmehr auf die Beantwortung der Frage, ob die zu beurteilende Baute oder Anlage seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert worden ist.

3.4

3.4.1 Unter Berücksichtigung von Wortlaut und Zweck sowie des historischen Elements ergibt die Auslegung von Art. 24c Abs. 1 RPG daher, dass die vom Rekurrenten vorgebrachte Argumentation, wonach die im massgeblichen Zeitpunkt am 1. Juli 1972 vom damaligen Eigentümer im Nebenerwerb betriebene Landwirtschaft nicht den von Art. 7 BGBB für ein landwirtschaftliches Gewerbe geforderten Mindestumfang aufwies, das Wohnhaus nicht nach Art. 34 Abs. 3 RPV unentbehrlich und daher bereits am 1. Juli 1972 nicht mehr zonenkonform gewesen sei, unzutreffend ist.

3.4.2

3.4.2.1 Träfe die Argumentation des Rekurrenten zu, müsste mit Blick auf eine allfällige Anwendung von Art. 24c RPG bei sämtlichen vor dem 1. Juli 1972 erstellten Bauten und Anlagen geprüft werden, ob diese am massgeblichen Stichdatum 1. Juli 1972 die Kriterien erfüllt haben, um als landwirtschaftliches Gewerbe zu gelten. Die Anwendung von Art. 16a Abs. 1 RPG, Art. 34 Abs. 3 RPV sowie Art. 7 BGBB auf vor dem 1. Juli 1972 erstellte Bauten und Anlagen käme im Ergebnis einer echten und dem Grundsatz nach verbotenen Rückwirkung (dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 329 f.) gleich. Eine solche ist nur ausnahmsweise und unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig: Sie muss ausdrücklich angeordnet oder dem Sinn des Erlasses nach gewollt, zeitlich mässig sowie durch triftige Gründe gerechtfertigt sein und darf weder zu stossenden Rechtsungleichheiten noch zu einem Eingriff in wohlerworbene Rechte führen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., N 331).

3.4.2.2 Im geltenden Raumplanungsgesetz findet sich keine ausdrückliche Anordnung, wonach Art. 16a Abs. 1 RPG und dem gestützt darauf erlassenen Art. 34 Abs. 3 RPV eine Rückwirkung zukommen sollte. Angesichts der daraus sich erge-

benden Konsequenzen kann eine solche auch dem Sinn des Erlasses nach nicht gewollt sein. Der zeitliche Abstand zwischen einem Verfahren, in welchem eine rückwirkende Beurteilung altrechtlicher Bauten und Anlagen erforderlich wird, und dem auf den 1. Juli 1972 festgelegten Stichtag beträgt bereits jetzt mehr als 35 Jahre und wird mit fortschreitender Zeit je länger, desto grösser; es fehlt daher an der zeitlichen Mässigkeit der Rückwirkung. Auch lassen sich keine sachlichen Gründe für eine solche Rückwirkung finden, ganz im Gegenteil: Müsste bei altrechtlichen Bauten und Anlagen abgeklärt werden, ob es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinn der heutigen Begriffsbestimmung gehandelt habe, würde dies auf fast unüberwindliche Schwierigkeiten stossen, da wohl in den meisten Fällen die zur Prüfung erforderlichen Daten und Unterlagen aufgrund des eingetretenen Zeitablaufs nicht mehr verfügbar sind. Hinzu kommt, dass bei einer solchen Beurteilung auf die im jeweiligen Beurteilungszeitpunkt gültigen Beurteilungskriterien des »Landwirtschaftlichen Gewerbes« im Sinn von Art. 7 BGBB abgestellt werden müsste. Da sich diese Kriterien bereits einmal geändert haben (heutige Fassung von Art. 7 BGBB gemäss Bundesgesetz vom 20. Juni 2003, in Kraft seit 1. Januar 2004, AS 2003, 4123–4126, BBl 2002, 4721) und sich in absehbarer Zeit wohl wieder ändern werden, erschiene eine solche «dynamische Anknüpfung» vor allem unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit als bedenklich.

3.4.2.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Anwendung von Art. 24c Abs. 1 RPG mit der vom Rekurrenten verlangten Auslegung zu Ergebnissen führen würde, die unter verfassungsrechtlichen Aspekten nicht haltbar wären.

4.

4.1 Der Rekurrent macht geltend, mit Inkrafttreten des aGSchG am 1. Juli 1972 sei die Nutzung des Wohnhauses zonenwidrig geworden. Am massgeblichen Stichtag habe die landwirtschaftliche Nutzfläche von Grundstück Nr. X nur 3,85 ha und der Nutzviehbestand zwei Kühe sowie ein Kalb betragen. Der damalige Eigentümer habe sein Einkommen als Säger verdient, die Landwirtschaft habe im besten Fall einen Nebenerwerb gebildet. Die Wohnnutzung auf einem solchen, nicht existenzsichernden Kleinstbetrieb sei daher am 1. Juli 1972 mit Inkrafttreten des aGSchG zonenwidrig geworden; diese hätte auch nach der Rechtslage des aGSchG als zonenfremd beurteilt werden müssen.

4.2 Das ARE demgegenüber hatte in seiner raumplanungsrechtlichen Teilverfügung vom 25. Januar 2007 ausdrücklich erwogen, dass das Vorhandensein einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von 3,85 ha sowie die Tatsache, dass das Grundstück nach wie vor landwirtschaftlich geschätzt sei, dafür spräche, dass zumindest ein landwirtschaftlicher Nebenerwerbsbetrieb vorhanden war. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum aGSchG (BGE 103 Ib 110 ff.) sei davon auszugehen, dass auch Wohnhäuser von landwirtschaftlichen Kleinbetrieben als landwirtschaftliche und damit zonenkonforme Wohnbauten betrachtet werden müssten. Beim Wohnhaus auf Grundstück Nr. X handle es sich um ein landwirtschaftliches Wohnhaus, dessen Nutzung erst nach dem 1. Juli 1972 aufgegeben

worden sei, weshalb bei der Beurteilung des Bauvorhabens Art. 24d Abs. 1 RPG in Verbindung mit Art. 42a Abs. 2 RPV angewandt worden sei.

4.3

4.3.1 Art. 24c RPG bezieht sich gemäss Art. 41 RPV auf Bauten und Anlagen, die in Übereinstimmung mit dem seinerzeitigen materiellen Recht erstellt worden sind, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind. Für den Stichtag zur Bestimmung der so genannten «altrechtlichen» Bauten und Anlagen ist in erster Linie auf den 1. Juli 1972 abzustellen, das Datum des Inkrafttretens des früheren Gewässerschutzgesetzes, mit dem erstmals eine klare Trennung von Bau- und Nichtbaugebieten vorgenommen wurde (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 24c N 4, 2. Lemma).

4.3.2 Nach Auffassung der Lehre sowie des Bundesamtes für Raumentwicklung sind Bauten, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des aGSchG nach wie vor landwirtschaftlich genutzt waren, nicht zonenwidrig geworden, sondern nach wie vor zonenkonform (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 24c N 4, 3. Lemma; ARE, Vollzugsempfehlungen, S. 43). Weder Gesetz noch Lehre beantworten indessen die sich stellende Frage, welchen Umfang bzw. welche Intensität die damalige landwirtschaftliche Nutzung aufweisen musste, um nach wie vor als zonenkonform zu gelten bzw. nach welchen Kriterien (Erwerbseinkommen, landwirtschaftliche Nutzfläche bzw. Viehbestand usw.) diese zu beurteilen ist. Aufgrund der vorherigen Erwägungen (Erw. 3.2 ff.) steht zumindest fest, dass zur Abgrenzung dessen, was als landwirtschaftliche Nutzung gelten konnte, nicht auf den heutigen Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes abgestellt werden darf.

4.3.3 Anhaltspunkte dafür, was vor Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes als landwirtschaftliche Nutzung galt, lassen sich einerseits der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum aGSchG entnehmen, anderseits aus den einschlägigen statistischen Angaben ableiten.

4.3.3.1 In BGE 100 Ib 86 ff. war die Zulässigkeit des Baus eines Wohnhauses auf einem 2,6 ha grossen landwirtschaftlichen Grundstück samt Scheune zu beurteilen, das von einem Biologielehrer, der neben seinem Hauptberuf auch Landwirtschaft (hauptsächlich zum Zweck der Tierbeobachtung [Verhaltensforschung]) betrieb, als Ersatzbau für ein bereits bestehendes Wohnhaus beantragt worden war. Das Bundesgericht erwog in diesem Zusammenhang (BGE 100 Ib 92 Erw. 5), es komme nicht darauf an, ob die Landwirtschaft im Haupt- oder im Nebenberuf und ausschliesslich oder vorwiegend aus ökonomischen oder ideellen Gründen (aus Liebhaberei, zu Forschungszwecken) betrieben werde, bei der Haltung von Gross- und Kleinvieh handle es sich um «Landwirtschaft» und diese erfordere, dass sich die Wohnung des Betriebsinhabers auf dem Gehöft oder doch in dessen unmittelbarer Nähe befinde. Mit der ausdrücklichen Begründung, ein Landwirtschaftsbetrieb müsse nicht unbedingt existenzsichernd sein, damit ein sachlicher Grund im Sinn von Art. 20 aGSchG angenommen werden könne und es auch nicht darauf ankomme, ob ein Gesuchsteller die Landwirtschaft im Haupt- oder Nebenberuf be-

treiben wolle, bejahte das Bundesgericht sowohl das Vorliegen eines Landwirtschaftsbetriebs wie auch den sachlichen Grund im Sinn von Art. 20 aGSchG für ein dazugehöriges Wohnhaus.

4.3.3.2 Der Zweck des aGSchG bestand zudem nicht darin, bestehende Gebäude ausserhalb des generellen Kanalisationsprojekts zum Verschwinden zu bringen (BGE 103 Ib113 Erw. 2b; 102 Ib 215 Erw. 1c). Wohnhäuser, die zu herkömmlichen landwirtschaftlichen Kleinbetrieben gehörten, durften erneuert und ersetzt werden, selbst wenn diese Betriebe keine Grundlage für eine hauptberufliche Tätigkeit boten und unrentabel waren (BGE 103 Ib 113 Erw. 2b).

4.3.3.3 Nach dem Statistischen Jahrbuch der Schweiz (Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1997, Zürich 1996, Tabelle T 7.2, S. 192) bestanden in der Schweiz im Jahr 1965 insgesamt 162 414 Landwirtschaftsbetriebe, von denen 30 459 (18,75 Prozent) eine landwirtschaftliche Nutzfläche von 0 bis 1 ha, 44 340 (27,3 Prozent) eine landwirtschaftliche Nutzfläche von 1,01 bis 5 ha aufwiesen. Rund 45 Prozent aller Landwirtschaftsbetriebe wiesen damit weniger als 5 ha landwirtschaftliche Nutzfläche auf. Im Jahr 1975 waren es insgesamt 133 126 Landwirtschaftsbetriebe, davon 27 429 (20,6 Prozent) mit einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von 0 bis 1 ha, 30 080 (22,5 Prozent) mit einer solchen zwischen 1,01 bis 5 ha. Trotz des gesamthaften Rückgangs der Landwirtschaftsbetriebe blieb im Zeitraum zwischen den Jahren 1965 und 1975 der prozentuale Anteil der kleineren Landwirtschaftsbetriebe mit Nutzflächen bis zu 5 ha am Gesamtbestand der Landwirtschaftsbetriebe somit praktisch unverändert. Die schweizerische Landwirtschaft war im genannten Zeitraum von Klein- und Kleinstbetrieben geprägt.

4.3.3.4 Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie vor dem Hintergrund der sich aus den statistischen Angaben ergebenden sehr kleinräumigen Strukturverhältnisse der damaligen Landwirtschaft lässt sich ableiten, dass der Begriff der «landwirtschaftlichen Nutzung» und damit auch des «landwirtschaftlichen Wohnens» grundsätzlich weit auszulegen ist; er umfasst auch nicht existenzsichernde, bloss als Nebenerwerb betriebene Klein- und Kleinstlandwirtschaftsbetriebe.

4.3.4 Im vorliegenden Fall wies das Grundstück Nr. X am massgeblichen Stichtag eine landwirtschaftliche Nutzfläche von 3,85 ha und einen Nutzviehbestand von zwei Kühen sowie einem Kalb auf; es war zudem landwirtschaftlich geschätzt. Obschon kaum bestritten werden kann, dass ein solcher Kleinbetrieb nicht existenzsichend und der damalige Eigentümer auf ein Zusatzeinkommen angewiesen war, sind doch aufgrund des Gesagten gerade diese Kriterien nicht ausschlaggebend. Entgegen der rekurrentischen Behauptung muss ein Grundstück wie das vorliegende mit einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von 3,85 ha und zwei Kühen und einem Kalb vielmehr als landwirtschaftlich genutzt und daher im Einklang mit den Bestimmungen des altrechtlichen Gewässerschutzgesetzes qualifiziert werden. Eine solche landwirtschaftliche Nutzung, selbst wenn sie nicht existenzsichernd

war, sowie die dazugehörige Wohnnutzung wurden durch das Inkrafttreten desselben am 1. Juli 1972 grundsätzlich nicht zonenfremd.

101

Art. 33 Abs. 2 Bst. b BauG (sGS 731.1). Das private Interesse, einer rechtskräftig verfügten Wiederherstellungsmassnahme – hier die Kürzung des sogenannten Baumhauses um 36 cm – nachträglich die rechtliche Basis durch Aufhebung des zu Grunde liegenden Sondernutzungsplans zu entziehen, vermag das öffentliche Interesse an der Beständigkeit dieses Plans nicht zu überwiegen, wenn dieser seinen Zweck nach wie vor erfüllt.

Baudepartement, 20. November 2008

Aus den Erwägungen:

4.2 Das Raumplanungsgesetz überlässt es den Kantonen, das Verfahren der Planrevision zu regeln. Art. 33 Abs. 1 BauG bestimmt, dass Grundeigentümer nach Ablauf von zehn Jahren seit Rechtsgültigkeit die Überprüfung von Baureglement, Zonen-, Überbauungs-, Gestaltungs-, Deponie- und Abbauplänen sowie Schutzverordnungen verlangen können. Anspruch auf Aufhebung oder Änderung besteht dann, wenn es aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist, hauptsächlich wenn sich die Grundlagen ihres Erlasses wesentlich geändert haben oder wenn wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind (Art. 33 Abs. 2 Bst. a BauG in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 BauG) oder der Zweck des Erlasses nicht erreicht wird und dem Grundeigentümer unzumutbare Nachteile erwachsen (Art. 33 Abs. 2 Bst. b BauG).

5. Der Überbauungsplan über den Greifenacker ist nahezu 90 Jahre alt. Die Überprüfung dieses Sondernutzungsplans ergibt jedoch, dass er trotz seines Alters und der vergleichsweise einfachen Regelung seinen ursprünglichen Zweck noch immer erfüllt und nach wie vor im öffentlichen Interesse liegt.

5.1 Die Gebäude im Plangebiet wurden im Wesentlichen auf Grund der Spezialbauvorschriften für den Greifenacker vom 27. November 1884 samt dazugehörigem Situationsplan errichtet. Der Plan legte die Anzahl der zu erstellenden Häuser und ihre gegenseitige Lage fest. Bei der Realisierung blieben jedoch einige Vorgaben unberücksichtigt, insbesondere wurden die in § 2 der damaligen Vorschriften festgelegten Baulinien nicht befolgt. Um den Plan wieder mit der Wirklichkeit in Einklang zu bringen, wurden die Spezialbauvorschriften aus dem Jahr 1884 vom Überbauungsplan vom 17. Juni 1921 mit besonderen Vorschriften abgelöst. Die ersatzlose Aufhebung stand dabei in keinem Zeitpunkt zur Diskussion, weil immer

klar war, dass das locker überbaute Gebiet im Greifenacker nicht weiter verdichtet werden sollte. Mit den neuen besonderen Vorschriften wurde im Gegenteil ausdrücklich und unmissverständlich sichergestellt, dass selbst ausnahmsweise keine zusätzlichen Bauten bewilligt werden könnten. Der Vergleich des Sondernutzungsplans aus dem Jahr 1921 mit dem aktuellen Zonenplan zeigt, dass die festgehaltene ursprüngliche Überbauung dadurch im Wesentlichen über all die Jahre erhalten geblieben ist. Damit weist der Greifenacker auch heute noch den Charakter und die Baustruktur jener Zeit auf. […]

5.2 Das Gebiet zwischen der Schlössli- und der Grünbergtreppe, wozu auch das Plangebiet für den Greifenacker gehört, ist anders als das im Osten angrenzende geschützte Ortsbild Rosenberg-West mit seinen weit gestreuten und aufwendigen Villen der damaligen Grosskaufleute etwas dichter bebaut und stärker auf den Verlauf der Strassen orientiert. Der baulichen und stilistischen Vielfalt der herrschaftlichen Villen in den zentraleren Hanglagen des Rosenbergs antworten in diesem Stadtquartier schlichter konzipierte Ein- und Mehrfamilienhäuser, für die in der Stadt bekannte Architekten Pläne lieferten (Scheier & Dürtscher, Carl Wiegle u. a.). Durch die systematische Überbauung mit unter sich ähnlichen Haustypen (vor allem entlang der Tell-, Melchtal- und Zwinglistrasse) ist in diesem Bereich eine rhythmische Siedlungslandschaft entstanden, die trotz der heute starken Durchgrünung die geradlinigen Strassenverläufe aus der Ferne erkennen lässt. Eine gewisse Einheitlichkeit in der Bebauung lässt sich vor allem entlang der Greifenstrasse und oberen Tellstrasse ablesen (Kirchgraben/Röllin, Stadt St.Gallen, Ortsbilder und Bauten, Natur- und Kulturobjekte der Stadt St.Gallen, St.Gallen 1984, S. 78).

5.2.1 Die Gebäude an der Greifen-, Tell- und am Anfang und Ende der Melchtalstrasse sind in regelmässiger Anordnung direkt auf die unterliegende Strasse gestellt, so dass jeweils im hinteren, ansteigenden Grundstücksbereich gegen Norden grosszügige Freiräume entstehen. Dieses Siedlungsmuster ist einzig durch die beiden auf die obere Strasse ausgerichteten Bauten Zwinglistrasse 43 und 45 unterbrochen. Der heutige Gebäudebestand stimmt mit den älteren Gebäuden mit seinen drei Vollgeschossen im Wesentlichen noch immer mit dem Plan überein. Ausnahmen bilden nur die neueren Bauten im unteren Teil der Tellstrasse, die von der Strasse zurückgesetzt sind. Würde der Plan ersatzlos aufgehoben, würden daher zahlreiche Bauten im Plangebiet materiell baurechtswidrig, indem sie verschiedentlich gegen die Regelbauvorschriften verstossen würden, insbesondere gegen den Strassen-, Gebäude- und Grenzabstand.

5.2.2 Das bis zum Jahr 2002 unbebaute Grundstück Nr. X der Rekurrenten war schon im Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Plans im Jahr 1921 als separates Grundstück ausgeschieden. Trotzdem bildete es auf Grund der klaren Aussage des Überbauungsplans wie bei den anderen Gebäuden Teil des grosszügigen rückwärtigen Umschwungs der sich darunter befindenden Liegenschaft Melchtalstrasse 1 und nicht etwa eine «unmotivierte Bauverbotsfläche», wie die Rekurrenten behaupten.

Die Freigabe zur Überbauung des Grundstücks Nr. X vor sechs Jahren als Ausnahme zum Überbauungsplan durch die Vorinstanz war mit Blick auf die besonderen Bestimmungen und auf Sinn und Zweck des Überbauungsplans ein Fehler. Weil die beiden Bauten Zwinglistrasse 43 und 45 aber ebenfalls auf die obere Strasse ausgerichtet sind, tut die erteilte Ausnahmebewilligung der Qualität des Sondernutzungsplans für den Greifenacker jedoch keinen Abbruch. Das Gleiche gilt für die Änderung des Überbauungsplans vom 3. Juni 1954, womit die unbebaute, peripher gelegene nordöstliche Ecke aus dem Plangebiet entlassen worden ist, damit diese wie das Grundstück der Rekurrenten mit einem kleineren Einfamilienhaus überbaut werden konnte.

5.2.3 Insgesamt gibt der Überbauungsplan Greifenacker vom 17. Juni 1921 eine nach wie vor grösstenteils bestehende, strukturell wertvolle besondere Bauweise vor, die namentlich durch die Situierung der Bauten zu den Strassenzügen grössere rückwärtige Freiräume schafft. Das locker überbaute und dadurch attraktive Quartier am sonnigen Rosenberg prägt auf Grund seiner zentralen und erhöhten Lage das Stadtbild wesentlich mit und trägt mit seiner grösstenteils erhaltenen, strukturell wertvollen und gepflegten besonderen Bauweise massgebend zur guten Gesamtwirkung des westlichen Rosenbergs bei. Gleichzeitig stellt das grosszügige und lichte, aus dem vorletzten Jahrhundert stammende Stadtquartier einen wichtigen Zeitzeugen der für die Ostschweizer Metropole prägenden Hochblüte der Stickerei dar, als St.Gallen im Textilbereich eine weltweit herausragende Stellung inne hatte, was sich insbesondere in der grosszügigen städtebaulichen Entwicklung am Südhang des Rosenbergs niedergeschlagen hat.

5.3 Der Sondernutzungsplan steht aber auch mit dem aktuellen Zonenplan und der neuen Bauordnung vom 23. Februar 2006 im Einklang. Demnach ist der Greifenacker als Gebiet mit besonderem Erscheinungsbild nach Art. 50 BO ausgeschieden. Mit dieser Schutzbestimmung soll der typische Gebietscharakter gewahrt bleiben. Anders als beim geschützten Ortsbild kommt dieser Bestimmung aber keine Schutzwirkung für die bestehenden Bauten und Aussenräume zu. Aus diesem Grund ist der Sondernutzungsplan als Ergänzung zum geschützten Gebietscharakter gerechtfertigt, insbesondere wenn – wie vorliegend – in diesem Gebiet auch heute keine weitere Verdichtung gewünscht ist.

5.3.1 Eines der Kernanliegen der Raumplanung ist es, den Boden haushälterisch zu nutzen (Art. 1 Abs. 1 RPG). Aus diesem Grund sollen Areale innerhalb des Siedlungsgebiets, die noch nicht überbaut, unternutzt, überaltert oder für eine Umstrukturierung geeignet sind, grundsätzlich verdichtet werden. Im Greifenacker liegen aber gerade keine solchen inneren Reserven vor. Das Stadtviertel wurde im Gegenteil bewusst mit dem Sondernutzungsplan vor einer stärkeren Verdichtung freigehalten und auch im aktuellen Zonenplan als schützenswertes Gebiet ausgeschieden, damit die historische Bebauungsstruktur weiterhin lesbar und die erhaltenswerte Typologie vor der Auflösung bewahrt bleibt.

5.3.2 Zwischenzeitlich hat man selbst bei gewöhnlichen Quartieren, wo keine Differenzierung durch Schutzbestimmungen besteht, erkannt, dass der Nutzungsdruck zu einer unerwünschten Verdichtung führen kann. Dies zeigt sich namentlich bei der mit der Bauordnung vom 23. Februar 2006 abgeschafften Zone für Ein- und Zweifamilienhäuser, wo seither zahlreiche Mehrfamilienhäuser gebaut worden sind. Wie dem St.Galler Tagblatt vom 27. September 2008, 22. Oktober 2008 und 3. November 2008 zu entnehmen war, unterstützt der Stadtrat daher eine Motion von verschiedenen Stadtparlamentariern, mit welcher noch bestehende, intakte Einfamilienhausquartiere vor weiteren grösseren Bauvorhaben bewahrt werden sollen. Aus diesem Grund wird er mit Blick auf die Rückkehr zur abgeschafften Ein- und Zweifamilienhaus-Zone – wie bei der Liegenschaft Schlatterstrasse 15 – Planungszonen erlassen, wenn Bauten realisiert werden sollten, welche die Struktur der erhaltenswerten Einfamilienhausquartieren verändern würden. Dieser Stossrichtung würde es grundlegend zuwiderlaufen, würden Quartiere wie der Greifenacker, die in ihrer Erscheinung und Struktur erhaltenswert sind, ihres bereits bestehenden qualifizierten Schutzes beraubt und für eine bauliche Verdichtung freigegeben.

5.4 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beibehaltung des Überbauungsplans für den Greifenacker nach wie vor im öffentlichen Interesse liegt und vor der Eigentumsgarantie der Rekurrenten standhält. Weder Ausgangslage noch Zielsetzung für den Überbauungsplan hat sich seit dessen Erlass wesentlich geändert, weshalb eine Plananpassung nicht angezeigt ist.

6. Die Rekurrenten beantragen, dass der Überbauungsplan zumindest für ihr Grundstück Nr. X aufgehoben bzw. entsprechend angepasst werde, weil der Plan ihnen in unzumutbarer Weise zum Nachteil gereiche.

6.1 Nach Art. 5 Abs. 3 BV müssen staatliche Organe und Private loyal bzw. nach Treu und Glauben handeln. In Form des so genannten Vertrauensschutzes verleiht der Grundsatz von Treu und Glauben den Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Als Verbot widersprüchlichen Verhaltens und als Verbot des Rechtsmissbrauchs verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben sowohl den staatlichen Behörden wie auch den Privaten, sich in ihren öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten. Rechtsmissbräuchlich handelt, wer ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, N 622 ff. und 716).

6.2 Gestützt auf den Vertrauensschutz besteht konkret von vornherein kein Handlungsbedarf, den Überbauungsplan zu ändern, weil das Einfamilienhaus – auch wenn es zu Unrecht bewilligt worden ist – in der bewilligten Form bestehen bleiben kann. Mit Blick auf die Vorgeschichte zeigt sich aber, dass die Rekurrenten die Teilaufhebung des Sondernutzungsplans ohnehin nur deshalb verlangen, weil sie sich damit dem rechtskräftig angeordneten Rückbau entziehen wollen. Dabei

übersehen sie aber, dass sie von einer Ausnahmebewilligung zum Sondernutzungsplan Gebrauch gemacht haben, für deren Erteilung ihnen grundsätzlich kein Anspruch zugestanden hätte. Die Bewilligung der Baupläne, die sie selbst bzw. ihr Architekt eingereicht hatten, hätte es ihnen erlaubt, das Einfamilienhaus ohne architektonische Einbussen zu verwirklichen. Trotzdem sind sie bzw. ihr Architekt eigenmächtig und bösgläubig von den bewilligten Plänen abgewichen. Das Bundesgericht gelangte daher zum Schluss, dass der Teilabbruch verhältnismässig und willkürfrei ist. Darüber hinaus hat es letztinstanzlich festgehalten, dass die Verpflichtung zum Rückbau im öffentlichen Interesse liege und mit Blick auf das Gleichheitsgebot notwendig sei (Urteil des Bundesgerichtes 1P.708/2006 / 1P.710/2006 vom 13. April 2007, E. 4.4 und E. 5.5). Es wäre daher stossend bzw. missbräuchlich, wenn der Sondernutzungsplan für das Grundstück Nr. X einfach nachträglich aufgehoben oder geändert würde, nur damit das rechtskräftige Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 14. September 2006 betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hinfällig würde. Wie ausgeführt besteht aus raumplanerischer Sicht kein Anlass, für das Baumhaus – das ausnahmsweise bewilligt worden ist – nochmal eine Sonderregelung zu schaffen.

6.3 Somit fehlt es auch an einem überwiegenden privaten Interesse für eine Änderung des Überbauungsplans für den Greifenacker.

102

Art. 60 BauG (sGS 731.1). Der Niveaupunkt als Referenzpunkt zur Ermittlung der Gebäudehöhe wird vom Schwerpunkt jenes Teils des Gebäudevolumens bestimmt, der den gewachsenen Boden durchschneidet. Veränderungen am Gebäudevolumen unter- oder oberhalb dieser Schnittebene haben keinen Einfluss auf die Festlegung des Niveaupunktes und damit auf die Gebäudehöhe.

Baudepartement, 11. September 2008

Aus den Erwägungen:

6.1 Nach Art. 60 Abs. 1 BauG bezeichnet die Gebäudehöhe den senkrechten Abstand zwischen dem Niveaupunkt und dem ausgemittelten Schnittpunkt der Fassade mit der Dachoberkante in der Fassadenmitte. Als Niveaupunkt gilt der Schwerpunkt des Gebäudegrundrisses auf dem gewachsenen Boden (Art. 60 Abs. 2 BauG). Der Grundriss ist der Horizontalschnitt durch ein Geschoss. Die Schnittlage ist dabei so zu legen, dass alle Tür- und Fensteröffnungen geschnitten werden (SIA-Norm 400, Planbearbeitung im Bauwesen).

6.2 Vom Wortlaut ausgehend ist für den Niveaupunkt der Grundriss des Gebäudes auf dem gewachsenen Terrain entscheidend bzw. jener Teil des Gebäudevolumens, der den gewachsenen Boden durchschneidet. Vom Gesetzestext nicht abgedeckt wäre etwa der auf den gewachsenen Boden projizierte Gebäudeschwerpunkt oder die auf den Boden projizierte Gebäudeaufsicht, womit der grösste Grundriss irgendeines Geschosses massgebend würde. Die klare Formulierung von Art. 60 Abs. 2 BauG hat daher zur Folge, dass jene Gebäudeteile, die sich unterhalb oder oberhalb der massgebenden Schnittfigur zwischen dem Gebäudevolumen und dem gewachsenen Terrain befinden, bei der Bestimmung des Niveaupunktes unberücksichtigt bleiben.

6.3 Weder der Beizug der Gesetzesmaterialien noch der Normenzweck ergeben etwas anderes. Die gegenteilige Auffassung würde vielmehr dazu führen, dass bei einem steilen Gelände der Niveaupunkt und damit die Höhenlage des Gebäudes mit oberirdisch oder unterirdisch auskragenden Gebäudeteilen, sei es mit einem einzelnen, weit herausgezogenen Erker oder einer weitläufigen Tiefgarage ohne Bezug auf die Umgebung beliebig festgelegt werden könnten.

103

Art. 82ter BauG (sGS 731.1). Wird ein Bauvorhaben trotz fehlender gesetzlicher Voraussetzungen zu Unrecht im Meldeverfahren bewilligt, bewirkt dies gegenüber den benachbarten Grundeigentümern eine Verletzung der Anzeigepflicht und damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Baudepartement, 28. April 2008

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Bauten und Anlagen, die weder die Interessen von Einspracheberechtigten noch wesentliche öffentliche Interessen berühren, können nach Art. 82ter Abs. 1 des Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt BauG) auf Begehren des Baugesuchstellers im Meldeverfahren bewilligt werden. Im Meldeverfahren entfallen die Pflicht zur Visierung sowie 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 wird oder das Baugesuch abgelehnt wird (Art. 82ter Abs. 2 BauG). Die Erstellung einer rund 1,2 m hohen Stützmauer unmittelbar entlang der Grenze zum Grundstück der Rekurren-

ten berührt deren Interessen. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die Rekursgegner kein entsprechendes Begehren auf Bewilligung der Stützmauer im Meldeverfahren gestellt hatten. Weil somit die beiden Voraussetzungen, dass keine Interessen von Einspracheberechtigten berührt sind und vom Baugesuchsteller ein entsprechendes Begehren gestellt wird, nicht gegeben sind, hat die Vorinstanz die Erstellung der Stützmauer zu Unrecht im Meldeverfahren bewilligt.

2.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes liegt in der Tatsache, dass ein Bauprojekt oder wesentliche Änderungen nicht öffentlich aufgelegt und publiziert werden, sowie in der Verletzung der Anzeige- und Mitteilungspflicht gegenüber Betroffenen bei vereinfachten Baubewilligungsverfahren eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs der Einspracheberechtigten. In Fällen einer derartigen mangelhaften bzw. fehlenden Eröffnung soll den Einspracheberechtigten daraus kein Nachteil erwachsen, weshalb ein Rechtsmittel noch innerhalb der ordentlichen Frist seit dem Zeitpunkt, in dem von der Verfügung Kenntnis genommen werden kann, eingereicht werden darf.

104

Art. 6 EntG (sGS 735.1). Verhältnismässigkeit der Enteignung. Nur wenn die Mehrkosten einer Leitung durch gemeindeeigenen Boden (Strasse) bedeutend sind, ist ein Eingriff in das Privateigentum eines Anstössers verhältnismässig.

Regierung, 4. November 2008

Die Schiblenstrasse in der Gemeinde R. wurde aufgrund starker Regenfälle unterspült. Der Gemeinderat beauftagte ein Ingenieurbüro mit der Ausarbeitung eines Sanierungsprojekts für die Meteorwasserleitung. Das Ingenieurbüro arbeitete drei Lösungsvarianten aus. Der Gemeinderat stellte in der Folge bei der Schätzungskommission das Enteignungsbegehren für die Variante 3. Zur Begründung wies er darauf hin, dass mit der Variante 3 die Schiblenstrasse praktisch nicht tangiert und eine teure Instandstellung des Strassenbelags entfallen würde. Die Linienführung durch die angrenzende Wiese (Eigentum des Einsprechers) sei daher die kostengünstigste Variante.

Aus den Erwägungen:

3.a) Die Enteignung ist nur unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips zulässig. Dieses ist in Art. 6 EntG statuiert, wonach die Enteignung zulässig ist, soweit der Zweck auf andere Weise nicht befriedigend oder nur mit unverhältnismäs-

sigem Mehraufwand verwirklicht werden kann (Abs. 1; vgl. auch BGE 90 I 331). Sie darf nicht zu einem Nachteil führen, der in einem Missverhältnis zum verfolgten Zweck steht (Abs. 2).

Das Enteignungsrecht ist somit nicht gegeben, wenn der Enteigner über einen ebenbürtigen Standort selbst verfügt oder ebenbürtigen Baugrund freihändig erwerben kann. Geringfügige Nachteile eines eigenen oder erhältlichen Baugrunds sind in Kauf zu nehmen. Bei der Abwägung der Vor- und Nachteile kommt dem Kostenaufwand für Landerwerb und Werkerrichtung nur sekundäre Bedeutung zu. Ein gewisser Mehraufwand ist in Kauf zu nehmen. Nur wenn der finanzielle Mehraufwand beim Bau auf eigenem oder freihändig erhältlichem Boden bedeutend ist, darf zur Enteignung geschritten werden (Hans Brunner, Voraussetzungen der Enteignung, in: Das neue st.gallische Enteignungsgesetz, St.Gallen 1985, S. 19 ff.).

b) Vorliegend soll eine Sanierung der Meteorleitung erfolgen. Gemäss Bericht des Ingenieurbüros B. sind drei Varianten möglich, wobei die politische Gemeinde R. die Variante 3 (Leitungsführung über die Wiese des Einsprechers ohne Strassensanierung und Strassenentwässerung, Kostenschätzung: Fr. 250 000.–) umsetzen will. Der Einsprecher führt dagegen aus, dass die Meteorwasserleitung gemäss Variante 2 auf dem Strassenareal unter Einbezug einer Strassensanierung erfolgen könne (Leitungsführung in der Schiblenstrasse inkl. Strassensanierung und Strassenentwässerung, Kostenschätzung: Fr. 355 000.–).

Fest steht, dass vorliegend der Zweck der Sanierung der Meteorleitung auch auf andere (Variante 2) als die von der Gemeinde R. bevorzugte Weise (Variante 3) befriedigend verwirklicht werden kann. Bei Variante 2 wäre keine Enteignung im vorliegenden Ausmass nötig, da die Schiblenstrasse weit überwiegend auf öffentlichem Grund liegt. Auch die bereits bestehende Meteorwasserleitung wurde entlang der Schiblenstrasse verlegt. Die Argumentation der Rutschgefahr überzeugt deshalb nicht, zumal diese gemäss Naturgefahrenkarte ausserhalb des fraglichen Bereichs besteht. Ein Ausbau der bestehenden Meteorwasserleitung bzw. die Erstellung einer neuen Meteorwasserleitung in der Schiblenstrasse stellt deshalb grundsätzlich durchaus eine gangbare Variante dar. Es bleibt jedoch zu prüfen, ob sich Variante 3 und damit die Enteignung trotzdem als verhältnismässig erweist, weil die Alternative (Variante 2) allenfalls nur mit unverhältnismässigem Mehraufwand verwirklicht werden könnte.

Der finanzielle Mehraufwand von Variante 2 gegenüber Variante 3 beläuft sich nach Darstellung der Enteignerin auf Fr. 105 000.–, was Mehrkosten von 42 Prozent entspricht. Ein Mehraufwand dieser Grössenordnung kann nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Dies umso weniger, als bei Variante 2 im Gegensatz zu Variante 3 zusätzlich die Kosten der Erneuerung der alten, defekten Strassenentwässerung entlang der Schiblenstrasse sowie die Instandstellung der Schiblenstrasse miteinberechnet wurden. Überdies befindet sich sowohl nach eigenen Ausführungen der Gemeinde R. als auch des Ingenieurbüros die bestehende Meteorwasserleitung in schlechtem Zustand und hat die Strasse zufolge der Überflutun-

gen grössere Schäden erlitten. Die Sanierung der Schiblenstrasse sowie der bestehenden Meteorwasserleitung wird somit ohnehin nötig werden. Gemäss Ausführungen der Gemeinde R. ist die Sanierung der Schiblenstrasse im Strassensanierungsplan (ebenfalls im Rahmen einer Belagssanierung) bereits vorgesehen; die Kosten werden auf rund Fr. 66 000.– geschätzt. Unter Berücksichtigung dieser bei Variante 2 berücksichtigten Kosten erweist sich der finanzielle Mehraufwand derselben erst recht als relativ gering. Weitere Mehraufwendungen, die unverhältnismässig wären, sind nicht ersichtlich. Allfällige geringe Nachteile wie die bei Variante 2 mögliche Folge, dass die Schiblenstrasse während der Bauarbeiten nicht durchgehend befahren werden kann, sind in Kauf zu nehmen. Der bei Variante 2 zu erwartende Mehraufwand ist folglich vorliegend nicht derart bedeutend, dass er den schweren Eingriff einer Enteignung und die mit der Leitungsverlegung mitten durch die landwirtschaftlich genutzte Wiese des Einsprechers verbundenen Nachteile zu rechtfertigen vermöchte. Der Mehraufwand ist nicht unverhältnismässig und damit hinzunehmen. Die Enteigung erweist sich damit als nicht erforderlich im Sinn des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Sie ist unzulässig.

II. Verwaltungsrechtspflege

105

Art. 12 VRP (sGS. 951.1). Massgebender Sachverhalt im Rekursverfahren vor dem Erziehungsrat. Erstellt ein Experte des Erziehungsrates im Rekursverfahren gegen eine sonderpädagogische Massnahme einen Bericht über die aktuelle schulische Situation des Kindes, so sind seine Beobachtungen und Schlüsse im Rekursentscheid zu berücksichtigen, auch wenn sich die Verhältnisse bei Erlass der angefochtenen Verfügung anders präsentierten.

Erziehungsrat, 19. November 2008

Sachverhalt:

A. besuchte im Schuljahr 2007/08 den zweiten Kindergarten in B. Gestützt auf ein Gutachten des Schulpsychologischen Dienstes wies der Schulrat in B. A. der Einführungsklasse zu. Dagegen erhoben die Eltern von A. Rekurs beim Erziehungsrat. Im Rekursverfahren besuchte ein Experte des Erziehungsrates A. in der ersten Regelklasse und führte Gespräche mit den Eltern, dem Lehrer und der Logopädin.

Im Bericht hält der Experte fest, dass A. in den vergangenen Monaten eine positive Entwicklung durchgemacht habe und vom Verhalten her in der Klasse nicht auffalle. Er sei in der jetzigen Klasse gut integriert. Der Klassenlehrer habe A. trotz der festgestellten Schwächen ein gutes Zeugnis ausgestellt und könne sich eine Weiterarbeit mit A. in diesem Klassenrahmen vorstellen. Der Schulrat B. macht in seiner Stellungnahme geltend, dass die Rekursinstanz zu prüfen habe, ob der Entscheid des Schulrates unter Würdigung der Verhältnisse zum Zeitpunkt des Entscheides korrekt ausgefallen sei. Die Passagen aus dem Expertenbericht über Sachverhalte und Stellungnahmen aus der Zeit nach dem Entscheid des Schulrates dürften deshalb beim Entscheid des Erziehungsrates nicht berücksichtigt werden.

Aus den Erwägungen:

1. b) Was das formelle Begehren der Vorinstanz betrifft, alle Passagen des Expertenberichts im laufenden Rekursverfahren auszuschliessen, die sich auf die Zeit nach dem Datum des angefochtenen Entscheides beziehen, ist folgendes festzuhalten: Sowohl im erstinstanzlichen Verfahren als auch im Rekursverfahren sind neue Tatsachen bis zum Zeitpunkt des Entscheides zu berücksichtigen (GVP 1988 Nr. 99). Folglich sind in casu die Verhältnisse zum Zeitpunkt des erziehungsrätlichen Entscheides massgebend. Dies ist im Übrigen in der Sonderpädagogik unabdingbar, weil das Kind im Entwicklungsprozess steht und sich seine schulischen Bedürfnisse – insbesondere auch mit Blick auf veränderte Klassensituationen – rasch ändern können. Es würde dem Kindeswohl widersprechen, im Rekursverfahren die Beurteilung zur Zeit der angefochtenen Verfügung «einzufrieren».

106

Art. 43bis VRP (sGS 951.1); Art. 243 GG (sGS 151.2). Trifft ein Gemeindeparlament einen ablehnenden Einbürgerungsbeschluss, so steht dagegen das Rechtsmittel des Rekurses zur Verfügung.

Departement des Innern, 11. September 2008

Aus den Erwägungen:

1. Bevor das Departement des Innern ein Rechtsmittel der inhaltlichen Prüfung unterzieht, hat es von Amtes wegen zu prüfen, ob auf es eingetreten werden kann. Der Rechtsuchende bezeichnet und begründet seine Eingabe in Bezug auf die Eintretensvoraussetzung sowohl als Rekurs wie auch als Abstimmungsbeschwerde wegen Rechtswidrigkeit.

Fraglich ist somit, mit welchem der genannten Rechtsmittel ein abschlägiger Einbürgerungsbeschluss des Gemeindeparlaments angefochten werden kann.

1.1 Das kantonale Bürgerrechtsgesetz (sGS 121.1 abgekürzt BRG) enthält zu dieser Frage keine ausdrückliche Regelung und hilft insofern nicht weiter. In Bezug auf den Rekurs legt Art. 43bis des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP) fest, dass dieser beim zuständigen Departement gegen Verfügungen und Entscheide der obersten Verwaltungsbehörde einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft erhoben werden kann. Die Abstimmungsbeschwerde wegen Rechtswidrigkeit ist in Art. 243 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2; abgekürzt GG) geregelt. Demgemäss können Beschlüsse der Stimmberechtigten sowie referendumspflichtige Beschlüsse beim zuständigen Departement angefochten werden.

Der Begriff des Beschlusses wird im Allgemeinen für eine Einscheidung verwendet, welche von mehreren Personen gemeinsam getroffen wurde. Vorliegend ist ein Beschluss in diesem Sinn angefochten. Gemäss Rechtsprechung ist ein ablehnender Einbürgerungsbeschluss jedoch ebenfalls als Verwaltungsakt bzw. als Verfügung zu qualifizieren (BGE 129 I 232 Erw. 3.3, VerwGE vom 9. Mai 2007 i. S. D. I.). Unter diesem Aspekt lässt sich somit weder das Rechtsmittel des Rekurses noch dasjenige der Abstimmungsbeschwerde eindeutig ausschliessen.

Von Bedeutung und näher anzusehen ist deshalb, wer der Urheber des Beschlusses bzw. der Verfügung ist. Während der Rekurs in dieser Hinsicht eine oberste Verwaltungsbehörde voraussetzt, geht die Abstimmungsbeschwerde von den Stimmberechtigten aus. Das Gemeindeparlament ist gemäss dem Prinzip der Gewaltentrennung grundsätzlich der Rechtsetzung (Legislative) und somit nicht der Verwaltung (Exekutive) zuzuordnen. Damit ist allerdings noch nicht ausgeschlossen, dass es neben der Rechtssetzung auch Verwaltungsaufgaben wahrnimmt (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 1420 f.). Die Verwaltungstätigkeit zeichnet sich in erster Linie durch ihren Vollzugscharakter aus. Sie ist Rechtsanwendung, ohne Rechtsprechung zu sein. Trifft das Gemeindeparlament gestützt auf das massgebende Einbürgerungsrecht und in Beachtung der Grundrechte eine Verfügung, so ist es folglich gleich einer Verwaltungsbehörde tätig. Auch der bei Einbürgerungen bestehende, zum Teil sehr grosse Ermessensspielraum ändert daran nichts. Die sich daraus ergebende Möglichkeit, eine bestimmte Einbürgerungspraxis zu entwickeln, basiert auf dem Erlass einer Vielzahl gleichgerichteter Einzelverfügungen, was bezeichnend für die Verwaltung ist, und nicht auf der Verabschiedung eines Reglements, wie es typisch für die Rechtssetzungsfunktion des Gemeindeparlaments ist. Insoweit kann festgehalten werden, dass das Gemeindeparlament zwar eindeutig keine Verwaltungsbehörde ist, im Bereich der Einbürgerungen aber doch zumindest wie eine solche handelt. Infolge der verfassungsrechtlichen Zuordnung der Einbürgerung zur kommunalen Legislative, kann es im Einbürgerungsbereich auch als die auf Gemeindeebene einzige und damit oberste Instanz angesehen werden (Art. 104 der Kantonsverfassung,

sGS 111.1; abgekürzt KV). In Bezug auf die weitere Möglichkeit der Abstimmungsbeschwerde ist zunächst zu beachten, dass es sich beim Gemeindeparlament und den Stimmberechtigen klar um verschiedene Organe der Gemeinde handelt (Art. 94 GG). Immerhin vertritt das Gemeindeparlament aber die Stimmberechtigten (Art. 95 GG). Aus den Materialien zum Gemeindegesetz ist ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber jedoch bewusst war, dass mit der Wortwahl «Stimmberechtigte» bei der Abstimmungs- bzw. damaligen Kassationsbeschwerde das Gemeindeparlament nicht erfasst wird (Botschaft des Regierungsrates vom 24. August 1979 zum Gemeindegesetz, in ABl *1976,* 1299). Insofern ist ungeachtet des Vertretungsverhältnisses der Stimmberechtigten durch das Gemeindeparlament davon auszugehen, dass die Abstimmungsbeschwerde gegen Parlamentsbeschlüsse nicht zur Verfügung steht. Für eine Auslegung entgegen dem klaren Wortlaut besteht vorliegend unter diesen Umständen keine Handhabe (Häfelin/Haller, a. a. O., Rz. 124 ff.).

Aus den dargelegten Überlegungen ergibt sich, dass beim vorliegend ergriffenen Rechtsmittel von einem Rekurs und nicht von einer Abstimmungsbeschwerde auszugehen ist. Zwar mag die Festlegung nicht vollends zu befriedigen, doch wäre es unter dem Aspekt der Gleichbehandlung aller Einbürgerungskandidaten nicht verantwortbar, einem Einbürgerungskandidaten ein Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen, wenn sein Gesuch von einer Bürgerversammlung abgelehnt wird, und es ihm zu verweigern, wenn ein Gemeindeparlament ihm die Einbürgerung verweigert (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung, SR 101; abgekürzt BV). Im Einbürgerungsbereich unterscheiden sich die genannten Rechtsmittel ohnehin nicht substanziell voneinander. Sowohl die Eintretensvoraussetzung wie auch Prüfungsgegenstand und die Eingriffsmöglichkeiten der Rechtsmittelinstanz stimmen weitgehend überein.

107

Art. 45 VRP (sGS 951.1). Zur Erhebung einer Einsprache gegen eine erlassene Planungszone ist nur berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann. Dem Eigentümer eines ausserhalb des Planungsgebiets gelegenen Grundstückes, dem innerhalb des Planungsgebiets weder dingliche noch obligatorische Rechte an den betroffenen Grundstücken zustehen, fehlt ein solches Interesse grundsätzlich.

Baudepartement, 3. Juli 2008

Aus den Erwägungen:

2. Der Rekurrent rügt, dass die Vorinstanz auf seine Einsprache nicht eingetreten ist. Als direkter Anstösser zum Plangebiet glaubt er, zum Rekurs berechtigt zu sein.

2.1 Die Einspracheberechtigung richtet sich nach Art. 45 VRP (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 933). Demnach kann Rekurs bzw. Einsprache erheben, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut.

2.2 Die Planungszonen im Sinn von Art. 27 des Rauplanungsgesetzes (SR 700; abgekürzt RPG), Art. 103 des Strassengesetzes (sGS 732.1; abgekürzt StrG) und Art. 105 ff. BauG stellen öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen dar und treffen somit in erster Linie Eigentümer und Personen, die in anderer Weise an Grundstücken dinglich berechtigt sind. Das Grundstück Nr. X liegt ausserhalb der Planungszone. Der Rekurrent weist nicht nach, dass er sonst im Planungsgebiet über solche Rechte verfüge. Planungszonen können sich ferner auch in rechtserheblicher Weise auf Personen mit obligatorischen Rechten an Grundstücken (Miete, Pacht) im Planungsgebiet auswirken (BGE 133 II 353, S. 357). Auch auf Rechte dieser Art beruft sich der Rekurrent nicht.

2.3 Die Rechtsmittelbefugnis des Nachbarn hängt davon ab, ob bei ihm räumlich die erforderliche enge nachbarliche Beziehung zum Baugrundstück bzw. zum Plangebiet gegeben ist und ob er durch den Sachentscheid der Vorinstanz in höherem Ausmass als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit in eigenen, aktuellen tatsächlichen oder rechtlichen Interessen beeinträchtigt wird. Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Anfechtung dem Rechtsmittelkläger in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation bringen würde (Heer, a. a. O., N. 204).

2.3.1 Anders als im Baubewilligungsverfahren, in dem Anstössern nach Art. 82 BauG in einem Umkreis von 30 m vom Baugesuch Kenntnis zu geben ist, müssen geplante Nutzungspläne und erlassene Planungszonen den benachbarten Grundeigentümern nicht angezeigt werden. Materiell hängt die Rekursbefugnis des Eigentümers einer benachbarten Liegenschaft davon ab, ob die Planfestsetzung ihn in seinen verfassungsmässigen Rechten verletzt, weil dadurch Normen, die auch seinem Schutz dienten, nicht mehr oder in geänderter Form gelten würden oder weil sie die Nutzung seiner Liegenschaft beschränken. In beiden Fällen reicht die Anfechtungsbefugnis nur so weit, als die Auswirkungen des Plans auf das eigene Grundstück in Frage stehen. Beschwerden, die zur Wahrung des allgemeinen Interesses eingereicht wurden oder die den Schutz bloss tatsächlicher Interessen bezwecken, sind hingegen unzulässig (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, N 419; Heer, a. a. O., N 236).

2.3.2 Die Festsetzung von Planungszonen bewirkt kein absolutes Bauverbot. Die Planungszone stellt eine vorsorgliche, sichernde Massnahme dar und verschafft dem im Entstehen begriffenen Nutzungsplan lediglich eine gewisse (negative) Vor-

wirkung (P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2002, S. 220). Sie ändert das geltende Recht nicht, sondern schränkt es in seiner Anwendbarkeit nur insoweit ein, als innerhalb der Planungszone nichts unternommen werden darf, was die geplante Nutzung erschweren und den Planungszweck beeinträchtigen könnte (Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 27 zu Art. 27; Art. 106 Abs. 1 BauG). Ausserhalb des Plangebiets hat die Planungszone keinerlei Wirkung. Namentlich bewirkt sie auf die Nachbargrundstücke keine Eigentumsbeschränkung. Will der Eigentümer auf seinem Grundstück ausserhalb der Planungszone etwas bauen, so ist die Baubewilligung dafür ungeachtet der mit der Planungszone gesicherten Nutzungsplanung zu erteilen. Die Baubehörde prüft einzig, ob andere im öffentlichen Recht begründete Hindernisse vorliegen (Art. 87 Abs. 1 BauG).

2.4 Zur Zusprechung von Schadenersatz ist weder die Vorinstanz noch das Baudepartement zuständig. Folglich kann in diesem Verfahren nicht geltend gemacht werden, das Nachbargrundstück erleide wegen der Planungszone eine Wertminderung, weshalb der entsprechende Eigentümer zur Einsprache gegen die Planungszone berechtigt sei. Das Gleiche gilt für die Einsprache nach Art. 684 ZGB. Privatrechtliche Immissionseinsprachen sind einzig im Zusammenhang mit einer Baubewilligung im öffentlichrechtlichen Verfahren zu entscheiden (Art. 86 Abs. 1 BauG). Ausserhalb des Baubewilligungsverfahrens entscheidet der Zivilrichter über den privatrechtlichen Immissionsschutz. Weil den Rechtsmitteln gegen Planungszonen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 108 Abs. 3 BauG) und die Rechtswirksamkeit der Planungszone daher bereits mit der öffentlichen Auflage eintritt (Waldmann/Hänni, a.a.O., N 28 zu Art. 27), würde es dem Einsprecher im Zusammenhang mit der Planungszone ohnehin keinen Vorteil bringen, wenn seine privatrechtliche Immissionsklage ebenfalls im öffentlichrechtlichen Verfahren behandelt würde. Somit ist die Vorinstanz auch auf die privatrechtliche Einsprache nach Art. 684 ZGB zu Recht nicht eingetreten. Auch war die Vorinstanz nicht gehalten, die privatrechtliche Einsprache nach Art. 11 Abs. 3 VRP an den Zivilrichter zu überweisen. Die privatrechtliche Immissionsklage kann jederzeit erhoben werden.

2.5 Aus dem Gesagten folgt, dass der Rekurrent als Eigentümer des Grundstücks Nr. X von der Planungszone für die Regionalverbindungsstrasse und der daraus fliessenden öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung nicht stärker als die Allgemeinheit betroffen ist. Mit der Verhinderung der Planungszone vermöchte er daher keinen handfesten Vorteil für sich zu erzielen. Daran ändert auch nichts, dass die Erschliessung des Grundstücks Nr. X über die Y-Strasse führt, die teilweise innerhalb dieser Planungszone liegt. Die bisherige Nutzung der bestehenden Gemeindestrasse als Zufahrtsstrasse bleibt von der Planungszone unberührt. Die Vorinstanz ist daher zu Recht nicht auf die Einsprache eingetreten.