

## A. GERICHTSPRAXIS

---

### I. Staats- und Verwaltungsrecht

---

#### 1. Verfassung

---

##### 1

*Art. 29 Abs. 1 BV (SR 101); Art. 6 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101).* Das Gericht ist verpflichtet, jede ihm eingereichte Stellungnahme den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen und diesen Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Es darf sich nicht darauf verlassen, dass ein unmittelbarer Schriftverkehr unter den Anwälten stattfindet.

*Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht, 15. Januar 2009*

Aus den Erwägungen:

1. ... Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV gilt der Grundsatz des fairen Verfahrens, was den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) und die Gewährung der Waffengleichheit im Verfahren beinhaltet. Namentlich hat jede Partei Anspruch darauf, von jeder dem Gericht vorgelegten Eingabe Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können. Das gilt unbekümmert darum, ob Gründe vorgetragen werden, die geeignet sind, den gerichtlichen Entscheid zu beeinflussen. Es bleibt in erster Linie den Parteien überlassen, ob und wie sie sich damit auseinandersetzen wollen. Das Gericht ist verpflichtet, jede ihm eingereichte Stellungnahme den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen und diesen Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen (BGE 133 I 100 E. 4.3 und 4.6 S. 102 ff.). Mit ihrem Vorgehen hat die Vorinstanz den Anspruch des Gesuchstellers auf rechtliches Gehör und Achtung der Waffengleichheit verletzt. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass der Rechtsvertreter der Gesuchgegner dem Anwalt des Gesuchstellers in Befolgung standesrechtlicher Regeln die Stellungnahme zum Gesuch unbestrittenermassen direkt übergab. Die Verfahrensleitung ist Aufgabe des Gerichts (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 1 zu Art. 56 ZPO; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 6 Rz. 71; 165 Abs. 1 ZPO). Das Gericht hat selbst dafür zu sorgen, dass einer Partei jede Eingabe der anderen vollständig und zuverlässig

zugeht und sie Gelegenheit hat, darauf zu antworten. Es darf sich nicht darauf verlassen, dass ein unmittelbarer Schriftverkehr unter den Anwälten stattfindet. Dies war vorliegend auch offenbar nicht einmal der Fall, hatte doch die Vorinstanz diesbezüglich keine Anhaltspunkte. Konsequenterweise dürfte damit auch die Zehntagesfrist zur Einreichung einer nachträglichen Eingabe (Art. 164 Abs. 2 ZPO) erst mit der Zustellung durch das Gericht zu laufen beginnen bzw. könnte die Möglichkeit zur Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht verwirken, nur weil bereits eine Kollegialkopie zugestellt wurde (vgl. Staehelin, Anmerkung zu BGer 5A.6/2006 vom 18.7.06, ZZZ 2006, 431 f.).

## 2

*Art. 29 Abs. 1 BV (SR 101), Art. 7 Abs. 1 lit. c VRP (sGS 951.1).* Ausstandsgründe bei einem nebenamtlichen Behördemitglied wurden im konkreten Fall zu Unrecht bejaht.

*Verwaltungsgericht, 3. Dezember 2009*

Das kantonale Landwirtschaftsamt bewilligte gemäss Art. 61 BGGB den Kauf eines landwirtschaftlichen Grundstücks. Dagegen erhob die kantonale Aufsichtsbehörde über Bewilligungen nach BGGB mit Eingabe ihres Vorsitzenden K., eines nebenamtlichen Behördemitglieds, Beschwerde und beantragte, die Erwerbsbewilligung sei aufzuheben, da die Grundstücke ausserhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs des Erwerbers lägen. Die Verwaltungsrekurskommission trat auf die Beschwerde nicht ein mit der Begründung, der Entscheid zur Beschwerde sei von einem Behördemitglied getroffen worden, das befangen erscheine. Gegen diesen Entscheid erhob die Aufsichtsbehörde BGGB Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2.2. Privatpersonen haben Anspruch darauf, dass eine Behörde in einem sie betreffenden Verfahren ordnungsgemäss zusammengesetzt ist und die Ausstands- und Ablehnungsgründe beachtet werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St.Gallen 2006, Rz.1668). Ob eine kantonale Verwaltungsbehörde richtig zusammengesetzt ist, bestimmt sich in erster Linie nach dem kantonalen Organisations- und Verfahrensrecht, wobei dieses auch die Voraussetzungen regelt, unter denen ein Behördemitglied in den Ausstand treten muss bzw. abgelehnt werden kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz.1668). Zusätzlich gewährt Art. 29 Abs. 1 BV Privatpersonen einen Mindestanspruch auf

Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde (BGE 1P.316/2003 vom 14. Oktober 2003, E. 3.4). Art. 30 Abs. 1 BV wiederum garantiert jeder Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, einen Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Der Gehalt dieser Bestimmung darf jedoch nicht unbesehen auf die allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 Abs. 1 BV und nichtrichterliche Behörden übertragen werden (BGE 1P.316/2003 vom 14. Oktober 2003, E. 3.4; BGE 127 I 198 E. 2b); vielmehr ist dem spezifischen Umfeld und Aufgabenbereich der betroffenen Behörde Rechnung zu tragen (BGE 1P.316/2003 vom 14. Oktober 2003, E. 3.4; BGE 125 I 123 E. 3d).

Insbesondere die Frage, wann ein Behördemitglied befangen ist und – gemäss kantonalem Recht – in den Ausstand treten muss, gilt es daher differenziert zu beurteilen. Zu unterscheiden ist, ob eine Behörde kraft ihrer Kompetenzen Verfügungen erlässt und damit Rechte und Pflichten begründet, aufhebt, abändert oder deren Bestehen, Nichtbestehen oder Umfang feststellt (vgl. zum Begriff der Verfügung Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 539) oder ob sie lediglich aufsichtsrechtlich tätig ist und in diesem Rahmen ein Rechtsmittel ergreift. Erhebt die Aufsichtsbehörde ein Rechtsmittel gegen eine Verfügung, verfügt sie selbst nicht; in die Rechte einzelner Personen greift sie damit nicht ein. Es handelt sich lediglich um einen behördlichen Akt, der die richterliche Beurteilung eines Sachverhalts in Gang setzt und in deren Rahmen möglicherweise Rechte und Pflichten des Verfügungsadressaten begründet, aufgehoben oder abgeändert werden. Die Ausstandsgründe, welche Art. 7 Abs. 1 lit. a – c VRP anführt, sind daher auf das Mitglied einer Aufsichtsbehörde mit Zurückhaltung anzuwenden, wenn dieses beschliesst, gegen eine Verfügung der beaufsichtigten Behörde ein Rechtsmittel zu ergreifen.

2.3. Im vorliegenden Fall erhob K. als Vorsitzender der Aufsichtsbehörde BGGB mit Eingabe vom 29. April 2009 bei der Vorinstanz Beschwerde; diese Beschwerdebearbeitung richtete sich gegen den Bewilligungsentscheid des Landwirtschaftsamtes vom 7. April 2009. K. übte als Behördemitglied das der Aufsichtsbehörde BGGB kraft Art. 83 Abs. 3 BGGB zustehende Beschwerderecht aus. Mit seiner behördlichen Handlung hat K. ein Verfahren ausgelöst, das die Rechte des Käufers, die er mit dem Bewilligungsentscheid vom 7. April 2009 zugesichert erhielt, möglicherweise mit der richterlichen Prüfung aufheben könnte. Dass K. mit seiner behördlichen Handlung jedoch unmittelbar Rechte des Käufers aufgehoben oder abgeändert hätte, lässt sich nicht sagen.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass bei K. weder von einem Ausstandsgrund noch von einem Anschein der Befangenheit auszugehen ist. Zum einen ist nicht ersichtlich, inwiefern K. oder eine in Art. 7 Abs. 1 lit. a VRP aufgezählte Person an der Veräusserung bzw. an der Nichtveräusserung der Liegenschaften in irgendeiner Weise persönlich interessiert wäre; zum anderen ist K. nicht Vertreter, Beauftragter, Angestellter oder Organ einer an der Angelegenheit beteiligten Person und hat in der

Sache keinen Auftrag erteilt (Art. 7 Abs. 1 lit. b VRP). Schliesslich erscheint K. auch nicht aus anderen Gründen im Sinne von Art. 7 lit. c VRP befangen; das von der Vorinstanz angeführte Auftragsverhältnis betraf – in welchem Umfang auch immer – weder den Käufer noch den Verkäufer der Liegenschaften. Anhaltspunkte für ein Konkurrenzverhältnis, in welchem die ehemalige Auftraggeberin M. AG und der Erwerber der Liegenschaften nach den Erwägungen der Vorinstanz stehen sollen, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Zwar kann nach der Praxis – zumindest bei einem Richter – auch ein Mandatsverhältnis zu einem Kontrahenten eines Verfahrensbeitrags relevant sein (BGE 135 I 14 E. 4.3). Ein einzelnes abgeschlossenes Mandat begründet als solches aber keinen Anschein der Voreingenommenheit (P. Sutter, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin, Probleme mit der richterlichen Unabhängigkeit und den anwaltlichen Berufsregeln, in: AJP 2006, S. 38). Im vorliegenden Fall lag der Auftrag längere Zeit zurück und war im Juni 2007 beendet. Er war mit einem Kontrahenten des Beschwerdegegners 1 geschlossen, wobei auch keine Voreingenommenheit gegenüber diesem ersichtlich ist. Bei nebenamtlichen Behördemitgliedern kann nicht jede gegenwärtige und abgeschlossene Geschäftstätigkeit mit sämtlichen in einem Vertragsverhältnis zu seinen Klienten stehenden Personen generell den Anschein einer Befangenheit begründen.

Gegen dieses Urteil wurde beim Bundesgericht Beschwerde erhoben (2C\_36/2010 bzw. 2C\_37/2010).

### 3

*Art. 110 Abs. 3 BV (SR 101); Art. 20a Abs. 1 ArG (SR 822.11); Art. 7 lit. d UNO-Pakt I (SR 0.103.1); Art. 1bis des Einführungsgesetzes zum eidgenössischen Arbeitsgesetz (sGS 511.1).* Feiertagsentschädigung für Angestellte im Stundenlohn. Mit Ausnahme des Bundesfeiertags besteht an Feiertagen keine gesetzliche Lohnzahlungspflicht für Angestellte im Stundenlohn.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 4. Januar 2010*

Aus den Erwägungen:

2.7. Gemäss Art. 110 Abs. 3 BV ist der Bundesfeiertag arbeitsrechtlich den Sonntagen gleichgestellt und bezahlt (vgl. auch Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über den Bundesfeiertag [SR 116]). Dies gilt auch für Angestellte im Stundenlohn (JAR 2003 281 Ziff. 99; Portmann/Petrovic, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 20a N 12). Damit steht fest, dass der Klägerin bezüglich des Bundesfeiertags ein Entschädigungsanspruch zusteht.

2.8.1. Gemäss Art. 20a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11, Arbeitsgesetz) können die Kantone neben dem

Bundesfeiertag acht weitere Feiertage im Jahr den Sonntagen gleichstellen. Diese Kompetenz hat der Kanton St.Gallen in Art. 1bis des Einführungsgesetzes zum eidgenössischen Arbeitsgesetz (sGS 511.1) ausgeschöpft.

2.8.2. Für diese von den Kantonen den Sonntagen gleichgestellten Feiertage hat der Bundesgesetzgeber keine Lohnzahlungspflicht festgeschrieben. Den Kantonen ist es wegen der Privatrechtshoheit des Bundes verwehrt, diesbezügliche Vorschriften zu erlassen (BGE 76 I 305, 76 I 321; Boner, *Teilzeitarbeit*, Zürcher Diss., Bern 1985, 91 f.; Byrne-Sutton, *Le contrat de travail à temps partiel*, Genfer Diss., Zürich 2001, 143; Rehbindler, *Berner Kommentar*, VI/2/2/1, Bern 1985, Art. 329 N 15; Portmann/Petrovic, Art. 20a N 17; Streiff/von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 324a/b N 22, Art. 329 N 14 S. 415). Bei Angestellten im Stundenlohn besteht daher, falls – wie im vorliegend zu beurteilenden Fall – auch Einzel-, Normal-, oder Gesamtarbeitsverträge keine diesbezüglichen Regelungen enthalten und keine Übung (Art. 322 Abs. 1 OR) behauptet oder ersichtlich ist, nach innerstaatlichem Recht keine Lohnzahlungspflicht für die durch kantonale Feiertage ausfallende Arbeitszeit (JAR 1996 149; BJM 1972 179; Byrne-Sutton, 145; Boner, 92 Fn 4; Rehbindler, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15. Aufl., Bern 2002, N 165; BK-Rehbindler, Art. 329 N 15; Portmann/Petrovic, Art. 20a N 18; Staehelin, *Zürcher Kommentar*, V2c, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 329 N 10; Streiff/von Kaenel, Art. 329 N 14 S. 415).

2.8.3. Art. 7 lit. d des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1, UNO-Pakt I) lautet wie folgt: Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird (...) Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit, regelmässiger bezahlter Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage. Zum Teil wird die Meinung vertreten aus dieser Bestimmung könnten Angestellte im Stundenlohn direkt einen Anspruch auf Vergütung gesetzlicher Feiertage gegenüber ihren Arbeitgebern ableiten (JAR 2003 281 Ziff. 92 ff.; Byrne-Sutton, 145 f.; Portmann/Petrovic, Art. 20a N 19; a. M. ZK-Staehelin, Art. 329 N 8; offen gelassen bei Streiff/von Kaenel, Art. 324a/b N 22 und Art. 329 N 14, S. 415 unten). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urteil, 18) kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden.

2.8.4. In BGE 120 Ia 1 E. 5c S. 11 f. und 121 V 246 E. 2 S. 248 ff. hielt das Bundesgericht allgemein fest, der UNO-Pakt I enthalte in seinen Art. 6–15 einen Katalog wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte, zu deren vollen Verwirklichung sich jeder Vertragsstaat unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten und mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen sowie durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, verpflichte (Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I). Die von der Schweiz mit diesem Pakt eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen hätten insofern programmatischen Charakter; die Vorschriften des Paktes richteten sich – anders als die direkt anwendbaren Garantien des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, UNO-Pakt II) –

nicht an den Einzelnen, sondern an die Gesetzgeber der Vertragsstaaten, welche die Vertragsbestimmungen als Richtlinien für ihre Tätigkeit zu beachten hätten (so die Botschaft des Bundesrates vom 30. Januar 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden Pakten, BBl 1991 I 1193 und 1202).

(Erwägung zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Lehre betreffend justiziablen Individualrechten im UNO-Pakt I)

2.8.5. Bezüglich der direkten Anwendbarkeit von Art. 7 UNO-Pakt I führen Künzli/Kälin (Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinverni/Nowak [Hrsg.], Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, 105 ff., 119) aus, die Effektivität dieses Rechts hänge in besonderem Masse vom Stand der Gesetzgebung ab, da es sich überwiegend in privatwirtschaftlichen Bereichen verwirklichen müsse. Staatliche Massnahmen zur vollen Verwirklichung dieses Rechts müssten sich deshalb vor allem darauf konzentrieren, in einer Arbeitsschutzgesetzgebung zumindest Minimalansprüche zu konkretisieren, deren persönlicher Anwendungsbereich möglichst umfassend ausgestaltet sei. Künzli/Kälin (S. 119 f.) vertreten die Auffassung, lit. a (i) (gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit) und in eingeschränkterem Masse lit. c von Art. 7 UNO-Pakt I (gleiche Aufstiegsmöglichkeiten) seien einer gerichtlichen Beurteilung zugänglich. Bezüglich lit. a (i) verweisen sie dabei auf Ziff. 5 der Allgemeinen Bemerkung 3 von 1990 (Anhang III des Dokuments E/1991/23; Zugang über das Dokumentenarchiv [tb.ohchr.org](http://tb.ohchr.org)) des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (nachfolgend *Ausschuss*), welcher vom Wirtschafts- und Sozialrat der UNO mit der Überwachung der Paktanwendung durch die Vertragsstaaten betraut worden ist. Der Ausschuss hält hier fest, der UNO-Pakt I enthalte eine Anzahl Bestimmungen, so die Art. 3, 7 lit. a (i), 8, 10 Abs. 3, 13 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 und Abs. 4, 15 Abs. 3, welche in vielen nationalen Rechtsordnungen als für die direkte Anwendung durch gerichtliche Organe geeignet erschienen. Auf diese Aufzählung nahm der Ausschuss auch in Ziff. 10 der Allgemeinen Bemerkung 9 von 1998 (Dokument E/C.12/1998/24) wieder Bezug. In Ziff. 11 der Allgemeinen Bemerkung 9 weist der Ausschuss sodann darauf hin, dass der UNO-Pakt I nicht ausschliesse, dass seine Bestimmungen direkt anwendbar seien. In Ziff. 10 seiner Schlussfolgerungen vom 7. Dezember 1998 (Dokument E/C.12/1/Add.30) zum ersten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I vom 18. September 1996 (Dokument E/1990/5/Add.33) weist der Ausschuss ebenfalls darauf hin, dass nicht davon ausgegangen werden könne, der UNO-Pakt I enthalte ausschliesslich Vorschriften programmatischer Natur, welche nicht unmittelbar anwendbar seien.

Im erwähnten ersten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I wurde in Ziff. 193 f. darauf hingewiesen, dass die Vergütung von Feiertagen in der Schweiz ausser für den Bundesfeiertag nicht obligatorisch sei. Bei im Monatslohn Angestellten finde sie in der Regel dennoch statt, nicht jedoch bei im Stundenlohn Angestellten (ausser dies sei vertraglich ausdrücklich vorgesehen), welche nur den

Bundesfeiertag entschädigt erhalten. Auf diese Darlegung der Rechtslage in der Schweiz ging der Ausschuss in seinen Schlussfolgerungen nicht ein. Auch bezüglich der analogen Rechtslage in Liechtenstein machte der Ausschuss keine Bemerkungen (Dokument E/C.12/LIE/CO/1).

(...)

2.8.6. Unter Berücksichtigung dessen, dass Bundesrat und Parlament davon ausgingen, die Vorschriften des Uno-Paktes I gewährten dem Einzelnen grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte, welche der Bürger vor schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden anrufen könnte (BBI 1991 I 1202; BGE 120 Ia 1 E.5c S.12), dass die Formulierung von Art.7 UNO-Pakt I («Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird ...») nur eine Aufforderung an die beteiligten Staaten zur Konkretisierung der nachfolgend umschriebenen Arbeitsbedingungen enthält (ZK-Staehelin, Art.329 N 8; Künzli/Kälin, 119), dass Art.7 lit d UNO-Pakt I vom Ausschuss nicht ausdrücklich zu den direkt anwendbaren Bestimmungen gezählt wird und dass der Ausschuss die Darlegungen der Schweiz und Liechtensteins betreffend die Rechtslage für die Ferienentschädigung von Angestellten im Stundenlohn kommentarlos zur Kenntnis genommen hat, kann Art.7 lit d UNO-Pakt I kein individualrechtlicher Anspruch mit dem Inhalt, dass den Angestellten im Stundenlohn die vom kantonalen Gesetzgeber bestimmten Feiertage zu entschädigen wären, entnommen werden.

(...)

2.9. Nach dem Gesagten steht der Klägerin einzig bezüglich des Bundesfeiertags ein Entschädigungsanspruch zu.

## **2. Erziehung und Bildung**

---

### **4**

*Art. 34 Abs. 1 lit. c und Art. 53bis VSG (sGS 213.1), Art. 11bis und Art. 11ter VVU (sGS 213.12).* Das Gemeinwesen hat die Kosten für die Sonderschulung hochbegabter Schüler nur zu übernehmen, wenn sich deren intellektuelle Fähigkeiten in der öffentlichen Schule nicht entfalten können. Es ist nicht zur Übernahme der Kosten für die Privatschulung eines nicht hochbegabten Schülers verpflichtet, der in der öffentlichen Schule einen auf seine individuellen Bedürfnisse zugeschnittenen Stütz- und Förderunterricht beanspruchen kann.

*Verwaltungsgericht, 19. August 2009*

X., geb. 10. September 1999, wurde vor der Einschulung vom Schulpsychologischen Dienst (SPD) untersucht. Dieser beantragte die Einschulung in die erste Regelklasse mit Unterstützung durch die schulische Heilpädagogin. Aufgrund von Schulproblemen meldeten die Eltern X. im Februar 2007 erneut zur schulpsychologischen Abklärung. Der SPD kam zum Schluss, X. verfüge insgesamt über leicht überdurchschnittliche intellektuelle Fähigkeiten. Die mangelnde Fähigkeit zur Selbstkontrolle sowie die Konzentrations- und Aufmerksamkeitsdefizite beeinträchtigten seine Lern- und Leistungsfähigkeit erheblich. Im Dezember 2007 trat X. in eine Privatschule ein. Das Begehren der Eltern um Übernahme des Schulgelds wies der Schulrat ab mit der Begründung, es liege keine Hochbegabung vor. Die vom Schulrat bewilligte Dyskalkulietherapie müsse von einer speziell ausgebildeten Fachkraft erteilt werden. Da die an der Privatschule tätige Lerntherapeutin nicht als Legasthenie- bzw. Dyskalkulietherapeutin anerkannt sei, könnten auch die Kosten für die Lerntherapie nicht übernommen werden. Die Eltern erhoben dagegen Rekurs, der vom Bildungsdepartement abgewiesen wurde. Auch eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

3.1. Art. 19 BV gewährleistet den Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Nach Art. 62 Abs. 2 BV sorgen die Kantone für einen allen Kindern offenstehenden und obligatorischen Grundschulunterricht, der staatlicher Leitung oder Aufsicht untersteht und an öffentlichen Schulen unentgeltlich ist (vgl. H. Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern 2003, S. 102). Eine Pflicht des Staates, den Privatschulen mittels Entschädigung einen kostenlosen Unterricht zu ermöglichen, besteht nur, wenn dieser ganz oder teilweise auf die Einrichtung öffentlicher Schulen verzichtet. Ferner kann ein Anspruch auf fallweise Übernahme des Schulgelds durch den Staat bejaht werden, wenn dem betreffenden Schüler aufgrund schwerwiegender individueller Probleme kein ausreichender Grundschulunterricht an einer öffentlichen Schule gewährt werden kann, so dass dessen grundrechtlicher Anspruch nach Art. 19 BV letztendlich nur durch den Besuch einer spezialisierten Privatschule zu erfüllen ist (Ehrenzeller/Schott, St.Galler Kommentar zu Art. 62 BV, Rz. 32). Besondere Anforderungen an den Grundschulunterricht ergeben sich über den allgemeinen Standard hinaus aus den Fähigkeiten und Bedürfnissen des einzelnen Schülers. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die Schulausbildung für diesen angemessen und geeignet sein (BGE 117 Ia 27 E. a; 129 I 16 E. 4.2; 130 I 352 E. 3.2). Bildungsschwache, nur praktisch bildungsfähige oder anderweitig auffallende, namentlich hochbegabte Schüler haben Anspruch auf einen besonderen Unterricht, der ihnen den Erwerb von angepassten Fähigkeiten erlaubt (R. Kägi-Diener, St.Galler Kommentar zu Art. 19 BV, Rz. 33). Auch die Verfassung des Kantons St.Gallen gewährleistet nach Massgabe der Bundesverfassung den Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 2 lit. m KV). Darüber hinaus garantiert Art. 3 KV das

Recht, Privatschulen zu gründen, zu führen und zu besuchen (lit. a) sowie den Anspruch von Schulpflichtigen auf Unterstützung, wenn diese beim Schulbesuch wegen der Lage ihres Wohnorts, Behinderung oder aus sozialen Gründen benachteiligt sind (lit. b).

Im Allgemeinen hat der Schüler die Schule am Ort seines Aufenthalts zu besuchen (Art. 52 VSG). Der Schulrat kann den auswärtigen Schulbesuch gestatten oder anordnen, wenn besondere Gründe, wie unter anderem unzumutbare Schulwege oder eine sinnvolle Klassenbildung, dies erfordern (Art. 53 Abs. 1 VSG). Grundsätzlich können auch andere Gründe für die Bewilligung des Schulbesuchs ausserhalb der Aufenthaltsgemeinde sprechen. Überdies kann der Schulrat der besonderen Situation auf andere Weise als mit der Bewilligung des auswärtigen Schulunterrichts Rechnung tragen (GVP 1999 Nr. 83 E. 2; GVP 1995 Nr. 85 E. 4; GVP 1994 Nr. 85 E. 2b, aa). Nach Art. 34 Abs. 1 lit. c VSG sorgt die Schulgemeinde für die Behandlung von Schülern mit Lern-, Leistungs- oder Verhaltensstörungen. Neben dem Stützunterricht gehören zu den gemäss Art. 6 VVU als zulässig bezeichneten Therapien unter anderem die Legasthenie- und Dyskalkulietherapie (lit. b), der Nachhilfeunterricht (lit. c) sowie die schulische Heilpädagogik als integrierte Schülerförderung (lit. f). Stützunterricht und Therapien werden nach Anhörung der Eltern und des Lehrers angeordnet, wobei dieser, der Schulpsychologe oder der Schularzt antragsberechtigt sind (Art. 34 Abs. 3 VSG). Nach Art. 36 Abs. 1 VSG kann der Schulrat Schüler mit Schulschwierigkeiten nach Anhörung der Eltern und des Lehrers Kleinklassen zuweisen.

Gemäss Art. 53bis VSG gestattet der Schulrat den Besuch einer Schule für Hochbegabte, wenn sich eine Hochbegabung in der öffentlichen Schule am Aufenthaltsort nicht entfalten kann (lit. a) sowie wenn die Schule für Hochbegabte den Erziehungs- und Bildungsauftrag erfüllt und sie am Standort öffentlich anerkannt ist (lit. b). Der von der öffentlichen Hand finanzierte Besuch von Schulen für Hochbegabte im Sinne von Art. 11bis und 11ter VVU richtet sich nach der Interkantonalen Vereinbarung für Schulen mit spezifischstrukturierten Angeboten für Hochbegabte (sGS 211.83). Im besonderen Fall kann das Bildungsdepartement den Schulrat ermächtigen oder verpflichten, einem Schüler den Besuch einer Schule für Hochbegabte, insbesondere im sportlichen oder künstlerischen Bereich zu gestatten (Art. 11quater VVU). Nach der Praxis des Erziehungsrats ist die Pflicht der Schulgemeinde zur Zahlung von Beiträgen an die Privatbeschulung eines hochbegabten Schülers von kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen abhängig. Zunächst müssen die der Volksschule zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Begabtenförderung, wozu unter anderem die Vorverlegung der Schulpflicht oder das Klassenüberspringen in Verbindung mit individuellen Fördermassnahmen gehören, ausgeschöpft worden sein. Des Weiteren muss ein vom SPD verfasstes Gutachten ergeben, dass die Förderung im Regelklassenunterricht der Volksschule nur mehr unzureichend erfolgen kann. Schliesslich hat aus dem Gutachten insbesondere hervorzugehen, dass das Kind ein weit überdurchschnittliches Potenzial im Sin-

ne einer Höchstbegabung aufweist und bei einem Verbleib in der Volksschule die Gefahr von Lern-, Leistungs- oder Verhaltensstörungen bestünde (GVP 2001 Nr. 86 E. 4b).

3.2. Die Beschwerdeführer anerkennen grundsätzlich, dass weder die Gutachten des SPD noch das von ihnen eingeholte Parteigutachten bei ihrem Sohn X. eine Hochbegabung haben feststellen können.

3.2.1. Für sie ist indes fraglich, ob der Begriff der Hochbegabung überhaupt ein sinnvoller Anknüpfungspunkt sei, da diese von der Tagesform und anderen Umständen abhängt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz könne das Kindesinteresse eine Privatbeschulung gestützt auf Art. 3 lit. b KV insbesondere auch dann gebieten, wenn dem Kind eine Leidenssituation in der Volksschule schade und ihr anderweitig nicht in zumutbarer Weise abzuwenden sei. Sie müsse sich nicht zwingend aus einer Behinderung allein ergeben. Auch in anderen Sonderfällen müsse die Möglichkeit besonderer, auf die individuellen Schülerbedürfnisse ausgerichteter Schulangebote bestehen, ansonsten eine Diskriminierung vorläge. Die innerhalb der Klasse getroffenen Massnahmen hätten die Situation von X. offenkundig nicht verbessern können. Dessen Privatbeschulung habe sich deshalb im Nachhinein gerade auch vor dem Hintergrund ermutigender Zeugnisse als einzig richtige Lösung erwiesen. Auch hätten die veränderten Verhältnisse seit der letzten Begutachtung die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin schon für sich allein zur Einholung eines Obergutachtens veranlassen müssen. Das von ihnen eingeholte Parteigutachten sei sehr seriös, gewissenhaft aufgebaut und schlüssig. Eine Rückversetzung in die Volksschule könnte zu einer schwerwiegenden Verschlechterung von X.s emotionaler Stabilität und Schulmotivation führen und wäre zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu verantworten. Die Vorinstanz habe die Gründe für X.s Privatbeschulung in ihren Erwägungen nur oberflächlich und verkürzt wiedergegeben und dadurch den massgeblichen Sachverhalt unrichtig und unvollständig erhoben. Als Eltern sei ihnen X.s schulische Situation bis zur Vernehmlassung vom 20. Juni 2008 nie derart deutlich als dessen blosses persönliches und reifemässiges Ungenügen kommuniziert worden. Auch habe die Beschwerdegegnerin mit der «2. Erläuterung» vom 12. August 2008 insgesamt 21 neue Aktenstücke mit Stellungnahmen und Handnotizen der Lehrkräfte, sonstigen Korrespondenzen und weiteren Akten ins Recht gelegt, die ihnen zuvor nicht zugänglich gemacht worden seien.

3.2.2. Gemäss den Akten wurde X. seit seinem Eintritt in die Volksschule durch seine Lehrerinnen besonders betreut und mit Stützunterricht und individuellen Therapien bei der Überwindung seiner schulischen Defizite unterstützt. Die Beschwerdegegnerin ordnete sämtliche Massnahmen auf Empfehlung des SPD und nach Rücksprache mit den Beschwerdeführern an. So wurde mit diesen bereits am Ende des ersten Quartals des Schuljahres 2005/2006 vereinbart, dass X. in der ersten Regelklasse verbleiben und er durch seine Eltern mit zusätzlichen Übungen und der Aufarbeitung des Schulstoffs unterstützt werden sollte. Da X. auch zu Beginn des Schuljahres 2006/2007 Defizite in der Mathematik aufwies, erhielt er in der

zweiten Regelklasse im Rahmen von zusätzlichen Einzelstunden Nachhilfeunterricht in Mathematik mit dem Schwerpunkt auf regelmässigem Gedächtnistraining mit Zahlenfolgen. Auf Antrag des SPD wurde ab dem Schuljahr 2007/2008 in der dritten Regelklasse zudem eine Dyskalkulietherapie unter Einschluss des Rechtschreibetrainings durchgeführt. Schliesslich wurde mit den Beschwerdeführern nach den Herbstferien 2007 vereinbart, dass X. die Hausaufgaben zur Entlastung des Elternhauses in der Schule gemeinsam mit den Lehrerinnen erledigen und «ILZ» beanspruchen solle.

3.2.3. Grundsätzlich ist das Vorbringen der Beschwerdeführer anzuerkennen, X. habe in der Volksschule unter seinen Leistungsdefiziten gelitten und sei unter anderem deshalb zum Einzelgänger geworden. Auch wird von den Beschwerdeführern zu Recht nicht bestritten, dass X. dem regulären Schulunterricht nicht aus eigener Kraft folgen konnte, da er neben Konzentrationsproblemen insbesondere auch Defizite im mathematischen und sprachlichen Bereich aufwies. Unter den gegebenen Umständen sind die vom Erziehungsrat verlangten Anforderungen für die Übernahme der Kosten für die Privatbeschulung bei X. mangels Vorliegens einer Hochbegabung offensichtlich nicht erfüllt. Ob das Kriterium der Hochbegabung einen sinnvollen Anknüpfungspunkt für die Finanzierung der Privatbeschulung durch die öffentliche Hand darstellt, kann vorliegend offenbleiben. Entscheidend ist allein, dass der Besuch einer Schule für Hochbegabte gemäss Art. 53bis Abs. 1 lit. a VSG nur dann gestattet wird, wenn sich eine Hochbegabung in der öffentlichen Schule nicht entfalten kann. Aus den Akten ergeben sich indes keine Anhaltspunkte, wonach X. über überdurchschnittliche Fähigkeiten verfügte, die sich ausschliesslich bei einer Privatbeschulung entfalten könnten. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die Beschwerdeführer allenfalls aus anderen Gründen eine Kostenübernahme beanspruchen könnten.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer lässt sich aus Art. 3 lit. b KV keine grundsätzliche Verpflichtung des Staates zur Finanzierung der Privatbeschulung einzelner Schüler ableiten. Eine solche Pflicht besteht grundsätzlich nur bei Hochbegabung oder dem Verzicht auf die Einrichtung öffentlicher Schulen. Überdies kann die Finanzierung der Privatbeschulung in ausgesuchten Fällen gestützt auf Art. 19 und Art. 62 BV gefordert sein, wenn dem Schüler aufgrund schwerwiegender individueller Probleme kein ausreichender Grundschulunterricht in der Volksschule gewährt werden kann. Den Ausführungen in E. 3.2.2. ist indes zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin ihren in Art. 3 lit. b KV statuierten Pflichten ausreichend nachkam, stellte sie X. doch ein breites, individuell auf seine Bedürfnisse zugeschnittenes Angebot an Stütz- und Fördermassnahmen zur Verfügung. X. beanspruchte dieses jedoch nicht in vollem Mass, weil die Beschwerdeführer seine weitere Isolation in der Klasse befürchteten und sie ihn deshalb ab November 2007 privat beschulen liessen. Die nach den Herbstferien 2007 vereinbarten Massnahmen konnten ihre Wirkung somit gar nicht mehr entfalten. Vor diesem Hintergrund ist die Behauptung der Beschwerdeführer widersprüchlich, das Förderangebot der Beschwerdegegnerin sei zur Behe-

bung von X.s Leistungsdefiziten nicht geeignet. Dies gilt um so mehr, als diese mit Schreiben vom 11. November 2007 ausdrücklich anerkannten, dass die Lehrerinnen durch ihre Bereitschaft zur zusätzlichen Zusammenarbeit mit X. gezeigt hätten, wie wichtig ihnen dessen positive Entwicklung sei.

Vor diesem Hintergrund ist auch das Vorbringen der Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar, die getroffenen Massnahmen hätten X.s Situation in der Klasse nicht verbessern können. Dem Bericht der Lehrerinnen zu X.s Schulverlauf von August 2005 bis November 2007 ist zu entnehmen, dass sich der Stützunterricht in Mathematik anfänglich nachhaltig auf dessen Leistungen und persönliches Wohlbefinden ausgewirkt habe, so dass es zu einer Zeit der Beflügelung gekommen sei. Auch greift die Behauptung der Beschwerdeführer zu kurz, X.s schulische Defizite seien unter anderem Folge von Mobbing durch die Mitschüler oder gar durch die Lehrerinnen. Zwar mag es zutreffen, dass X. während seiner Schulzeit kaum zu Geburtstagsfesten von Mitschülern eingeladen worden ist. Dies jedoch als Mobbing zu bezeichnen ginge zu weit, zumal den Akten dafür keine konkreten Hinweise zu entnehmen sind. Unter den gegebenen Umständen kann deshalb nicht von einer unzumutbaren Leidenssituation oder gar von einer Diskriminierung gesprochen werden, die X.s Rückkehr in die Volksschule als unverantwortlich erscheinen liesse und deshalb eine gestützt auf Art. 19 und Art. 62 BV durch die öffentliche Hand zu finanzierende Privatbeschulung zwingend erforderte. Selbst wenn sich X.s Privatbeschulung im subjektiven Empfinden der Beschwerdeführer als einzig richtige Lösung erwiesen hat, ändert sich nichts daran, dass auch die Beschwerdegegnerin in der Lage ist, X. mit individuellen Stütz- und Fördermassnahmen zu fördern. An dieser Feststellung vermag auch die von den Beschwerdeführern als Privatgutachten ins Recht gelegte Potenzialanalyse nichts zu ändern. Ebenfalls ist nicht von Bedeutung, inwieweit sich die Verhältnisse seit der letzten Begutachtung verändert haben sollten, weshalb auf das Einholen eines Obergutachtens zu verzichten ist. Entscheiden sich die Beschwerdeführer gegen diese Massnahmen und lassen sie X. gar auf eigene Initiative privat beschulen, ist die Beschwerdegegnerin folglich nicht zur Übernahme der dadurch entstehenden Kosten verpflichtet. Die Vorbringen der Beschwerdeführer sind somit unbegründet.

3.2.4. Die Beschwerdeführer können im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorbringen, der dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt sei unrichtig oder unvollständig festgestellt worden (Art. 61 Abs. 2 VRP). Unrichtig ist ein Sachverhalt festgestellt, wenn aus den vorhandenen Beweismaterialien unrichtige Schlüsse gezogen werden, insbesondere indem der Sachverhalt falsch oder aktenwidrig festgestellt wird oder Beweise unrichtig gewürdigt werden. Unvollständig ist die Sachverhaltsfestlegung demgegenüber, wenn entscheidrelevante Umstände nicht oder nicht ausreichend abgeklärt wurden (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 587).

Weder den Vorbringen der Beschwerdeführer noch den Akten sind konkrete Anhaltspunkte zu entnehmen, die auf eine unrichtige oder unvollständige Feststellung

des massgeblichen Sachverhalts hinwiesen. So lässt sich deren Behauptung nicht nachvollziehen, die Vorinstanz habe die Gründe für X.s Privatbeschulung nur oberflächlich und verkürzt wiedergegeben. Auch machen die Beschwerdeführer nicht geltend, inwiefern der Sachverhalt falsch oder aktenwidrig festgestellt worden sei. Aus dem vorinstanzlichen Entscheid ergibt sich vielmehr, dass sich die Vorinstanz eingehend mit den Argumenten der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat. Nur mit der Behauptung allein, sie seien bis zur Vernehmlassung vom 20. Juni 2008 nie derart deutlich über X.s persönliches und reifemässiges Ungenügen informiert worden, lässt sich eine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung nicht belegen. Die Beschwerdegegnerin weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass der SPD den Beschwerdeführern bereits mit Bericht vom 6. Juni 2005 ein Erziehungsprogramm und eine Fachberatung für X. empfohlen hat. Auch machten die Beschwerdeführer die Lehrerinnen mit Schreiben vom 22. August 2005 von sich aus über X.s mögliche Wutanfälle aufmerksam. Unter diesen Umständen erweisen sich die Vorbringen der Beschwerdeführer als unbegründet.

3.2.5. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur und führt bei seiner Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des betreffenden Entscheids. Eine Heilung des Mangels im Rechtsmittelverfahren ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch zulässig, wenn der Vorinstanz die gleiche Kognition zusteht wie der Beschwerdegegnerin und den Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zukommen (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 990; vgl. BGE 126 I 72; 125 I 118; 124 II 138; 121 I 232). Die Beschwerdeführer bringen grundsätzlich glaubhaft vor, dass ihnen gewisse Aktenstücke erst mit der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 12. August 2008 zur Kenntnis gebracht worden sind. Sie konnten indes mit Eingabe vom 17. August 2008 Stellung zu den nachträglich eingereichten Aktenstücken nehmen. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, ist eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführer unter diesen Umständen aufgrund der umfassenden Kognition der Vorinstanz im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VRP als geheilt zu betrachten, weshalb den Vorbringen der Beschwerdeführer auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden kann.

3.3. Die Beschwerdeführer machen im Weiteren geltend, es stelle eine offensichtliche Gesetzeslücke dar, wenn die Möglichkeit einer Kostenübernahme für besondere Schulmassnahmen nicht auch in anderen als den in Art. 34 ff. und Art. 53bis VSG ausgewiesenen Sonderfällen vorgesehen werde, sofern der Verbleib oder die kurzfristige Rückkehr in die Volksschule kontraindiziert sei. Im vorliegenden Fall liege eine solche Konstellation und damit eine Gesetzeslücke im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB vor, die der Richter dahingehend zu füllen habe, dass der unentgeltliche Unterricht gemäss Art. 62 BV auch einem Schüler wie X. gewährleistet sein müsse. Die Verweigerung der Übernahme der Kosten für die Privatbeschulung wäre unverhältnismässig und ihnen längerfristig finanziell nicht zumutbar, zumal diese Ausnahmesituation nicht ihnen allein angelastet werden könne. Die Beschwerdegegnerin habe deshalb die Kosten für die Privatbeschulung zu über-

nehmen oder eventualiter zumindest einen substanziellen Teil daran zu leisten.

Gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann. Mit dem IX. Nachtrag zum Volksschulgesetz vom 21. November 2006 (nGS 42–6) wurden kantonale Rechtsgrundlagen geschaffen, um den Besuch von Schulen für Hochbegabte für spitzensportlich und vergleichbar künstlerisch begabte Volksschüler anzubieten und mitzufinanzieren, wenn deren Ausnahmetalent und die Notwendigkeit, es ausserhalb der Volksschule zu entfalten, ausgewiesen sind (vgl. ABI 2006 S. 171). Die Vorinstanz weist in ihrer Stellungnahme zutreffend darauf hin, dass die vom Erziehungsrat in GVP 2001 Nr. 86 festgestellte Gesetzeslücke mit dem Inkrafttreten des IX. Nachtrags behoben wurde. Das Volksschulgesetz enthält seitdem ein abschliessendes System von Bestimmungen für die Förderung von unterstützungsbedürftigen und von höchstbegabten Schülern. In diesem Zusammenhang verkennen die Beschwerdeführer, dass besondere Schulmassnahmen aufgrund des klaren Wortlauts dieser Bestimmungen grundsätzlich nur in den vom Volksschulgesetz ausdrücklich genannten Fällen möglich sind. Angesichts der zahlreichen individuellen Stütz- und Fördermassnahmen, die X. von der Beschwerdegegnerin zur Verfügung gestellt wurden, ist überdies nicht nachvollziehbar, weshalb die Verweigerung der Kostenübernahme für die Privatbeschulung unverhältnismässig sein sollte. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass die Beschwerdeführer auf die Inanspruchnahme dieser Massnahmen zum grossen Teil verzichteten und X. statt dessen auf eigene Initiative privat beschulen liessen. Unter diesen Umständen ist die Beschwerdegegnerin nicht verpflichtet, für X.s Privatbeschulung aufzukommen oder einen substanziellen Beitrag daran zu leisten. Die Vorbringen der Beschwerdeführer erweisen sich somit auch in diesen Punkten als unbegründet.

3.4. Die Beschwerdeführer stellen sich schliesslich auf den Standpunkt, die Schulpsychologin habe die Ziele und den Zweck der Lerntherapie und der von ihr beantragten Dyskalkulietherapie unter Einbezug des Rechtschreibtrainings mit praktisch identischen Worten umschrieben und die gute Beziehung zwischen Schüler und Therapeut als wichtigsten Erfolgsfaktor bezeichnet. Unter diesen Umständen könne ihnen die Übernahme der Kosten für die Lerntherapie nicht mit der Begründung verweigert werden, diese werde an der P. Schule «nur» von einer Lerntherapeutin erteilt. Die Verweigerung der Kostenübernahme verletze X.s Anspruch auf geeigneten Stützunterricht im Sinne der Art. 34 ff. VSG.

Mit Verfügung vom 12. September 2008 verweigerte die Beschwerdegegnerin die Übernahme der Kosten für die Lerntherapie und bot den Beschwerdeführern statt dessen an, für die Kosten der Dyskalkulietherapie bei einem anerkannten Therapeuten aufzukommen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer gehört die von ihnen geltend gemachte Lerntherapie nicht zu den gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. c VSG in Verbindung mit Art. 6 VVU gesetzlich anerkannten Therapieformen. Die Beschwerdegegnerin ist zur Kostenübernahme entsprechend nicht verpflichtet.

Selbst wenn die Schulpsychologin das Ziel und die Zwecke der Lerntherapie und der Dyskalkulietherapie mit praktisch identischen Worten umschrieben haben sollte, durfte die Beschwerdegegnerin die Kostenübernahme ablehnen, war sie doch mangels gesetzlicher Grundlage zu einer solchen nicht verpflichtet. Überdies lag es, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, im Ermessen der Beschwerdegegnerin, die Erteilung der Dyskalkulietherapie und des Rechtschreibtrainings durch einen dafür ausgebildeten Therapeuten zu verlangen. Den Argumenten der Beschwerdeführer kann deshalb nicht gefolgt werden. Diese sind jedoch darauf hinzuweisen, dass es ihnen auch weiterhin freisteht, im bewilligten Rahmen eine Dyskalkulietherapie für X. auf Kosten der Beschwerdegegnerin in Anspruch zu nehmen.

3.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Übernahme der Kosten für X.s Privatbeschulung zu Recht verweigerte. Die Beschwerdegegnerin verfügt über ein ausreichendes Stütz- und Förderangebot, das X. gemäss seinen Bedürfnissen in Anspruch nehmen kann. Auch sind keine Anhaltspunkte gegeben, die X.s Rückkehr in die Volksschule als unzumutbar oder gar unverantwortlich erscheinen liessen. Überdies ist die Beschwerdegegnerin mangels gesetzlicher Grundlage nicht zur Übernahme der Kosten für X.s Lerntherapie im Rahmen der Privatbeschulung verpflichtet. Diesem steht es jedoch auch weiterhin frei, die von der Beschwerdegegnerin angebotene Dyskalkulietherapie mit Rechtschreibtraining im bewilligten Rahmen in Anspruch zu nehmen. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

### **3. Gesundheit und Soziales**

---

#### **5**

*Art. 6 und 69 ATSG (SR 830.1). Art. 25 Abs. 3 UVV (SR 832.202). Art. 12 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Gesetzmässigkeit von Art. 25 Abs. 3 UVV. Bemessung der Arbeitsfähigkeit gestützt auf einen Einkommensvergleich. Berücksichtigung von deutschen Arbeitslosenversicherungsleistungen einer CH-Bürgerin mit Wohnsitz in Deutschland bei der Berechnung von schweizerischen Unfalltaggeldleistungen.*

Konkret stellte die deutsche ALV-Leistung für den streitigen Zeitraum – im Gegensatz zum Taggeld der schweizerischen ALV – kein «passgenaues» oder gleichwertiges Gegenüber dar, welches die Anwendung von Art. 25 Abs. 3 UVV erlaubt hätte. Ein Leistungsausschluss von Seiten des schweizerischen Unfallversicherers mit Hinweis auf diese Bestimmung kam daher nicht in Betracht.

Art. 12 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 hat jedoch zur Folge, dass im Fall der Ausrichtung eines schweizerischen Unfalltaggeldes grundsätzlich auch in Deutschland bezogene Arbeitslosenleistungen zu berücksichtigen sind. Auch beim deutschen Arbeitslosengeld handelt es sich mit Blick auf Art. 12 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 um eine Entschädigung aus einer gesetzlichen Sozialversicherung im Sinn von Art. 69 Abs. 1 ATSG.

*Versicherungsgericht, 3. Februar 2009 (UV 2007/40, 2007/89; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

## 6

*Art. 16 ATSG (SR 830.1). Art. 28 IVG (SR 831.20).* Invaliditätsbemessung bei einem (teilweise) Fahrenden. Der Beschwerdeführer, geb. 1965, war als Fahrender aufgewachsen, besuchte nie eine Schule und kann offenbar weder lesen noch schreiben. 1986 heiratete er eine «sesshafte» Frau. Das Ehepaar hat vier Kinder und lebt seit der Eheschliessung im selben Einfamilienhaus. Der Beschwerdeführer arbeitete stets als Altstoffhändler und war dabei in der ganzen Schweiz unterwegs; während der Schulferien der Kinder war die Familie jeweils im Wohnwagen unterwegs. Infolge einer Schulterverletzung ist der Beschwerdeführer in seiner angestammten Tätigkeit als Altstoffhändler zu 60 Prozent arbeitsunfähig; für schulteradaptierte Tätigkeiten beträgt die Arbeitsfähigkeit 100 Prozent. Die IV-Stelle erachtete die Aufnahme einer entsprechenden Hilfsarbeit als zumutbar und verneinte einen Rentenanspruch des Beschwerdeführers. Aus den Akten ergaben sich jedoch Hinweise darauf, dass es dem Beschwerdeführer aus psychischen Gründen möglicherweise nicht zugemutet werden kann, eine unselbstständige Hilfstätigkeit (zumindest nicht im Umfang von 100 Prozent) aufzunehmen. Entsprechend wurde die Beschwerde teilweise gutgeheissen, und die Sache wurde zu weiteren Abklärungen an die Beschwerdegegenerin zurückgewiesen.

*Versicherungsgericht, 8. Juni 2009 (IV 2007/357; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**7**

*Art. 22 ATSG (SR 830.1), Art. 85bis IVV (SR 831.201).* Verrechnung einer Invalidenrentennachzahlung mit Vorschussleistungen einer Krankenkasse (Krankentaggelder nach VVG). Mit fälligen Invalidenrentennachzahlungen können gemäss Art. 50 Abs. 2 IVG (SR 831.20) i.V. m. Art. 20 Abs. 2 AHVG (SR 831.10) Forderungen bzw. Rückforderungen der IV und anderer bundesrechtlicher Sozialversicherungsträger verrechnet werden. Rückforderungen von Taggeldern, die auf Grund einer Versicherung nach VVG und damit auf privatrechtlicher Grundlage ausgerichtet wurden, fallen jedoch nicht in den Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 2 AHVG. Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung von Art. 50 Abs. 2 IVG i.V. m. Art. 20 Abs. 2 AHVG ist offensichtlich zu eng, denn Art. 22 Abs. 2 ATSG verweist für die Verrechnungsmöglichkeit auch auf ausserhalb des Sozialversicherungssystems stehende Erbringer von Leistungen mit Vorschusscharakter. Art. 85bis IVV, der eine Aufzählung jener Dritten enthält, die ihre Vorschussleistungen (ohne Abtretung) mit einer Invalidenrentennachzahlung verrechnen lassen können, erweist sich deshalb bezogen auf Art. 22 Abs. 2 ATSG als gesetzmässig, auch wenn der Wortlaut von Art. 50 Abs. 2 IVG i.V. m. Art. 20 Abs. 2 AHVG dies an sich nicht zulassen würde. Der Krankentaggeldversicherer nach VVG wird in Art. 85bis IVV nicht ausdrücklich erwähnt. Die dort enthaltene Aufzählung ist aber nicht abschliessend. Das massgebende Kriterium für eine Aufnahme in die Liste des Art. 85bis IVV ist, ob eine Bevorschussung erfolgt ist, ob das Krankentaggeld also im Hinblick auf eine Invalidenrente ausgerichtet worden ist. Dies muss weit interpretiert werden, denn Sinn und Zweck der Verrechnung der Invalidenrentennachzahlung mit Rückforderungen anderer Leistungserbringer ist es, über das bundesrechtliche Sozialversicherungssystem hinaus zu verhindern, dass aus der Existenz weiterer Quellen für Leistungen, die der Deckung desselben Risikos wie die Invalidenrente dienen, für den Leistungsbezüger und Invalidenrentner ungerechtfertigte Vorteile resultieren, die nicht vorhanden wären, wenn es nur eine einzige Leistungsquelle für das entsprechende soziale Risiko gäbe. Es handelt sich also im weitesten Sinn um eine Massnahme zur Vereinfachung der Leistungskoordination über das bundesrechtliche Sozialversicherungssystem hinaus.

*Versicherungsgericht, 9. Juli 2009 (IV 2007/174; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**8**

*Art. 38 Abs. 2bis, 49 Abs. 3 und 60 ATSG (SR 830.1).* Erlässt der Versicherungsträger nach erfolglosem Versuch der Zustellung eines Einspracheentscheids mit eingeschriebenem Brief einen neuen Einspracheentscheid mit neuem Datum und neuer Rechtsmittelbelehrung, kann er sich nicht darauf berufen, die Beschwerdefrist habe bereits nach Ablauf der Siebentagefrist des Art. 38 Abs. 2bis ATSG nach dem erfolglosen Zustellungsversuch des ersten Einspracheentscheids zu laufen begonnen. Der Beschwerdeführer durfte in guten Treuen davon ausgehen, die in der Rechtsmittelbelehrung genannte 30-tägige Beschwerdefrist beginne erst ab Zustellung des neu datierten Einspracheentscheids zu laufen, zumal der zweite, neu datierte Einspracheentscheid keinen Hinweis auf den erfolglosen ersten Zustellungsversuch enthielt.

*Versicherungsgericht, 1. Oktober 2009 (AVI 2009/27; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**9**

*Art. 42 ATSG (SR 830.1). Art. 29 BV (SR 101).* Rechtliches Gehör. Indem die Verwaltung einen anlässlich des Einwands eingereichten Arztbericht in ihrer Verfügung nicht berücksichtigte, verletzte sie das rechtliche Gehör. Von einer Rückweisung wurde abgesehen. Allerdings wurde die Gehörsverletzung im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsfolgen berücksichtigt, indem der obsiegenden Beschwerdegegnerin die Hälfte der Gerichtskosten auferlegt und sie zur Zahlung einer reduzierten Parteientschädigung von Fr. 1750.– verpflichtet wurde.

*Versicherungsgericht, 7. September 2009 (IV 2008/114; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**10**

*Art. 61 lit. b ATSG (SR 830.1).* Keine Ansetzung einer Nachfrist zur Beschwerdeverbesserung, wenn der Rechtsvertreter, der den Beschwerdeführer bereits im Einspracheverfahren vertreten hat, unter Hinweis auf eine reduzierte Arbeitsfähigkeit ohne materielle Begründung um eine Nachfrist für die Beschwerdebegründung ersucht. Nichteintreten auf die Beschwerde.

*Versicherungsgericht, 16. Januar 2009 (UV 2008/66; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**11**

*Art. 61 lit. g ATSG (SR 830.1).* Frage des Anspruchs auf Parteientschädigung, wenn ein Arzt als Rechtsvertreter seines Patienten auftritt.

Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 126 V 11 Erw. 2 mit Verweis auf die nicht publizierte Erw. 7 in BGE 122 V 230) kann auch ein Arzt als qualifizierter Rechtsvertreter gegenüber dem Gericht die Interessen einer Partei wahrnehmen. Vorliegend liess sich nicht bestreiten, dass die Rechtsvertretung durch den Oberarzt der Psychiatrischen Klinik X. als qualifiziert zu betrachten war. Es deutete jedoch nichts auf eine Entgeltlichkeit des Vertretungsverhältnisses hin; vielmehr liess insbesondere die Vollmacht auf Unentgeltlichkeit schliessen. Zudem wurde aus der Vollmacht ein beträchtliches Eigeninteresse der Psychiatrischen Klinik X. erkennbar, weshalb der Anspruch auf eine Parteientschädigung entfiel.

*Versicherungsgericht, 26. Mai 2009 (KV 2008/14; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**12**

*Art. 87 Abs. 3 und 4 IVV (SR 831.201).* Auf eine Anmeldung nach vorgängiger formell rechtskräftiger Leistungsabweisung muss eingetreten werden, wenn aufgrund einer zwischenzeitlich geänderten Rechtslage (Gesetzesänderung oder Rechtsänderung) neu ein Leistungsanspruch in Frage kommt. In diesen Fällen ist die Glaubhaftmachung einer erheblichen Sachverhaltsveränderung gemäss Art. 87 Abs. 4 i.V. m. Art. 87 Abs. 3 IVV nicht notwendig.

*Versicherungsgericht, 20. Januar 2009 (IV 2008/374; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**13**

*Art. 3 Abs. 1 lit. g ELG (SR 831.30).* Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens bei einem Teilinvaliden. Vorliegend erschien die Verschlechterung des Gesundheitszustands des Versicherten seit der letzten medizinischen Beurteilung durch die IV-Stelle zwar als glaubhaft. Weil der Versicherte als Witwer bei einem Invaliditätsgrad von 41 Prozent jedoch bereits eine ganze Rente bezog, hatte er gegenüber der IV kein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines Rentenrevisionsverfahrens. Deswegen war die EL-Durchführungsstelle nicht – wie sonst üblich – an die Invaliditätsbemessung durch die IV gebunden, sondern hatte selbstständig die notwendigen medizinischen Abklärungen vorzunehmen, um die Restarbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers zuverlässig einschätzen zu können.

*Versicherungsgericht, 22. Januar 2009 (EL 2008/10; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**14**

*Art. 7 ELV (SR 831.301).* Art. 1 VO über die nach ELG anrechenbare Tagespauschale (sGS 351.52). Art. 61 lit. g ATSG (SR 830.1). Für das im Heim lebende Kind einer rentenbeziehenden Person ist eine gesonderte EL-Berechnung vorzunehmen, obwohl es keinen eigenen EL-Anspruch begründen kann.

Auch unter der Geltung der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen st.gallischen Verordnung über die nach ELG anrechenbare Tagespauschale ist für den Aufenthalt im Kinderheim eine Tagespauschale von maximal Fr. 270.– (gemäss Art. 1 Abs. 4 jener Verordnung) anzurechnen.

Anspruch des aus eigenem Recht prozessierenden Sozialamts auf Parteientschädigung bejaht.

*Versicherungsgericht, 11. August 2009 (EL 2007/40; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**15**

*Art. 52 und 53 Abs. 2 BVG (SR 831.40).* Verantwortlichkeit einer Expertin für berufliche Vorsorge gegenüber einer Vorsorgeeinrichtung. Eine zivilprozessuale Streitverkündung als Basis für eine Prozessbeteiligung Dritter durch blosser Erklärung einer Streitpartei ist im Sozialversicherungsprozess nicht vorgesehen. Anstelle solcher Interventionen kennt der Verwaltungsprozess die Beiladung. Voraussetzung ist unter anderem, dass eine direkte Rückwirkung auf eine – sozialversicherungsrechtliche – Rechtsbeziehung zwischen der Hauptpartei und den Mitinteressierten in Aussicht steht. Beispielsweise genügt die einer mitinteressierten Gemeinde drohende Staatshaftung nicht für eine Beteiligung im Prozess um den Erlass einer EL-Rückforderung (vgl. Entscheid des st.gallischen Versicherungsgerichts vom 3. November 2003 i/S. M. G. [EL 2003/33]; bestätigt durch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 06.06.2005 [P 62/04] in gleicher Sache). Nachdem eine direkte Rückwirkung auf (sozialversicherungsrechtliche) Rechtsbeziehungen zwischen der Hauptpartei und den Personen und Institutionen, welchen von der Beklagten der Streit verkündet wurde (mehrere Stiftungsräte, der Kanton X. sowie die Kontrollstelle Y.), nicht in Aussicht stand, entfiel konkret nicht nur die Streitverkündung, sondern auch eine Beiladung.

Streitig war in materieller Hinsicht, ob bei der Teilliquidation auch den Rentnern freie Mittel in Form einer dauernden Rentenerhöhung zugewiesen werden durften. Die von der Klägerin (Vorsorgeeinrichtung) als Schaden geltend gemachte Vermögensverminderung stellte Folge der individuellen Gutschrift der freien Mittel (Rentenerhöhungen) dar. Letztere war jedoch von der Beklagten (Expertin für berufliche Vorsorge) weder beantragt noch befürwortet worden. Hieraus liess sich somit kein widerrechtliches Verhalten der Beklagten ableiten. Im Weiteren zeigten die Gutachten von Prof. A. und von Dr. B., dass hinsichtlich der streitigen Frage der Zuweisung von freien Mitteln an Rentenbezüger offensichtlich verschiedene Standpunkte von Personen vertreten wurden, welche mit Belangen der beruflichen Vorsorge und insbesondere auch der Durchführung von Teilliquidationen zweifellos vertraut waren. Schon aus diesem Grund war die Rechtswidrigkeit der Zuweisung eines Anteils an freien Mitteln an die Rentenbezüger bei der hier streitigen Teilliquidation in Frage gestellt. Aus den Darlegungen des Gutachters Dr. B. ergab sich klar, dass bei der Verteilung von freien Mitteln die aktiven Versicherten und die Rentner nach dem Grundsatz der relativen Gleichbehandlung berücksichtigt werden müssen. Hieraus liess sich die Kompetenz des Stiftungsrates begründen, anlässlich einer Teilliquidation die den verbleibenden Versichertengruppen zustehenden Anteile am freien Vermögen effektiv zu verteilen und auf diesem Weg

für die Rentenbezüger eine Rentenerhöhung zu finanzieren. Ein widerrechtliches Handeln der Beklagten war damit nicht dargetan.

*Versicherungsgericht, 21. April 2009 (BV 2006/16, abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

*-> bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 29. September 2009 (9C\_421/2009)*

## 16

*Art. 6 UVG (SR 832.20).* Unfallkausalität von gesundheitlichen Beschwerden. Beweis des Leistungseinstellungsgrundes.

Im Gutachten X. wurde festgehalten, es könne davon ausgegangen werden, dass die unfallkausalen neuropsychologischen Restbeschwerden innerhalb der nächsten drei bis sechs Monate in dem Ausmass überwunden werden könnten, dass wiederum eine volle Arbeitsfähigkeit (im bisherigen Beruf) möglich sein sollte. Dabei handelte es sich lediglich um eine Prognose, welche sich im Anschluss an die Begutachtung nicht bestätigte. Ebenfalls hypothetischen Charakter hatte die Feststellung der Gutachter, wonach die «wahrscheinlich nicht allein auf das Unfallereignis zurückzuführenden» – und damit offenbar auch nach dieser Beurteilung teilweise unfallkausalen – Restbeschwerden aufgrund des zervikalen Schmerzsyndroms und des intermittierenden Lumbovertebralsyndroms mit physiotherapeutischen Massnahmen (von ein bis zwei Monaten Dauer) bzw. einem Heimprogramm behandelbar seien. Daraus lässt sich auf jeden Fall keine Erreichung des status quo ante im Einstellungszeitpunkt herleiten.

Eine Einstellung von Leistungen ohne Kenntnis der in einem Gutachten festgehaltenen (prognostischen) Behandlungsvorschläge auf Seiten der betroffenen Person bzw. ohne Abwarten des Behandlungsergebnisses kommt bei Vorliegen von unbestrittenermassen unfallkausalen Beschwerden nicht in Betracht. Der Einstellungsgrund ist von der Unfallversicherung nachzuweisen. Dieser Beweis kann auf der Basis von prognostischen Überlegungen nicht gelingen.

*Versicherungsgericht, 10. März 2009 (UV 2008/27; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**17**

*Art. 14 Abs. 2 AVIG (SR 837.0).* Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit. Die Reduktion der Unterhaltsbeiträge infolge Pensionierung des Ehemanns der Beschwerdeführerin ist als «ähnlicher Grund» im Sinn von Art. 14 Abs. 2 AVIG zu betrachten und führt zu einer Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit. Die Pensionierung des Ehemanns war für die Beschwerdeführerin insofern überraschend und nicht vorhersehbar, als dieser anlässlich der Anhörung im Scheidungsverfahren angegeben hatte, über das ordentliche Pensionierungsalter hinaus beruflich tätig sein zu wollen. In der Folge liess er sich entgegen dieser Aussage doch ordentlich pensionieren, weshalb sich die Beschwerdeführerin gezwungen sah, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen bzw. auszudehnen.

*Versicherungsgericht, 5. Oktober 2009 (AVI 2009/31; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**18**

*Art. 16 Abs. 2 lit. a und 30 Abs. 1 lit. d AVIG (SR 837.0). Art. 19 Abs. 5 ArG (SR 8 22.11).* Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen Ablehnung einer zumutbaren Arbeit.

Die im Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG) aufgestellten Schutzbestimmungen gelten auch im Bereich der Arbeitslosenversicherung. Nach Art. 19 Abs. 5 ArG darf ein Arbeitgeber eine arbeitnehmende Person nicht ohne deren Einverständnis für Sonntagsarbeit heranziehen. Diese Schutzbestimmung muss auch für arbeitslose Personen, bei denen Sonntagsarbeit nicht berufssüblich ist, ihre Wirkung in dem Sinne entfalten, dass sie die Pflicht zur Annahme jeder Arbeit einschränkt. Folglich ist die vom RAV zugewiesene Stelle aufgrund der verlangten Sonntagsarbeit als unzumutbar im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. a AVIG zu qualifizieren. Aufhebung der verfügten Einstellung in der Anspruchsberechtigung.

*Versicherungsgericht, 8. Juni 2009 (AVI 2008/62; abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**19**

*Art. 5 und Art. 9 Abs. 3 ZUG (SR 851.1).* Kriterien zur Beurteilung, ob ein Eintritt in ein Heim erfolgte.

*Verwaltungsgericht, 21. April 2009*

Der suchtkranke R. S. war seit 1. Juni 1997 in F. (Kanton Bern) angemeldet. Am 15. September 2006 meldete er sich ab und am 18. September 2006 in der Gemeinde C. (Kanton St.Gallen) an. Gleichentags zog er in die Wohngemeinschaft A. in C., wo er bis Ende Juni 2007 blieb. Im Juli 2007 verbrachte er Ferien in Italien. Dort erlitt er einen Rückfall, worauf er am 1. August 2007 zur stationären Behandlung in die Kantonale Psychiatrische Klinik Wil eintrat. In der Folge beantragte er bei der Gemeinde C., er sei zu verbeiständen. Der Gemeinderat C. ordnete hierauf eine Beistandschaft auf eigenes Begehren an. Am 21. Oktober 2007 stellte R. S. ein Gesuch um Kostengutsprache für eine stationäre Therapie in der Therapiegemeinschaft L. (Kanton Tessin). Die Gemeinde C. trat auf das Gesuch mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein. Am 11. Dezember 2007 erhob R. S. dagegen Rekurs beim Departement des Innern. Dieses teilte dem Gemeinderat C. mit, er habe subsidiäre Kostengutsprache zu leisten und danach die seiner Meinung nach zuständige Gemeinde F. um Kostenübernahme zu ersuchen. Darauf zeigte die Gemeinde C. dem Kanton Bern als ersatzpflichtigem Wohnsitzkanton von R. S. eine Notfallunterstützung an und machte einen Kostenersatzanspruch geltend. In der Folge erhob der Kanton Bern Einsprache beim Departement des Innern des Kantons St.Gallen. Dieses wies die Einsprache ab mit der Begründung, R. S. habe in C. keinen Unterstützungswohnsitz begründet, weil er während seines gesamten Aufenthalts in der Wohngemeinschaft A. gelebt habe und anschliessend in der Kantonalen Psychiatrischen Klinik in Wil betreut worden sei. Der Kanton Bern erhob Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer und die Vorinstanz sind sich einig, dass R. S. seinen Unterstützungswohnsitz bis zum 15. September 2006 in F. im Kanton Bern hatte. Strittig ist, ob dieser Unterstützungswohnsitz dort bestehen blieb bzw. ob der Beschwerdeführer die sozialhilferechtliche Unterstützung, die der Gemeinderat C. für seinen Aufenthalt in der Therapiegemeinschaft L. als Notfallhilfe leistet, zurückzuerstatten hat.

2.1. Der Unterstützungswohnsitz beginnt mit der tatsächlichen Niederlassung, wobei weder an die Absicht noch an die Dauer des Verbleibens zu strenge Anforderungen gestellt werden; massgebend ist vielmehr, dass sich der Lebensmittelpunkt wirklich am neuen Ort befindet, und zwar auch dann, wenn der Aufenthalt nur von kurzer Dauer ist (W.Thomet, Kommentar zum Bundesgesetz über die

Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger, Zürich 1994, Rz.100 mit Hinweisen). Unterhält eine bedürftige Person zu mehreren Orten gleichzeitig persönliche Beziehungen, so ist der Ort der intensivsten Beziehungen zu ermitteln und massgebend, d. h. der Mittel- und Schwerpunkt der Lebensbeziehungen (Thomet, a. a. O., Rz. 98 mit Hinweis). Ein Indiz für die Wohnsitzbegründung von unsteten Personen ist der länger andauernde Aufenthalt. In der Praxis wird oft eine Dauer von sechs und mehr Monaten verlangt. Eine kürzere Dauer genügt jedoch, wenn andere Elemente auf Stabilität hinweisen (Thomet, a. a. O., Rz. 108 mit Hinweis auf BGE 92 I 221).

Bei Ausländern gilt die Ausstellung einer Anwesenheitsbewilligung nach Art. 4 Abs. 2 ZUG als Wohnsitzbegründung, wenn nicht nachgewiesen ist, dass der Aufenthalt schon früher oder erst später begonnen hat oder nur vorübergehender Natur ist. Diese Vorschrift besagt, dass bei der Ausstellung einer Anwesenheitsbewilligung für Ausländer die Wohnsitzbegründung vermutet wird. Es muss indessen in jedem Fall geprüft werden, ob die beiden Wohnsitzvoraussetzungen, der tatsächliche Aufenthalt und die Absicht dauernden Verbleibens, gegeben sind. In diesem Sinn kann der Besitz einer fremdenpolizeilichen Anwesenheitsbewilligung nur als Indiz für einen bestehenden Wohnsitz betrachtet werden. Bei Ausländern, die im Besitz einer Niederlassungsbewilligung sind, kann am ehesten von der Absicht dauernden Verbleibens und damit von der Wohnsitzbegründung ausgegangen werden, wenn auch der tatsächliche Aufenthalt gegeben ist (Thomet, a. a. O., Rz. 107).

Die gesetzliche Vermutung von Art. 4 Abs. 2 ZUG entfällt, wenn eine der besonderen Bestimmungen des ZUG zur Anwendung kommt (BGE vom 7. Juni 2000, 2A.603/1999, mit Hinweis auf Thomet, a. a. O., Rz. 106). Eine solche Bestimmung ist Art. 5 ZUG. Danach begründen der Aufenthalt in einem Heim, einem Spital oder einer anderen Anstalt und die behördliche oder vormundschaftliche Versorgung einer mündigen oder entmündigten Person in Familienpflege keinen Unterstützungswohnsitz. Art. 9 Abs. 3 ZUG legt fest, dass der Eintritt in ein Heim, ein Spital oder eine andere Anstalt sowie die behördliche oder vormundschaftliche Versorgung einer mündigen oder entmündigten Person in Familienpflege einen bestehenden Unterstützungswohnsitz nicht beendigen.

Im Gegensatz zum zivilrechtlichen Wohnsitz bleibt der einmal begründete Unterstützungswohnsitz nicht bis zum Erwerb eines neuen bestehen (BBI 1990 I 49 ff.). Der Bedürftige verliert seinen bisherigen Unterstützungswohnsitz nach Art. 9 Abs. 1 ZUG, wenn er aus dem Wohnkanton wegzieht (vgl. auch BGE vom 23. September 2003, 2A.253/2003). «Wegziehen» bedeutet, dass er dort nicht mehr wohnhaft oder niedergelassen sein will und den Ort nach Aufgabe der Unterkunft mit dem Gepäck oder mit dem gesamten Hausrat verlässt (Thomet, a. a. O., Rz. 146). Sodann ist von «wegziehen» auszugehen, wenn sich der Bedürftige an einem anderen Ort oder an wechselnden Orten im bisherigen Wohnkanton aufhält, ohne sich mit der Absicht dauernden Verbleibens niederzulassen (Thomet, a. a. O., Rz. 148 mit Hinweis auf Rz. 103).

2.2. Unbestritten ist, dass sich R. S. am 15. September 2006 in F. abgemeldet und die Wohnung, die er dort bewohnte, «gekündigt, ausgeräumt und übergeben» hat. Fest steht weiter, dass er sich am 18. September 2006 in C. angemeldet hat und gleichentags bei der Wohngemeinschaft A. eingezogen ist. Sodann wurde ihm am 21. September 2006 die Niederlassungsbewilligung C für den Kanton St.Gallen erteilt. Diese Umstände lassen vermuten, R. S. habe seinen Unterstützungswohnsitz in F. am 15. September 2006 aufgegeben und in C. Unterstützungswohnsitz begründet, es sei denn, es komme bezüglich der Zuständigkeit für Sozialhilfe eine Sondernorm zur Anwendung.

2.3. Die Vorinstanz geht davon aus, der Aufenthalt von R. S. in der Wohngemeinschaft A. in B. sei als Heimaufenthalt im Sinn von Art. 5 ZUG zu qualifizieren, weshalb der bestehende Unterstützungswohnsitz in F. gestützt auf Art. 9 Abs. 3 ZUG mit seinem Eintritt in diese Institution nicht beendet worden sei.

2.3.1. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, es treffe nicht zu, dass R. S. in die Wohngemeinschaft A. eingetreten sei bzw. dass es sich um einen Heimaufenthalt gehandelt habe. Er habe sich im September 2006 an X. Z., den Leiter dieser Wohngemeinschaft, gewandt, der ein alter Bekannter und väterlicher Freund sei. Somit habe R. S. die Unterstützung eines Freundes und nicht die Aufnahme in eine Institution angestrebt, was auch im Kanton Bern möglich gewesen wäre. Dementsprechend sei der Aufenthalt von R. S. in A. ohne konkrete Vereinbarung erfolgt. Weder die Dauer des Aufenthalts noch dessen Finanzierung seien festgelegt worden. X. Z. habe denn auch zu Protokoll gegeben, es habe sich einerseits um einen Freundschaftsdienst gehandelt, andererseits habe er R. S. bei der Bewältigung seiner Probleme unterstützen und ihm Halt geben wollen.

2.3.2. Nicht nur der unfreiwillige, sondern auch der freiwillige Aufenthalt in einem Heim, mit dem Zweck, dort auf unbestimmte Zeit zu wohnen, schliesst nach Art. 5 ZUG die Begründung eines neuen Unterstützungswohnsitzes aus. Das Gesetz nimmt es bewusst in Kauf, dass jemand, der freiwillig in ein Heim eintritt und am Ort des Heimes zivilrechtlichen Wohnsitz begründet, bei Bedürftigkeit seinen Unterstützungswohnsitz dort hat, wo er vor dem Heimeintritt seinen Lebensmittelpunkt hatte (Thomet, a. a. O., Rz. 109).

Im ZUG wird der Heimbegriff nicht definiert. Ein Heim liegt in der Regel bei einem organisierten, von Angestellten besorgten kollektiven Haushalt vor, welcher den Bewohnern gegen Entgelt Unterkunft, Verpflegung und Dienstleistungen, namentlich Betreuung bietet (BGE vom 7. Juni 2000, 1A.603/1999 mit Hinweis auf Thomet, a. a. O., Rz. 111). Als Beurteilungskriterien kommen die Art und das Mass der gebotenen Dienstleistungen, der Grad der feststellbaren Fremdbestimmung sowie der Abhängigkeitsgrad der betroffenen Person in Frage (BGE vom 7. Juni 2000, 1A.603/1999 mit Hinweis auf BBl 1990 I 59 und Thomet, a. a. O., Rz. 110 f.). Das Bundesgericht hat die Aussenstelle einer Grossfamilie als Heim im Sinn des ZUG anerkannt. In dieser Aussenstelle bestanden ein Grundprogramm, ein Therapiekonzept und eine Hausordnung (ZBl 1997 S. 414 E. 2c). Es hat ferner den Heim-

charakter der Austrittswohnung einer Therapiegemeinschaft bejaht (unveröffentlichtes Urteil vom 17. Januar 2000 i. S. Politische Gemeinde A. gegen B., Therapiegemeinschaft C., Departement für Finanzen und Soziales sowie Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau). In jenem Fall lag ein erheblicher Fremdbestimmungsgrad vor, bestanden doch Vorschriften in Bezug auf obligatorische Gruppensitzungen sowie in Bezug auf die Freizeitgestaltung und den Umgang mit Alkohol, Medikamenten und Drogen. Sodann hat das Bundesgericht das «Begleitete Wohnen» als Heim im Sinn des ZUG qualifiziert (BGE vom 7. Juni 2000, 2A.603/1999). Primär geht es darum, die Wohnkompetenz von Mieterinnen und Mietern zu fördern. Das «Begleitete Wohnen» vermietet möblierte Zimmer in verschiedenen Liegenschaften in der Stadt Zürich. Dabei wird die Beziehung zwischen den Bewohnern und dem «Begleiteten Wohnen» in einem Untermietvertrag mit Allgemeinen Bestimmungen und Hausordnung vertraglich geregelt.

2.3.3. Fraglich ist, ob es sich bei der Wohngemeinschaft A., wo R. S. lebte, um ein Heim im Sinn von Art. 5 ZUG handelt. Im angefochtenen Entscheid wird dazu lediglich ausgeführt, die Wohngemeinschaft A. unterstütze Menschen in schwierigen Lebenssituationen. Nähere Angaben über die Art der angebotenen Dienstleistungen, den Grad der Fremdbestimmung und der Abhängigkeit der Mitglieder der Wohngemeinschaft fehlen. Bei den Akten liegt sodann eine provisorische Bewilligung des Amtes für Soziales, aus der geschlossen werden muss, X. Z. sei nur bis zum 30. September 2004 berechtigt gewesen, unmündige Personen zu betreuen.

Der Internetseite A. kann zwar entnommen werden, dass im A. Jugendliche beiderlei Geschlechts im Alter von 16 bis 22 Jahren in schwierigen Lebenssituationen betreut werden und dass sie bei der sozialen, schulischen und beruflichen Wiedereingliederung Unterstützung erhalten. Danach ist das A. geeignet für junge Menschen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen und die weder drogensüchtig noch gewalttätig sind und die sich nicht in einer akuten psychischen Krise befinden. Gemäss Leitbild wird den Jugendlichen durch das Umfeld, das Geborgenheit und Vertrauen vermittelt, ermöglicht, im Entwicklungsprozess einen konstruktiven, zukunftsorientierten Weg zu gehen. Das Team richtet sein Augenmerk in erster Linie auf die Fähigkeiten und Entwicklungsmöglichkeiten der Jugendlichen. Es bestehen drei Gemeinschaften: Wohngemeinschaft A. mit zwei Plätzen, Wohngemeinschaft M. mit sechs Plätzen, und Aussenwohngruppe N. mit drei Plätzen. Auch auf Grund dieser Angaben bleibt insbesondere unbeantwortet, ob die Wohngemeinschaft A., wo sich R. S. aufhielt, auf Grund der dort angebotenen Dienstleistungen und der Strukturen als Heim im Sinn von Art. 5 ZUG bezeichnet werden kann.

2.3.4. Entscheidend ist indessen, dass im vorliegenden Fall ohnehin nicht von einem Heimeintritt gesprochen werden kann. R. S. war im Jahr 2006 über 40 Jahre alt und gehörte offensichtlich nicht zur Zielgruppe der Institution. Sodann war die Suchtproblematik akut und er befand sich in einer schweren psychischen Krise. R. S. hätte nach den Aufnahmekriterien der Wohngemeinschaften, wie sie auf ihrer Homepage formuliert werden, somit gar nicht aufgenommen werden dürfen. Hin-

zu kommt, dass der Leiter der Wohngemeinschaft A. dem Gemeinderatsschreiber von C. zu Protokoll gegeben hat, er kenne R. S. seit über 20 Jahren, als dieser Mitglied der Wohngemeinschaft A. gewesen sei. Über die Jahre habe er mit ihm einen losen Kontakt aufrecht erhalten; er sei ihm ein väterlicher Freund gewesen. R. S. sei im Jahr 2006 nach einer abgebrochenen Drogentherapie in seine Wohnung nach F. zurückgekehrt, und er habe sich bereit erklärt, den ehemaligen Schützling für eine kurze Zeit bei sich aufzunehmen; sein Aufenthalt in C. habe sich dann aber in die Länge gezogen. Es sei darum gegangen, R. S. ohne formelle Einweisung eine Schonfrist zu gewähren, bevor er wieder arbeiten könne. Eine schriftliche Vereinbarung habe nicht existiert. Es habe sich einerseits um einen Freundschaftsdienst gehandelt, andererseits habe er R. S. bei der Bewältigung seiner Probleme unterstützen und ihm in einer kritischen Zeit Halt geben wollen. R. S. habe die Krankenkassenprämien und die Arztrechnungen selber bezahlt und in A. im Stall mitgeholfen, soweit ihm das möglich gewesen sei. Zusammenfassend hat X. Z. ausgesagt, es sei nie darum gegangen, «dass R. S. einfach so für immer bleiben könnte». Für derartige Aufenthalte müsste auch die Finanzierung klar geregelt werden. Gemäss «Unterstützungsanzeige für Notfall» vom 4. Januar 2008 wurde der Aufenthalt von R. S. in der Wohngemeinschaft A. durch Arbeitsleistung abgegolten, Sozialhilfeeleistungen wurden nicht ausgerichtet.

Diese Aussagen von X. Z. sprechen dagegen, dass von Seiten der Leitung der Institution die Absicht bestand, R. S. als Mitglied in die Wohngemeinschaft A. aufzunehmen und ihn dort aus erzieherischen und therapeutischen Gründen längerfristig zu integrieren. Es ging dem Leiter der Wohngemeinschaft A. vielmehr darum, einem ehemaligen Mitglied der Wohngemeinschaft, das zu ihm im Verlauf der Jahre ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hatte, in einer schweren Lebenskrise beizustehen. Dementsprechend bestanden zwischen R. S. und X. Z. keine vertraglichen Abmachungen und R. S. hat X. Z. für Kost, Logis und Betreuung während seines Aufenthalts in C. finanziell nicht entschädigt. Von einem Eintritt in ein Heim im Sinn von Art. 5 ZUG kann somit nicht gesprochen werden. X. Z. war gemäss eigener Aussage die einzige Vertrauens- und Bezugsperson, die R. S. damals hatte, weshalb er keine andere Möglichkeit sah, als nach C. überzusiedeln. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass R. S. während seines Aufenthalts in C. nicht im privaten Haushalt von X. Z. gelebt hat, dass er in administrativer Hinsicht unterstützt worden ist und dass eine Methadonabgabe unter ärztlicher Kontrolle stattgefunden hat. In diesem Zusammenhang ohne Belang ist schliesslich, dass R. S. seine Suchtproblematik während seines Aufenthalts in C. offenbar unter Kontrolle hatte bzw. dass er während seiner Ferientaufenthalte in Italien rückfällig geworden ist, was schliesslich dazu führte, dass er im August 2007 in die Kantonale Psychiatrische Klinik in Wil eingewiesen werden musste.

2.3.5. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von einem Heimaufenthalt im Sinn von Art. 5 ZUG auszugehen ist bzw. dass R. S. in C. nicht in ein Heim eingetreten ist. Aus diesem Grund besteht

der Unterstützungswohnsitz in F. nicht von Gesetzes wegen weiter. Zu erwähnen bleibt, dass R. S. in C. zivilrechtlichen Wohnsitz begründet hat. Aktenkundig ist, dass er sich dort polizeilich angemeldet hat und dass der Gemeinderat C. für R. S. «wohnhaft in C., mit Aufenthalt in der Kantonalen Psychiatrischen Klinik Wil» eine Beistandschaft auf eigenes Begehren angeordnet hat. Dafür ist nach Art. 396 Abs. 1 ZGB die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz der der Beistandschaft bedürftigen Person zuständig.

2.4. Die Vorinstanz macht weiter geltend, ein Heimaufenthalt im Sinn von Art. 5 ZUG führe nicht dazu, dass der Unterstützungswohnsitz bei Heimeintritt unverändert bestehen bleibe und beruft sich auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 10. Juli 2007, 2A.714/2006. Danach kann der Unterstützungswohnsitz trotz ununterbrochenem Aufenthalt in einem Heim wechseln, wenn die unterstützungsbedürftige Person ihre Beziehungen zum bisherigen Kanton abbricht und in subjektiver sowie objektiver Hinsicht ein neues Verhältnis zu einem anderen Kanton begründet hat. Das Bundesgericht hat erwogen, davon sei auszugehen, wenn die wichtigsten Bezugspersonen in einen neuen Kanton zügelten und die unterstützungspflichtige Person ihnen durch eine Heimverlegung folge, sofern diese hauptsächlich nicht durch medizinische, sondern insbesondere durch familiäre Gegebenheiten begründet sei. Die Vorinstanz folgert daraus, diese Voraussetzung sei erfüllt, weil R. S. eine enge Beziehung zu seinen in F. lebenden Söhnen pflege und weil er nie die Absicht gehabt habe, sich für längere Zeit in C. niederzulassen.

Wie dargelegt, ist R. S. in C. nicht in ein Heim im Sinn des ZUG eingetreten, weshalb die Sonderregelung von Art. 5 und Art. 9 Abs. 3 ZUG bezüglich Begründung und Beendigung eines Unterstützungswohnsitzes nicht zur Anwendung kommt. Sodann bestehen keine Anhaltspunkte, wonach er in der Zwischenzeit ein neues Verhältnis zum Kanton Bern begründet haben könnte, auch wenn er gemäss Aussage von X. Z. während seiner Zeit in C. ein bis zwei Mal je Monat zu seinen Söhnen nach F. gereist ist. Der Gemeinderat C. hat am 8. Januar 2008 mit Wirkung ab 7. Januar 2008 für R. S. Kostengutsprache für eine Langzeittherapie in der Therapiegemeinschaft L. geleistet. Gemäss Therapiebericht der Institution vom 16. Mai 2008 wird R. S. seit dem 7. Januar 2008 stationär in L. behandelt und der vollständige Therapieprozess macht einen Aufenthalt von 18 bis 24 Monaten erforderlich. Gemäss «Unterstützungsanzeige für Notfall» vom 4. Januar 2008 möchte R. S. sodann nach eigenen Angaben nach der Therapie weiterhin im Kanton Tessin bleiben und dort ein normales Leben ohne Drogen führen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutgeheissen und der Entscheid der Vorinstanz aufgehoben wird. Es wird festgestellt, dass R. S. in C. nicht in ein Heim im Sinn von Art. 5 ZUG eingetreten ist und dass der Unterstützungswohnsitz im Kanton Bern deshalb nicht weiter bestanden hat.

**20**

*Art.9 und Art.11 Abs.1 SHG (sGS 381.1).* Lebt ein Sozialhilfebezüger in einer Wohngemeinschaft mit einer nicht unterstützten Person, so kann ihm nicht generell die Hälfte der tatsächlichen Wohnkosten der nicht unterstützten Person als Naturalleistung angerechnet werden, wenn die Wohnkosten über dem von der Sozialhilfe anerkannten Höchstbetrag liegen.

*Verwaltungsgericht, 3. Dezember 2009*

Aus den Erwägungen:

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

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 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). Die Richtlinien sehen für den Grundbedarf eine Pauschale nach Massgabe der Haushaltsgrösse vor. Hinzu kommen die Aufwendungen für Miete, Krankenkassenprämien und Krankheitskosten sowie weitere situationsbedingte Leistungen.

2.2. Aus Art. 11 SHG lässt sich keine konkrete betragsmässige Höhe der finanziellen Sozialhilfe ableiten; insbesondere ergibt sich aus Art. 11 Abs. 2 SHG, dass innerhalb des Kantons abweichende Ansätze zulässig sind. Die Politische Gemeinde hat daher im konkreten Einzelfall, d. h. im Rahmen der Rechtsanwendung, zu bestimmen, welche (Geld-) Leistung für den notwendigen Lebensunterhalt erforderlich ist. Dazu kann sie im Interesse eines einheitlichen und rechtsgleichen Gesetzesvollzugs Weisungen erlassen, wobei sich diese an den SKOS-Richtlinien orientieren können.

2.3. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der unterstützte X. mit seiner Lebenspartnerin in einem stabilen Konkubinat lebt. Die Lebenspartnerin bezieht eine AHV-Rente sowie Ergänzungsleistungen, aber keine Sozialhilfe.

Nach der Rechtsprechung ist in einem stabilen Konkubinat das Einkommen des Lebenspartners einer von der Sozialhilfe unterstützten Person bei der Bemessung der finanziellen Sozialhilfe anzurechnen (grundlegend GVP 1999 Nr. 11 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Dieser Rechtsprechung liegt die Vermutung zugrunde, dass der nicht unterstützte Partner dem Unterstützten gewisse Leistungen zukommen lässt. Darüber sind sich Vorinstanz und Gemeinde im Grundsatz einig.

Streitig ist im vorliegenden Fall aber, wie die anrechenbaren Wohnkosten von X. zu bemessen sind.

Das Sozialamt und der Gemeinderat haben in ihren Entscheiden die Wohnkosten für die aus zwei Personen bestehende Haushaltsgemeinschaft auf Fr. 1100.– festgelegt. Der Gemeinderat erwog, ein Konkubinatspaar solle gegenüber einem Ehepaar, welches Sozialhilfe beziehe, nicht besser gestellt sein. Bereits in der ersten Verfügung sei festgestellt worden, dass die 4½-Zimmer-Wohnung mit einer Miete von Fr. 1750.– eindeutig zu teuer sei und eine billigere Wohnung gesucht werden müsse.

Die Vorinstanz erwog, die Gemeinde hätte nicht eine Bedarfsrechnung für ein Ehepaar erstellen dürfen, sondern zunächst für die Lebenspartnerin ein erweitertes Budget gemäss den SKOS-Richtlinien (Ziff. H-10) erstellen müssen. Dieses ergäbe einen monatlichen Lebensbedarf von Fr. 2342.– (Grundbedarf für den Lebensunterhalt Fr. 735.– [Hälfte des Betrags eines Zweipersonenhaushalts]), Anteil Wohnungskosten Fr. 1200.– (tatsächliche Wohnkosten ohne Abstellplatz von Fr. 1750.– abzüglich Fr. 550.– für die anrechenbaren Wohnkosten von X.), Krankenkassenprämien Fr. 277.–, allenfalls, d. h. falls diese Kosten nicht über die Ergänzungsleistungen beglichen würden, Pauschale für Franchise und Selbstbehalte der obligatorischen Grundversicherung (1/12 der maximalen Kostenbeteiligung), Steueranteil Fr. 130.–, Versicherungsprämien für Hausrat und Haftpflichtversicherung, allenfalls Zahnbehandlungskosten bei Fälligkeit. Zum monatlichen Gesamtbedarf von Fr. 2342.– hinzuzurechnen seien die anteilmässigen Versicherungsprämien sowie allfällige situationsbedingte Leistungen. Der so ermittelte Betrag sei vom Gesamteinkommen der Lebenspartnerin abzuziehen. Somit müsste diese X. mit weniger als Fr. 162.– unterstützen. Dieser bzw. der nach Abzug der erwähnten weiteren Aufwandpositionen noch reduzierte Betrag wäre X. als Einkommen anzurechnen. Der Unterstützungsbedarf von X. ergäbe sich durch die Gegenüberstellung des anrechenbaren Einkommens und seinem Lebensbedarf. Der Lebensbedarf von X. setze sich folgendermassen zusammen: hälftiger Anteil des Grundbedarfs für den Lebensunterhalt Fr. 735.–, Anteil Wohnungskosten Fr. 550.–. Der Anteil Wohnungskosten entspreche zwar nicht dem hälftigen Anteil der tatsächlichen Wohnkosten von Fr. 1790.– (inkl. Nebenkosten sowie Abstellplatz). Das Departement habe im rechtskräftigen Rekursentscheid vom 15. Januar 2008 festgehalten, dass die Reduktion des auszurichtenden Anteils an die Wohnungskosten auf Fr. 550.– ab 1. Oktober 2007 gerechtfertigt sei und einen diesbezüglichen Rekurs von X. Y. abgewiesen.

Die Gemeinde führt aus, der Rekursentscheid berücksichtige den von der Lebenspartnerin anzurechnenden Beitrag an den Unterstützungsbedarf von X. falsch. Die im Entscheid mit Fr. 1200.– berücksichtigten Wohnkosten seien auf Fr. 550.– herabzusetzen. Bei Unterstützung einer Person in einem stabilen Konkubinatspaar müsse sich auch der nicht unterstützte Partner anrechnen lassen, dass eine überhöhte Miete nur so lange beachtet werden könne, bis eine günstigere Lösung zur Verfügung stehe (vgl. SKOS-Richtlinien H.10–4). Das Konkubinatspaar bewohne seit seinem Zuzug nach S. eine 4½-Zimmer-Wohnung mit einem monatlichen Miet-

zins von Fr. 1790.– (inkl. Nebenkosten und Abstellplatz). Das Departement des Innern habe mit rechtskräftigem Entscheid vom 15. Januar 2008 die vom Sozialamt vorgenommene Reduktion der Miete auf Fr. 1100.– ab 1. Oktober 2007 geschützt. Obwohl entsprechender Wohnraum auch in S. verfügbar und das Konkubinatspaar weder aus beruflichen noch aus persönlichen Gründen an den Standort S. gebunden sei, erachte es das Paar nicht als notwendig, entsprechende Räumlichkeiten zu beziehen. Es könne nicht Sache der Gemeinde sein, mittelbar Luxus zu finanzieren. Der Wohnanteil der Lebenspartnerin sei daher auf Fr. 550.– festzulegen. Anerkannt würden anrechenbare Krankenkassenprämien von Fr. 277.– sowie Steuern von Fr. 130.–.

Der Streit dreht sich somit um die Frage, welcher Anteil an Leistungen bei der Bedarfsberechnung von X. anzurechnen ist. Zutreffend weist die Gemeinde darauf hin, dass nach den SKOS-Richtlinien bei einem gefestigten Konkubinat eine überhöhte Miete nur so lange angerechnet wird, bis eine zumutbare günstigere Lösung zur Verfügung steht.

Im Grundsatzurteil des Verwaltungsgerichts vom 1. Juli 1999 (GVP 1999 Nr. 11) bewohnte das Konkubinatspaar eine bescheidene Liegenschaft mit einem amtlichen Mietwert von Fr. 800.– pro Monat, wobei der Lebenspartner der sozialhilfebedürftigen Person Mitglied der Erbengemeinschaft war, der die Liegenschaft gehörte. Jenem Urteil lassen sich somit bezüglich der Anrechnung der Wohnkosten keine wegleitenden Grundsätze entnehmen. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz von den Wohnkosten von Fr. 1750.– (ohne Abstellplatz) den hälftigen Anteil von X. für Wohnkosten von Fr. 550.– abgerechnet. Dabei stellte sie nicht in Frage, dass Wohnkosten von Fr. 1750.– für zwei Personen im Lichte der sozialhilferechtlichen Bedürfnisse übersetzt sind. Allerdings beruht die gegenseitige Anrechnung bei Lebensgemeinschaften, bei denen lediglich eine Person unterstützt wird, auf der Tatsachenvermutung, dass die nicht unterstützte Person der Sozialhilfe beziehenden Person Leistungen zukommen lässt. Bewohnt die nicht unterstützte Person eine Wohnung, welche mehr als das sozialhilferechtlich anrechenbare Minimum kostet, so kann nicht generell von der Fiktion ausgegangen werden, der unterstützten Person fliesse Einkommen in Form von übersetzten Wohnkosten zu. In solchen Fällen ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass das Wohnen eine Naturalleistung darstellt, die nicht ohne Weiteres mit finanziellen Aufwendungen verrechnet werden kann. Die unterstützte Person kann zwar nicht Sozialhilfe für einen hälftigen Anteil einer kostspieligen Wohnung beanspruchen. Andererseits kann der Umstand, dass die nicht unterstützte Lebenspartnerin X. in ihrer Wohnung aufnimmt, der Lebenspartnerin nicht als Geldleistung zugunsten ihres Partners angerechnet werden. Im Grundsatz ist es zutreffend, dass Konkubinatspartner bei der Sozialhilfe nicht besser gestellt werden dürfen als Eheleute. Auch bei der Ermittlung des anrechenbaren Einkommens bei der Alimentenbevorschussung dürfen Leistungen des Konkubinatspartners berücksichtigt werden (GVP 2002 Nr. 46). Andererseits darf im Rahmen der Anwendung der sozialhilferechtlichen Normen keine im Gesetz nicht vorgesehene Unterstützungspflicht begründet werden. Insbeson-

dere ist die Art der Leistungen zu berücksichtigen. Es geht daher nicht an, der nicht unterstützten Person generell fiktive Leistungen an den Partner anzurechnen, sobald ihre Wohnung mehr als das sozialhilferechtliche Minimum kostet. In den Richtlinien wird festgehalten, es werde derjenige Mietzinsanteil angerechnet, welcher nicht im Budget der unterstützten Person berücksichtigt werde. Bei nicht unterstützten Personen kann aber nicht jede Miete, welche nur geringfügig über dem sozialhilferechtlich anrechenbaren Betrag liegt, als überhöht qualifiziert werden. Die Lebensgemeinschaft mit einer Person, die Sozialhilfe bezieht, darf den nicht unterstützten Lebenspartner nicht automatisch verpflichten, seinen Wohnaufwand auf das sozialhilferechtliche Minimum zu reduzieren. Die Beschwerde erweist sich daher in diesem Punkt als unbegründet. Soweit die Gemeinde festhält, das Konkubinatspaar sei weder aus beruflichen noch aus persönlichen Gründen an den Standort S. gebunden, ist sie mit Nachdruck auf das in Art. 25 SHG verankerte Verbot der Abschiebung hinzuweisen.

**21**

*Art. 2 Abs. 2 GIVU (sGS 911.51).* Rückwirkende Alimentenbevorschussung. Keine Neuanschuldung zur Bevorschussung ist nötig, wenn der Anspruch auf Bevorschussung an sich unbestritten ist, die Bevorschussung jedoch wegen Unklarheiten in Bezug auf die Höhe der zu bevorschussenden Beiträge eingestellt wurde. Nach Art. 2 Abs. 2 GIVU werden Unterhaltsbeiträge bevorschusst, die ab Beginn des Monats fällig werden, in dem die Anmeldung des Anspruchs erfolgt, und die in den letzten drei Monaten vor Anmeldung des Anspruchs fällig geworden sind. Nachdem die Rekurrentin die Unterhaltsbeiträge für ihre Kinder jahrelang bevorschusst erhalten hatte, stellte das Sozialamt die Bevorschussung per Dezember 2007 (ohne formelle Verfügung) ein, da per jenem Zeitpunkt eine Änderung in Bezug auf die Höhe der zu bevorschussenden Unterhaltsbeiträge eingetreten war und diese betraglich nicht mehr exakt festgesetzt, sondern in Abhängigkeit vom Einkommen des Unterhaltsschuldners zu bemessen waren. In der Folge liess die Rekurrentin die Unterhaltsbeiträge gerichtlich abändern bzw. betraglich fixieren. Das Sozialamt sah in der Zustellung des betreffenden Entscheids eine Neuanschuldung der Bevorschussung und gewährte die Bevorschussung für die Zukunft sowie für die drei dem Entscheid vorangehenden Monate. Die Rekurrentin beantragte die nahtlose rückwirkende Bevorschussung ab Dezember 2007. In diesem Punkt wurde der Rekurs gutgeheissen.

*Versicherungsgericht, 12. November 2009 (ABV 2009/1, abrufbar im Internet unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch))*

**4. Arbeit und Gewerbe**

---

**22**

*Art. 10 Abs. 1 und 3 Satz 2 GIG (SR 151.1).* Die provisorische Wiedereinstellung für die Dauer des Verfahrens betreffend Kündigungsanfechtung setzt voraus, dass der zur Beschwerde Anlass gebende Missstand im Zeitpunkt des innerbetrieblichen Vorbringens von der Arbeitnehmerin als geschlechtsspezifische Diskriminierung empfunden und dem Arbeitgeber entsprechend mitgeteilt worden ist.

*Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht, 18. September 2009*

Aus den Erwägungen:

1. Wird die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, wie im vorliegenden Fall, als diskriminierend angefochten, so kann das Gericht für die Dauer des Verfahrens die provisorische Wiedereinstellung anordnen, wenn es als wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind; und diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn die Kündigung ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer folgt (Art. 10 Abs. 1 und 3 Satz 2 GIG).

In casu erfolgte die Kündigung weder auf eine Anrufung der Schlichtungsstelle noch auf eine Anrufung des Gerichts. Zu prüfen bleibt, ob sie auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung erfolgte und – gegebenenfalls – ob diese Beschwerde begründeten Anlass zur Kündigung gab.

2. Unter den Tatbestand der innerbetrieblichen Beschwerde über eine Diskriminierung subsumiert die Klägerin ihre behaupteten Ersuche um Lohnerhöhung vom 2. Juli, 18. Juli und 5. November 2007. Die Beklagte hält dagegen, die Klägerin habe sich zu keiner Zeit über eine Diskriminierung durch die Arbeitgeberin beschwert oder eine Erhöhung ihres Lohnes im Allgemeinen gefordert. Der Vorderrichter folgte der Argumentation der Beklagten; er verneinte den Tatbestand der innerbetrieblichen Beschwerde über eine Diskriminierung schon deshalb, weil die Klägerin ihre Begehren nicht mit einer Geschlechterdiskriminierung begründet habe.

Dem Vorderrichter ist beizupflichten. Bei der Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs «Beschwerde über eine Diskriminierung» ist zunächst davon auszugehen, dass es sich bei der geschlechtsbezogenen diskriminierenden Kündigung gemäss Art. 10 Abs. 1 GIG um eine besondere Art, um einen Anwendungsfall der missbräuchlichen Kündigung handelt (Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, V 2c, Art. 319 – 362 OR, Zürich 1996, N 9 zu Art. 336 OR). Ähnlich wie bei Art. 336 Abs. 1 lit. d OR geht es auch im Gleichstellungsgesetz darum, dass die betroffene Arbeitnehmerin oder der betroffene Arbeitnehmer vertragliche oder gesetzliche Ansprüche geltend gemacht hat. Im Unterschied zur obligationenrechtlichen Rachekündigung wird durch Art. 10 GIG jedoch nicht jede missbräuchlich gekündigte Partei, sondern nur diejenige geschützt, die sich über eine geschlechtsbezogene Diskriminierung – namentlich über die Verletzung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit – beklagt (Philipp Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel 1998, 190 mit Beispielen ausnahmslos geschlechtsbezogen begründeter Beschwerden). Die Regelung bezweckt, der – in der Angst vor Verlust des Arbeitsplatzes begründeten – Zurückhaltung der Frau entgegenzuwirken, ihren Anspruch auf Gleichbehandlung geltend zu machen. Der Kündigungsschutz beginnt, wenn die Arbeitnehmerin sich innerbetrieblich beim Arbeitgeber, einem Vorgesetzten oder einem anderen zuständigen

Organ über eine mögliche Diskriminierung beklagt (Botschaft zum Gleichstellungsgesetz vom 24. Februar 1993; BBl 1993 I 1248 ff., 1307, 1309).

Es ist also, entgegen der Auffassung der Klägerin, sehr wohl erforderlich, dass der Beschwerdegrund (hier implizit, der Lohn sei zu tief) erstens von ihr selber subjektiv als geschlechtsspezifische Diskriminierung empfunden und dann zweitens dem Arbeitgeber auch entsprechend mitgeteilt worden ist; in einem solchen Fall würde es – selbst wenn keine Diskriminierung vorlag – sogar genügen, wenn sie nur in guten Treuen angenommen hätte, sie würde diskriminiert (Kathrin Klett, Schutz vor Rachekündigungen, in Ivo Schwander/René Schaffhauser [Hrsg.], Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, St.Gallen 1996, 161 ff., 173). Was aber nicht angeht, ist, die Beschwerde über einen Missstand, dem im Zeitpunkt des innerbetrieblichen Vorbringens keinerlei geschlechtsspezifische Dimension beigemessen wird, im Zusammenhang mit einer später eingebrachten Kündigungsanfechtung und Lohnnachforderungsklage gleichsam mit Wirkung ex tunc in eine Beschwerde über eine Diskriminierung gemäss Art 10 Abs. 1 GIG umzufunktionieren.

## 23

*Art. 16 TourG (sGS 575.1).* Die Kurtaxe wird als Kostenanlastungssteuer bei jenen Personen erhoben, die typischerweise die Möglichkeit haben, das touristische Angebot einer bestimmten Gemeinde zu nutzen, in der sie nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind. Die Bemessung dieser Sondersteuer erfolgt anders als bei Vorzugslasten nicht nach konkret nachgewiesenen Vorteilen, sondern abstrakt aufgrund schematisch festgelegter Kriterien.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 9. Januar 2009*

Aus den Erwägungen:

2. Im Streit liegt die pauschale Kurtaxe des Jahres 2008 für das als Ferienhaus genutzte Wohnhaus des Rekurrenten in Wildhaus.

a) ...

b) aa) Bei der Kurtaxe handelt es sich nach der neueren Terminologie um eine Kostenanlastungssteuer. Unter diesen Begriff fallen Sondersteuern, welche einer bestimmten Gruppe von Pflichtigen auferlegt werden, weil diese Personen zu bestimmten Aufwendungen des Gemeinwesens eine nähere Beziehung haben als die Gesamtheit der Steuerpflichtigen. Solche Abgaben haben eine gewisse Verwandtschaft zur Vorzugslast, doch unterscheiden sie sich von dieser dadurch, dass

kein individueller, dem einzelnen Pflichtigen zurechenbarer Sondervorteil vorliegen muss, der die Erhebung der Abgabe rechtfertigt. Es genügt, dass die betreffenden Aufwendungen des Gemeinwesens dem abgabepflichtig erklärten Personenkreis eher anzulasten sind als der Allgemeinheit, sei es, weil diese Gruppe von den Leistungen generell (abstrakt) stärker profitiert als andere oder weil sie – abstrakt – als hauptsächlicher Verursacher dieser Aufwendungen angesehen werden kann. Die Kostenanlastungsabgabe stellt, da sie voraussetzungslos erhoben wird, eine Steuer dar. Sie steht aber in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung. Eine derartige Sondersteuer setzt voraus, dass sachlich haltbare Gründe bestehen, die betreffenden staatlichen Aufwendungen der erfassten Personengruppe anzulasten. Zudem muss die allfällige Abgrenzung nach haltbaren Kriterien erfolgen. Die Kostenanlastung an den erfassten Personenkreis muss nach einem vernünftigen Prinzip und unter Beachtung des Gebotes der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit erfolgen. Anders als bei Vorzugslasten richtet sich die Bemessung nicht nach konkret nachgewiesenen Vorteilen, sondern abstrakt aufgrund schematisch festgelegter Kriterien (vgl. BGE 2P.14/2006 vom 26. Mai 2006, E. 2.2; 2P.322/2004 vom 24. Juni 2005, E. 2). So ist insbesondere eine Pauschalierung der Kurtaxen für Eigentümer, Nutzniesser und Dauermieter von Wohnräumen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BGE 2P.194/2006 vom 7. August 2006, E. 3).

Wie alle Steuern bedarf die Kurtaxe einer gesetzlichen Grundlage (statt vieler BGE 123 I 249 mit Hinweisen). Als gesetzliche Grundlage kommt auch ein kommunaler Erlass in Betracht, wenn er in einem demokratischen Rechtssetzungsverfahren ergeht und auf einer klaren, durch Verfassung oder Gesetz erteilten Ermächtigung an den Gemeindegessetzgeber zur Einführung der betreffenden Abgabe beruht (BGE 97 I 804; GVP 1990 Nr. 21).

bb) Das st.gallische Tourismusgesetz vom 26. November 1995 (sGS 575.1, abgekürzt TourG) regelt gemäss Art. 1 die (staatliche) Tourismusförderung und deren Finanzierung. Art. 6 ff. TourG regeln die Finanzierung der staatlichen, d. h. kantonalen Unterstützung von Tourismusorganisationen, Art. 16 ff. TourG die Finanzierung der (kommunalen) Tourismusförderung der politischen Gemeinden. Der Finanzierung der staatlichen Tourismusförderung dienen die Beherbergungsabgabe und die Gastwirtschaftsabgabe, die in den Art. 6 ff. TourG und in der dazugehörigen Verordnung der Regierung geregelt werden. Für die Finanzierung der kommunalen Tourismusförderung ermächtigt Art. 16 Abs. 1 TourG die politischen Gemeinden zur Erhebung von Tourismusabgaben von Gästen (lit. a) und Nutzniessern des Tourismus (lit. b). Die Gemeinde regelt gemäss Art. 17 Abs. 1 TourG durch Reglement insbesondere Abgabepflicht (lit. a), Bemessungsgrundlage und Abgabesatz (lit. b), Veranlagung (lit. c), Bezug (lit. d) und Verwendung (lit. e). Das Reglement bedarf nach Art. 17 Abs. 2 TourG in Verbindung mit Art. 21 lit. d des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 141.3) der Genehmigung durch das Volkswirtschaftsdepartement.

Gestützt auf diese Vorschriften hat der Gemeinderat der politischen Gemeinde Wildhaus am 7. April 1998 das Reglement über Kurtaxen und Abgaben zur Tourismusförderung erlassen. Dieses Reglement wurde dem fakultativen Referendum unterstellt, vom zuständigen Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St.Gallen am 15. Juni 1998 genehmigt und vom Gemeinderat per 1. Juli 1998 in Kraft gesetzt. Es erfüllt damit in formeller Hinsicht die Anforderungen von Lehre und Rechtsprechung, wie sie auch in Art. 17 TourG zum Ausdruck kommen, an die gesetzliche Grundlage (vgl. Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band II, 5. Aufl. 1976, Nr. 113 B, S. 798 ff.; BGE 123 I 249, 120 I 265, 97 I 804; Botschaft des Regierungsrates zum Tourismusgesetz vom 25. Oktober 1994, Amtsblatt 1994, S. 2476 ff., namentlich S. 2494; A. Marantelli, Grundprobleme des schweizerischen Tourismusabgaberechts, Bern 1991, S. 119 ff.).

c)aa) Nach Art. 2 Abs. 1 des Reglements hat jeder in der Gemeinde Wildhaus übernachtende Gast eine Kurtaxe zu entrichten. Gast im Sinne des Reglements ist nach Abs. 2 jede natürliche Person, welche die Möglichkeit hat, das touristische Angebot zu benützen, ohne in der Gemeinde steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt zu haben. Grundeigentum in der Gemeinde begründet zwar Steuerpflicht, befreit aber nicht von der Kurtaxenpflicht (Abs. 3). Der Gemeinderat kann im Einzelfall auf Antrag des zuständigen Kurvereins Personen oder Personengruppen ganz oder teilweise von der Kurtaxenpflicht befreien, wenn sachliche Gründe vorliegen. Er berücksichtigt dabei insbesondere, in welchem Ausmass den von der Kurtaxenpflicht ganz oder teilweise zu befreienden Personen oder Personengruppen eine Benützung des touristischen Angebots möglich ist (Art. 4 Abs. 1 und 2 des Reglements). Kurtaxenpflichtige Eigentümer und Dauermieter von Ferienhäusern, Ferienwohnungen/-zimmern, Ski- und Clubhäusern, von Standplätzen für Zelte, Wohnwagen und Wohnmobile, sowie von weiteren Unterkünften entrichten die Kurtaxe gemäss Art. 6 Abs. 1 Satz 1 des Reglements für sich und die unentgeltlich beherbergten Gäste als Jahrespauschale. Der Vollzug (Veranlagung, Bezug, Verwaltung, Verwendung) des Reglements und seiner Ausführungsbestimmungen obliegt hinsichtlich der Kurtaxen gemäss Art. 19 Abs. 1 des Reglements den zuständigen Kurvereinen. Gegen Verfügungen der Kurvereine kann gemäss Art. 24 Abs. 1 des Reglements beim Gemeinderat Rekurs erhoben werden.

Nach der kantonalen gesetzlichen Vorgabe kommen sowohl Gäste als auch Nutzniesser des Tourismus als Steuersubjekte in Frage. Bezüglich des Begriffes des Gastes ist Art. 2 des kommunalen Reglements sehr offen formuliert und umfasst jegliche Personen, welche die Möglichkeit haben, das touristische Angebot zu nutzen und in der Gemeinde nicht steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt haben, d. h. nicht unbeschränkt steuerpflichtig im Sinn von Art. 15 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 13 StG sind. Diese Umschreibung bewegt sich im Rahmen der kantonalen Vorgabe im Tourismusgesetz, welches zwar den Begriff des Gastes nicht ausdrücklich umschreibt, jedoch aufgrund der Materialien Personen umfasst, die als Touristen im weitesten Sinn steuerrechtlich weder Aufenthalt noch Wohnsitz

am Ort haben (vgl. Botschaft, a. a. O., S. 2490). Diese Umschreibung deckt sich mit den Umschreibungen in der Lehre und in vergleichbaren Erlassen anderer Kantone (vgl. Marantelli, a. a. O., S. 252 f.).

Der Rekurrent hat in der politischen Gemeinde Wildhaus keinen steuerrechtlichen Wohnsitz und ist dementsprechend dort auch nicht unbeschränkt steuerpflichtig. Unbestritten ist, dass der Rekurrent sein Haus ausschliesslich für den Eigenbedarf nutzt und keine Gäste gegen Entgelt beherbergt. Damit unterliegt er für sein Ferienhaus der Pauschalkurtaxe im Sinn von Art. 6 des Reglements.

bb) Die Kurtaxenpflicht schlägt sich bei Eigentümern von Ferienhäusern und -wohnungen in der jährlichen Erhebung eines Grundansatzes und eines Zuschlages pro Zimmer, maximal für vier Zimmer nieder. Die Pauschale beruht auf der Fiktion, dass die Aufenthalte der Eigentümer eine bestimmte durchschnittliche Dauer haben. Da es sich bei der Kurtaxe um eine Kostenanlastungssteuer und nicht um eine Vorzugslast handelt, so dass im Einzelfall gar kein konkreter Vorteil des Pflichtigen nachgewiesen zu werden braucht, ist es abgesehen davon nicht erforderlich, dass der Pflichtige von seiner Ferienwohnung tatsächlich Gebrauch macht. Es genügt unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Willkürverbots (Art. 9 BV; vgl. BGE 127 I 60 E. 5a) schon, dass er als Eigentümer zu jenem Personenkreis gehört, welcher von den mit der Abgabe zu finanzierenden Aufwendungen des Gemeinwesens – der touristischen Infrastruktur – in der Regel profitiert. Die Jahrespauschale knüpft immerhin insoweit an den tatsächlichen Verhältnissen an, als sie nach der Zahl der Schlafstellen bemessen wird.

Die Bemessungsregeln, nämlich der Grundansatz pro Objekt von Fr. 90.– und der Zuschlag von Fr. 50.– pro Zimmer, zusammen maximal Fr. 290.–, sind unbestritten. Die Ansätze beruhen auf dem zu Art. 7 des Reglements als Anhang 1 erlassenen Tarif über die Kurtaxen (Kurveverein Wildhaus) vom 9. Januar 2001, welcher ebenfalls dem fakultativen Referendum unterstand und vom Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen am 4. April 2001 genehmigt und vom Gemeinderat per 1. Mai 2001 in Kraft gesetzt wurde. Gleichermassen wie das Reglement selbst erfüllt damit auch der Tarif die formellen Anforderungen gemäss Art. 17 TourG.

cc) Die vom Reglement vorgesehene Abgrenzung des abgabepflichtigen Personenkreises und die Bemessungsregeln des Tarifs erfüllen damit die für die Erhebung von Kurtaxen üblichen verfassungsrechtlich als haltbar anerkannten Kriterien.

## 5. Aufenthalt und Niederlassung Ausländer

---

### 24

*Art. 28 AuG (SR 142.20).* Die restriktive Praxis des Ausländeramts bei der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an ausländische Rentner und Rentnerinnen beruht auf sachlichen Gründen und ist kein Missbrauch des Ermessens. Bei der Prüfung der finanziellen Verhältnisse der hier lebenden Angehörigen einer ausländischen Rentnerin lag keine Diskriminierung vor, da die Einkünfte beider Ehegatten berücksichtigt wurden.

*Verwaltungsgericht, 22. September 2009*

X reiste 1999 von Mazedonien zu ihrem Ehemann in die Schweiz ein. 2007 wurde ihr das Schweizer Bürgerrecht verliehen. Ihre Mutter A., geb. 1952, besuchte sie regelmässig in der Schweiz. Sie ist seit 2003 verwitwet und hat noch einen Sohn, der in Kroatien lebt. Am 7. Juli 2008 reichte X für ihre Mutter ein Gesuch um Familienzusammenführung bzw. Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ein. Das Ausländeramt wies das Gesuch ab mit der Begründung, X lebe nicht in wirtschaftlich günstigen Verhältnissen. Nur die Tochter unterliege der Verwandtenunterstützungspflicht, weshalb das Einkommen des Schwiegersohns nicht berücksichtigt werden könne und damit die Gefahr einer fortgesetzten Fürsorgeabhängigkeit bestehe. Das Fehlen sozialer Beziehungen in der Heimat begründe keinen Härtefall. X erhob erfolglos Rekurs beim Sicherheits- und Justizdepartement. Dieses erwog, es bestehe auch bei genügenden finanziellen Mitteln kein Rechtsanspruch auf den Nachzug betagter Verwandter. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde von X abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 28 AuG können Ausländerinnen und Ausländer, die nicht mehr erwerbstätig sind, zum Aufenthalt in der Schweiz zugelassen werden, wenn sie ein vom Bundesrat festgelegtes Mindestalter erreicht haben (lit. a), besondere persönliche Beziehungen zur Schweiz besitzen (lit. b) und über die notwendigen finanziellen Mittel verfügen (lit. c). Art. 29 AuG bestimmt weiter, dass Ausländerinnen und Ausländer zu medizinischen Behandlungen zugelassen werden, wobei die Finanzierung und die Wiederausreise gesichert sein müssen.

Nach Art. 25 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201, abgekürzt VZAE) beträgt das Mindestalter für die Zulassung von Rentnerinnen und Rentnern 55 Jahre. Besondere persönliche Beziehungen zur Schweiz liegen insbesondere vor, wenn längere frühere Aufenthalte in der Schweiz, namentlich Ferien, Ausbildung oder Erwerbstätigkeit, nachgewiesen werden, enge Beziehungen zu nahen Verwandten in der Schweiz bestehen (Eltern, Kinder, Enkel-

kinder oder Geschwister). Im In- oder Ausland darf mit Ausnahme der Verwaltung des eigenen Vermögens keine Erwerbstätigkeit ausgeübt werden.

2.1. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist Art. 28 AuG eine sogenannte Kann-Bestimmung. Dies bedeutet, dass Ausländerinnen und Ausländer keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung haben, selbst wenn sie die in Art. 28 AuG und Art. 25 VZAE statuierten Voraussetzungen erfüllen. Diese Vorschriften verschaffen keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Sie räumen den Behörden diesbezüglich einen Ermessensspielraum ein. Dabei haben die Behörden nach Art. 96 Abs. 1 AuG bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen.

Die Vorinstanz bezeichnet ihre Praxis bei der Zulassung nicht erwerbstätiger Personen aus Staaten ausserhalb der EU/EFTA als restriktiv. Sie erwoh, dies bezwecke ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Bestand der schweizerischen und demjenigen der ausländischen Wohnbevölkerung, die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der hier wohnenden und arbeitenden Ausländer sowie die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur und eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung. Ausserdem erwoh sie, es lägen im konkreten Fall keine persönlichen Verhältnisse vor, die eine gewisse Notwendigkeit einer Übersiedlung von E. A. in die Schweiz begründen würden.

Diese Aspekte der Ermessensbetätigung sind sachgerecht und können nicht als Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens qualifiziert werden. Es bestehen sachlich zu rechtfertigende Gründe, die Zuwanderung nicht erwerbstätiger Personen in die Schweiz restriktiv zu handhaben. Es bestehen auch keine öffentlichen Interessen, beim Nachzug älterer ausländischer Verwandter hier lebender Personen einen grosszügigen Massstab anzusetzen. Bereits heute weist die Schweiz eine Bevölkerungsstruktur auf, in der sich das Verhältnis von erwerbstätigen Personen zu Rentnern stetig zugunsten der Erwerbstätigen verschiebt. Diese als ungünstig betrachtete Entwicklung würde mit einer Intensivierung der Zuwanderung betagter ausländischer Verwandter hier lebender Personen verstärkt. Es ist auch zulässig, die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen und die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung lediglich dann in Betracht zu ziehen, wenn die Merkmale eines Härtefalls erfüllt sind. Im vorliegenden Fall ist die Mutter der Beschwerdeführerin erst rund 57 Jahre alt. Sie ist zwar verwitwet. Dies allein stellt aber kein Merkmal eines Härtefalls dar. Ebenso ist keine schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigung nachgewiesen, welche die Verweigerung des Aufenthalts bei der Tochter bzw. bei deren Familie als ermessensmissbräuchlich erscheinen lässt. Eine schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigung wird in der Beschwerde übrigens nicht mehr geltend gemacht.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Argumentation der Vorinstanz, Aufenthaltsbewilligungen für Ausländer aus Drittstaaten nur an arbeitende Personen zu erteilen, verstosse nicht nur gegen den bestehenden Ermessensspielraum und sei daher

willkürlich, sondern widerspreche auch den Regelungen des Ausländergesetzes und damit der Bundesgesetzgebung. Allerdings erwog die Vorinstanz nicht, sie erteile Aufenthaltsbewilligungen ausschliesslich an erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer. Sie hielt lediglich fest, die Schweiz verfolge diesbezüglich eine restriktive Politik. Sie strebe die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der hier lebenden Ausländer und eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung an. Die Vorinstanz stellte aber auch auf die persönlichen Verhältnisse ab und zog in Betracht, ob Gründe vorhanden sind, die eine gewisse Notwendigkeit einer Übersiedlung der Mutter der Beschwerdeführerin in die Schweiz begründen könnten. Dies verneinte sie, unter anderem mit Hinweis auf das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 3. April 2008. Auch diese Ermessensbetätigung ist nicht zu beanstanden. Es ist sachlich begründbar, bei der Zuwanderung von Rentnerinnen und Rentnern einen restriktiven Massstab anzusetzen und Aufenthaltsbewilligungen bevorzugt an Personen zu erteilen, welche die Merkmale eines Härtefalls erfüllen oder bei denen anderweitig besondere persönliche Verhältnisse gegeben sind.

Im Schrifttum wird zwar die Auffassung vertreten, dass eine restriktive Zulassungspraxis, wonach Rentner der Betreuung durch die in der Schweiz lebenden Angehörigen bedürfen müssten oder zu diesen ein aussergewöhnliches Abhängigkeitsverhältnis im Sinn von Art. 8 EMRK bestehen müsse oder wonach sie nur zugelassen würden, wenn sie im Herkunftsland keine eigene Angehörigen haben, nicht Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung und der dazugehörigen Verordnungsbestimmung entspreche (Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Kommentar zum Migrationsrecht, Zürich 2008, N 3 zu Art. 28 AuG). Diese Auffassung bindet aber die Behörden nicht. Es ist den Behörden jedenfalls nicht untersagt, bestimmte Kriterien für die Ermessensbetätigung aufzustellen und besondere persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen. Die im vorliegenden Fall angewendeten Entscheidungskriterien verstossen jedenfalls nicht gegen das AuG oder andere gesetzliche Bestimmungen. Insbesondere verlangen Art. 27 AuG bzw. Art. 25 VZAE nicht, dass die Behörden ihr Ermessen bei der Zulassung von Rentnerinnen und Rentnern grosszügig handhaben müssen.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, Art. 27 und Art. 28 AuG hätten nach Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Systematik dieselbe Bedeutung. Dies trifft nicht zu. Art. 27 AuG regelt nach Überschrift und Wortlaut die Zulassung ausländischer Personen für eine Aus- oder Weiterbildung, während Art. 28 AuG die Erteilung von Bewilligungen an Rentnerinnen und Rentner zum Gegenstand hat. Auch nimmt Art. 23 VZAE ausdrücklich Bezug auf Art. 27 AuG, nicht aber auf Art. 28 AuG. Auch Sinn und Zweck dieser Bestimmungen sind verschieden. Die Zulassung zur Aus- oder Weiterbildung bezweckt zum vornherein die Erteilung einer befristeten Bewilligung, während die Zulassung von Personen im Rentenalter in der Regel auf unbestimmte Zeit erfolgt. Es kann daher namentlich in Bezug auf den Nachweis der notwendigen finanziellen Mittel nicht derselbe Massstab angesetzt werden. Bei einer unbestimmten Aufenthaltsdauer dürfen strengere Voraussetzungen aufgestellt werden als bei einem zum vornherein zeitlich begrenzten Aufenthalt.

Soweit die Beschwerdeführerin einen Verstoss gegen den Verfassungsgrundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau geltend macht, ist ihr Einwand ebenfalls unbegründet. Wohl mag es zutreffen, dass bei Ehepaaren ausländischer Herkunft der Ehemann häufig ein höheres Einkommen erzielt als die Ehefrau. Dies könnte im Rahmen der Ermessensbetätigung zur Folge haben, dass bei Ehefrauen regelmässig höhere Hürden für den Nachzug älterer Verwandter bestehen als bei Männern. Es könnte daher im Lichte von Art. 8 Abs. 3 BV problematisch erscheinen, wenn bei der Ermessensbetätigung eine systematische Benachteiligung der Frauen erfolgt, indem ausschliesslich auf die finanziellen Verhältnisse eines einzelnen Ehegatten abgestellt wird. Im vorliegenden Fall hat aber das Verwaltungsgericht bereits im Urteil vom 3. April 2008 festgestellt, dass die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin ausreichend sind, wobei das Familieneinkommen berücksichtigt wurde. Zudem wurde im Streitfall der Nachzug nicht aus finanziellen Gründen, sondern aus anderen, sachlich haltbaren Gründen verweigert. Eine Verletzung von Art. 8 Abs. 3 BV fällt daher ausser Betracht.

## 6. Umweltschutz

---

### 25

*Art. 30e Abs. 2 und Art. 60 Abs. 1 lit. m USG (SR 814.01).* Eine Deponie im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung liegt vor, wenn an einem Ort Abfälle in nicht mehr geringfügigem Umfang untergebracht werden in einer Weise, welche erkennen lässt, dass sie sich selbst überlassen bleiben sollen. Das entscheidende Merkmal einer Deponie liegt darin, dass sie einen Betreiber oder Bewirtschafter hat, der faktisch darüber entscheidet, wer welche Abfälle an dem Ort abgelagern darf. Ein planmässiges Bewirtschaften wird nicht vorausgesetzt.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 2. Juni 2009*

Dem Angeklagten wird unter anderem vorgeworfen, im Herbst 2005 auf seiner Liegenschaft in X ohne Bewilligung eine Deponie betrieben zu haben (Art. 60 Abs. 1 lit. m i.V.m. Art. 30e Abs. 2 USG), indem er mehrere junge Erwachsene beauftragte, ca. 10 bis 15 m<sup>3</sup> behandelten Abfallholzes in eine Grube am Waldrand zu werfen, um dieses Holz dort zu entsorgen. In der Grube am Waldrand waren bereits grosse Abfallmengen gelagert, darunter Abfallholz, Pneus, Eisenabfälle, Plastikteile, Blechbüchsen, Karton und Bauschutt. Am unteren Ende der Grube war mit Brettern eine Sperre errichtet worden.

Aus den Erwägungen:

4. a) Wer vorsätzlich eine Deponie ohne Bewilligung des Kantons (Art.30e Abs.2 USG) errichtet oder betreibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (Art.60 Abs.1 lit. m USG i.V. m. Art.333 Abs.2 lit.b StGB). Die Qualifikation eines Orts als Deponie setzt voraus, dass dort Abfälle abgelagert, also in nicht mehr geringfügigem Umfang untergebracht werden in einer Weise, welche erkennen lässt, dass sie sich selbst überlassen bleiben sollen (P.Tschannen in: H.Keller et al. (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 2001– [Loseblatt], nachfolgend «Komm. USG», Art. 30e N 9). Die weiteren Definitionsmerkmale einer Deponie sind umstritten: Nach Art. 3 Abs. 5 der Technischen Verordnung über Abfälle (SR 814.600; abgekürzt TVA) sind Deponien Abfallanlagen, in denen Abfälle endgültig und kontrolliert abgelagert werden. Das Zürcher Obergericht definiert eine Deponie als eine jedenfalls nicht unbedeutende Anlage, die eine gewisse Bewirtschaftung beinhaltet (URP 2001, 974, 979). Nach Auffassung Ettlens (Komm. USG, Art. 61 N 67) betreibt eine Deponie, wer denselben Ort immer wieder planmässig für Ablagerungen benützt. Tschannen definiert eine Deponie noch enger als eine künstlich angelegte und planmässig bewirtschaftete Ansammlung abgelagerter Abfälle; «Deponie» sei das Ergebnis wiederholter und organisierter, mit baulichen Vorkehrungen einhergehender Ablagerungshandlungen an einem bestimmten Ort (Tschannen, Komm. USG, Art. 30e N 10).

Das entscheidende Merkmal einer Deponie liegt darin, dass sie einen Betreiber hat, der faktisch darüber entscheidet, wer welche Abfälle an dem Ort ablagern darf und wer nicht. Insofern lässt sich mit dem Zürcher Obergericht und mit Tschannen von einer «Bewirtschaftung» der Deponie sprechen. Der Betreiber einer Deponie kontrolliert also die Örtlichkeit, wo Abfälle abgelagert werden, und wird deshalb härter ins Recht gefasst als diejenige Person, die Abfälle ausserhalb einer bewilligten Deponie ablagert, ohne die Örtlichkeit zu kontrollieren, und sich deswegen bloss einer Übertretung schuldig macht (Art. 61 Abs. 1 lit. g USG i.V. m. Art. 333 Abs. 3 StGB). Dies ist legitim, denn der Betreiber einer Deponie kann die Ablagerung von Abfällen ganz unterbinden, während der gelegentliche Benutzer lediglich für die Ablagerung seiner eigenen Abfälle verantwortlich ist.

Die weiteren in der Lehre erwähnten Merkmale einer Deponie sind allenfalls Sekundärfolgen der Tatsache, dass ein Betreiber vorhanden ist, und sollten für die Definition nicht entscheidend sein: Künstlich angelegt (Tschannen, Komm. USG, Art. 30e N 10) ist eine Ansammlung von Abfällen immer, denn Abfälle bringen sich nicht von selbst unter. Bauliche Vorkehrungen (Tschannen, a. a. O.) beweisen zwar, dass ein Betreiber vorhanden ist, vergrössern aber die von der Deponie ausgehende Gefahr für die Umwelt nicht unbedingt. Das Gleiche gilt für die Voraussetzung der planmässigen Bewirtschaftung (Tschannen, a. a. O.; Ettler, Komm. USG, Art. 61 N 67), denn wer an einer Stelle, die er faktisch kontrolliert, ohne Bewilligung «planlos» Abfälle ablagert, gefährdet die Umwelt nicht mehr und nicht weniger, als wenn er dabei planmässig vorgehen würde.

Wer für eine gewisse Dauer die faktische Herrschaft über ein Grundstück hat – egal ob als Eigentümer, als Besitzer oder als Besetzer – und darauf ohne Bewilligung wiederholt Abfälle in einem nicht geringfügigen Umfang ablagert oder ablagern lässt, ist nach dem Gesagten Betreiber einer Deponie.

## **7. Strassenverkehr**

---

### **26**

*Art. 16 Abs. 1, Art. 16d Abs. 1 lit. c SVG (SR 741.01), Art. 9 Abs. 1 VZV (SR 741.51).* Eine Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit ausserorts um wesentlich mehr als 100 Prozent und Hinweise auf einen Mangel an Verantwortungsbewusstsein im Strassenverkehr lassen Zweifel an der Fahreignung aufkommen, weshalb ein verkehrspsychologisches oder psychiatrisches Gutachten einzuholen ist.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 26. Februar 2009*

Am Freitag, 27. Juni 2008, lenkte X (geb. 1973) einen Personenwagen «Chrysler Crossfire» auf der Rickenstrasse von Jona in Richtung Eschenbach. Eine bei Wagen von der Kantonspolizei St.Gallen mittels Lasermessung durchgeführte Geschwindigkeitskontrolle ergab, dass er bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h mit einer rechtlich relevanten Geschwindigkeit von 179 km/h unterwegs war. Der Führerausweis wurde auf der Stelle polizeilich abgenommen. Das Untersuchungsamt Uznach verurteilte X mit Bussenverfügung vom 4. September 2008 wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 100.– bei einer Probezeit von zwei Jahren und zu einer Busse von Fr. 4800.–.

Mit Verfügung vom 19. August 2008 entzog das Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons St.Gallen X den Führerausweis, wegen schwerer Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften, für die Dauer von elf Monaten.

Aus den Erwägungen:

2. Die Vorinstanz hat die Verkehrsregelverletzung des Rekurrenten vom 27. Juni 2008 als schwere Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften eingestuft und in Anwendung von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG einen zeitlich befristeten Warnungsentzug des Führerausweises verfügt. Angesichts der konkreten Umstände fragt sich allerdings, ob Zweifel an der Fahreignung des Rekurrenten bestehen, die entsprechende Abklärungen erfordern. Das Ausmass der Überschreitung der allge-

meinen Höchstgeschwindigkeit ausserorts von 80 km/h um knapp 100 km/h nach Berücksichtigung der Geräte- und Messunsicherheit mit einem Abzug von 5 km/h ist sehr auffällig. Hinzu kommt, dass dem Rekurrenten der Führerausweis weniger als ein Jahr vor der erneuten Verkehrsregelverletzung, nämlich vom 26. Juli 2007 bis und mit 25. August 2007, wegen Nichtanpassens der Geschwindigkeit an die Strassenverhältnisse und Verursachens eines Verkehrsunfalls entzogen war.

3. Der Führerausweis ist zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr bestehen (Art. 16 Abs. 1 SVG). Sicherungsentzüge dienen – wie die Bezeichnung schon zum Ausdruck bringt – der Sicherung des Verkehrs vor ungeeigneten Führern (Art. 30 Abs. 1 VZV). Nach Art. 14 Abs. 2 lit. d SVG darf der Führerausweis nicht erteilt werden, wenn der Bewerber aufgrund seines bisherigen Verhaltens nicht Gewähr bietet, dass er als Motorfahrzeugführer die Vorschriften beachten und auf die Mitmenschen Rücksicht nehmen wird. Der Ausweis wird dementsprechend auf unbestimmte Zeit entzogen, unter anderem wenn der Führer aufgrund seines bisherigen Verhaltens nicht Gewähr bietet, dass er künftig beim Führen eines Motorfahrzeugs die Vorschriften beachten und auf die Mitmenschen Rücksicht nehmen wird (Art. 16d Abs. 1 lit. c SVG). Anzeichen hierfür bestehen, wenn Charaktermerkmale des Betroffenen, die für die Eignung im Verkehr erheblich sind, darauf hindeuten, dass er als Lenker eine Gefahr für den Verkehr darstellt (vgl. BGE 104 Ib 95 E. 1). Für den Sicherungsentzug aus charakterlichen Gründen ist die schlechte Prognose über das Verhalten als Motorfahrzeugführer massgebend. Die Behörden müssen gestützt hierauf den Ausweis verweigern oder entziehen, wenn hinreichend begründete Anhaltspunkte vorliegen, der Führer werde rücksichtslos fahren. Die Frage ist anhand der Vorkommnisse (unter anderem Art und Zahl der begangenen Verkehrsdelikte) und der persönlichen Umstände zu beurteilen; in Zweifelsfällen ist ein verkehrspsychologisches oder psychiatrisches Gutachten gemäss Art. 9 Abs. 1 VZV anzuordnen (vgl. BGE 125 II 492 E. 2a mit Hinweisen; 6A.15/2000 vom 28. Juni 2000, E. 3a).

Im Leitfaden für die Administrativ-, Justiz- und Polizeibehörden vom 26. April 2000 (nachfolgend: Leitfaden) hat die Expertengruppe Verkehrssicherheit unter anderem Sachverhalte formuliert, bei denen praxismässig von einem Verdacht fehlender Fahreignung im Sinn von Art. 14 Abs. 2 lit. d bzw. Art. 16d Abs. 1 lit. c SVG ausgegangen wird und weitere Abklärungen gerechtfertigt sind. Dazu gehören unter anderem das vorsätzliche Herbeiführen einer schweren konkreten Verkehrsgefährdung (Ziff. 6.1) und strafbare Handlungen, welche die Bereitschaft zeigen, bei der Verfolgung eigener Interessen und Ziele Leben und Gesundheit anderer Personen aufs Spiel zu setzen und so auf Rücksichtslosigkeit schliessen lassen (Ziff. 6.3). Indessen ist dieser Leitfaden für die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden nicht verbindlich, sondern gibt nur Hinweise auf allfällige Verhaltensweisen, die im Hinblick auf die Fahreignungsprüfung dienlich sein können (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6A.57/2001 vom 16. August 2001 E. 4a, 6A.38/2003 vom 12. August 2003 E. 4 und 1C\_140/2007 vom 7. Januar 2008 E. 2.4). Deshalb können weitere Abklärungen aufgrund der konkreten Umstän-

de auch dann gerechtfertigt sein, wenn keine der im Leitfaden genannten Voraussetzungen nach ihrem Wortlaut vollständig erfüllt sind.

4. Der Rekurrent hat am Freitag, 27. Juni 2008, abends gegen 20.30 Uhr mit einem Personenwagen «Chrysler Crossfire» auf der Rickenstrasse kurz nach dem Ortseinde Wagen auf der Höhe «Wagnerfeld» in Richtung Eschenbach die allgemeine Höchstgeschwindigkeit ausserorts von 80 km/h nach Abzug der Geräte- und Messunsicherheit von 5 km/h um 99 km/h überschritten. Das erste, fünf Sekunden vor der verarbeiteten Aufnahme entstandene Bild erweckt den Eindruck, das Fahrzeug des Rekurrenten befinde sich auf der Gegenfahrbahn und sei im Begriff, einen Personenwagen zu überholen. Die Aufnahme ist allerdings als unbrauchbar bezeichnet («disable») und aufgrund der Struktur des Bildes sind eine Spiegelung oder eine Bildüberlagerung nicht auszuschliessen. Auch im Polizeirapport wird nicht erwähnt, der Rekurrent habe unter Überschreitung der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit ein anderes Fahrzeug überholt. Anhaltspunkte dafür, dass andere Verkehrsteilnehmer durch das Verhalten des Rekurrenten konkret gefährdet wurden, bestehen nicht.

Das Ausmass der Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit bewegt sich mit wesentlich mehr als 100 Prozent in einem sehr auffälligen Bereich. Auch wenn eine konkrete Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer aus den Akten nicht ersichtlich wird, hat sie ein besonders hohes Mass an abstrakter Gefährdung nach sich gezogen. Der Ordnungsgeber erachtet eine allgemeine Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h ausserhalb von Ortschaften, ausgenommen auf Autobahnen, unter günstigen Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen als vertretbar Art. 4a Abs. 1 lit. b VRV. Bei einer Geschwindigkeit von 180 km/h beträgt der Anhalteweg bei einer Reaktionszeit von einer Sekunde und guten bis sehr guten Bremsen mit einer Verzögerung zwischen 5.5 und 6 m/sec<sup>2</sup> zwischen 260 und 280 Metern, bei 80 km/h zwischen 63 und 67 Metern, also weniger als einen Viertel (vgl. [www.2cu.at](http://www.2cu.at), aufgesucht am 26. Februar 2009). Verschiedene Strassen und Wege, die insbesondere der Landwirtschaft dienen und bei denen auch zur fraglichen Zeit mit entsprechendem landwirtschaftlichem Verkehr gerechnet werden muss, münden im betreffenden Streckenabschnitt in die Rickenstrasse ein. Da die Strecke in Waldnähe verläuft, ist nicht ausgeschlossen, dass Wildtiere die Fahrbahn überqueren. Schliesslich können auch unwillkürliche Bewegungen des Lenkers bei dieser Geschwindigkeit zu einem Selbstunfall führen, der geeignet ist, andere, insbesondere auf der Gegenfahrbahn entgegenkommende Verkehrsteilnehmer zu gefährden.

Der Rekurrent begründete die ausserordentlich massive Geschwindigkeitsüberschreitung gegenüber der Polizei damit, er habe «totalen Stress im privaten Bereich» und «schnell nach Hause» gewollt. Konkrete Angaben, die auf eine einmalige Situation schliessen lassen, machte er nicht. Dies deutet darauf hin, dass der Rekurrent bereit ist, zur Verfolgung eigener Interessen Leben und Gesundheit anderer Personen aufs Spiel zu setzen. Wenn er auf das Erleben von Stress mit einem Verkehrsverhalten reagiert, das geeignet ist, andere Verkehrsteilnehmer in

schwerer Weise zu gefährden, bestehen konkrete Anhaltspunkte für einen Hang zur Rücksichtslosigkeit.

Das mit eingeschriebenem Brief im Rekursverfahren zugesandte Schreiben der Verwaltungsrekurskommission vom 22. Januar 2009 holte der Rekurrent bei der Post nicht ab. Auf die Zustellung des Schreibens mit normaler Post hat er nicht reagiert. Die Gründe dieses Verhaltens sind zwar nicht bekannt. Es kann aber als Hinweis auf ein wenig stabiles persönliches Umfeld und auf eine reduzierte Bereitschaft, an den üblichen Abläufen menschlichen Zusammenlebens teilzunehmen, verstanden werden. Schliesslich begründete der Rekurrent anlässlich der polizeilichen Befragung zum Unfall vom 16. Mai 2007 den Umstand, dass er im Fahrzeugausweis die Änderung seiner Adresse nicht hat nachführen lassen, mit «ganz anderen Sorgen». Er sei letztes Jahr nach einem Suizidversuch im Spital gewesen. In diesem Zusammenhang taucht zwangsläufig die Frage auf, inwieweit suizidale Handlungsimpulse unter Benutzung eines Motorfahrzeugs ausgelebt werden könnten (vgl. Madea/Musshoff/Berghaus, Verkehrsmedizin, Köln 2007, S. 413). Früheres suizidales Verhalten kann zu fortlaufender Lebensmüdigkeit disponieren, so dass sich gehäuft «unklare Autounfälle» finden, welche die Frage nach einem Autosuizid aufwerfen (vgl. V. Faust, Psychiatrie heute, Suizid und Suizidversuch, publiziert auf [www.psychosoziale\\_gesundheit.net](http://www.psychosoziale_gesundheit.net), aufgesucht am 26. Februar 2009). Das Ausmass der Geschwindigkeitsüberschreitung deutet darauf hin, dass der Rekurrent bereit ist, im Verkehr erhebliche Risiken für sein eigenes Leben und seine eigene Gesundheit einzugehen und dabei die Interessen anderer Verkehrsteilnehmer aus dem Auge zu verlieren droht.

Insgesamt hinterlässt das Verhalten des Rekurrenten am Abend des 27. Juni 2008 zusammen mit seiner Vorgeschichte den Eindruck eines Mangels an Verantwortungsbewusstsein im Strassenverkehr, welcher dessen Eignung zum Führen von Motorfahrzeugen, sei es aus charakterlichen, sei es aus medizinischen Gründen, ernsthaft bezweifeln lässt. Die Vorinstanz hätte dementsprechend vorab die Fahreignung des Rekurrenten abklären müssen. Dementsprechend ist die angefochtene Verfügung vom 19. August 2008 aufzuheben und die Angelegenheit in Anwendung von Art. 56 Abs. 2 VRP zur Abklärung der Fahreignung und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Unter diesen Umständen erübrigt es sich, den Rekursantrag, die Dauer des Führerausweisentzugs sei auf sechs bis acht Monate herabzusetzen, zu behandeln.

**27**

*Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG (SR 741.01), Art. 18 Abs. 2 StGB (SR 311.0).* Der Fahrzeuglenker beging eine schwere Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften (Geschwindigkeitsüberschreitung innerorts), als er vom Büro zu seiner Ehefrau nach Hause fuhr, um sie in ein Spital einzuliefern. Da keine zumutbare Handlungsalternative bestand und dem Lenker bei der Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen unter den konkreten Umständen kein Vorwurf gemacht werden kann, handelte er nicht schuldhaft (Notstandshilfe).

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 26. Februar 2009*

Am Mittwoch, 18. Juni 2008, um 16.26 Uhr, war X mit seinem Personenwagen in Wangs unterwegs. Auf der Brüelstrasse wurde bei einer polizeilichen Geschwindigkeitskontrolle mittels Lasergerät eine Geschwindigkeit von 83 km/h gemessen. Nach Abzug der Toleranz von 3 km/h ergab sich eine rechtlich relevante Geschwindigkeit von 80 km/h. Die zulässige Höchstgeschwindigkeit innerorts betrug 50 km/h. Wegen dieses Vorfalles wurde der Führerausweis mit Verfügung vom 1. September 2008 für drei Monate entzogen. Das Strassenverkehrsamt ging von einer schweren Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften aus. Parallel zum Administrativmassnahmeverfahren wurde X mit Strafbescheid des Untersuchungsamtes Uznach vom 9. September 2008 wegen Verkehrsregelverletzung zu einer Busse von Fr. 10 000.– verurteilt.

Aus den Erwägungen:

2. a) Angesichts der Feststellungen im Rapport der Kantonspolizei St.Gallen vom 19. Juni 2008 wird im Rekurs in tatsächlicher Hinsicht zu Recht nicht bestritten, dass der Rekurrent am 18. Juni 2008 um 16.26 Uhr auf der Brüelstrasse in Wangs die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h um 30 km/h überschritten hat. Damit hat er Art. 27 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 4a Abs. 1 lit. d VRV schuldhaft verletzt. Aufgrund der Überschreitung von 30 km/h innerorts liegt eine schwere Widerhandlung im Sinn von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG vor.

3. b) In der Sache beruft sich der Rekurrent auf Notstandshilfe gemäss Art. 17 f. StGB. Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, handelt rechtmässig, wenn er dadurch höherwertige Interessen wahrt. Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um sich oder eine andere Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib, Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen oder andere hochwertige Güter zu retten, wird milder bestraft, wenn ihm zuzumuten war, das gefährdete Gut preiszugeben (Art. 18 Abs. 1

StGB). War dem Täter nicht zuzumuten, das gefährdete Gut preiszugeben, so handelt er nicht schuldhaft (Art. 18 Abs. 2 StGB). Die Notstandsbestimmungen von Art. 17 f. StGB sind bei einem Warnungsentzug des Führerausweises sinngemäss anwendbar (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C\_4/2007 vom 4. September 2007, E. 2.2 mit Hinweis auf 6A.28/2003 vom 11. Juli 2003, E. 2.2; 6A.58/1992 vom 16. November 1992, E. 4a). Auf Notstand kann sich berufen, wer in Rechtsgüter unbeteiligter Dritter eingreift, weil nur so mindestens gleichwertige eigene oder fremde Rechtsgüter aus einer akuten Gefahr gerettet werden können (vgl. K. Seelmann, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2. Aufl. 2007, N 1 und 10 zu Art. 17 StGB). Nach der Rechtsprechung ist bei einer erheblichen Geschwindigkeitsüberschreitung Notstand nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen. In solchen Situationen verwirklicht sich die konkrete Gefährdung einer unbestimmten Zahl von Menschen oft nur zufällig nicht. In Betracht kommt die Annahme eines Notstands bzw. einer Notstandshilfe insbesondere in Fällen, in denen ein Fahrzeuglenker jemanden, der schwer wiegende Krankheitssymptome aufweist, möglichst schnell ins Spital bringen muss. In solchen Fällen stehen Leib und Leben auf dem Spiel (Urteil des Bundesgerichts 1C\_4/2007 vom 4. September 2007, E. 2.2). In BGE 106 IV 1 ff. wurde ein Fahrzeuglenker, der zuvor erfolglos versucht hatte, in der Umgebung ärztliche Hilfe zu erreichen, vom Universitätsspital Zürich angewiesen, einen Mann, der plötzlich von unerträglichen Kopfschmerzen befallen worden war, sofort in den Notfall nach Zürich zu bringen. Dabei überschritt er die auf 60 km/h begrenzte Geschwindigkeit zeitweise um 60 km/h. Die Kopfschmerzen stellten sich im Nachhinein als harmlos heraus. Das Bundesgericht erwog indessen, dass ein medizinischer Laie nicht zu beurteilen vermöge, ob grosse Schmerzen auf eine Lebensgefahr schliessen lassen würden. Grundsätzlich dürfe dem Laien daher kein Vorwurf gemacht werden, wenn er im Zweifelsfall ihre Gefährlichkeit bejahe. Da der Lenker vom Spital angewiesen worden sei, den Patienten sofort als Notfall dorthin zu bringen, habe für ihn kein Anlass bestanden, noch andere Massnahmen zur Abwendung der (vermeintlich) erheblichen Gefahr in Erwägung zu ziehen. Insbesondere sei er nicht gehalten gewesen, sich um eine Ambulanz zu bemühen, zumal sehr ungewiss gewesen sei, ob eine solche innert nützlicher Frist zur Verfügung gestanden hätte.

c) Mit Bussenverfügung des Untersuchungsamtes Uznach vom 9. September 2008 wurde der Rekurrent wegen der Geschwindigkeitsüberschreitung vom 18. Juni 2008 nach Art. 90 Ziff. 1 SVG zu einer Busse von Fr. 10 000.– verurteilt.

Die Verwaltungsbehörde ist bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts grundsätzlich nicht an das Urteil des Strafgerichts gebunden. Anders kann es sich verhalten, wenn die rechtliche Würdigung sehr stark von der Würdigung von Tatsachen abhängt, die das Strafgericht besser kennt als die Verwaltungsbehörde, was der Fall sein kann, wenn es den Beschuldigten persönlich einvernommen hat. Diesfalls kann die Verwaltungsbehörde auch an die rechtliche Qualifikation des Sachverhalts gebunden sein (BGE 124 II 103 E. 1c/bb; 119 Ib 158 E. 3c/bb; 102 Ib 193 E. 3).

Der Rekurrent wurde im Strafverfahren nicht persönlich einvernommen. Folglich besteht keine Bindung der Verwaltungsbehörde in Bezug auf die rechtliche Würdigung.

d) Aufgrund der geschilderten Umstände, wonach bei der Ehefrau des Rekurrenten kurz vor dem fraglichen Vorfall erwiesenermassen erhebliche neurologische Krankheitssymptome mit Verdacht auf Verstopfung eines Hirngefässes und damit auf einen Schlaganfall auftraten, ging der Rekurrent am 18. Juni 2008 zu Recht von einer lebensbedrohlichen Notfallsituation aus. Seine Frau rief ihn an jenem Nachmittag im Büro an und erklärte mit schlecht verständlicher Stimme, dass sie nicht mehr stehen könne und er schnell kommen solle. Aus dem ärztlichen Zeugnis geht hervor, dass am Nachmittag des 18. Juni 2008 die Indikation zur Durchführung einer notfallmässigen Computertomographie im Röntgeninstitut in Walenstadt gestellt und der Rekurrent darauf hingewiesen wurde, dass die Untersuchung unverzüglich stattfinden müsse. Zutreffend sind ferner die Ausführungen des Rekurrenten, wonach bei einem Hirnschlag jede Minute für den Verlauf der Erkrankung, zuweilen sogar fürs Überleben, entscheidend sein kann. Es stellt sich aber die Frage, ob der Rekurrent die bestehende Gefahr auf eine andere Weise hätte abwenden können, z. B. ob er für den Transport zum Röntgeninstitut die Ambulanz hätte aufbieten können. Da der Rekurrent jedoch vom Arzt angewiesen worden war, seine Frau bei den nächsten Beschwerden unverzüglich nach Walenstadt zu bringen, bestand für ihn keine Veranlassung, eine Ambulanz zu rufen. Wie er zutreffend ausführt, wäre die Ambulanz zudem zweifellos nicht so schnell vor Ort gewesen wie er selbst.

Hinzu kommt, dass der Rekurrent die Geschwindigkeitsübertretung nicht auf dem Weg nach Walenstadt, sondern vom Büro nach Hause begangen hat. Selbst wenn er die Ambulanz verständigt hätte, wäre er so schnell als möglich zu seiner Frau gefahren. Wegen der Gefahr eines möglichen Hirnschlags bestand die reelle Möglichkeit, dass sich die Ehefrau in einer lebensbedrohenden Situation befand und lebensrettender Massnahmen bedurfte. Die Strecke vom Büro zum Wohnort betrug lediglich rund einen Kilometer. Der Rekurrent wäre daher zweifellos vor der Ambulanz zuhause eingetroffen und hätte sofort helfen können. Die Gefahr fehlender erster Hilfe war daher in jenem Moment nicht anders abwendbar. Dass sich die Ehefrau des Rekurrenten trotz anfänglichen Verdachts offenbar nicht in einer lebensbedrohlichen Situation befand, vermag daran nichts zu ändern (vgl. BGE 106 IV E. 2a).

Welche Fahrweise zum angestrebten Ziel der möglichst raschen Hilfeleistung noch in einem angemessenen Verhältnis steht, hängt von den konkreten Umständen ab. Auf den Polizeifotos ist ersichtlich, dass die Brüelstrasse in Wangs keine typische Innerortsstrasse darstellt. Sie verläuft am nördlichen Rand des Siedlungsgebiets, ist gut ausgebaut und verfügt über einen durch bauliche Massnahmen von der Fahrbahn abgetrennten Radweg sowie ein Trottoir. Die Strasse ist vortrittsberechtigt und es gibt nur wenige Ein- und Ausfahrten. Ferner grenzen keine Häuser unmittelbar an die Strasse. Der Rekurrent fuhr die Strecke täglich und kannte sie

daher im Detail. Die Sicht war gut und die Fahrbahn trocken. Dass der Rekurrent einen dritten Verkehrsteilnehmer tatsächlich konkret gefährdet hat, wird ihm nicht vorgeworfen. Bei der Abwägung dessen, was auf dem Spiel stand, und dessen, was er aufs Spiel setzte, hat sich der Rekurrent nicht schuldhaft verhalten. Es standen sich die gleichwertigen Rechtsgüter Leib und Leben der Ehefrau des Rekurrenten einerseits und der übrigen Verkehrsteilnehmer andererseits gegenüber. Die Preisgabe des gefährdeten Guts war ihm nicht zuzumuten. Art. 18 Abs. 2 StGB ist daher sinngemäss anwendbar, weshalb der Rekurrent nicht schuldhaft handelte und gegen ihn kein Warnungsentzug auszusprechen ist.

## 28

*Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG (SR 741.01).* Ob die Messstelle im Ausserorts- oder im Innerortsbereich lag, ist von Belang, da die Grenzen der leichten, mittelschweren und schweren Widerhandlung bei Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit davon abhängen, ob sie innerorts, ausserorts oder auf einer richtungsgetrenten Autobahn begangen wurde. Es gab für den Lenker keine nachvollziehbaren Gründe, sich im Ausserortsbereich zu wähen.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 26. August 2009*

Am Mittwoch, 5. November 2008, stellte die Kantonspolizei St.Gallen um 14.58 Uhr auf der Umfahrung Süd in Altstätten mittels automatischen Verkehrsüberwachungsgeräts fest, dass der Lenker eines Lieferwagens in Fahrtrichtung Industrie Baffles auf der Höhe der Firma Z die signalisierte Höchstgeschwindigkeit innerorts von 60 km/h nach Abzug der Sicherheitsmarge um 24 km/h überschritt. X anerkannte am 19. Dezember 2008 in einer polizeilichen Befragung, das Fahrzeug gelenkt zu haben. Er wurde mit Bussenverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons St.Gallen vom 16. Januar 2009 wegen Überschreitens der zulässigen Höchstgeschwindigkeit innerorts mit Fr. 470.– gebüsst. Das Strassenverkehrs- und Schiffahrtsamt des Kantons St.Gallen entzog ihm mit Verfügung vom 6. Februar 2009 den Führerausweis wegen einer mittelschweren Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften für die Dauer von einem Monat.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 16 Abs. 2 SVG wird nach Widerhandlungen gegen die Strassenverkehrsvorschriften, bei denen das Verfahren nach dem Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 ausgeschlossen ist, der Lernfahr- oder Führerausweis entzogen oder

eine Verwarnung ausgesprochen. Das Gesetz unterscheidet zwischen leichten (Art. 16a SVG), mittelschweren (Art. 16b SVG) und schweren Widerhandlungen (Art. 16c SVG). Eine leichte Widerhandlung begeht, wer durch Verletzung von Verkehrsregeln eine geringe Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft und ihn dabei nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG). Ist die Verletzung der Verkehrsregeln grob und wird dadurch eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorgerufen oder in Kauf genommen, ist die Widerhandlung schwer (Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG). 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). Von einer mittelschweren Widerhandlung ist immer dann auszugehen, wenn nicht alle privilegierenden Elemente einer leichten und nicht alle qualifizierenden einer schweren Widerhandlung erfüllt sind (vgl. Botschaft, in: BBl 1999 S. 4487).

4. In tatsächlicher Hinsicht wurde in der Bussenverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons St.Gallen vom 16. Januar 2009 gestützt auf die Angaben in der Übertretungsanzeige vom 11. November 2008 und die polizeiliche Befragung des Rekurrenten vom 19. Dezember 2008 festgestellt, der Rekurrent habe am 5. November 2008 in Altstätten auf der Umfahrung Süd die zulässige Höchstgeschwindigkeit innerorts von 60 km/h nach Abzug der Sicherheitsmarge um 24 km/h überschritten.

a) Im Rekurs wird die Geschwindigkeitsüberschreitung als solche nicht bestritten. Jedoch wird geltend gemacht, im Strafverfahren seien die Tatsachen augenscheinlich nicht umfassend geklärt worden. Laut einem Bericht der Kantonspolizei St.Gallen, Verkehrspolizei, vom 6. Juli 2005 zuhanden des Stadtrates Altstätten zu den mit der Entlastungsstrasse Süd verbundenen Verkehrsmassnahmen sei die allgemeine Höchstgeschwindigkeit ausserorts von 80 km/h im fraglichen Bereich auf 60 km/h herabgesetzt worden. Dem hält die Vorinstanz die bundesgerichtliche Rechtsprechung entgegen (Urteil 6A.81/2006 vom 22. Dezember 2006).

b)aa) Ob die Messstelle im Ausserorts- oder im Innerortsbereich lag, ist von Belang, da die Grenzen der leichten, mittelschweren und schweren Widerhandlung bei Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit davon abhängen, ob sie innerorts, ausserorts oder auf einer richtungsgetrenten Autobahn begangen wurde. Die Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit um 24 km/h ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausserorts als leichter Fall – mittelschwer wiegen Überschreitungen um 26 km/h bis 29 km/h (vgl. BGE 124 II 259 E. 2b/bb, 128 II 133 E. 2b) – innerorts jedoch als mittelschwerer Fall – mittelschwer wiegen Überschreitungen um 21 km/h bis 24 km/h (vgl. BGE 124 II 97 E. 2c) – einzustufen. Das Bundesgericht hat es zudem abgelehnt, Innerortsstrecken, auf denen eine Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h gilt, anders zu beurteilen als solche mit der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h; eine Differenzierung zu prüfen hat es nur für Höchstgeschwindigkeiten im Innerortsbereich von 70 km/h und 80 km/h angedeutet (Urteile des Bundesgerichts 6S. 99/2004 vom 25. August 2004, E. 2.4; 6A.13/2005 vom 3. Juni 2005, E. 2).

Der Bereich «innerorts» beginnt gemäss Art.1 Abs.4 der Signalisationsverordnung (SR 741.21, abgekürzt SSV) beim Signal «Ortsbeginn auf Hauptstrassen» (4.27) oder «Ortsbeginn auf Nebenstrassen» (4.29) und endet beim Signal «Ortsende auf Hauptstrassen» (4.28) oder «Ortsende auf Nebenstrasse» (4.30). Der Bereich «ausserorts» beginnt beim Signal «Ortsende auf Hauptstrassen» oder «Ortsende auf Nebenstrassen» und endet beim Signal «Ortsbeginn auf Hauptstrassen» oder «Ortsbeginn auf Nebenstrassen». Bei der Beurteilung von Geschwindigkeitsüberschreitungen darf auf diese Signalisation abgestellt werden (Urteil des Bundesgerichts 6A.81/2006 vom 22. Dezember 2006, E. 2.4). Es kommt ihr deshalb entgegen der Auffassung des Vertreters des Rekurrenten eigenständige Bedeutung zu.

b) Weder der vom Rekurrenten eingereichte Bericht der Verkehrspolizei vom 6. Juli 2005 noch die publizierte Verkehrsanordnung des Polizeikommandos vom 18. Juli 2005 (vgl. ABI 2005 S. 1434) schaffen ausreichende Klarheit über die Signalisation des Ortsendes und des Ortsbeginns im Bereich der Südumfahrung. Die für den Führerausweisenzug zuständige Verwaltungsbehörde darf zwar grundsätzlich nicht von den Tatsachenfeststellungen des rechtskräftigen Strafentscheids abweichen (BGE 123 II 97 E. 3c/aa; 121 II 214 E. 3a). Sie ist aber zu eigenen Sachverhaltserhebungen verpflichtet, wenn klare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen im Strafurteil unrichtig sind. In diesem Fall müssen die Entzugsbehörden soweit nötig selbstständige Beweiserhebungen durchführen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6A.35/2004 vom 1. September 2004, E. 3.3 mit Hinweis auf BGE 119 Ib 158 E. 3c/aa).

Bei der Anfahrt zum Augenschein hat das Gericht festgestellt, dass auf der Oberrietstrasse in Fahrtrichtung Altstätten bei der Einmündung der Luchsstrasse rund 300 Meter vor dem Kreisel, von welchem die Umfahrungsstrasse nach rechts abzweigt, der Ortsbeginn signalisiert ist. Darauf wurde am Augenschein ausdrücklich hingewiesen. Das Ortsende ist auf der Umfahrungsstrasse rund 300 Meter vor dem Kreisel mit der Kriessernstrasse signalisiert. Die Messstelle bei der Firma Z liegt damit im Innerortsbereich. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass im Bericht der Verkehrspolizei vom 6. Juli 2005 die Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h «in Anlehnung an Art.108 Abs.2 SSV» festgelegt wurde. Die Signalisation einer Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h kann sich – je nach dem ob aus dem Innerorts- oder dem Ausserortsbereich auf sie zugefahren wird – als Herabsetzung der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h ausserorts oder als Heraussetzung der generellen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h innerorts darstellen.

c) Die tatsächliche Feststellung in der Übertretungsanzeige vom 11. November 2008 und im Rechtshilfesuch der Kantonspolizei St.Gallen vom 4. Dezember 2008 sowie in der Bussenverfügung vom 16. Januar 2009, wonach die Geschwindigkeit im Innerortsbereich überschritten wurde, ist zutreffend und es besteht kein Anlass, im Administrativverfahren davon abzuweichen.

5. Die Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit innerorts um 24 km/h stellt nach der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung in objektiver

Hinsicht eine mittelschwere Widerhandlung im Sinn von Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG dar. In subjektiver Hinsicht kommt ein leichter Fall nur in Betracht, wenn der Lenker aus nachvollziehbaren Gründen gemeint hat, er befinde sich noch nicht oder nicht mehr im Innerortsbereich; unter Umständen kann sogar jeder Schuldvorwurf entfallen (vgl. BGE 124 II 97 E. 2c, 126 II 196 E. 2a, 126 II 202 E. 1a). Das Bundesgericht hat zudem zu Geschwindigkeitsüberschreitungen bei «atypischen» Innerortsstrecken ausgeführt, die Berücksichtigung der konkreten baulichen und sonstigen Verhältnisse im fraglichen Streckenabschnitt würde den Unterschieden in der Gefahrenlage zwischen Strecken innerorts und ausserorts nicht angemessen Rechnung tragen. Es sei deshalb fraglich, ob es so etwas wie «typische» Innerorts- und Ausserortsstrecken überhaupt gebe. So liessen sich zum Beispiel Ausserortsbereiche in dicht besiedelten Agglomerationen mitunter kaum von Innerortsstrecken im Bereich von Weilern oder gegen den Ausgang von Dörfern unterscheiden. Zu beachten sei auch, dass der Übergang vom Innerortsbereich zum Ausserortsbereich häufig fliessend sei und es sich bei so genannten atypischen Innerortsstrecken meist nur um kurze bis sehr kurze Strassenstücke handle. Gerade auf solchen Strecken neigten Fahrzeuglenker aber häufig zu nachlassender Aufmerksamkeit bzw. Disziplin, weshalb die Einhaltung der signalisierten Höchstgeschwindigkeit besonders unerlässlich sei (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S. 99/2004 vom 25. August 2004, E. 2.4 für die schwere Widerhandlung).

Laut Angaben am Augenschein fuhr der Rekurrent auf der Oberrietterstrasse aus Richtung Oberriet auf den Kreisel, von welchem die Südumfahrung nach rechts abzweigt, zu. Er war unterwegs, um über die Umfahrung und die Kriessernstrasse ins Industriegebiet Baffles zu gelangen und dort einen Umschlagplatz zu besichtigen. Der Rekurrent ist ortskundig. Insbesondere ist davon auszugehen, dass ihm die Signalisation des Ortsendes auf der Umfahrungsstrasse erst rund 350 Meter nach der Messstelle in Fahrtrichtung Kriessernstrasse bekannt ist. Allein schon die Ortskunde lässt einen Irrtum über den Verlauf der Strecke im Innerortsbereich als unwahrscheinlich erscheinen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6A.97/1999 vom 30. März 2000, E. 1b).

Aus dem Signalisationsplan ergibt sich, dass zwischen dem Kreisel und der Messstelle bei der Firma Z dreimal die «Höchstgeschwindigkeit 60» signalisiert ist, nämlich unmittelbar nach der Ausfahrt aus dem Kreisel, nach der Einmündung einer nicht namentlich bezeichneten Gemeindestrasse 3. Klasse und der als Gemeindestrasse 2. Klasse eingeteilten Alten Landstrasse jeweils von links. Rund 250 Meter nach der letzten Signalisation folgt die Messstelle. Nach dem Kreisel unterquert die Umfahrungsstrasse das Eisenbahntrasse in einer Linkskurve, die aufgrund der beidseitigen rund 300 Meter langen Betonmauern unübersichtlich ist. Der folgende Abschnitt von wiederum rund 300 Metern bis zur Einmündung der Alten Landstrasse von links und der Ochsenegasse von rechts ist charakterisiert durch die Einmündung der Brittlereustrasse von rechts, einer nicht namentlich bezeichneten Gemeindestrasse 3. Klasse und zweier weiterer Einmündungen aus

den links an die Umfahrungsstrasse angrenzenden und überbauten Grundstücken, auf denen verschiedene Gewerbe betrieben werden. Anschliessend verläuft die Umfahrungsstrasse während rund 250 Metern über offenes Feld, bevor – kurz vor der Messstelle – die Zufahrt zum überbauten Gelände der Firma Z von links einmündet. Kurz nach der Messstelle und einer leichten Linkskurve treffen von links die Bleichemühlistrasse und von rechts der Hinterdammweg von der Abwasserreinigungsanlage auf die Umfahrungsstrasse. Topografie und Strassenverlauf erschweren zudem teilweise die Übersichtlichkeit der Einmündungen. Nach weiteren rund 100 Metern folgt die Signalisation des Ortsendes und des Endes der «Höchstgeschwindigkeit 60».

Die Umfahrungsstrasse weist damit auf dem Abschnitt zwischen dem Kreisel mit der Oberrieterstrasse und der Signalisation des Ortsendes zahlreiche Elemente einer Innerortsstrecke auf. In ausgeprägter Weise trifft dies auf die Strecke bis zur Einmündung der Alten Landstrasse und der Ochsenegasse mit einer unübersichtlich verlaufenden Bahnunterführung, linksseitigem überbautem Gewerbegebiet mit mehreren Einfahrten und weiteren Einfahrten von rechts zu. Zwar ist – wie am Augenschein festgestellt – vor dem Gelände der Firma Z mit der Messstelle ein grösseres Gebiet beidseitig der Umfahrungsstrasse nicht überbaut. Das Ortsende ist jedoch nicht nach den Einmündungen der Alten Landstrasse und der Ochsenegasse, sondern erst nach den Einmündungen der Bleichemühlistrasse und des Hinterdammweges signalisiert.

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände liegen keine nachvollziehbaren Gründe vor, aus denen der ortskundige Rekurrent annehmen durfte, er habe sich im Bereich der Messstelle nicht mehr im Innerortsbereich befunden. Die Voraussetzungen einer mittelschweren Widerhandlung sind deshalb auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

**29**

*Art. 22 Abs. 1 SVG (SR 741.01), Art. 42 Abs. 1, 3bis und 4, Art. 44 Abs. 1, Art. 45 Abs. 1 VZV (SR 741.51).* Für die Erteilung der Führerausweise sind die Verwaltungsbehörden des Wohnsitzkantons zuständig. Von diesem Grundsatz kann unter anderem dann abgewichen werden, wenn der Führerausweis während eines Aufenthalts von mindestens zwölf zusammenhängenden Monaten im Ausstellerstaat erworben wurde, was vorliegend nicht der Fall war. Die Umgehung der schweizerischen Zuständigkeitsvorschriften verbietet den Umtausch des ausländischen Ausweises und führt zu dessen Aberkennung auf unbestimmte Zeit, wenn damit zu rechnen ist, dass er in der Schweiz widerrechtlich benützt wird.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 25. Juni 2009*

Die ungarische Staatsangehörige X reiste am 1. August 2005 in die Schweiz ein und nahm in Z/SG Wohnsitz. Am 22. April 2008 erwarb sie in Ungarn den Führerausweis. Mit Eingabe vom 4. August 2008 stellte sie beim Strassenverkehrsamt ein Gesuch um Umtausch des ungarischen in einen schweizerischen Führerausweis. Mit Verfügung vom 25. September 2008 verweigerte das Strassenverkehrsamt den Umtausch des ausländischen in einen schweizerischen Führerausweis, weil Ersterer unter Umgehung der Zuständigkeitsbestimmungen im Ausland erworben worden sei. Gleichzeitig wurde ihr das Recht, mit ausländischen und internationalen Führerausweisen in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein Motorfahrzeuge zu lenken, auf unbestimmte Zeit aberkannt.

Aus den Erwägungen:

2. b) Zu prüfen ist, ob die Rekurrentin gestützt auf den ungarischen Führerausweis berechtigt ist, Motorfahrzeuge in der Schweiz zu führen und einen schweizerischen Führerausweis ohne neue Prüfung zu erwerben.

aa) Motorfahrzeugführer aus dem Ausland dürfen in der Schweiz nur dann Motorfahrzeuge führen, wenn sie einen gültigen nationalen oder einen gültigen internationalen Führerausweis besitzen (Art. 42 Abs. 1 VZV) und den ausländischen Führerausweis nicht unter Umgehung der Bestimmungen der VZV über den Erwerb des schweizerischen Führerausweises oder der in ihrem Wohnsitzstaat geltenden Zuständigkeitsbestimmungen erworben haben (Art. 42 Abs. 4 VZV). Die Wirksamkeit des ausländischen Ausweises ist auf dem Schweizer Territorium insofern eingeschränkt, als Fahrzeugführer aus dem Ausland, die seit zwölf Monaten in der Schweiz wohnen und sich in dieser Zeit nicht länger als drei Monate ununterbrochen im Ausland aufgehalten haben, einen schweizerischen Führerausweis benötigen (Art. 42 Abs. 3bis lit. a VZV). Der Erwerb richtet sich nach Art. 44 Abs. 1 VZV, wonach dem Inhaber eines gültigen nationalen Führerausweises der schweizeri-

sche Führerausweis der entsprechenden Kategorie erteilt wird, wenn er auf einer Kontrollfahrt nachweist, dass er die Verkehrsregeln kennt und Fahrzeuge der Kategorien, für die der Ausweis gelten soll, sicher zu führen versteht.

Nach Art. 42 Abs. 4 VZV dürfen ausländische Führerausweise, die der Führer unter Umgehung der Bestimmungen dieser Verordnung über den Erwerb des schweizerischen Führerausweises oder der in seinem Wohnsitzstaat geltenden Zuständigkeitsbestimmungen erworben hat, in der Schweiz nicht verwendet werden. Sie sind auf unbestimmte Zeit abzuerkennen, wenn sie unter Umgehung dieser Bestimmungen im Ausland erworben worden sind (Art. 45 Abs. 1 Satz 2 VZV).

bb) Das Führen eines Motorfahrzeugs in der Schweiz setzt den Besitz eines schweizerischen Führerausweises voraus, soweit nicht ausländische Ausweise durch das schweizerische Recht anerkannt sind. Ohne eine Anerkennung vermögen ausländische Ausweise keine Wirkung zu entfalten (BGE 108 Ib 57 E. 2; R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band I, 2. Auflage, Bern 2002, Rz. 377). Nach Art. 22 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes (SR 741.01, abgekürzt SVG) sind für die Erteilung der Führerausweise die Verwaltungsbehörden des Wohnsitzkantons zuständig, wobei sich der Wohnsitz im Sinn des Strassenverkehrsrechts nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches bestimmt (vgl. dazu VRKE IV-2006/4 vom 24. Mai 2006 in Sachen C. B., S. 6). Demnach befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 23 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, SR 210; abgekürzt ZGB). Bei der Erteilung eines Führerausweises gilt damit das Wohnsitzprinzip. Das schweizerische Recht sieht im Grundsatz vor, dass jeder Person mit Wohnsitz in der Schweiz der Führerausweis nur nach erfolgreicher Absolvierung der schweizerischen Führerprüfung ausgehändigt werden kann (AGVE 1990 S. 169).

Der Wohnsitz der Rekurrentin befindet sich seit dem 1. August 2005 in der Schweiz. Bei ihrem Zuzug in die Schweiz besass sie keinen Führerausweis. Damit gilt sie nicht als «Fahrzeugführer aus dem Ausland», weshalb der ausländische Führerausweis grundsätzlich nicht zum Eintausch gegen einen schweizerischen Führerausweis ohne neue Führerprüfung und zur Verwendung in der Schweiz berechtigt (vgl. BGE 108 Ib 57, E. 2).

cc) Gemäss Ziff. 301 der Richtlinie Nr. 1 der Vereinigung der Strassenverkehrsämter über die Behandlung der Motorfahrzeuge und Motorfahrzeugführer aus dem Ausland (ASA-Richtlinie), der zwar keine Rechtskraft, aber praxisbildende Wirkung zukommt (BGE 109 Ib 205 E. 2), kann von Art. 22 Abs. 1 SVG in zwei Ausnahmefällen abgewichen werden: wenn der Erwerb des Ausweises während eines Aufenthaltes von mindestens zwölf zusammenhängenden Monaten im Ausstellerstaat erfolgte oder der Ausweis im Sinne einer Toleranz innerhalb dreier Monate seit der Wohnsitznahme in der Schweiz im bisherigen Wohnsitzstaat erworben wurde (vgl. Schaffhauser, a. a. O., Rz. 379).

Die Rekurrentin erwarb den Führerausweis am 22. April 2008 in Ungarn. Sie reichte Bestätigungen ein, wonach sie sich während des letzten Jahres in Ungarn

aufgehalten habe, um ihren kranken Vater zu pflegen. Als Anreizezeitpunkt wird in der Bestätigung der Eltern Juli 2007 genannt. Die behandelnde Ärztin des Vaters bestätigte am 13. August 2008 einen Aufenthalt der Rekurrentin in Ungarn «im letzten Jahr». Vom 24. Juli bis 14. August 2007 befand sich der Vater der Rekurrentin gemäss Bestätigung des Krankenhauses in Budapest in einer Heilanstalt in Behandlung. Es ist glaubwürdig, dass die Rekurrentin bereits während des Krankenhausaufenthalts ihres Vaters, sicherlich aber unmittelbar im Anschluss daran, also Ende Juli/Anfang August 2007 nach Ungarn gereist ist. Bezüglich des Zeitpunkts der Rückkehr in die Schweiz gibt die Rekurrentin den 10. August 2008 an. Dies widerspricht jedoch der Tatsache, dass die Rekurrentin bereits am 2. August 2008 in Rapperswil Sehtests durchführte. Die Eltern der Rekurrentin schreiben in ihrer Bestätigung vom 17. August 2008, die Besserung des Zustands des Vaters im letzten Monat hätten der Rekurrentin ermöglicht, eine längere Zeit mit ihrem Mann in der Schweiz zu verbringen. Dies spricht für eine Rückkehr in die Schweiz ab Mitte Juli 2008. Falls die Angaben der Rekurrentin zutreffen sollten, würden zwischen der Abreise nach Ungarn und der Rückkehr in die Schweiz nur knapp zwölf Monate liegen.

Die Ausnahmeregelung verlangt einen Aufenthalt von mindestens zwölf zusammenhängenden Monaten im Ausstellerstaat. In der Bestätigung der Eltern sowie der Ärztin des Vaters werden kleinere Unterbrechungen des Aufenthaltes in Ungarn erwähnt. Die Rekurrentin erklärt diese mit Besuchen in der Schweiz an den Feiertagen, insbesondere an Weihnachten 2007. Ob solche kurzen Unterbrechungen eine Auswirkung auf die erforderlichen zwölf zusammenhängenden Monate im Ausland haben, kann vorliegend offen gelassen werden, da der zwölfmonatige Aufenthalt in Ungarn ohnehin nicht genügend nachgewiesen ist. Denn die von der Rekurrentin eingereichten Kreditkartenauszüge in Ungarn betreffen die Zeiträume vom 22. bis 29. Dezember 2007 und von Mitte März bis Mitte Mai 2008. Während dieser Zeit gab es zahlreiche Geldbezüge. Für die Zeiträume von der Einreise nach Ungarn bis Dezember 2007, von Januar bis Mitte März 2008 und ab Mitte Mai fehlen demgegenüber entsprechende Auszüge. Wenn davon ausgegangen wird, dass nur die Rekurrentin Geld mit der fraglichen Kreditkarte bezog, dann fehlt für mehrere Monate ein rechtsgenügender Nachweis für einen Aufenthalt der Rekurrentin in Ungarn. Aus den Auszügen hinsichtlich der Geldbezüge geht zudem hervor, dass sich die Rekurrentin von Mitte März bis Mitte April 2008 in Debrecen aufhielt. Debrecen befindet sich 223 km von Budapest entfernt in Richtung Rumänien. Am 19. April 2008 wurde die Kreditkarte der Rekurrentin in Szilvasvarad (im Norden Ungarns, 121 km von Budapest entfernt) und am 7. Mai 2008 in Mateszalka (im Osten Ungarns, 287 km von Budapest entfernt) eingesetzt. Diese Reisetätigkeit lässt sich nicht vereinbaren mit dem Zweck des Ungarnaufenthalts. Denn gemäss eigenen Angaben reiste die Rekurrentin dorthin, um ihren schwerkranken, in Budapest wohnenden Vater zu pflegen. In Budapest wurde die Kreditkarte aber lediglich am 27. Dezember 2007 sowie vom 26. bis 30. April 2008 und am 9. Mai 2008 verwen-

det. Hinzu kommt ein Bargeldbezug vom 6. März 2008, welcher nicht als «Bargeldbezug Ausland» gekennzeichnet ist. Dies lässt darauf schliessen, dass dieser Geldbezug in der Schweiz erfolgte. Ob und wie lange sich die Rekurrentin neben ihrem Besuch an Weihnachten 2007 in der Schweiz aufhielt, wird im Rekurs nicht angegeben.

c) Die von der Rekurrentin eingereichten Unterlagen reichen nicht aus, um einen zusammenhängenden zwölfmonatigen Aufenthalt in Ungarn nachzuweisen. Es ist davon abzusehen, weitere Abklärungen zu treffen. Namentlich ist darauf zu verzichten, die beantragten Zeugeneinvernahmen durchzuführen. Denn bei den entsprechenden Personen handelt es sich ausschliesslich um Familienmitglieder der Rekurrentin, weshalb allfällige Aussagen ohnehin mit einer gewissen Zurückhaltung zu würdigen wären. Selbst wenn die Zeugen die Angaben der Rekurrentin bestätigen würden, würde dies aufgrund der dürftigen Aktenlage nichts daran ändern, dass ein zusammenhängender zwölfmonatiger Aufenthalt in Ungarn nicht bewiesen ist. Der ungarische Führerausweis vom 22. April 2008 wurde somit in Missachtung von Art. 22 Abs. 1 SVG i.V. m. Art. 42 Abs. 4 VZV, das heisst unter Umgehung der Zuständigkeitsbestimmungen, erworben und darf in der Schweiz folglich nicht verwendet werden (Art. 42 Abs. 4 VZV).

3. Gemäss Art. 45 Abs. 1 VZV sind ausländische Führerausweise unter anderem dann auf unbestimmte Zeit abzuerkennen, wenn sie unter Umgehung der schweizerischen oder ausländischen Zuständigkeitsbestimmungen im Ausland erworben worden sind.

a) Sowohl Art. 42 Abs. 4 als auch Art. 45 Abs. 1 VZV sprechen von «Umgehung ... der Bestimmungen». Daraus folgt jedoch nicht, dass ausländische Führerausweise, die in der Schweiz nicht verwendet werden dürfen, stets abzuerkennen sind. Die schweizerischen Zuständigkeitsbestimmungen gestatten vielmehr einer in der Schweiz wohnhaften Person, in einem ausländischen Staat den Führerausweis zu erwerben, wenn der Betreffende diesen nur im Ausland verwenden will. Erst die Verwendung des ausländischen Ausweises in der Schweiz stellt eine Umgehung der schweizerischen Zuständigkeitsbestimmungen dar und führt zur Aberkennung des ausländischen Ausweises. Allein dessen Besitz verstösst nicht gegen schweizerisches Recht und rechtfertigt keine Aberkennung, soweit nicht nachgewiesen ist, dass der Betreffende den Führerausweis benützt hat oder willens ist, dies zu tun (vgl. BGE 108 Ib 57, E. 3a; 129 II 175, E. 2.3).

Für die Aberkennung wegen Umgehung der Zuständigkeitsbestimmungen müssen nach neuester Rechtsprechung objektive Tatbestandsmerkmale erfüllt sein. Demzufolge umgeht die Zuständigkeitsbestimmungen im Sinn von Art. 45 Abs. 1 Satz 2 VZV nicht nur derjenige, der einen Führerausweis im Ausland erwirbt, obwohl er ihn in der Schweiz hätte erwerben müssen, und den so erworbenen ausländischen Ausweis in der Schweiz verwenden will. Es genügt bereits, wenn aufgrund objektiver Umstände mit der Möglichkeit zu rechnen ist, dass der betreffen-

de Inhaber den Ausweis in der Schweiz widerrechtlich benützen könnte (vgl. BGE 129 II 175, E. 2.4 f.).

b) Die Rekurrentin hat den Führerausweis im Ausland erworben, obwohl die schweizerischen Behörden zuständig gewesen wären. Im August 2008 stellte sie ein Gesuch um Umtausch des ausländischen in einen schweizerischen Führerausweis, wobei sie den ungarischen Ausweis korrekt deklarierte. Damit trat sie gegenüber der Vorinstanz als potenzielle Motorfahrzeugführerin auf, so dass objektive Umstände gegeben sind, aufgrund derer mit der Möglichkeit zu rechnen ist, dass die Rekurrentin den Ausweis in der Schweiz widerrechtlich benützen könnte (vgl. VRKE IV-2003/135, E. 4). Die Vorinstanz hat ihr deshalb zu Recht den ausländischen Führerausweis auf unbestimmte Zeit aberkannt.

4. Dem Inhaber eines gültigen nationalen ausländischen Ausweises wird der schweizerische Führerausweis der entsprechenden Kategorie erteilt, wenn er auf einer Kontrollfahrt nachweist, dass er die Verkehrsregeln kennt und Fahrzeuge der Kategorien, für die der Ausweis gelten soll, sicher zu führen versteht (Art. 44 Abs. 1 VZV). Von der Kontrollfahrt befreit sind Inhaber ausländischer Führerausweise aus den in Anhang 2 des Kreisschreibens des Bundesamts für Strassen (ASTRA) vom 26. September 2007 aufgeführten Ländern. Darunter befindet sich auch Ungarn.

Nachdem der ausländische Führerausweis unter Umgehung der Zuständigkeitsbestimmungen erworben wurde und nach Art. 45 Abs. 1 VZV abzuerkennen ist, handelt es sich nicht um einen «gültigen nationalen ausländischen Ausweis» im Sinn von Art. 44 Abs. 1 VZV. Die Rekurrentin hat daher keinen Anspruch auf Umtausch ihres ungarischen Führerausweises. Sie hat eine vollständige Führerprüfung in der Schweiz zu bestehen, sofern sie hier rechtmässig ein Motorfahrzeug lenken will.

### 30

*Art. 90 Ziff. 2 SVG (SR 741.01), Art. 47, Art. 34 StGB (SR 311.0).* Strafzumessung bei einem «Verkehrsröwdy», der sich bedenkenlos und aus reiner Lust an Geschwindigkeit über elementare Strassenverkehrsvorschriften hinwegsetzt und damit eine hohe abstrakte Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer schafft. Hohe Geldstrafe. Der Bemessung des Tagessatzes ist das Nettoeinkommensprinzip zugrunde zu legen. Lebensaufwand als Hilfsargument, wenn die Einkommensverhältnisse aufgrund unzureichender oder ungenauer Angaben des Täters geschätzt werden müssen.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 2. November 2009*

Aus den Erwägungen:

II./3. [...] Indem der Angeklagte die Höchstgeschwindigkeit ausserorts stellenweise um 57 km/h und die zulässige Höchstgeschwindigkeit innerorts von 60 km/h über eine längere Strecke um 34,7 bzw. 39,6 km/h überschritten hat, sind sowohl die objektiven wie subjektiven Voraussetzungen einer mehrfach begangenen groben Verkehrsregelverletzung erfüllt. Der Angeklagte ist damit der mehrfachen Widerhandlung im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG schuldig zu sprechen. Sodann hat er sich der Übertretung gemäss Art. 99 Ziff. 3 SVG (Nichtmitführen des Führerausweises), des unberechtigten Benützens einer Nationalstrasse ohne gültige Vignette (Art. 1 und 10 NASV) und des Unterlassens der Richtungsanzeige (Art. 90 Ziff. 1 i.V. m. Art. 39 SVG) schuldig gemacht. Dafür ist er mit einer Busse zu bestrafen.

III./3. Art. 90 Ziff. 2 SVG sieht Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vor. Vorliegend muss von einer erheblichen Tatschwere gesprochen werden. Der Angeklagte hat sich bedenkenlos und ohne ersichtlichen äusseren Anlass, wohl nur aus reiner Lust an Geschwindigkeit, mit seinem PS-starken Fahrzeug über elementare Strassenverkehrsvorschriften hinweggesetzt und mit seiner Fahrweise eine hohe abstrakte Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer, insbesondere Fussgänger, geschaffen. Er muss, betrachtet man die Tatsache, dass er die allgemein gültigen und signalisierten Höchstgeschwindigkeiten auf seiner Fahrt von S. nach M. gleich mehrfach und massiv, zweimal davon in unmittelbarem Bereich eines Fussgängerstreifens um 35 bis knapp 40 km/h überschritten hat, als «Rowdy» bezeichnet werden. Solches Verhalten wird gemäss konstanter Praxis der Strafkammer mit hohen Geldstrafen oder – insbesondere, aber nicht nur im Wiederholungsfall – mit Freiheitsstrafen von über sechs Monaten geahndet (vgl. dazu Erste Erfahrungen mit dem neuen AT StGB, Mai 2007, S. 14 ff., unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch), «Weitere News»). Straferhöhend sind die mehrfache Tatbegehung und die Vorstrafen des Angeklagten zu berücksichtigen. So wurde der Angeklagte in den letzten neun Jahren vor der heute zu beurteilenden Tat zweimal wegen Geschwindigkeitsübertretungen administrativrechtlich verwarnet und wegen desselben Delikts im Oktober 2003 zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zehn Tagen und zu einer Busse von Fr. 2000.– verurteilt. Ihm wurde der Führerausweis für die Dauer eines Monats entzogen. Konkret erscheint unter Berücksichtigung der erwähnten Tat- und Täterkomponenten, die das Verschulden ausmachen, seinem Vorleben in strassenverkehrsrechtlicher Hinsicht, und dem Umstand, dass neben der Geldstrafe für die Übertretungen eine Busse auszufallen ist, eine Geldstrafe von 130 Tagessätzen angemessen.

III./4. Nach Art. 34 StGB bestimmt das Gericht die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, und allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten. Zur Bemessung der Höhe des Tagessatzes hat sich das Bundesgericht in einem Grundsatzurteil vom 17. März 2008 (BGE 134 IV 60) geäussert. Danach ist der Bemessung des Tagessatzes das Netto-

einkommensprinzip zugrunde zu legen. Ausgangspunkt bildet somit das Einkommen, das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufließt, ganz gleich, aus welcher Quelle die Einkünfte stammen. Das Nettoprinzip verlangt sodann, dass nur der Überschuss der Einnahmen über die damit verbundenen Aufwendungen berücksichtigt wird. Nach der Praxis der Strafkammer wird dies durch einen Pauschalabzug von ca. 30 Prozent erreicht, mit dem Steuern, Sozialversicherungsbeiträge, Berufsauslagen und dergleichen abgegolten werden. Zur Ermittlung des Nettoeinkommens werden in der Regel die Steuerfaktoren herangezogen. Bleiben die Einkünfte hinter den Beträgen zurück, die der Täter in zumutbarer Weise erzielen könnte oder auf die er Anspruch hätte, so ist von einem potenziellen Einkommen auszugehen. Die Zumutbarkeit ist nach der konkret gewählten persönlichen Lebensführung zu bemessen. Vorhandenes Vermögen führt nicht zu einer Erhöhung des Tagessatzes, wenn die gewohnte Lebensführung aus dem Einkommen bestritten wird, nicht vorhandenes Vermögen aber auch nicht zu einer Senkung des Tagessatzes. Es ist dann – und nur dann – von Bedeutung, wenn der Täter ohnehin von der Substanz des Vermögens lebt, und es bildet Bemessungsgrundlage in dem Ausmass, in dem er selbst es für den Alltag anzehrt. Das Kriterium des Lebensaufwands schliesslich dient als Hilfsargument, wenn die Einkommensverhältnisse geschätzt werden müssen, weil ihre genaue Feststellung nicht möglich ist oder der Täter dazu unzureichende oder ungenaue Angaben macht. Die Annahme eines erhöhten Tagessatzes ist dort gerechtfertigt, wo ein ersichtlich hoher Lebensaufwand mit einem auffällig tiefen Einkommen kontrastiert (vgl. zum Ganzen BGE 134 IV 60, E. 6.1 bis 6.3, m.w.H.).

Gemäss der letzten bekannten Steuereinschätzung ist der Angeklagte mit einem Einkommen von Fr. 135'000.– und einem Vermögen von rund Fr. 23,3 Millionen erfasst. Nach der unwidersprochen gebliebenen Darstellung der Anklage besitzt er ein Appartement in D. an bester Lage, eine Villa in M. mit einem Realwert von 4,3 Millionen Franken, ein Einfamilienhaus in E. und fünf kostspielige Luxusautos, darunter der F., mit dem er die vorliegend zu beurteilende Fahrt ausgeführt hat. Dass der vom Angeklagten gewählte persönliche Lebensaufwand aus dem steuerlich erfassten Vermögensertrag von lediglich Fr. 135'000.– nicht gedeckt werden kann, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Ausführungen. Noch viel weniger ist dies möglich, wenn aufgrund der Ausführungen des Verteidigers in der Anschlussberufungsantwort gestützt auf einen Ehevertrag geltend gemacht wird, dass dem Angeklagten nur ein Anteil von 11,5 Millionen am Vermögen zuzurechnen sei. Damit aber erübrigen sich weitere Ausführungen darüber, welchen Betrag der Angeklagte nun realistischerweise aus seinem Vermögen erzielen könnte, da bei dieser Ausgangslage, in der der Angeklagte nicht nur unzureichende und ungenaue, sondern gar keine brauchbaren Angaben macht, in jedem Fall nur eine Schätzung der Einkommensverhältnisse nach dem Lebensaufwand möglich bleibt (BGE 134 IV 60, E. 6.3). Hier erscheint die Annahme eines Jahreseinkommens von einer Million Franken, wovon auch die Anklage in der Begründung der Anschlussberufung aus-

geht, realistisch. Da vorliegend der persönliche Lebensaufwand zu einem erheblichen Teil aus der Vermögenssubstanz, nicht aus dem Vermögensertrag und damit aus Einkommen bestritten wird, ist der allgemeine Abzug nicht auf 30 Prozent, sondern nur auf 15 Prozent anzusetzen. Mit diesem verminderten Ansatz sind die tieferen Vermögenssteuern und die bei solchen Einkommen weniger stark ins Gewicht fallenden Krankenkassen- und Unfallversicherungsbeiträge berücksichtigt. Besondere Berufsauslagen fallen offensichtlich nicht an, da der Angeklagte keine Erwerbstätigkeit angegeben hat. Kein Abzug rechtfertigt sich sodann für die Ehefrau, nachdem diese selber über ein Vermögen von mehreren Millionen verfügt. Für die Bestimmung der einzelnen Tagessatzhöhe ist daher von einem (geschätzten) Einkommen nach dem Nettoprinzip von Fr. 850 000.– im Jahr auszugehen, womit sich ein Tagessatz von (gerundet) Fr. 2300.– ergibt. Eine Erhöhung dieses Satzes rechtfertigt sich unter Verweis auf die weitergehende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Angeklagten nicht, da dies darauf hinauslaufen würde, auf einen über den für die Bestreitung des persönlichen Lebensaufwands hinausgehenden Teil des Vermögens zuzugreifen. Die Geldstrafe ist als Einkommensstrafe ausgestaltet und darf nicht ganz oder teilweise konfiskatorisch wirken (BGE 134 IV 60, E. 6.2). Nicht relevant ist daher die Bemerkung der Anklage zur Frage, aus welcher Kasse der Angeklagte die Geldstrafe bezahlen könne und ob die Einbusse für ihn – gemessen am Gesamtvermögen – verkräftbar sei.

## **8. Raumplanung und Baurecht**

---

### **31**

*Art. 24c und 24d RPG (SR 700), Art. 41 RPV (SR 700.1).* Zur Beurteilung von baulichen Massnahmen an einer Baute ausserhalb der Bauzone gelangt Art. 24c RPG in Verbindung mit Art. 41 RPV nicht zur Anwendung, wenn die Baute beim Inkrafttreten des alten Gewässerschutzgesetzes am 1. Juli 1972 einer landwirtschaftlichen Nutzung diente und damit als «zonenkonform» im Sinne von Art. 24c RPG zu gelten hat. Die landwirtschaftliche Nutzung nach altem Gewässerschutzgesetz ist zu bejahen, selbst wenn der Betrieb am damaligen Stichtag keine existenzfähige Grösse aufwies. Bauliche Massnahmen sind folglich nach Art. 24d RPG zu beurteilen.

*Verwaltungsgericht, 22. Januar 2009*

Das Grundstück der Erbgemeinschaft G.W. sel. in A. ist mit einem Wohnhaus überbaut und der Landwirtschaftszone zugeteilt. Es befand sich am 1. Juli 1972 im Eigentum von G.W. sel. Dieser bewirtschaftete damals mit weiteren Grundstücken eine landwirtschaftliche Nutzfläche von rund 2,4 ha mit einem Viehbestand von vier bis fünf Grossvieheinheiten (GVE). 1986 verpachtete er das Land. Sein Enkel R.W. beabsichtigt, das Haus abzurechen und ein neues Wohnhaus zu erstellen. Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) verweigerte die Zustimmung zur Baubewilligung, da nach Art. 24d RPG nur ein zurückhaltender Umbau bzw. eine Sanierung und Erweiterung innerhalb des bestehenden Gebäudes in Frage komme. Die Gemeinde A. wies das Baugesuch ab. Dagegen erhob R.W. Rekurs, der vom Baudepartement abgewiesen wurde. Auch eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

4. In materieller Hinsicht macht der Beschwerdeführer im wesentlichen geltend, zur Beurteilung seines Baugesuches sei Art. 24c RPG in Verbindung mit Art. 41 RPV massgebend und nicht Art. 24d RPG. Im folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanzen zu Recht die Anwendung von Art. 24c RPG verneint haben.

4.1. Art. 24c RPG bestimmt, dass bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt werden (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). Die konkretisierende Raumplanungsverordnung legt in Art. 41 RPV fest, dass Art. 24c RPG auf jene Bauten und Anlagen Anwendung findet, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert worden sind, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind. In den Anwendungsbereich von Art. 24c RPG fallen somit nur Bauten und Anlagen, die ausserhalb der Bauzone liegen, unter dem «alten» Recht rechtmässig erstellt oder geändert wurden, eine Rechtsänderung erfahren haben und infolge dieser zonenwidrig geworden und noch bestimmungsgemäss nutzbar sind (vgl. Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung, Bern 2006, Rz. 4 zu Art. 24c RPG). Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind «seinerzeit» erstellte Bauten und Anlagen solche, die vor dem 1. Juli 1972, d.h. vor dem Inkrafttreten des aGSchG, erstellt worden sind, da damit erstmals eine klare Trennung zwischen Baugebiet und Nichtbaugebiet eingeführt worden ist (vgl. Waldmann/Hänni, a. a. O., Rz. 4 zu Art. 24c RPG; BGE 129 II 398 E. 4.2.1 mit weiteren Hinweisen; anderer Ansicht Peter Karlen, Die Ausnahmbewilligung nach Art. 24–24d RPG, System der neuen Regelung, in: ZBI 102/2001, S. 296 f.). Rechts-

widrig erstellten oder geänderten Bauten und Anlagen bleibt die Anwendung von Art. 24c RPG versagt.

4.1.1 Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, der Begriff «zonenkonform» in Art. 24c Abs. 1 RPG sei nach dem geltenden Raumplanungsgesetz auszulegen. Dies lege eine streng grammatikalische Auslegung nahe. Der Wortlaut von Art. 24c RPG gehe nämlich, wie die Verwendung des Präsens zeige, vom heutigen Zustand aus. Demnach sei ein Wohnhaus für einen nebenberuflichen Landwirtschaftsbetrieb mit einer Fläche von etwa 3 ha und 4 bis 5 GVE in der Landwirtschaftszone heute nicht mehr bewilligungsfähig und im Sinne des geltenden Raumplanungsrechts nicht mehr zonenkonform.

Die grammatikalische Auslegung des Gesetzeswortlauts von Art. 24c RPG legt in der Tat den Schluss nahe, dass nur Bauten und Anlagen, die vormals zonenkonform waren, zonenwidrig werden können. Dies würde aber nur auf jene Bauten und Anlagen zutreffen, die nach dem 1. Januar 1980 erbaut wurden, da erst mit Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes Zonenvorschriften eingeführt worden sind. Bauten und Anlagen, die vor oder unter dem Geltungsbereich des aGSchG erbaut worden sind, würden damit vom Geltungsbereich des Art. 24c RPG nicht erfasst werden.

Die Formulierung «nicht mehr zonenkonform» ging auf eine Änderung der parlamentarischen Redaktionskommission zurück und gab den Willen der Eidgenössischen Räte nur ungenau wieder. In der Praxis führte die Regelung von Art. 24c RPG zu gewissen Unklarheiten. Unsicherheit bestand insbesondere in bezug auf jene Bauten und Anlagen, die zwar rechtmässig erstellt worden sind, aber nie zonenkonform waren, da im Zeitpunkt der Erstellung keine Zonenvorschriften bestanden (vgl. Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung des Bundesamtes für Raumentwicklung, Bern 2001, S. 42 f., abrufbar unter [www.are.admin.ch](http://www.are.admin.ch)). Der Verordnungsgeber hat in Art. 41 RPV den Anwendungsbereich dahingehend präzisiert, dass die Besitzstandsgarantie nur jenen Bauten und Anlagen vorbehalten ist, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert worden sind, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind. Diese Regelung ist vom Bundesgericht als gesetzeskonform eingestuft und geschützt worden (vgl. BGE 127 II 212 E. 2c; BGE 129 II 398 E. 4.2.1.). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, besteht vorliegend kein Grund von dieser Auslegung abzuweichen. Die Bedeutung von «zonenkonform» im Sinne von Art. 24c Abs. 1 RPG in Verbindung mit Art. 41 RPV ist – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – dahingehend zu verstehen, dass die zu beurteilende Baute oder Anlage seinerzeit, d. h. vor Inkrafttreten des aGSchG am 1. Juli 1972, rechtmässig erstellt worden und infolge dieser Rechtsänderung zonenwidrig geworden ist.

Das Wohnhaus ist unbestrittenermassen vor dem Inkrafttreten des aGSchG erbaut worden, womit die Anwendung von Art. 24c RPG im Sinne der vorstehenden Ausführungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Sodann ist unbestritten, dass das Wohnhaus in einer Landwirtschaftszone und damit ausserhalb der Bau-

zone liegt sowie seinerzeit in Übereinstimmung mit dem damaligen materiellen Baurecht erstellt worden ist.

4.1.2. Gemäss Art. 24c RPG wird weiter vorausgesetzt, dass die seinerzeit rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen eine Rechtsänderung erfahren haben und infolge dieser Rechtsänderung zonenwidrig geworden sind. Als Rechtsänderung gelten etwa Gesetzesänderungen oder Änderungen der raumplanerischen Nutzungsordnung.

4.1.2.1. Die Vorinstanz führte aus, das Wohnhaus habe am massgeblichen Stichtag noch landwirtschaftlichen Zwecken gedient und sei erst Mitte der 80er Jahre wegen der Aufgabe des Landwirtschaftsbetriebs zonenwidrig geworden. Die Zonenwidrigkeit sei nicht auf eine Rechtsänderung, sondern auf ein tatsächliches Verhalten zurückzuführen, weshalb Art. 24c RPG auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde.

Demgegenüber wendet der Beschwerdeführer ein, die Landwirtschaft sei am 1. Juli 1972 ein ausgesprochener Nebenerwerb gewesen und das Wohnhaus sei als Neubau gemäss dem aGSchG nicht bewilligungsfähig gewesen. Das Wohnhaus sei mit Inkrafttreten des aGSchG am 1. Juli 1972 zonenwidrig geworden.

4.1.2.2. Nach herrschender Lehre gelten Bauten, die im Moment der Rechtsänderung landwirtschaftlich genutzt wurden, als weiterhin zonenkonform (Waldmann/Hänni, a. a. O., Rz. 4 zu Art. 24c Abs. 1 RPG). Die Vorinstanz hält zu Recht fest, dass bei der Beurteilung der Frage, was als landwirtschaftliche Nutzung zu gelten hat, nicht auf den heutigen Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes abgestellt werden kann. Vielmehr ist zu prüfen, was am 1. Juli 1972 als landwirtschaftliche Nutzung galt. Anhaltspunkte hierfür liefern einerseits Art. 20 aGSchG sowie die dazu ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung.

Nach Art. 20 aGSchG durften Baubewilligungen für Gebäude und Anlagen ausserhalb des im generellen Kanalisationsprojekt (abgekürzt GKP) abgegrenzten Gebietes nur erteilt werden, sofern der Gesuchsteller ein sachlich begründetes Bedürfnis nachweisen konnte. Die Baubewilligung wurde ferner nur erteilt, wenn die Ableitung und Reinigung oder eine andere zweckmässige Beseitigung der Abwässer festgelegt war und die Zustimmung der kantonalen Fachstelle für Gewässerschutz vorlag (AS Band I 1972, S. 956). Das sachlich begründete Bedürfnis wurde in Art. 27 der Allgemeinen Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972 näher ausgeführt. Demnach galt ein Bedürfnis für einen Neu- oder Umbau ausserhalb der Bauzonen bzw. des durch das GKP abgegrenzten Gebietes als sachlich begründet, wenn der Gesuchsteller auf das geplante Gebäude oder eine Anlage dringend angewiesen war und deren abgelegener Standort durch ihre Zweckbestimmung oder im öffentlichen Interesse gewünscht war (AS Band I 1972, S. 974 f.).

4.1.2.3. In BGE 100 Ib 86, den die Vorinstanz zur Entscheidungsbegründung heranzog, erwog das Bundesgericht, es komme bei der Beurteilung einer Bewilligung für einen Ersatzbau ausserhalb der Bauzone nicht darauf an, ob die Landwirtschaft im Haupt- oder Nebenberuf und ausschliesslich oder vorwiegend aus ökonomischen

oder ideellen Gründen (aus Liebhaberei, zu Forschungszwecken) betrieben werde. Damit ein landwirtschaftliches Gewerbe, insbesondere wenn Vieh gehalten werde, in gehöriger Weise betrieben werden könne, sei aber erforderlich, dass sich die Wohnung des Betriebsinhabers auf dem Gehöft oder doch in dessen unmittelbarer Nähe befinde (BGE 100 Ib 92, E. 4). Das Bundesgericht bejahte in diesem Fall das Vorliegen eines Landwirtschaftsbetriebes und damit den sachlichen Grund im Sinne von Art. 20 aGSchG.

Der Beschwerdeführer beruft sich dagegen auf BGE 103 Ib 110 ff. Dieser Entscheid ist, anders als BGE 100 Ib 86 ff., vorliegend allerdings nur von untergeordneter Bedeutung, weil in diesem die Zulässigkeit eines Neu- und nicht eines Ersatzbaus zu beurteilen war. Das Bundesgericht wies denn auch in seinen Erwägungen ausdrücklich auf die unterschiedliche Beurteilung der beiden Sachverhalte hin. Es bestätigte in BGE 103 Ib 110 ff. die vorangehende Rechtsprechung, wonach Wohnhäuser, die zu herkömmlichen landwirtschaftlichen Kleinbetrieben gehörten, erneuert und ersetzt werden durften, selbst wenn diese Betriebe keine Grundlage für eine hauptberufliche Tätigkeit geboten haben und unrentabel waren. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist für die Beurteilung des vorliegenden Falles BGE 100 Ib 86 ff. durchaus von Relevanz, weil eine unter der Geltung des aGSchG bestehende Wohnbaute und nicht die Frage der Zulässigkeit eines Neubaus zu beurteilen ist. Die Auffassung des Beschwerdeführers, wonach es sich beim vorliegend zu beurteilenden Bauvorhaben um einen Neubau und nicht einen Ersatzbau handelt, findet keine sachliche und rechtliche Grundlage, wobei die Realisierung eines Neubaus gestützt auf Art. 24c RPG aber ohnehin nicht möglich wäre.

Das landwirtschaftlich geschätzte Grundstück wies am massgeblichen Stichtag eine Nutzfläche von 1,23 ha auf. Unter Einbezug der ebenfalls im Eigentum von G.W. sel. stehenden Grundstücke bewirtschaftete er eine landwirtschaftliche Nutzfläche von gesamthaft 2,4 ha. Der Nutzviehbestand betrug damals 4 bis 5 GVE. Unbestrittenermassen ist damit von einem nicht existenzsichernden landwirtschaftlichen Kleinbetrieb auszugehen. Der damalige Eigentümer G.W. sel. war auf ein Zusatzeinkommen für sich und seine Familie angewiesen und ging während rund drei Tagen in der Woche einer unselbstständigen Arbeit nach.

Im Licht der vorstehenden Erwägungen und entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann das Kriterium der existenzfähigen Grösse jedoch nicht massgebend sein. Auch Wohnbauten für nicht existenzsichernde landwirtschaftliche Nebenbetriebe wurden mit Inkrafttreten des aGSchG nicht zonenwidrig. Entscheidend ist vielmehr eine gewisse landwirtschaftliche Nutzung am massgeblichen Stichtag. Die Vorinstanz geht demnach zu Recht von einem weiten Verständnis des Begriffs der «landwirtschaftliche Nutzung» aus und weist zutreffend auf die Struktur der damaligen schweizerischen Landwirtschaft hin. Diese war damals von Klein- und Kleinstbetrieben geprägt. Entsprechend können nicht die heutigen Voraussetzungen für ein landwirtschaftliches Gewerbe massgebend sein. Der Betrieb wie auch das Wohnhaus von G.W. sel. dienten der landwirtschaftlichen Nutzung

und erfüllten die damaligen Voraussetzungen an ein landwirtschaftliches Gewerbe. Auch war das Wohnhaus im Sinne der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung notwendig, um das landwirtschaftliche Gewerbe in gehöriger Weise betreiben zu können und damit «zonenkonform».

Fehl geht sodann auch die Argumentation des Beschwerdeführers, der Betrieb von G.W. sel. sei aufgrund mangelnder Existenzfähigkeit gemäss Art. 20 aGSchG als Neubau nicht bewilligungsfähig gewesen und somit am massgeblichen Stichtag zonenwidrig geworden. Im vorliegenden Fall geht es, wie bereits ausgeführt wurde, nicht um die Bewilligung eines Neubaus ausserhalb der Bauzone. Wie dargelegt, war nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Beurteilung von Ersatzbauten die existenzfähige Grösse nicht massgebend.

4.1.2.4. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, das Wohnhaus sei auf jeden Fall mit dem Inkrafttreten des RPG zonenwidrig geworden. Unbestritten ist, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens des RPG am 1. Januar 1980 G.W. sel. noch selbst Landwirtschaft betrieb. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist mit der landwirtschaftlichen Nutzung das bestehende Wohnhaus am 1. Januar 1980 nicht zonenwidrig geworden. Es ist nicht einzusehen, warum eine bestimmte Nutzung mit dem Inkrafttreten des RPG anders zu qualifizieren wäre, während diese vom Inkrafttreten des aGSchG, welches erstmals eine strenge Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet einführte, grundsätzlich unberührt blieb. Anzumerken ist ferner, dass Art. 24c RPG auch dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn die Baute nicht durch eine Rechtsänderung zonenwidrig geworden ist, sondern allein durch tatsächliche Änderungen, wie namentlich die Aufgabe des landwirtschaftlichen Nebenbetriebs. Aus den Akten ist ersichtlich, dass G.W. sel. bis ungefähr im Oktober 1986 seinen Landwirtschaftsbetrieb selbst bewirtschaftet und erst danach einem Dritten verpachtet hat. Die Zonenwidrigkeit ist damit durch die Aufgabe der zonenkonformen Nutzung im Jahre 1986 eingetreten. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Wohnhaus im Moment der massgeblichen Rechtsänderung landwirtschaftlich genutzt und damit nicht infolge dieser Rechtsänderung zonenwidrig wurde. An dieser Beurteilung würde sich auch nichts ändern, selbst wenn auf das Inkrafttreten des RPG als massgeblicher Stichtag abgestellt würde. Vor diesem Hintergrund kann die Frage offen bleiben, ob die Baute noch bestimmungsgemäss nutzbar ist, also weiterhin für den bisherigen Zweck genutzt werden kann.

4.2. Da das Wohnhaus als «zonenkonform» im Sinne von Art. 24c RPG zu gelten hat, sind bauliche Massnahmen nach Art. 24d RPG zu beurteilen. Art. 24d RPG erlaubt die Umwandlung von nicht benötigten landwirtschaftlichen Wohnbauten für landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen, sofern – nebst anderen Voraussetzungen – die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im wesentlichen unverändert bleiben (Art. 24d Abs. 3 lit. b RPG). Sinn und Zweck dieser Bestimmung besteht darin, «eine sinnvolle, auch mit Blick auf Raum und Landschaft vertretbare Weiterverwendung der bestehenden Bausubstanz» zu erreichen (BBl 1996 III

S. 541). Dabei wird vorausgesetzt, dass die Substanz erhalten bleibt, also die bisherige Bausubstanz weiter genutzt wird (BBl 1996 III S. 537 und 545). Dementsprechend schliesst Art. 24d RPG einen vollständigen Abbruch der Wohnbaute mit anschliessendem Wiederaufbau grundsätzlich aus (vgl. BGE 1A.134/2002 vom 17. Juli 2003 E. 5.4; VerwGE B 2006/94 vom 14. September 2006 i. S. O. S., veröffentlicht unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch) und GVP 2006 Nr. 33). Der Wiederaufbau einer landwirtschaftlichen Wohnbaute ist nur bei Zerstörung durch höhere Gewalt, nicht jedoch nach einem freiwilligen Abbruch zulässig. Die Vorinstanzen haben demnach zu Recht die Zustimmung zur Baubewilligung für den beabsichtigten Abbruch und Wiederaufbau des Wohnhauses verweigert.

4.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

Das Bundesgericht hat eine von R. W. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde am 11. Dezember 2009 abgewiesen (1C\_101/2009).

## 32

*Art. 17 Abs. 2 BauG (sGS 731.1).* Wird ein Wohnhaus direkt an die Grenze einer im Eigentum des Gemeinwesens stehenden Grünzone gebaut und den Eigentümern eine exklusive Befugnis zur Nutzung einer Grünzonenfläche eingeräumt, so erweist sich das Bauvorhaben wegen Nutzung der Grünzone zu Wohnzwecken als rechtswidrig.

*Verwaltungsgericht, 3. Dezember 2009*

Aus den Erwägungen:

2. Das geplante Wohnhaus soll in den südöstlichen Bereich des Grundstücks Nr. 0000 zu stehen kommen, wobei es mit der Südfassade praktisch an die Grenze zum Grundstück Nr. XXXX in der Grünzone anstösst. Auch gegen Osten unterschreitet das geplante Haus den reglementarischen Grenzabstand. Die Distanz zwischen Fassade und Grundstücksgrenze, welche gleichzeitig auch die Zonengrenze bildet, beträgt rund 2,0 bis 2,5 m bei der Ostfassade und rund 0,3 bis 0,5 m bei der Südfassade. Der Sitzplatz an der Südostecke stösst an die Zonengrenze.

2.1. Nach Art. 17 Abs. 1 BauG umfassen Grünzonen Gebiete, die nicht überbaut werden dürfen. Sie dienen der Freihaltung von Flächen vor Überbauung, insbesondere zwecks Gliederung des Siedlungsgebietes (lit. a); der Erhaltung und Schaffung von Sport-, Park- und Erholungsanlagen (lit. b); der Erhaltung von Schutzgegenständen nach Art. 98 BauG (lit. c) sowie der Sicherung von Grundwasserschutzzonen oder Grundwasserschutzarealen. Im Zonenplan wird der Zweck der jeweiligen Grünzone bezeichnet (Art. 17 Abs. 2 BauG). Oberirdische Bauten und Anlagen sind

zulässig, soweit der Zweck der Zone sie erfordert, unterirdische in den Fällen von Art. 17 Abs. 1 lit. a und b, wenn der Zweck der Zone nicht beeinträchtigt wird (Art. 17 Abs. 3 BauG). Eingriffe in das Gelände und in den Naturhaushalt sind nicht zulässig, wenn sie den Zweck der Zone beeinträchtigen (Art. 17 Abs. 4 BauG). Die Grünzone ist somit an sich keine Bauzone, dennoch ist nicht jede Bautätigkeit ausgeschlossen (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 383).

2.2. Am 22. September 2005 wurde der Nachtrag 2 zum Baureglement vom 25. November 1992 erlassen. In Art. 6 wurde neu eine besondere Grünzone Schrebergärten (Bauzone) statuiert. Daneben wurde eine Grünzone ohne besondere Bezeichnung ausgeschieden. Eine besondere Zweckbestimmung hat somit die vorliegend streitige Grünzone nicht. Daraus folgt, dass sie grundsätzlich nicht überbaut werden darf (Art. 17 Abs. 1 BauG). Dies entspricht offensichtlich deren Sinn und Zweck, da das fragliche Gebiet die unmittelbare Umgebung des Stadtweihers freihalten will.

2.3. Die Vorinstanz ging davon aus, dass das Bauprojekt auf dem Grundstück Nr. 0000 realisiert werden solle und in der Grünzone demnach keine baubewilligungspflichtigen Massnahmen vorgesehen seien. Erwähnenswert sei der Umgebungsplan, welcher in bezug auf die Grünzone den Hinweis enthalte, dass in der Grünzone keine Veränderungen vorgesehen seien. Auch aus dem Projektplan «Ansichten» sei ersichtlich, dass in der Grünzone keine baulichen Massnahmen vorgesehen seien. Die Gesuchsteller hätten dies anlässlich des Augenscheins bestätigt und explizit ausgeführt, die Grünzone werde durch das Bauvorhaben nicht beansprucht. Der Einwand der Rekurrenten, das Baugesuch könne nicht beurteilt werden, bevor eine rechtskräftige Grünzonenausscheidung erfolgt sei, erweise sich vor dem Hintergrund, dass die Grünzone für die Realisierung des Bauvorhabens gemäss den definitiven Baugesuchsunterlagen nicht beansprucht werde, als unbegründet. Auch die Behauptung, die Grünzone werde durch das Bauvorhaben beansprucht, erweise sich unter Bezugnahme auf die definitiven Baupläne als nicht gerechtfertigt.

2.4. Die Beschwerdegegner und die Gemeinde (Eigentümerin des Grundstücks in der Grünzone) haben am 29. Juni 2006 einen Vorvertrag über den Erwerb von 153 m<sup>2</sup> Boden ab dem Grundstück Nr. XXXX geschlossen. Als Preis waren Fr. 250.– pro m<sup>2</sup> vereinbart. Ein Verkauf erfolgte indes nicht. Am 21. Juli 2007 schlossen die Eigentümer des Grundstücks Nr. 0000 und die Gemeinde eine Vereinbarung über die Begründung einer Grunddienstbarkeit, wonach den jeweiligen Eigentümern des Grundstücks Nr. 0000 das zeitlich unbeschränkte und ausschliessliche Benützungsrecht an einer Teilfläche im Umfang von 158 m<sup>2</sup> am Grundstück Nr. XXXX zusteht. Durch die Nutzungsvereinbarung soll der im Planausschnitt bezeichnete Teil des Grundstücks Nr. XXXX der Nutzung für die Allgemeinheit entzogen werden. Die Vorinstanz erwog, es könne offen bleiben, ob diese Regelung mit der Zonenordnung vereinbar sei. Nach Art. 87 Abs. 1 BauG sei die Baubewilligung zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vorliegen. Aus den Planunterlagen sei ersichtlich, dass keine Bauten und Anlagen in der Grünzone vorgesehen seien.

Für die Einräumung der Dienstbarkeit wurde eine Entschädigung von Fr. 250.– pro m<sup>2</sup> vereinbart, was dem Kaufpreis in dem im Jahr 2006 geschlossenen Vorvertrag entsprach. Den Eigentümern des Grundstücks Nr. 0000 soll mit der Dienstbarkeit eine Teilfläche der in der Grünzone gelegenen Parzelle Nr. XXXX zur alleinigen Benützung zur Verfügung gestellt werden. Wie die Beschwerdeführer zutreffend festhalten, hat die Positionierung des Einfamilienhauses unmittelbar an der Grenze zum Grundstück Nr. XXXX und an der Grenze der Bauzone zwangsläufig eine Nutzung der Grünzone zur Folge. Die Ausgänge von der Küche und vom Wohn-Esszimmer führen direkt in die Grünzone. Gemäss dem Plan 503.2 befindet sich die südliche Hausmauer nur rund 30 bis 50 cm von der Zonengrenze entfernt. Es ist offenkundig, dass der südlich an das Wohnhaus angrenzende Freiraum als Garten bzw. als Aufenthaltsort für die Hausbewohner benutzt werden wird. Andernfalls wäre es völlig sinnlos, sowohl von der Küche als auch vom Wohn-Esszimmer aus Türen direkt ins Freie vorzusehen. Auch für den Gebäudeunterhalt ist die Benützung der Grünzone unumgänglich. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach gemäss den Baugesuchsunterlagen keine baubewilligungspflichtigen Massnahmen in dem in der Grünzone gelegenen Gebiet vorgesehen seien, ist nicht stichhaltig. Erfahrungsgemäss werden solche unmittelbar dem engsten Umschwung eines Einfamilienhauses zugehörigen Flächen als Gartenanlage genutzt, insbesondere wenn wie im vorliegenden Fall das Erdgeschoss des Wohnhauses entsprechend gestaltet ist und von den einzelnen Wohnräumen Ausgänge direkt ins Freie führen. Selbst wenn auf der Gartenfläche keine baulichen Massnahmen getroffen werden bzw. keine künstlich gestaltete Gartenanlage errichtet wird, ist der Umschwung aufgrund der konkreten Umstände funktional dem Nutzungsbereich des Wohnhauses zuzuordnen. Es lässt sich nicht in Abrede stellen, dass die Bewohner des Hauses diese Fläche als Garten nutzen werden. Zu Recht machen die Beschwerdeführer geltend, dass für eine Rasenfläche, die von der Öffentlichkeit benützt werden kann, nicht Fr. 250.– pro m<sup>2</sup> bezahlt werden. Ursprünglich war vorgesehen, dass die Gemeinde eine Teilfläche des Grundstücks Nr. XXXX den Beschwerdegegnern verkauft. Nachdem diese Absicht auf Widerstand gestossen war, wurde ein Dienstbarkeitsvertrag ins Auge gefasst. Beide Vereinbarungen bezwecken aber dasselbe, nämlich die exklusive Nutzung eines Teils des in der Grünzone gelegenen Grundstücks Nr. XXXX durch die Eigentümer bzw. Bewohner des zu erstellenden Hauses. Diesen soll denn auch gemäss dem Grunddienstbarkeitsvertrag (Ziff. 1) das ausschliessliche Benützungsrecht an der Umgebungsanlage auf dem Grundstück Nr. XXXX erteilt werden. Zudem wurde im Dienstbarkeitsvertrag festgehalten, dass die besagte Fläche der Erhaltung und Schaffung von Sport-, Park- und Erholungsanlagen gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. b BauG diene (Ziff. 3). Damit wurde der fragliche Teil der Grünzone einer Zweckbestimmung zugeführt, ohne diese im Zonenplan zu bezeichnen, wie es in Art. 17 Abs. 2 BauG vorgeschrieben ist. Es fragt sich daher, ob damit nicht eine planerisch relevante Massnahme angeordnet wurde. Die Zweckbestimmung einer Grünzone für einen bestimmten Zweck ist im Verfahren der Nut-

zungsplanung festzulegen. Wenn ein Teil der Grünzone der Schaffung von Sport-, Park- und Erholungsanlagen dient, sind darauf auch entsprechende Bauten möglich. Dadurch wird auch eine Nutzung als Gartenanlage ermöglicht. Der Dienstbarkeitsvertrag bezweckt, den Eigentümern bzw. Bewohnern des geplanten Hauses die Nutzung eines Teils des in der Grünzone gelegenen Grundstücks für Wohnzwecke im weiteren Sinn, nämlich die Erstellung einer Gartenanlage, zu ermöglichen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist es nicht zulässig, Nebenanlagen eines in der Gewerbe-Industrie-Zone stehenden Betriebes, welche an sich in der Wohnzone zonenkonform wären, in eine angrenzende Wohnzone auszulagern. Im konkreten Fall ging es um die Frage, ob Parkplätze für einen Industriebetrieb in der Wohnzone zugelassen werden können. Das Verwaltungsgericht lehnte dies ab und hielt fest, die Parkplätze seien nicht selbstständig zu beurteilen, sondern im Zusammenhang mit dem Betrieb, dem sie zugeordnet seien und der in der Wohnzone nicht zugelassen wäre (GVP 2000 Nr. 17). Im vorliegenden Fall verhält es sich ähnlich. In der Grünzone soll ein Bereich ausgeschieden werden, der den Bewohnern des angrenzenden Gebäudes als Gartenanlage dient und zur alleinigen Benützung zugeschieden ist. Er ist damit funktioneller Bestandteil des Einfamilienhauses. Dies bedeutet nicht, dass die gesamte Gartenanlage einer Wohnliegenschaft zwingend in der Bauzone liegen muss. Im Streitfall ist aber eine Gartennutzung inkl. der Möglichkeit zur Erstellung von Bauten vorgesehen, die in der Grünzone nicht zulässig ist.

Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass das Bauvorhaben eine unzulässige Nutzung der Grünzone umfasst und daher gegen die Nutzungsordnung verstößt.

Das Bundesgericht hat eine von den Baugesuchstellern gegen diese Urteil erhobene Beschwerde mit Urteil vom 14. April 2010 abgewiesen (1C\_75/2010).

### 33

*Art. 28 Abs. 1, Art. 57 Abs. 3, Art. 60 und Art. 69 Abs. 3 BauG (sGS 731.1).* Bei Gestaltungsplänen sind neben der städtebaulich vorzüglichen Gestaltung auch die nachbarlichen Interessen zu berücksichtigen. Die fassadenbündige Situierung eines Attikageschosses beeinflusst die Gebäudehöhe nicht. Unterschreitet ein Altbau den geltenden Grenzabstand, so muss es in der Regel hingenommen werden, wenn ein Neubau auf der Nachbarparzelle nur den Grenzabstand einhält, aber den Gebäudeabstand zum Altbau unterschreitet, da sonst Eigentümer von Altbauten ohne sachlichen Grund privilegiert würden. Bei der Beurteilung des Schattenwurfs kommen die Vorschriften für Hochhäuser nicht generell zur Anwendung.

*Verwaltungsgericht, 16. Juni 2009*

Aus den Erwägungen:

3.4. Im Rahmen einer Gestaltungsplanung kann vom Zonen- und Überbauungsplan abgewichen werden (Art. 28 Abs. 1 BauG). Da die Regelbauvorschriften Bestandteil des Zonenplans sind (Art. 9 Abs. 2 BauG), kann auch von der im Baureglement festgelegten Regelbauweise einer Zone abgewichen werden. Die Grenze der zulässigen Abweichungen von der Regelbauweise ergibt sich einerseits aus dem Erfordernis der städtebaulich vorzüglichen Gestaltung und dem damit verbundenen öffentlichen Interesse und andererseits aus dem Erfordernis der Wahrung berechtigter Nachbarinteressen. Abweichungen von der Regelbauweise einer Zone sind mit anderen Worten nur in dem Masse zulässig, als sie zur Erreichung einer Gesamtüberbauung mit vorzüglicher Gestaltung erforderlich sind und die Interessen der Nachbarn nicht erheblich beeinträchtigen. Massgebend ist dabei eine Gesamtbeurteilung der Auswirkungen einer Überbauung nach Gestaltungsplan. Bei besonderen örtlichen Verhältnissen wird die von Art. 28 Abs. 1 BauG geforderte städtebauliche Vorzüglichkeit erreicht, wenn die in Art. 1 und 3 RPG enthaltenen Planungsziele und -grundsätze soweit eingehalten werden, als dies nach den konkreten örtlichen Verhältnissen möglich ist. Liegen keine besonderen örtlichen Verhältnisse vor, so zeichnet sich eine städtebaulich vorzügliche Gestaltung durch spezifische Vorzüge gegenüber der Regelbauweise aus; diese Vorzüge sind nach den Zielen und Grundsätzen des RPG zu bewerten (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 154; VerwGE B 2007/81 vom 15. Oktober/5. November 2007, in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

3.5.3. Umstritten ist indes die Frage, ob und inwieweit dem Gestaltungsplan berechnigte nachbarliche Interessen entgegenstehen. Die Vorinstanz nahm solche berechtigten nachbarlichen Interessen aufgrund der Beschattung des Wohnhauses auf dem Grundstück X-strasse an.

3.5.3.1. Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Abweichungen von den Regelbauvorschriften und deren Folgen auf die benachbarten Grundstücke gegen deren Interessen abzuwägen sind. Wo keine Abweichungen von den Regelbauvorschriften bestehen, bleibt grundsätzlich kein Raum für eine Interessenabwägung. Die Beschwerdegegner berufen sich in diesem Zusammenhang denn auch selbst auf das Urteil des Verwaltungsgerichts B 1999/6 vom 16. März 2000, in dem festgehalten ist, dass Beeinträchtigungen (gemeint waren solche nachbarlicher Interessen), die nicht weiter gehen als aufgrund der Regelbauweise, hinzunehmen sind. In einem unlängst ergangenen Urteil hielt das Verwaltungsgericht ausserdem fest, dass bei Gebäuden in Wohnzonen, in denen zweigeschossige Bauten den Regelbauvorschriften entsprechen, punkto Beschattung in der Regel keine übermässigen Immissionen nach Art. 684 ZGB entstehen (vgl. VerwGE B 2007/61 vom 4. Juli 2007, in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

3.5.3.2. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Beeinträchtigung nachbarlicher Interessen ist nicht irgendein Projekt, welches die nachbarlichen Interessen mög-

lichtst wenig beeinträchtigt, sondern ein nach der Regelbauweise zulässiges Bauvorhaben. Die Beschwerdeführer reichten im Juli 2005 ein Projekt für ein Mehrfamilienhaus mit einem Grundriss von 22 x 22 m ein. Dieses Vorhaben wurde allerdings nie im Rahmen eines Einsprache- oder Rechtsmittelverfahrens beurteilt und von den Beschwerdeführern zurückgezogen.

In den aktuellen Planunterlagen wurde ein Gebäude nach Regelbauweise mit einem Grundriss von 22 x 14 m und einem Abstand zum Gebäude auf dem Grundstück X-strasse von 15 m als Vergleichsobjekt herangezogen. Der Niveaupunkt dieser fiktiven Vergleichsbaute beträgt gemäss den Feststellungen des städtischen Vermessungsamtes 742,70 bzw. 742,71 m.ü.M. Ein solches Objekt ist auch Teil des plastischen Modells. Nach der Regelbauweise sind zwei Vollgeschosse und eine Gebäudehöhe von 7,5 m zulässig. Dies ergibt eine Höhenkote von 750,2 m.ü.M. Dazu könnte ein Attikageschoss aufgesetzt werden, das bis zu 3 m hoch sein kann (Art. 35 Abs. 1 BO). Dies ergäbe mit einem Flachdach und einem Attikageschoss eine gesamte Höhe von 753,2 m.ü.M. Zulässig wäre auch ein Giebeldach mit einem Winkel von 45°, welches dem von den Beschwerdeführern eingereichten Modell entspricht.

Für die Beurteilung des Schattenwurfs bzw. der Beeinträchtigung nachbarlicher Interessen des Grundstücks X-strasse ist ausschliesslich das nordwestliche der drei geplanten Gebäude relevant. Die maximale Höhe dieser Baute beträgt gemäss Gestaltungsplan 748,60 m.ü.M. Dies entspricht aufgrund der im Gestaltungsplan festgelegten Bedingungen einer zweigeschossigen Baute. Zusätzlich ist ein Attikageschoss im nordwestlichen Teil des Gebäudegrundrisses vorgesehen. Das Attikageschoss kann eine Höhe von 3 m aufweisen, die zur Gebäudehöhe hinzuzurechnen ist (vgl. Art. 5 besV). Dies ergibt eine Höhenkote von 751,60 m.ü.M. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in der vorinstanzlichen Beschwerdeantwort (Ziff. 1.2) verwiesen werden.

3.5.3.3. Die Vorinstanz ging im Rekursentscheid davon aus, dass das nordwestliche Einfamilienhaus die nach Regelbauweise zulässige Gebäudehöhe um rund 0,1 m überschreitet. In ihrer Vernehmlassung vom 27. November 2008 bringt sie zudem vor, die zulässige Gebäudehöhe werde sogar um 1,6 bzw. 1,8 m überschritten. Sie begründet dies damit, die Nordfassade weise keine optische Zäsur zwischen Vollgeschossen und Attikageschoss auf und werde damit zum grössten Teil als einheitliche Fassadenfläche wahrgenommen. Daher gebe es keinen Schnittpunkt zwischen Fassade mit der Dachoberkante, sondern massgebend sei die Dachoberkante des Attikageschosses. Bei dieser Messweise ergebe sich selbst unter Berücksichtigung des von den Beschwerdeführern angenommenen Niveaupunktes von 742,3 m.ü.M. eine maximale Gebäudehöhe von 9,1 m, womit die zulässige Gebäudehöhe von 7,5 m gemäss Art. 13 BO um 1,6 m überschritten sei. Werde die Höhenkote für die Lage des Obergeschosses von 748,6 m.ü.M. vollständig ausgenutzt, so ergebe sich eine Abweichung zur Regelbauweise von sogar 1,8 m.

Demgegenüber wenden die Beschwerdeführer ein, ausgehend vom Niveaupunkt des vorinstanzlichen Entscheids sowie aufgrund der Höhenangabe gemäss Gestaltungsplan ergebe sich für das nordwestliche Gebäude eine Höhe von 6,1 m. Nach der BO (Anhang, Tabelle zu Art. 13) seien in der Zone des Baugrundstücks nach Regelbauweise Bauten mit einer Gebäudehöhe von 7,5 m zulässig. Die Höhe Oberkant Obergeschoss betrage 748,6 m.ü.M. Bei einem Niveaupunkt von 742,5 m.ü.M. betrage die Gebäudehöhe 6,1 m, womit die Baute die nach Regelbauweise zulässige Höhe um 1,4 m unterschreiten würde.

3.5.3.4. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist das Attikageschoss bei der Bestimmung der Gebäudehöhe nicht zu berücksichtigen. Zwar mag zutreffen, dass die Nordfassade für den Betrachter keine optische Zäsur zwischen den Vollgeschossen und dem Attikageschoss aufweist. Dabei handelt es sich allerdings um eine Frage der von der Regelbauweise abweichenden Situierung des Attikageschosses. Die Situierung des Attikageschosses hat auf die Bestimmung der Gebäudehöhe nach Art. 60 BauG jedoch keinen Einfluss. Hätte der städtische Gesetzgeber bei einer fassadenbündigen Situierung des Attikageschosses dessen Höhe zur Gebäudehöhe zählen wollen, hätte er eine solche spezifische Bestimmung erlassen. Nach den Vorschriften der BO hat die fassadenbündige Situierung des Attikageschosses nicht zur Folge, dass das Attikageschoss bei der Ermittlung der Gebäudehöhe als Vollgeschoss gezählt wird.

Wenn die Vorinstanz beim nordwestlichen Einfamilienhaus von einem Niveaupunkt von 742,5 m.ü.M. ausgeht und daraus schliesst, es überschreite die nach Massgabe der Regelbauweise zulässige Gebäudehöhe um 0,1 m, so ist diese Folgerung aufgrund der vorstehenden Erwägungen nicht zulässig. Das nach dem Gestaltungsplan projektierte Gebäude ist ungeachtet der Situierung des Attikageschosses nicht als dreigeschossige Baute zu qualifizieren. Im weiteren sind bei den Bauten gemäss Gestaltungsplan die Niveaupunkte beim Vergleich mit einer Baute gemäss Regelbauweise nicht massgebend. Für die Bauten gemäss Gestaltungsplan sind keine Niveaupunkte festzulegen bzw. ist die Gebäudehöhe nicht nach Art. 60 BauG zu bestimmen, da die Höhenkote für das Niveau Oberkant Obergeschoss im Gestaltungsplan bzw. in den besV zentimetergenau festgelegt wird.

Als Vergleichsobjekt bei der Beurteilung einer Beeinträchtigung der nachbarlichen Interessen ist ein der Regelbauweise entsprechendes Gebäude heranzuziehen, wie es in den Plänen und den Beschattungsdiagrammen mit einem Niveaupunkt von 742,70 bzw. 742,71 m.ü.M., zwei Vollgeschossen und Attikageschoss oder Giebeldach verzeichnet ist. Als Vergleichsobjekt ist ein Objekt zu beurteilen, das der Regelbauweise entspricht, im übrigen aber keine besondere Rücksicht auf nachbarliche Interessen nimmt.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Bauten gemäss Gestaltungsplan nicht höher, sondern niedriger sind als ein Gebäude, wie es nach der Regelbauweise möglich wäre. Deshalb kann in diesem Punkt nicht von einer unzulässigen Beeinträchtigung nachbarlicher Interessen gesprochen werden.

3.5.4. Fest steht weiter, dass das nordwestliche Einfamilienhaus den Gebäudeabstand zum Wohnhaus X-strasse nicht einhält. Dies beruht darauf, dass das Gebäude der Beschwerdegegnerin nur einen Grenzabstand von ca. 6,5 m aufweist, während der Abstand nach geltendem Recht 10 m betragen müsste. Art. 57 Abs. 3 BauG bestimmt, dass für ein Bauvorhaben anstelle des Gebäudeabstandes der Grenzabstand genügt, wenn auf dem Nachbargrundstück ein Gebäude mit einem geringeren als dem geltenden Grenzabstand steht und nicht wichtige Interessen entgegenstehen.

Bei diesen wichtigen Interessen kann es sich um private wie auch um öffentliche Interessen handeln. Indem das Gesetz das Vorliegen wichtiger Interessen verlangt, wird deutlich, dass es in der Regel hingenommen werden muss, dass ein Neubau gegenüber einem benachbarten Altbau lediglich den Grenzabstand, nicht aber den Gebäudeabstand einhält. Die Beeinträchtigung der Interessen muss daher subjektiv wie objektiv erheblich sein. Eine gegenteilige Regelung würde auf eine sachlich nicht begründbare Privilegierung der Eigentümer von Altbauten hinauslaufen (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 631 mit Hinweis auf die Praxis).

3.5.4.1. Die Vorinstanz erwog, der Gestaltungsplan führe zu einer unzumutbaren Beschattung der Liegenschaft der Beschwerdegegnerin. Als wichtiges Interesse gelte u. a. das Interesse an einer hinreichenden Besonnung und Belichtung. Die Vorinstanz wendete analog Art. 69 Abs. 3 BauG an. Sie erwog, nach dieser für Hochhäuser geltenden Bestimmung sei für die Bemessung des Gebäude- und Grenzabstandes der auf die umliegenden Gebäude und Grundstücke fallende Dauerschatten massgebend. Dieser dürfe an einem mittleren Sommertag nicht mehr als drei Stunden und an einem mittleren Wintertag nicht mehr als zwei Stunden betragen. Die Vorinstanz stützte sich auf das unveröffentlichte Urteil des Verwaltungsgerichts B 1999/6 vom 16. März 2000 i. S. M. W. und P. F. Sie kam zum Schluss, dass das Wohnhaus an der X-strasse bei einer Realisierung der Überbauung nach Gestaltungsplan auf der südwestlichen Gebäudeseite im Winter dauernd beschattet werde. Der nach Gestaltungsplan vorgesehenen Unterschreitung des Gebäudeabstandes stünden somit wichtige Interessen entgegen, zumal die Besonnung und Belichtung des Wohnhauses X-strasse bei Einhaltung des Gebäudeabstands deutlich verbessert würden.

Demgegenüber wenden die Beschwerdeführer ein, die vorinstanzliche Feststellung, wonach das Haus der Beschwerdegegnerin dauernd beschattet werde, sei aktenwidrig und willkürlich. Auch sei keineswegs erwiesen, dass die Besonnung mit der Einhaltung des Gebäudeabstands von 15 m verbessert würde.

3.5.4.2. Im Urteil des Verwaltungsgerichts B 1999/6 vom 16. März 2000 wurde die von der Regelbauweise abweichende Bauweise nach Gestaltungsplan eingehend geprüft. Das Verwaltungsgericht stellte dabei fest, dass die nach Regelbauweise zulässige Gebäudehöhe im Gestaltungsplan um 2,4 m überschritten und der ordentliche Grenzabstand um 3,5 m bzw. 2,5 m unterschritten würden. Insgesamt wich der Gestaltungsplan massiv von der Regelbauweise ab und liess in einer viergeschossigen Zone die Errichtung von fünf Geschossen zu. Vor diesem Hintergrund prüfte das

Verwaltungsgericht, ob diesen Abweichungen wichtige nachbarliche Interessen entgegenstünden. Es bejahte diese Frage und erwog, dass sich insbesondere die Unterschreitung des Grenzabstandes erheblich zu Lasten des Nachbargrundstücks auswirke. Zwar halte die Baute auf dieser Liegenschaft den vorgeschriebenen Grenzabstand nicht ein; in solchen Fällen richte sich die Zulässigkeit aber nach Art. 57 Abs. 3 BauG. Demnach genüge die Einhaltung des Grenzabstandes anstelle des Gebäudeabstandes nur, wenn nicht wichtige Interessen entgegenstünden. Der Begriff der «wichtigen Interessen» erfordere die erhebliche Beeinträchtigung subjektiver und objektiver Interessen, welche in einer hinreichenden Besonnung und Belichtung gesehen wurden. Das Verwaltungsgericht wendete dabei den für Hochhäuser geltenden Art. 69 Abs. 3 BauG analog an mit der Begründung, es sei nicht einzusehen, weshalb bei einer kleineren Baute als einem Hochhaus die gesetzlichen Minimalanforderungen an die Besonnung umliegender Liegenschaften und Grundstücke sollte unterschritten werden können. Dies gelte umso mehr, wenn die Überbauung im Rahmen einer Gestaltungsplanung erfolge. Das Verwaltungsgericht kam zu Schluss, dass mit der Einhaltung des ordentlichen Gebäudeabstands von 20 m unbestrittenermassen eine Dauerbeschattung vermieden werden könnte und folglich von einem Gebäudeabstand von 20 m auszugehen war.

An dieser Rechtsprechung ist im Grundsatz festzuhalten. Fraglich ist aber, ob das Urteil ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen werden kann bzw. ob die Vorinstanz diese Rechtsprechung richtig angewendet hat. Das Verwaltungsgericht hat in jenem Fall einen einlässlichen Vergleich zwischen der Regelbauweise und der Bauweise nach Gestaltungsplan vorgenommen und dabei eine massive Abweichung von der Regelbauweise festgestellt. Namentlich liess der Gestaltungsplan gegenüber der Regelbauweise ein zusätzliches Vollgeschoss zu. Im Streitfall hätte bei einem Gebäudeabstand von 10,5 m eine 17 m hohe Häuserwand erstellt werden können. Dabei unterschritt das Gebäude gemäss Gestaltungsplan nicht nur den Gebäudeabstand zum Nachbargrundstück, sondern auch den Grenzabstand, wobei diese Unterschreitung als massiv bezeichnet wurde.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der damals beurteilten Streitsache. Zunächst ist zu beachten, dass im vorliegenden Fall keine vergleichbare massive Abweichung von der Regelbauweise festzustellen ist. Hinsichtlich der Gebäudehöhe lässt der Gestaltungsplan keine höheren Bauten zu, als sie nach der Regelbauweise erstellt werden können. Auch wird im vorliegenden Fall der Grenzabstand zur Liegenschaft X-strasse eingehalten. Die Unterschreitung ist ausschliesslich auf das Gebäude der Beschwerdegegnerin zurückzuführen. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass es sich um eine Zone für zweigeschossige Bauten handelt und der Gestaltungsplan kein zusätzliches Vollgeschoss zulässt.

3.5.4.3. Die Vorinstanz erwog, das Wohnhaus X-strasse wäre bei einer Realisierung der Überbauung gemäss Gestaltungsplan auf der südwestlichen Gebäudeseite im Winter dauernd beschattet. Worauf sie sich bei diesen Feststellungen stützte, geht aus dem Entscheid nicht hervor. Die Beschwerdeführer hatten im Einsprache-

verfahren Schattendiagramme eingereicht. Im Beschwerdeverfahren reichten sie weitere Schattendiagramme ein. Diese zeigen die Beschattung bei einer Baute nach Regelbauweise und jene bei der Baute nach dem Gestaltungsplan. Vorliegend besteht kein Anlass, die Richtigkeit dieser Diagramme anzuzweifeln. Ohnehin handelt es sich bei Schattenwurfdiagrammen nicht um Darstellungen, welche Ausmass und Dauer der Beschattung zentimeter- bzw. minutengenau festhalten. Gewisse Ungenauigkeiten sind bei solchen Diagrammen nie zu vermeiden. Die Diagramme und insbesondere der Vergleich der Silhouetten der Baute gemäss Plan und einer Baute gemäss Regelbauweise zeigen aber offensichtlich, dass der Schattenwurf bei einer Baute nach Regelbauweise erheblich länger dauert als bei der Baute gemäss Gestaltungsplan. Der Umstand, dass im Diagramm von einer Kote Oberkant Obergeschoss von 748,40 m.ü.M. ausgegangen wird, während gemäss Plan sogar 748,60 m.ü.M. zulässig wären, ändert daran im Grundsatz nichts. Diese Abweichung ist im Vergleich zu den übrigen Parametern bedeutungslos und fiele nicht erheblich zuungunsten der Beschwerdegegnerin ins Gewicht. Dies gilt auch im Zusammenhang mit allfälligen Brüstungen und Aufbauten. Auf die Einholung weiterer Beweismittel bzw. die Erstellung eines Gutachtens ist daher zu verzichten.

Aus den Diagrammen ergibt sich, dass der Schatten beim Gebäude gemäss Gestaltungsplan um ca. 12.00 Uhr auf die Südwestfassade des Hauses der Beschwerdegegnerin trifft. Der Schatten bewegt sich dann in östlicher Richtung weiter, wobei er nach 14.00 Uhr die westliche Fassadenkante wieder freigibt. Bei einer Giebelbaute nach Regelbauweise tritt der Schatten bereits vor 12.00 Uhr in die Fassade, und die vom Schattenwurf betroffene Fassadenfläche ist erheblich umfangreicher als beim Gebäude gemäss Gestaltungsplan.

Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation hielt in seiner Beurteilung fest, im Vergleich mit zulässigen Bauten nach der Regelbauweise sei nicht erkennbar, inwiefern mit dem Gestaltungsplan nachbarliche Interessen übermässig beeinträchtigt würden. Auch aus dem Modell und einem Vergleich mit den möglichen Gebäudehöhen ergibt sich, dass nach Regelbauweise höhere Bauten zulässig wären, die die Besonnung stärker beeinträchtigen würden.

Die Beschattung ist vorliegend zudem weit weniger lang als in jenem Fall, den das Verwaltungsgericht kürzlich zu beurteilen hatte (VerwGE B 2007/61 vom 4. Juli 2007, in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Sie ist zeitlich und von der Ausdehnung her geringer als bei einer Baute gemäss Regelbauweise, weshalb nicht von einer übermässigen Beschattung gesprochen werden kann. Jedenfalls kann der Beschwerdegegnerin kein wichtiges Interesse zugebilligt werden, das es rechtfertigt, dass die Beschwerdeführer den auf dem benachbarten Grundstück fehlenden Grenzabstand auf ihrer Bauparzelle kompensieren.

3.6. Aus dem Gesagten folgt, dass der Gestaltungsplan den massgebenden rechtlichen Bestimmungen entspricht, weshalb ihn die Vorinstanz zu Unrecht aufgehoben hat. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen und der Rekursentscheid des Baudepartements aufzuheben.

**34**

*Art. 83 Abs. 2 BauG (sGS 731.1).* Die Eigentümer einer unüberbaubaren Strassenparzelle sind nicht zur Anfechtung eines Bauvorhabens auf einem benachbarten Grundstück legitimiert.

*Verwaltungsgericht, 22. Januar 2009*

Aus den Erwägungen:

2.1. Nach Art. 83 Abs. 2 BauG ist zur Einsprache gegen ein Baugesuch befugt, wer ein eigenes schutzwürdiges Interesse dardat. Die Einsprachelegitimation richtet sich nach denselben Grundsätzen, wie sie für die Berechtigung zum Rekurs in Art. 45 Abs. 1 VRP umschrieben sind. Die Beschwerdebefugnis des Nachbarn wird bejaht, wenn räumlich eine enge Beziehung zum Baugrundstück gegeben ist und der Nachbar durch die umstrittene Baute oder Anlage unmittelbar und in höherem Masse als die Allgemeinheit in eigenen Interessen beeinträchtigt wird (GVP 1977 Nr. 23 und 1996 Nr. 59). Das schutzwürdige Interesse besteht dabei im «praktischen Nutzen», den ein erfolgreich geführtes Rechtsmittel dem Betroffenen in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation einträgt, bzw. in der Abwendung materieller, ideeller oder sonstiger Nachteile, den ein Bestand der angefochtenen Verfügung oder des Entscheids mit sich bringen würde (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 391 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur). Dabei muss der Einsprecher grundsätzlich im einzelnen dartun, inwieweit die allfällige Erteilung der Baubewilligung konkrete eigene rechtliche oder tatsächliche Interessen intensiver beeinträchtigt als die Interessen irgendwelcher Dritter. Für jede Rechtsbehauptung muss das Rechtsschutzinteresse vorliegen (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 934 mit weiteren Hinweisen).

2.2. Das Grundstück der Beschwerdeführerinnen grenzt unmittelbar an das Grundstück der Beschwerdegegner. Insofern ist das Erfordernis der engen räumlichen Beziehung zum Baugrundstück unzweifelhaft gegeben. Damit allein lässt sich jedoch die Einsprachebefugnis nicht begründen. Zusätzlich zu diesem Erfordernis der engen nachbarlichen Raumbeziehung hat der Nachbar darzutun, dass er in besonderer Weise, d. h. in höherem Masse als die Allgemeinheit in seinen schützenswerten Interessen betroffen ist.

2.3. Die Beschwerdeführerinnen berufen sich insbesondere auf die präjudizierende Wirkung des umstrittenen Entscheids. Da im vorliegenden Verfahren aber einzig das umstrittene Baugesuch der Beschwerdegegner zu beurteilen ist, sind die Begründungen der Beschwerdeführerinnen zu einem möglichen zukünftigen Verfahren unbeachtlich.

2.4. Es ist sodann unbestritten und wurde bereits von der Vorinstanz festgestellt, dass das Grundstück der Beschwerdeführerinnen aufgrund der Lage inner-

halb der im Überbauungsplan eingetragenen Baulinien faktisch unüberbaubar ist. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, worin der praktische Nutzen einer Gutheissung der Einsprache bzw. der Nachteil einer Abweisung bestünde. Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, bliebe die tatsächliche und rechtliche Situation der Beschwerdeführerinnen mit einer Gutheissung der Beschwerde unberührt. Namentlich ist nicht ersichtlich und wird im einzelnen auch nicht hinreichend dargestellt, wie eine allenfalls ästhetische Verunstaltung die Beschwerdeführerinnen als Eigentümerinnen einer nicht überbaubaren Strassenparzelle in ihren Interessen beeinträchtigen sollte. Auch auf eine mögliche spätere Einbindung des Grundstücks der Beschwerdeführerinnen in ein Strassenbauprojekt hätte eine allenfalls verunstaltende Wirkung keinen Einfluss. Trotz räumlicher Nähe fehlt den Beschwerdeführerinnen damit von vornherein ein praktischer Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde eingetragen hätte. Die Beschwerdeführerinnen sind diesbezüglich nicht in höherem Masse als die Allgemeinheit in eigenen Interessen berührt. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht festgestellt, dass eine entscheidende Legitimationsvoraussetzung im Sinne des Gesetzes nicht erfüllt ist.

2.5. Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, eine andere als die umstrittene Erschliessung würde ihren privaten und finanziellen Interessen besser entsprechen. Bei einer Erschliessungsvariante, die über ihre Strassenparzelle führen würde, würden sie gegen einen Erschliessungsbeitrag von Fr. 40.– pro m<sup>2</sup> «Hand für eine gute Lösung» bieten. Zwar trifft zu, dass wirtschaftliche Interessen grundsätzlich schutzwürdige Interessen im Sinne des Gesetzes sind. Diese müssen konkreter Natur sein und sich direkt aus dem angefochtenen Verwaltungsakt ergeben. Das wirtschaftliche Interesse muss mit dem beanstandeten Bauvorhaben in einem direkten Zusammenhang stehen. Inwiefern dies vorliegend der Fall sein sollte, ist nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass die Gutheissung der Einsprache lediglich den Wegfall einer Erschliessungsvariante zur Folge hätte, nicht aber ohne weiteres auch die Erfüllung der geltend gemachten Entschädigungsforderungen. Das umstrittene Projekt hat damit keinen direkten Einfluss auf die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerinnen. Insoweit haben die Beschwerdeführerinnen nur ein mittelbares und nicht schützenswertes Interesse an der Aufhebung der umstrittenen Baubewilligung. Vielmehr ist aus den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zu schliessen, dass es ihnen offenbar vorrangig darum geht, ein «Druckmittel» in der Hand zu haben, um eine entschädigungspflichtige Erschliessungsvariante zu erwirken. Darin kann aber kein schützenswertes Interesse erblickt werden.

2.6. Die Beschwerdeführerinnen rügen schliesslich, die «relative Kleinheit» ihrer Parzelle könne kein Argument gegen die Einsprachelegitimation bilden. Die Grösse einer Parzelle allein kann zur Beurteilung der Einsprachelegitimation tatsächlich nicht ausschlaggebend sein. Wie die Vorinstanz aber zu Recht festgestellt hat, wird im angefochtenen Rekursentscheid auf die relative Grösse der Parzelle nicht Bezug genommen. Abgesehen davon verhindern die Grösse der Parzelle und die Einhal-

tung der entsprechenden Grenzabstände faktisch eine Überbauung. Damit ist das praktische Interesse an der Gutheissung der Beschwerde sowie die besondere Betroffenheit des Grundstücks ebenfalls zu verneinen.

## 35

*Art. 83 Abs. 2 BauG (sGS 731.1), Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1).* Der Projektverfasser ist nicht legitimiert, die Bewilligung eines auf seinem Projekt beruhenden Bauvorhabens anzufechten.

*Verwaltungsgericht, 14. Mai 2009*

In der Stadt St.Gallen wurde 2004/05 ein fünfgeschossiges Einfamilienhaus mit Flachdach erstellt (sog. Baumhaus). Dieses überschreitet die bewilligte Höhe um 36 cm. Im Rechtsstreit um die nachträgliche Bewilligung ordnete das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 14. September 2006 (publ. in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)) die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an. Das Bundesgericht wies am 13. April 2007 die Beschwerden der Grundeigentümer und des Baugesuchstellers ab (Urteile 1P.708/2006, 1P.710/2006, publ. in: [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Die Grundeigentümer leisteten dem Urteil keine Folge. Sie ersuchten am 31. August 2007 die Stadt St.Gallen erfolglos um Bewilligung eines vergrösserten Gebäudevolumens. Auch ihr Begehren um Aufhebung des Überbauungsplans Greifenacker wurde abgewiesen. Am 14. November 2008 reichten die Eigentümer das von der Stadt St.Gallen am 16. November 2007 verlangte Korrekturgesuch für die Herstellung des rechtmässigen Zustands ein. Mit der Änderung der Dachkonstruktion soll die Gebäudehöhe auf das zulässige Mass verringert werden. Das Projekt wurde von der F. Architekten AG mitverfasst, deren Inhaber das Baugesuch für das Baumhaus eingereicht hatte. Die Baubewilligungskommission bewilligte das Vorhaben mit Bedingungen und Auflagen. Dagegen erhob die F. Architekten AG Rekurs beim Baudepartement. Dieses trat am 8. April 2009 auf den Rekurs wegen fehlender Legitimation der Projektverfasserin nicht ein. Das Verwaltungsgericht hat eine Beschwerde der F. Architekten AG mit Urteil vom 14. Mai 2009 abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 83 Abs. 2 BauG ist zur Einsprache gegen ein Baugesuch berechtigt, wer ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut.

2.1. Die Einsprachelegitimation richtet sich nach denselben Grundsätzen, wie sie für die Berechtigung zum Rekurs in Art. 45 Abs. 1 VRP umschrieben sind (vgl. Fn. 2 zu Art. 83 BauG; B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003,

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

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

2.2. Unbestritten ist, dass die Rechtsmittelbefugnis nicht nur benachbarten Grundeigentümern, sondern unter gewissen Umständen auch Mietern oder Pächtern zusteht (vgl. GVP 2006 Nr. 37 mit Hinweis auf Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 427; Haller/Karlen, Planungs- und Baurecht, 2. Aufl., Zürich 1992, Rz. 1058; BGE 120 Ia 379 ff. E. 3d; 116 Ia 177 ff. E. 3a).

2.3. Nicht jede tatsächliche Beziehung zum Bauvorhaben begründet allerdings eine Einsprachelegitimation. Zutreffend hielt die Vorinstanz fest, dass die Rekurrentin weder Adressatin der Baubewilligung ist noch eine enge räumliche Beziehung zum Grundstück bzw. zum Bauprojekt hat, welche sie direkt und in höherem Mass als irgendjemand in den eigenen Interessen beeinträchtigt erscheinen lässt. Die Beschwerdeführerin ist weder Grundeigentümerin noch Baugesuchstellerin. Sie macht geltend, sie habe an der Änderung bzw. Aufhebung des Beschlusses der Baubewilligungskommission ein eigenes schutzwürdiges Interesse und sei durch die Verfügung beschwert. Eine engere Beziehung zum Bauwerk als der Architekt habe nicht einmal die Bauherrschaft. Durch die überhastet und ohne weitere Abklärungen, z. B. ohne Anhörung der Bauherrschaft und der Planverfasserin erlassene «Baubewilligung» vom 9. Januar 2009 sei die Planverfasserin ebenso beschwert wie die Bauherrschaft. Dies vor allem auch dann, wenn die Bauherrschaft bei allen möglichen und unmöglichen Gelegenheiten damit drohe, die Kosten des Rückbaus tel quel der Planverfasserin zu überwälzen.

Diese Ausführungen vermögen eine Legitimation nicht zu begründen. Den am Bau interessierten Unternehmungen und Handwerkern steht keine Rekurslegitimation zu (vgl. P. Leutenegger, Das formelle Baurecht der Schweiz, Bern 1974, S. 354). Die Beschwerdeführerin ist (Mit-)Erstellerin eines Werkes, welches u. a. Grundlage für die Baubewilligung ist. Die Erstellung eines Werkes bzw. die Ausarbeitung eines Bauprojekts beschlägt das privatrechtliche Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftrag-

tem. Auch ist eine allfällige Überwälzung von Kosten bzw. eine Forderung zwischen Beauftragten und Auftraggebern kein Grund, der dem Beauftragten im öffentlich-rechtlichen Verfahren im Zusammenhang mit dem Gesuch der Auftraggeber um Erteilung der Baubewilligung eine Parteistellung zukommen lässt.

Selbst wenn die Beschwerdeführerin für ihre Behauptung, die Bauherrschaft drohe damit, ihr die Kosten des Rückbaus zu überwälzen, Beweismittel eingereicht oder bezeichnet hätte, würde dies der Planverfasserin keine Legitimation zur Anfechtung des Bewilligungsentscheids verschaffen. Das öffentliche Baupolizeirecht bezweckt nicht die Wahrung der Vermögensinteressen des Architekten gegenüber dem Auftraggeber bzw. Baugesuchsteller. Dass der Architekt subjektiv und aus dem Blickwinkel als Ersteller eine enge Beziehung zum Werk hat, ändert daran nichts. Auch ein ideelles Interesse an einer Umsetzung oder Verhinderung einer bestimmten Planung vermag ein schutzwürdiges Interesse im Sinn von Art. 45 Abs. 1 VRP nicht zu begründen.

Die Einwendungen der Beschwerdeführerin zur unterbliebenen Ausschreibung des Vorhabens sind unbegründet. Das Bauprojekt bezweckt die Herstellung des rechtmässigen Zustands. Gegen das der Bewilligung vom 1. Juli 2002 bzw. 7. August 2003 entsprechende Bauvorhaben ist ohnehin keine Einsprache mehr möglich; darüber wurde letztinstanzlich und rechtskräftig entschieden. Auch hat ein Planverfasser keinen Anspruch auf persönliche Zustellung einer Bauanzeige.

2.4. Die Vorinstanz hat im weiteren zu Recht entschieden, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin rechtsmissbräuchlich ist. Diese selbst hat das dem Korrektur-Baugesuch zugrundeliegende Projekt mitverfasst und mitunterzeichnet. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, sie habe einer ersatzweisen behördlichen Vornahme des Rückbaus zuvorkommen wollen. Nur durch ihre Parteistellung habe sie verhindern können, dass die behördliche Anordnung des Rückbaus kostenmässig vollends aus dem Ruder laufe.

Die städtischen Behörden gaben den Eigentümern nach Ablauf von eineinhalb Jahren seit dem höchstrichterlichen Urteil nochmals Gelegenheit, den rechtmässigen Zustand selber herzustellen. Wenn die Eigentümer in der Folge die Beschwerdeführerin mit der Erstellung eines Projekts beauftragten, so ist nicht einzusehen, weshalb der Projektverfasserin als Folge dieses Auftrags im Vollzugsverfahren Parteistellung zukommen soll. Die Beschwerdeführerin hat das Projekt als Planverfasserin vorbehaltlos mitunterzeichnet. Wenn sie nun gegen die behördliche Zustimmung zum Vorhaben Rekurs erhebt, kann dies nicht anders als mit der Absicht einer weiteren Verzögerung der Herstellung des rechtmässigen Zustands erklärt werden. Ein solches Verhalten ist offensichtlich rechtsmissbräuchlich, verstösst gegen Treu und Glauben und verdient keinen Rechtsschutz (vgl. Art. 9 BV und Art. 2 ZGB, die als allgemeine Rechtsgrundsätze auch im öffentlichen Recht zum Tragen kommen und für Private verbindlich sind). Ebenso wäre es rechtsmissbräuchlich, wenn die Planverfasserin mittels einer Baueinsprache erwirken wollte, dass sie für die Umsetzung des Projekts finanziell nicht belangt werden könnte.

Im Übrigen hat das Bundesgericht über die Verhältnismässigkeit des Rückbaus im Lichte der mutmasslichen Kosten abschliessend entschieden. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Rückbaukosten lägen höher, kann dies nicht mehr berücksichtigt werden. Solche Tatsachen hätten im Verfahren über die Rechtmässigkeit bzw. Verhältnismässigkeit der Wiederherstellungsverfügung vorgebracht werden müssen. Die Verhältnismässigkeit des Rückbaus kann nicht mehr zum Gegenstand des Vollzugsverfahrens gemacht werden. Dem vom Inhaber der Beschwerdeführerin am 7. April 2009 eingereichten Revisionsgesuch hat denn auch das Bundesgericht nicht stattgegeben. Es hielt im Urteil vom 20. April 2009 ausdrücklich fest, was der Gesuchsteller vorbringe, stelle keinen Revisionsgrund dar. Schon im kantonalen Verfahren wie auch im Verfahren vor Bundesgericht sei es ein zentraler Punkt gewesen, ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verhältnismässig sei. Das Bundesgericht habe bereits im Urteil vom 13. April 2007 festgehalten, dass die vom Hochbauamt im kantonalen Verfahren geschätzten Wiederherstellungskosten nie bestritten worden seien. Der Gesuchsteller und die Grundeigentümer hätten aber jeden Grund gehabt, diese Schätzung in Abrede zu stellen und konkrete Zahlen zu präsentieren, um die von ihnen behauptete Unverhältnismässigkeit zu belegen. Sie hätten sich nicht darauf verlassen können, dass das Verwaltungsgericht und das Bundesgericht von einer Wiederherstellung absehen würden. Die heute präsentierten Expertenberichte hätten ohne weiteres bereits im damaligen Zeitpunkt eingeholt werden können. Die neu vorgelegten Zahlen vermöchten daher kein vom Haupturteil abweichendes Ergebnis zu begründen.

Nicht massgebend ist im weiteren, dass das Haus Preise und Auszeichnungen erhielt und inwiefern es allenfalls als schützenswertes Objekt eingestuft werden könnte. Die Preise und Auszeichnungen wurden nicht für die unrechtmässige Überschreitung der bewilligten Gebäudehöhe vergeben. Der Rückbau auf die bewilligte Höhe würde am Charakter der Baute nichts ändern, sondern genau dem von der Beschwerdeführerin bzw. von deren Inhaber und den Eigentümern eingereichten und von der Behörde bewilligten Projekt entsprechen.

Auch aus der Parteistellung der Beschwerdeführerin bzw. ihres Inhabers im Bewilligungsverfahren lässt sich nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Inhaber der Beschwerdeführerin war in jenem Verfahren Baugesuchsteller (VerwGE B 2006/42–44 vom 14. September 2006, E. 1 b cc). Als solchem kam ihm die Legitimation im Bewilligungsverfahren zu, nicht aber als Projektverfasser im Vollzugsverfahren.

Das Bundesgericht hat eine Beschwerde der F. Architekten AG gegen diesen Entscheid mit Urteil vom 6. Oktober 2009 abgewiesen (1C\_260/2009).

**36**

*Art. 130 Abs. 2 BauG (sGS 731.1), Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 BV (SR 101).* Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands durch Entfernung einer ohne Baubewilligung erstellten Sauna/Dusche und ein Verbot der Nutzung zu Wohnzwecken wurde aufgrund der konkreten Umstände als rechtmässig und verhältnismässig beurteilt. Der gute Glaube wurde nur insoweit geschützt, als er im Zusammenhang mit den bewilligten baulichen Massnahmen stand.

*Verwaltungsgericht, 9. Juli 2009*

Aus den Erwägungen:

3. Streitgegenstand ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands des Gebäudes Vers.-Nr. 000 durch den Rückbau von Sauna und Dusche sowie die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung des Verbots der Nutzung zu Wohnzwecken.

3.1. Nach Art. 130 Abs. 2 BauG kann die zuständige Gemeindebehörde die Entfernung oder die Abänderung rechtswidrig ausgeführter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustands verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen nicht entspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Voraussetzung der Zulässigkeit einer Abbruchverfügung ist in jedem Fall die formelle und materielle Rechtswidrigkeit der Baute. Ist eine Baute formell illegal und somit ohne Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung erstellt worden, vermag dies allein eine Abbruchverfügung noch nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist regelmässig zu prüfen, ob aufgrund des geltenden materiellen Baupolizeirechts eine ordentliche Baubewilligung (Art. 87 Abs. 1 BauG) oder eine Ausnahmbewilligung (Art. 77 BauG) erteilt werden kann. Können Bauten und Anlagen aufgrund materieller Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht bewilligt werden, sind für einen allfälligen Abbruch die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts zu berücksichtigen, wozu insbesondere die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) und des Schutzes des guten Glaubens (Art. 9 BV) zu zählen sind (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 1206 und 1210; BGE 132 II 35 E. 6; 1C\_296/2007 vom 15. Mai 2008 E. 4.1; VerwGE B 2008/159 vom 11. Mai 2009 E. 5.1., publiziert in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

3.2. Gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit der Beseitigung rechtswidriger Bauten darf eine Abbruchverfügung nur erlassen werden, wenn diese Massnahme bei objektiver Betrachtung als die einzig geeignete erscheint, um einen aktuellen baurechtswidrigen Zustand zu beheben. Sie hat zu unterbleiben, wenn die Abweichung von den Bauvorschriften nur geringfügig ist, der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt oder die berührten öffentlichen

Interessen den Schaden, der einem Eigentümer aus dem Abbruch erwächst, nicht zu rechtfertigen vermögen. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch der bösgläubige Bauherr berufen. Er hat aber in Kauf zu nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, wie zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen. Daraus kann aber nicht umgekehrt hergeleitet werden, dass eine allfällige Gutgläubigkeit den privaten Interessen des Bauherrn ein besonderes Gewicht verleihe. Der Schutz des guten Glaubens wird im öffentlichen Recht nicht schlechthin gewährleistet, sondern nur unter den besonderen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes. Dieser kann einer Abbruchverfügung insbesondere entgegenstehen, wenn die Behörde ein Verhalten gezeigt hat, das wie eine ausdrückliche Zusicherung verstanden werden durfte. So kommt der Verzicht auf eine Abbruchverfügung unter anderem dann in Frage, wenn die zuständige Baupolizeibehörde in voller Kenntnis der Sachlage die rechtswidrige Erstellung oder Änderung von Bauten widerspruchslos hingenommen und auf ein Einschreiten verzichtet hat. Solange jedoch die zuständigen Behörden angesichts eines baurechtswidrigen Zustands bloss untätig geblieben sind, erscheint grosse Zurückhaltung bei der Deutung der Untätigkeit als behördliche Duldung geboten. Auch wenn die Baubehörden durch langjährige Duldung des baurechtswidrigen Zustands einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben, kann sich die Gegenpartei auf den Vertrauensschutz nicht berufen, wenn sie die Rechtswidrigkeit bei zumutbarer Sorgfalt hätte erkennen können, also insofern bösgläubig ist. Rechtswidrige Bauten und Anlagen, für die nachträglich weder eine Bau- noch eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann, sind entweder zu entfernen oder abzuändern. Ein blosses Verbot einer zweckwidrigen Nutzung eines zweckentfremdeten Raums genügt in der Regel nicht; es ist mittels baulicher Massnahmen sicherzustellen, dass eine Nutzung rechtswidriger Bauten ausgeschlossen wird (Heer, a. a. O., Rz. 1210 ff.; BGE 132 II 35 E. 6; 123 II 255 E. 4a; 111 Ib 221 E. 6; 1C\_270/2008 vom 6. Februar 2009 E. 3.2; VerwGE vom 30. Mai 1995 i. S. E. L.; VerwGE vom 22. April 1996 i. S. J. H. [nicht publiziert]).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung verwirkt der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren, wobei sich aus Gründen des Vertrauensschutzes auch kürzere Verwirkungsfristen rechtfertigen können. Auf diese kann sich nur berufen, wer selbst in gutem Glauben gehandelt hat. Die Untätigkeit einer Behörde vermag dabei grundsätzlich keinen Vertrauenstatbestand zu schaffen (BGE 132 II 21 E. 6.3 und E. 8.1).

3.3. Der Grundsatz der Trennung zwischen Bau- und Nichtbaugelände gehört zu den wichtigsten Prinzipien des Raumplanungsrechts des Bundes (BGE 132 II 40 E. 6.4). Die Erweiterung von Bauten ausserhalb der Bauzone über das zulässige Mass hinaus läuft diesem Grundsatz diametral entgegen, indem dadurch der

Zersiedelung der Landschaft Vorschub geleistet wird. An der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht auch aus präjudiziellen Gründen ein erhebliches öffentliches Interesse. Grundeigentümer, die sich über geltende Vorschriften und Bewilligungen hinwegsetzen, sollen nicht besser gestellt werden als diejenigen, die den vorgeschriebenen Verfahrensweg einschlagen und sich an die entsprechenden Vorschriften halten. Dabei ist nicht entscheidend, ob die rechtswidrig erstellte Baute von ausserhalb des Grundstücks einsehbar ist oder nicht. Die Einhaltung der Rechtsordnung wäre nicht mehr gewährleistet, wenn Abweichungen von Baubewilligungen oder Bauten ohne Baubewilligung – selbst wenn sie die nachbarlichen Interessen nicht untragbar beeinträchtigen – toleriert würden (VerwGE vom 12. Februar 2008 i. S. M. und E. D. E. 3.5.1.; VerwGE vom 27. Februar 2007 i. S. S. H. E. 7.2., publiziert in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

#### 3.4.

3.4.1. Die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz spreche ihnen zu Unrecht den guten Glauben in Bezug auf den Einbau von Sauna und Dusche sowie die Nutzung des Gebäudes Vers.-Nr. 000 zu Wohnzwecken ab. Sauna und Dusche seien nachweisbar schon im Jahr 1980 eingebaut worden. Die Bewilligung von 1980 könne ihnen nicht entgegengehalten werden, da sie das Grundstück erst im Jahr 1987 gekauft hätten und deshalb nicht Adressaten der Bewilligung seien. Somit könne auch aus den Schätzungsprotokollen von 1981 nichts gegen sie abgeleitet werden. Die Bezeichnung als Nebenhaus oder als Nebenräume auf den Schätzungsprotokollen spreche nicht gegen eine Wohnnutzung. Der böse Glaube ihres Vorgängers sei nicht erwiesen und könne ihnen auch nicht als fahrlässige Bösgläubigkeit angerechnet werden. Zudem hätten sie als Käufer eines seit längerem umgebauten Gebäudes wie auch der ehemalige Eigentümer sehr wohl davon ausgehen dürfen, dass sich die zuständigen Behörden beim Umbau korrekt verhalten und mithin den ganzen Umbau kontrolliert hätten. Aufgrund der Schätzungen von 1981, 1991 und 2001, des Liegenschaftsbeschriebs von 1996 sowie der Vermietung vor dem Jahr 1987 stehe fest, dass die Beschwerdebeteteiligte um die Wohnnutzung habe wissen müssen. Dies seien alles Umstände, die ihren guten Glauben in die Rechtmässigkeit des Umbaus und der Wohnnutzung sowie die entsprechenden Kenntnisse der Beschwerdebeteteiligten noch bestärkt hätten. Die Vorinstanz konkretisiere die angeblich erforderliche Sorgfalt nicht und gebe nicht an, wie sie oder ein durchschnittlich aufmerksamer Käufer sich in solchen Fällen hätten verhalten sollen. Sie hätten keine Sorgfaltswidrigkeit begangen und seien gutgläubig gewesen. Anders sei auch nicht zu erklären, dass die zuständigen Behörden einen formell rechtswidrigen Zustand während 25 Jahren geduldet und in dieser Zeit nie etwas beanstandet hätten. Diese Unsorgfalt könne ihnen nicht angelastet werden, zumal sie das Grundstück ohne bauliche Massnahmen genutzt hätten. Der Abbruch von Sauna und Dusche sowie das Verbot der Nutzung zu Wohnzwecken trotz bewilligtem Umbau im Jahr 1980 widersprächen in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken.

3.4.2. Die Vorinstanz stellte fest, der genaue Zeitpunkt des Einbaus von Sauna und Dusche könne mangels konkreter Hinweise in den Akten nicht mehr abschliessend beurteilt werden. Tatsächlich ist im Schätzungsprotokoll vom 29. September 1981 keine Sauna aufgeführt; eine solche findet sich erstmals im Schätzungsprotokoll vom 24. September 1991. Auch ist der von den Beschwerdeführern ins Recht gelegten Offerte der E. Genossenschaft vom 29. April 1980 nicht zu entnehmen, ob es im Zusammenhang mit den offerierten Arbeiten zu einem Vertragsabschluss kam und die Arbeiten in der Folge auch tatsächlich ausgeführt wurden. Zwar vermag die Offerte ein Indiz für den geplanten Einbau der Sauna darzustellen, doch kann sie nicht abschliessend beweisen, dass der Einbau innert nützlicher Frist auch tatsächlich erfolgt ist, zumal im Schätzungsprotokoll vom September 1981 die Sauna nicht bezeichnet ist. Auch geht die Behauptung der Beschwerdeführer fehl, die Baubewilligung vom 16. August 1980 könne diesen nicht entgegengehalten werden. Grundsätzlich war zwar der Verkäufer Adressat der damaligen Baubewilligung. Es sind jedoch keine Gründe ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführer als heutige Grundstückseigentümer nicht auch als Adressaten gelten sollten. Sie müssen sich den Inhalt der Schätzungsprotokolle somit entgegengelassen lassen.

Den Beschwerdeführern ist grundsätzlich zuzustimmen, dass im Baubewilligungsverfahren von den zuständigen Behörden ein stets korrektes Verhalten erwartet werden kann. Sie verkennen jedoch, dass sich ihre Gutgläubigkeit im konkreten Fall einzig nach dem Umfang der Baubewilligung richtet. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz durften sie die blosse Untätigkeit der Beschwerdebeteiligten deshalb nicht als ausdrückliche Zusicherung oder behördliche Duldung verstehen, zumal das Grundstück Nr. 487 unbestrittenermassen ausserhalb der Bauzone liegt. An dieser Feststellung ändert auch die Tatsache nichts, dass der formell rechtswidrige Zustand von den zuständigen Behörden während mehr als 25 Jahren geduldet worden ist. Auch ist nicht entscheidend, ob der Verkäufer gut- oder bösgläubig war. Überdies können die Beschwerdeführer aus den in den Schätzungsprotokollen verwendeten Begriffen «Nebenhaus» oder «Nebenräume» nichts zu ihren Gunsten ableiten, wurden die Schätzungen doch nicht durch die für Baubewilligungen zuständige Baupolizeibehörde vorgenommen. Schätzungsprotokolle stellen insofern keine baupolizeilich relevanten Urkunden dar, als die Feststellungen keine Aussagen zur Bewilligung von Bauten enthalten. Statt dessen halten sie in der Regel lediglich den zum Zeitpunkt der Schätzung vorgefundenen Zustand fest, wobei grundsätzlich nicht auszuschliessen ist, dass die Schätzungsbehörden der Baupolizei Unregelmässigkeiten melden. Unter diesen Umständen sind die Beschwerdeführer nicht als gutgläubig zu betrachten. Sie hätten das Fehlen der Baubewilligung für gewisse Bauten aufgrund der ihnen zumutbaren Einsichtnahme in die Bauunterlagen erkennen müssen und liessen es deshalb an der notwendigen Sorgfalt mangeln.

Nicht nachvollziehbar ist schliesslich das Vorbringen der Beschwerdeführer, wonach die Vorinstanz den angeblich erforderlichen Sorgfaltsmassstab nicht konkre-

siert habe. Die Vorinstanz nahm eine solche Konkretisierung gerade vor, indem sie die Beschwerdeführer als juristische Laien in ihrem guten Glauben insoweit schützte, als diese in bezug auf die bewilligten Einrichtungen bei zumutbarer Sorgfalt nicht erkennen konnten, dass die Baubewilligung ohne die Zustimmung der zuständigen Stelle des Staates erteilt worden war. Schliesslich berücksichtigte sie das Fehlverhalten der Beschwerdebeteiligten zugunsten der Beschwerdeführer, indem sie den Baubewilligungen vom 18. Mai 1976 und 27. August 1979 nachträglich und vorbehaltlos die Bewilligung erteilte. Die Vorbringen der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Geltendmachung des guten Glaubens erweisen sich somit als unbegründet.

### 3.5.

3.5.1. Die Beschwerdeführer stellen sich auf den Standpunkt, die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands in Bezug auf das Gebäude durch die Vorinstanz sei unverhältnismässig. Sie hätten nicht selber rechtswidrig gebaut und auch keine Verfahrensregeln verletzt, sondern die Gebäulichkeiten in gutem Glauben so übernommen, wie sie vom ehemaligen Eigentümer in vollster Kenntnis der Gemeinde umgebaut und genutzt worden seien. Die Vorinstanz habe ihnen den Vertrauensschutz im Zusammenhang mit der Baubewilligung vom 16. August 1980 zu Recht zugestanden. Gestützt auf diese Bewilligung sei die Nutzung der ursprünglichen Scheune mit dem Bügelraum, dem Waschraum und dem WC im Erdgeschoss, der Doppelgarage und dem Arbeitsraum im Obergeschoss, dem Abstellraum bzw. Spielzimmer im Dachgeschoss sowie der Befensterung Süd und Ost bereits einer inzwischen 28-jährigen Wohnnutzung gleichgekommen. Die ebenfalls im Jahr 1980 eingebaute Sauna und die Dusche vermöchten an diesem Zustand nichts wesentliches zu ändern, weshalb deren Rückbau zur Erreichung einer strikten Trennung zwischen Bau- und Nichtbaugelände ungeeignet sei. Dies könnte nur mit dem Rückbau aller bewilligten Änderungen und somit mit dem Zurückversetzen des Gebäudes in eine echte Scheune erreicht werden. Vorinstanz und Beschwerdebeteiligte handelten inkonsequent und widersprüchlich, wenn sie zahlreiche Umbauten für eine Wohnnutzung stehen liessen, Unwesentliches wie eine Sauna und eine Dusche dagegen nicht mehr zulassen und trotz den nach wie vor für Wohnzwecke zugelassenen Umbauten die Wohnnutzung untersagten.

3.5.2. Die Beschwerdeführer bringen grundsätzlich zu Recht vor, sie hätten die Gebäude vom Verkäufer in gutem Glauben bezüglich der ergangenen Baubewilligungen übernommen. Vorinstanz und Beschwerdebeteiligte anerkennen dies, weshalb sie den Beschwerdeführern den Vertrauensschutz im Zusammenhang mit der Baubewilligung vom 16. August 1980 zugestanden haben. Wie in E. 3.4.2. ausgeführt, können sich die Beschwerdeführer jedoch nur auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen, soweit sie gutgläubig sind. Von der Gutgläubigkeit der Beschwerdeführer ging die Vorinstanz insofern aus, als sie im Zusammenhang mit den von der Beschwerdebeteiligten erteilten, jedoch von staatlicher Stelle nicht genehmigten Baubewilligungen stand. Die Vorinstanz beschränkte die Wiederherstel-

lungsverfügung deshalb auf diejenigen baulichen Massnahmen, die nicht Gegenstand der Baubewilligung vom 16. August 1980 waren. Den Vorbringen der Beschwerdeführer sind keine Gründe zu entnehmen, weshalb die Wiederherstellungsmassnahmen im konkreten Fall zur Erreichung des öffentlichen Interesses ungeeignet und unverhältnismässig sein sollten. Zwar machen diese grundsätzlich zutreffend geltend, das öffentliche Interesse an einer strikten Trennung zwischen Bau- und Nichtbaugelände könnte nur mit dem vollständigen Rückbau des Gebäudes in eine Scheune durchgesetzt werden. Aus Vertrauensschutzgründen und damit gerade auch im Interesse der Beschwerdeführer verzichtete die Vorinstanz jedoch auf die vollständige Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer sind der Rückbau von Sauna und Dusche sowie das Verbot einer andern als am 16. Oktober 1980 bewilligten Nutzung zur Trennung zwischen Bau- und Nichtbaugelände geeignet. Auch sind sie verhältnismässig, stellen sie im konkreten Fall doch die mildeste Massnahme zur Durchsetzung der öffentlichen Interessen dar. Durch den Verzicht auf den Rückbau der mit Baubewilligung vom 16. August 1980 genehmigten baulichen Massnahmen sowie das Verbot einer andern und weiter gehenden Nutzung zu Wohnzwecken wird zudem die bestimmungsgemässe Verwendung des Gebäudes sichergestellt, ohne übermässig in das Eigentum der Beschwerdeführer einzugreifen. Wie in E. 3.4.2. ebenfalls ausgeführt, wäre es den Beschwerdeführern zumindest möglich gewesen, bei ausreichendem Studium der Baupläne festzustellen, dass gewisse bauliche Einrichtungen sowie die Nutzung zu Wohnzwecken von der Beschwerdebeteiligten nie bewilligt worden sind. Sie müssen sich die durch das mangelnde Studium der Unterlagen entstandenen Nachteile deshalb entgegenhalten lassen. Daran ändert auch nichts, dass der genaue Zeitpunkt des Einbaus von Sauna und Dusche aus heutiger Sicht nicht mehr abschliessend beurteilt werden kann. Entscheidend ist allein, was Gegenstand der damaligen Baubewilligung war. Die Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweisen sich als verhältnismässig, weshalb die Vorbringen der Beschwerdeführer auch in diesem Punkt unbegründet sind.

Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid mit Urteil vom 11. Februar 2010 abgewiesen (1C\_408/2009).

## 9. Gewässerschutz

---

### 37

*Art. 21 f. EG zum GSchG (sGS 752.1), Art. 31 ff. USG (SR 814.01).* Das kantonale Recht lässt die Übertragung der Abfallentsorgung an Dritte zu. Die Weigerung einer Politischen Gemeinde, einem gewinnorientierten Unternehmen eine Konzession für die Entsorgung monopolisierter Abfälle zu erteilen, ist rechtmässig und verhältnismässig, wenn bereits eine flächendeckende öffentliche Entsorgungsinfrastruktur besteht und durch die Konzession die Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Abfallentsorgung bedroht würde.

*Verwaltungsgericht, 16. Juni 2009*

Die S. AG führte seit 2006 in Wil unter der Bezeichnung «Recycling Drive In» eine Abfallsammelstelle, wo Elektronikschrott, Kühlschränke, Haushaltgeräte, Leuchtmittel, Batterien, Aluminium, Weissblechdosen, Kaffeekapseln, PET-Flaschen sowie Textilien und Schuhe kostenlos entgegengenommen werden. Der Stadtrat stellte fest, dass der Betrieb der Abfallsammelstelle bewilligungspflichtig sei und lehnte die Erteilung einer Monopolkonzession ab. Er erwog, die Verleihung einer Konzession an die S. AG beurteile sich insbesondere danach, ob die Entsorgung durch einen privaten Anbieter zweckmässiger und wirtschaftlicher als heute erfolgen könne. Er sei verpflichtet, die Siedlungsabfälle dem Zweckverband Abfallverwertung Bazenheid (abgekürzt ZAB) zur Verfügung zu stellen. Das Abfallwesen sei klar geregelt, und die Erteilung einer Monopolkonzession an die S. AG hätte weder betriebliche noch finanzielle Vorteile. Die S. AG erhob dagegen Rekurs, der vom Baudepartement abgewiesen wurde. Auch eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

2.1. Sowohl das Bundesrecht als auch das kantonale und kommunale Recht enthalten Regelungen zur Abfallentsorgung und –verwertung.

2.1.1. Art. 31 Abs. 1 USG verpflichtet die Kantone zur Ermittlung ihres Bedarfs an Abfallanlagen, zur Vermeidung von Überkapazitäten und zur Festlegung von Standorten der Abfallanlagen. Bei der Abfallplanung und Entsorgung haben die Kantone zusammenzuarbeiten und Überkapazitäten zu vermeiden (Art. 31a Abs. 1 USG). Sie entsorgen gemäss Art. 31b USG unter anderem Siedlungsabfälle (Abs. 1), legen für diese Abfälle Einzugsgebiete fest und sorgen für einen wirtschaftlichen Betrieb der Abfallanlagen (Abs. 2). Der Inhaber muss die Abfälle den von den Kantonen vorgesehenen Sammlungen oder Sammelstellen übergeben (Abs. 3). Nach Art. 31c Abs. 1 USG sind die übrigen Abfälle vom Inhaber, der Dritte mit der Entsor-

gung beauftragen kann, zu entsorgen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird mit diesen Vorschriften für die Siedlungsabfälle ein mit der verfassungsrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 und Art. 94 BV vereinbartes kantonales Entsorgungsmonopol statuiert. Dieses Monopol erlaubt die Ausübung eines an sich der privaten Tätigkeit offenstehenden Handlungsfelds unter Ausschluss von Privaten (BGE 1A.11/2005 E. 4.1; 123 II 368 E. 5b; 125 II 511 E. 5b).

2.1.2. Gemäss Art. 21 Abs. 1 EG zum GSchG obliegt die Errichtung und der Betrieb öffentlicher Abfalldeponien und Abfallbeseitigungsanlagen sowie der Kehrichtsammeldienst der Politischen Gemeinde. In diesem Zusammenhang hat die Beschwerdegegnerin ein Abfallreglement erlassen. Dieses soll eine zweckmässige, geordnete und umweltschonende Entsorgung und Wiederverwertung von Abfällen auf dem Gemeindegebiet gewährleisten (Art. 2 AR). Abfallentsorgung und -verwertung sind gemäss Art. 3 AR Sache der Beschwerdegegnerin und unterstehen der Aufsicht des Stadtrats (Abs. 1); der Vollzug kann an Dritte übertragen werden (Abs. 2). Die Kehrichtabfuhr ist für alle obligatorisch (Art. 4 AR) und erfasst die zu verbrennenden Siedlungsabfälle (Art. 6 AR). Für Kleinmengen von Sonder- und Giftmüllabfällen wie unter anderem Altöl, Batterien und Medikamente, Glas, Aluminium, Weissblech und Textilien werden örtliche Sammelstellen eingerichtet (Art. 7 AR). Schliesslich dürfen bestimmte Abfallarten unter anderem der Kehrichtabfuhr nicht mitgegeben werden (Art. 8 AR).

2.1.3. Zum Zweck der koordinierten Abfallentsorgung haben sich die Gemeinden der Regionen Toggenburg, Fürstenland und Hinterthurgau zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit nach st.gallischem Recht zusammengeschlossen (Zweckverband ZAB, Art. 1 f. des Organisationsreglements ZAB, abgekürzt OR-ZAB). Der aus diesem Zusammenschluss hervorgegangene Beschwerdebeteiligte bewirtschaftet nach Art. 3 OR-ZAB Abfälle aus Haushalt, Gewerbe und Industrie; er kann Abfälle sammeln, transportieren, zwischenlagern, verwerten und ablagern (lit. a), Anlagen errichten und betreiben (lit. b) sowie weitere Dienste anbieten (lit. c). Er erfüllt die Aufgaben selber, gemeinschaftlich oder durch Dritte. Dadurch gewährleistet er die wirtschaftliche und sachgemässe Entsorgung der Abfälle aus den Mitgliedergemeinden. Diese verpflichten sich, dem Beschwerdebeteiligten die Siedlungsabfälle zur Verfügung zu stellen, wobei Regelungen zwischen diesem und den Mitgliedergemeinden für bestimmte Arten von Siedlungsabfall vorbehalten bleiben (Art. 4 OR-ZAB).

2.2. Die Monopolkonzession verleiht die Berechtigung zur Ausübung einer monopolisierten wirtschaftlichen Tätigkeit. Unter den Gesuchstellern muss eine Auswahl getroffen werden, da die durch Konzession übertragenen Rechte in der Regel beschränkt sind. Das Gesetz räumt den Gesuchstellern deshalb in der Regel keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession ein, sondern stellt den Entscheid regelmässig in das Ermessen der rechtsanwendenden Behörden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St.Gallen

2006, Rz. 2598 ff.; BGE 106 Ib 36 E. 1). Sonderfall einer Monopolkonzession ist die Konzession des öffentlichen Dienstes. Im Gegensatz zur reinen Monopolkonzession verschafft sie den Berechtigten nicht nur das Recht auf Ausübung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern legt ihnen auch besondere Pflichten auf, liegt die konzessionierte Tätigkeit doch im öffentlichen Interesse und soll einen so genannten Service Public bewirken. Die Konzessionäre sind deshalb verpflichtet, den ihnen anvertrauten öffentlichen Dienst zu garantieren (Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 45 Rz. 21).

2.3. Die Beschwerdeführerin bestreitet zunächst, dass die Beschwerdegegnerin auf dem Gebiet der ihr vom Kanton übertragenen Abfallentsorgung und -verwertung autonom sei und sie nach freiem Ermessen über die Übertragung des Vollzugs dieser Aufgabe an Dritte entscheiden könne.

2.3.1. Nach Darstellung der Beschwerdeführerin haben die Abfallentsorgung und -verwertung unter Einhaltung insbesondere von USG, Technischer Verordnung über Abfälle (SR 814.600, abgekürzt TVA) und EG zum GSchG sowie der diesbezüglichen bundesrechtlichen Grundsätze und Ziele zu erfolgen. Eine Weiterübertragung des Vollzugs an Dritte liege daher weder in der Autonomie noch im freien Ermessen der Beschwerdegegnerin. Mit dem Erlass von Art. 3 Abs. 2 AR habe diese offensichtlich Entsorgungsaufgaben an den Beschwerdebeteiligten übertragen wollen. Dieser sei jedoch nicht als Grundlage für die Erteilung von Monopolkonzessionen für einzelne Abfallkategorien zu verstehen, da die Revision des USG vom 21. Dezember 1995, mit der die Vorschriften über das Abfallrecht überarbeitet worden seien, erst am 1. Juli 1997 und damit erst nach dem Erlass des Abfallreglements im Jahr 1996 in Kraft getreten sei. So lasse Art. 3 Abs. 2 AR die Übertragbarkeit des Vollzugs zum einen insgesamt ohne Differenzierung nach Teilbereichen und zum anderen angesichts einer Übertragung an den Beschwerdebeteiligten auch ohne materielle Bestimmung über diesbezügliche Anforderungen und Voraussetzungen zu. Gestützt auf Art. 3 Abs. 2 AR könne der Entscheid über die Erteilung einer Monopolkonzession nicht im freien Ermessen der Beschwerdegegnerin liegen.

2.3.2. Gemäss Art. 50 Abs. 1 BV in Verbindung mit Art. 89 Abs. 1 KV ist die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet. Das Bundesgericht gesteht ihr unter dem kantonalen Recht Bestandesgarantie zu (BGE 131 I 91 ff.). Die Gemeindeautonomie wird auf kantonaler Ebene in Art. 4 GG konkretisiert. Nach Art. 4 Abs. 1 GG ist die Gemeinde autonom, soweit die Gesetzgebung ihre Entscheidungsfreiheit nicht einschränkt. In der Rechtsetzung hat sie Entscheidungsfreiheit, wenn die Gesetzgebung keine abschliessende Regelung trifft oder sie ausdrücklich zur Rechtsetzung ermächtigt ist (Art. 4 Abs. 2 GG; vgl. BGE 128 I 8 E. 2a; Häfelin/Haller/Keller, a. a. O., Rz. 976). Die Gemeindeautonomie gibt der Gemeinde somit das Recht zum Erlass eigener Rechtsnormen und zur Selbstverwaltung. Dadurch erhält die Gemeinde die nötigen Instrumente, um die örtlichen Verhältnisse, mit denen sie aufgrund ihrer Nähe am besten vertraut ist, selbstständig zu regeln (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 1395).

2.3.3. Unter Ermessen versteht man einen gesetzlich eingeräumten Entscheidungsspielraum, der durch eine nicht eindeutige Festlegung der Rechtsfolge einer Rechtsnorm entsteht. Dadurch soll der rechtsanwendenden Behörde das Treffen einer sachgemässen Entscheidung im Einzelfall ermöglicht werden. Durch Auslegung haben die Rechtskontrollinstanzen mittels freier Kognition zu ermitteln, ob ein bestimmter Rechtssatz überhaupt einen Ermessensspielraum einräumt. Die Ausübung des Ermessens durch die erstverfügende Behörde ist nicht beliebig, sondern hat gestützt auf allgemeine Rechtsprinzipien zweckmässig und angemessen zu erfolgen. Dies gilt auch für die Vorinstanz, die gemäss Art. 46 Abs. 1 VRP zur Überprüfung der Ermessensausübung berechtigt ist. Im Bereich der Autonomie unter anderem einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft kann sich ein Rekurrent vor der kantonalen Rekursinstanz jedoch nicht auf die Unangemessenheit der Verfügung oder des Entscheids berufen. Ausgenommen sind Angelegenheiten, in denen eine Körperschaft Staatsbeiträge erhält (Art. 46 Abs. 2 VRP). Im Beschwerdeverfahren ist auch dem Verwaltungsgericht die Ermessenskontrolle verwehrt. Dieses hat sich darauf zu beschränken, über die Einhaltung des Ermessensspielraums zu wachen, und nur einzuschreiten, wenn die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen unter anderem missbraucht hat. Ein Ermessensmissbrauch wird angenommen, wenn sich die Behörde zwar an den Rahmen des ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessens hält, dieses jedoch missbräuchlich handhabt. Dies ist dann der Fall, wenn die Behörde die bei der Ermessensausübung zu achtenden verfassungsrechtlichen Grundsätze, insbesondere den Grundsatz der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit oder das Verbot der Willkür, verletzt (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 739 ff.; GVP 1996 Nr. 9).

2.3.4. Weder den Vorbringen der Beschwerdeführerin noch den Akten lässt sich entnehmen, dass die bundes- und kantonalrechtlichen Vorschriften zur Abfallentsorgung eine Übertragung des Vollzugs der Abfallentsorgung an Dritte nicht zulassen. Insbesondere ergeben sich aus den von dieser zitierten Erlassen (USG, TVA, EG zum GSchG) keine konkreten Bestimmungen, die eine Übertragung der Vollzugsaufgaben verbieten. Die Vorinstanz kam deshalb zum Schluss, dass der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 50 BV im Bereich der Erteilung oder Verweigerung von Monopolkonzessionen Autonomie zukomme. Nach Art. 46 Abs. 2 VRP habe sich die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht auf die Unangemessenheit der Verfügung berufen können, da die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Entscheidung keine Staatsbeiträge für die Abfallentsorgung erhalten habe.

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass Art. 22 Abs. 2 EG zum GSchG auf kantonaler Ebene die Übertragung von Entsorgungsaufgaben an Dritte gerade zulässt. So bedürfen Vereinbarungen politischer Gemeinden über die gemeinsame Errichtung und den gemeinsamen Betrieb einer öffentlichen Abfalldeponie, einer Abfallbeseitigungsanlage oder über den gemeinsamen Kehrichtsammeldienst einer Genehmigung des zuständigen Departements. Weitere Vorschriften zur Übertragung von Vollzugsaufgaben an Dritte durch die Beschwerdegegnerin kennt das kantonale Recht mit Ausnahme der Vereinbarung über den Zweckverband Abfallverwer-

tung Bazenheid (sGS 752.512) nicht. Unter den gegebenen Umständen liegt es gestützt auf die nach Art. 50 BV und Art. 4 GG zugestandene Entscheidungsfreiheit somit im Ermessen der Beschwerdegegnerin, in Anwendung von Art. 3 Abs. 2 AR über den Erlass oder die Verweigerung von Monopolkonzessionen zu entscheiden. Die Vorinstanz beschränkte sich im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 3 Abs. 2 AR folglich zu Recht auf die Rechtskontrolle. Nicht nachzuvollziehen ist die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass Art. 3 Abs. 2 AR nicht als Grundlage für die Erteilung von Monopolkonzessionen für einzelne Abfallkategorien erlassen worden sei. Vielmehr lässt der offene Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 AR die Übertragung des Vollzugs der Abfallentsorgung durch die Beschwerdegegnerin mangels gegenteiliger Bestimmungen des übergeordneten Rechts gerade ohne Einschränkungen zu. Daran vermag auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, wonach die Erteilung von Monopolkonzessionen vor dem Inkrafttreten der Revision des USG am 1. Juli 1997 gar nicht möglich gewesen sei. Sie verkennt in diesem Zusammenhang, dass die zu diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen Änderungen keinen Einfluss auf die Anwendung von Art. 3 Abs. 2 AR haben. So enthielt das USG bereits vor der Revision Vorschriften zum Abfallrecht (aArt. 27–35 USG in der Fassung vom 7. Oktober 1983). Schon nach aArt. 27 Abs. 2 USG waren die Kantone berechtigt, den Gemeinden oder anderen öffentlichen Körperschaften Entsorgungsaufgaben zu übertragen, wobei sie mit der Ausführung auch private Unternehmungen beauftragen konnten. Es liegt somit im Rahmen der Gemeindeautonomie im Ermessen der Beschwerdegegnerin, gestützt auf Art. 3 Abs. 2 AR über die Erteilung oder Verweigerung von Monopolkonzessionen auch für einzelne Abfallkategorien zu entscheiden. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin erweisen sich folglich als unbegründet.

2.4. Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid zu Unrecht einen Ermessensmissbrauch verneint.

2.4.1. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin verhalten sich Beschwerdegegnerin und Vorinstanz widersprüchlich und willkürlich. Sie kämen einerseits zum Schluss, es bestehe kein öffentlicher Bedarf für die Sammelstelle der Beschwerdeführerin, andererseits brächten sie vor, durch die Erteilung der Monopolkonzession entgingen der öffentlichen Entsorgung Wertstoffe und Gebühreneinnahmen, was deren Wirtschaftlichkeit beeinträchtige. Gäbe es für eine Abgabemöglichkeit von unter das Entsorgungsmonopol fallenden, getrennt zu entsorgenden Abfällen keinerlei Bedürfnis, würde die Sammelstelle der Beschwerdeführerin von der Bevölkerung unweigerlich auch nicht zu diesem Zweck benützt. Trotz erteilter Monopolkonzession fiele bei der Sammelstelle gar kein oder nur derart wenig vom Entsorgungsmonopol erfasster Abfall an, dass aus dem Betrieb der Sammelstelle überhaupt keine Gefahr der Verschlechterung der Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Abfallentsorgung drohe.

2.4.2. Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden (Art. 9 BV). Das Willkürverbot gilt für sämtliche Be-

reiche der staatlichen Tätigkeit (Häfelin/Haller/Keller, a. a. O., Rz. 808). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Entscheid nicht schon dann willkürlich, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, 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 (BGE 132 I 17 E. 5.1; 131 I 219 E. 2.1; 131 I 474 E. 3.1; C. Rohner, St.Galler Kommentar zu Art. 9 BV, Rz. 4).

Grundsätzlich ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen, dass deren Sammelstelle an zentraler Bahnhofslage einem gewissen Bedürfnis entsprechen mag und für gewisse Teile der Bevölkerung möglicherweise leichter zu erreichen ist als diejenige des Beschwerdebeteiligten. Dennoch ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz entscheidend, ob über das öffentliche Entsorgungsangebot hinaus ein Bedürfnis nach einer privaten Sammelstelle besteht. Die Vorinstanz durfte ein solches zu Recht mit der Begründung verneinen, dass entsprechende Bedürfnisse der Bevölkerung auch durch eine Ergänzung der öffentlichen Entsorgung und ohne Erteilung einer Monopolkonzession an Private befriedigt werden könnten, zumal der Beschwerdebeteiligte auf dem Gebiet der Beschwerdegegnerin eine einwandfrei funktionierende Infrastruktur für die Abfallentsorgung bereitstellt. Diese Überlegungen sind weder widersprüchlich noch willkürlich. Es ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass gewinnorientierte Privatunternehmen wie die Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit auf diejenigen Geschäftsbereiche beschränken, die ihnen einen möglichst hohen Gewinn versprechen, während sich die Öffentlichkeit oftmals auch in verlustbringenden Gebieten betätigen muss. Gerade im vorliegenden Fall wäre die Gefahr gross, dass es bei Erteilung einer Monopolkonzession zu einer nicht im öffentlichen Interesse liegenden Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der öffentlichen Abfallentsorgung und damit zu einer stärkeren finanziellen Belastung der Öffentlichkeit kommen könnte. Die Entscheide der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz sind unter den gegebenen Umständen nachvollziehbar. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin sind deshalb unbegründet.

2.4.3. Die Beschwerdeführerin macht überdies geltend, die Verweigerung der Monopolkonzession verstosse gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Diese führe in Bezug auf die vorhandenen privaten Sammelstellen in den Gebieten der Beschwerdegegnerin und des Beschwerdebeteiligten zu einer völlig rechtungleichen Handhabung des Entsorgungsmonopols. So könnten aufgrund von Vereinbarungen mit dem Beschwerdebeteiligten bei anderen privaten Sammelstellen ohne Einschränkungen monopolisierte Abfälle abgegeben werden. Innerhalb der gleichen Entsorgungsregion dürfe jedoch keine völlig unterschiedliche Rechtsanwendung stattfinden. Sachlich nicht begründbar und nicht gerechtfertigt sei deshalb die vorinstanzliche Behauptung, wonach die anderen privaten Sammelstellen gewissermassen Teil des öffentlichen Entsorgungsangebots im Gebiet des Beschwerde-

beteiligten seien. Ebenfalls nicht begründbar sei, weshalb nicht auch die Sammelstelle der Beschwerdeführerin Teil dieses Angebots sein könne, zumal auf dem Gebiet der Beschwerdegegnerin der grösste Bedarf bestehe. Bei einer Übertragung der Abfallentsorgung gemäss Art. 4 OR-ZAB an den Beschwerdebeteiligten sei überdies für eine einheitliche und rechtsgleiche Behandlung privater Sammelstellen innerhalb des gesamten Verbandsgebiets zu sorgen, da als Kriterien für die Konzessionserteilung nicht die öffentlichen Interessen der Mitgliedergemeinden, sondern diejenigen des Beschwerdebeteiligten den Interessen der Beschwerdeführerin gegenübergestellt würden.

2.4.4. Nach Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Sämtliche Staatsorgane in allen Funktionen und auf sämtlichen Ebenen haben den Grundsatz der Rechtsgleichheit zu beachten. Der Geltungsbereich von Art. 8 Abs. 1 BV erfasst auch juristische Personen des Privatrechts. Die Bindung des Rechtsanwenders an Art. 8 Abs. 1 BV ist insbesondere dort wichtig, wo die anzuwendende Norm unbestimmte Begriffe verwendet oder den Behörden Ermessen einräumt (Häfelin/Haller/Keller, a. a. O., Rz. 747 ff.). Art. 8 Abs. 1 BV verlangt keine absolute, sondern nur eine relative Gleichbehandlung, so dass gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (B. Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 41 Rz. 11). Der Grundsatz der Rechtsgleichheit erlaubt somit Ungleichbehandlungen, wenn diese mit ernsthaften sachlichen Gründen gerechtfertigt werden können. Ein solcher Fall liegt insbesondere vor, wenn die Situationen, in denen sich zwei oder mehrere Personen oder Gruppen befinden, in wichtigen Aspekten derart verschieden sind, dass sich im Hinblick auf den Regelungszweck eine unterschiedliche Behandlung geradezu aufdrängt. Anderenfalls würde aufgrund der Gleichbehandlung eine mittelbare Ungleichbehandlung entstehen (R. J. Schweizer, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 22; BGE 125 I 166 E. 2a; 125 II 326 E. 10b; 124 II 193 E. 8d/aa).

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass es sich bei den von ihr genannten privaten Sammelstellen auf dem Gebiet der Beschwerdegegnerin nicht um Sammelstellen im eigentlichen Sinn handelt. So weist der Beschwerdebeteiligte in Bezug auf die Rücknahme von Nespresso-Kapseln zutreffend darauf hin, dass diese vom Produzenten privat im Rahmen von Verkaufsstellen organisiert und deshalb nicht bewilligungspflichtig sei. Auch können die Brockenhäuser nicht als Abfallsammelstellen bezeichnet werden, bezwecken sie doch hauptsächlich den Handel mit gebrauchten Haushaltsgegenständen und nicht deren Entsorgung. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin erteilte die Beschwerdegegnerin auf ihrem Gemeindegebiet bis anhin auch keine Konzessionen für die Entsorgung monopolisierter Abfälle. Unter den gegebenen Umständen ist deshalb nicht nachzuvollziehen, weshalb die Beschwerdegegnerin das Entsorgungsmonopol auf ihrem Gemeindegebiet rechtswidrig handhaben sollte. Auch geht die Behauptung der Beschwerdeführerin fehl, ihre Sammelstelle werde gegenüber anderen Sammel-

stellen innerhalb des Gebiets des Beschwerdebeteiligten benachteiligt. Während die sechs weiteren, grösseren Sammelstellen geografisch auf dessen Gebiet verteilt sind, befindet sich die Sammelstelle der Beschwerdeführerin in einem entsorgungstechnisch bereits ausreichend abgedeckten Gebiet. Die übrigen Sammelstellen, wovon eine im Übrigen von der Beschwerdeführerin selber betrieben wird, sind demgegenüber teilweise bereits vor der Gründung des Beschwerdebeteiligten entstanden und nehmen seit jeher öffentliche Funktionen wahr. Als Teil des öffentlichen Entsorgungsangebots arbeiten sie überdies eng mit dem Beschwerdebeteiligten zusammen und führen die gesammelten Abfälle unter anderem dessen Entsorgungsanlagen zu. Mangels vergleichbarer Situation kann deshalb nicht von einer sachlich nicht begründbaren und rechtungleichen Benachteiligung der Beschwerdeführerin gesprochen werden, zumal die Beschwerdegegnerin auf ihrem Gebiet, wie erwähnt, keine Monopolkonzessionen erteilt hat. Schliesslich ist auch dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach für eine einheitliche, rechtsgleiche Behandlung der privaten Sammelstellen und eine Erteilung von Monopolkonzessionen innerhalb des Verbandsgebiets zu sorgen sei, nicht zu folgen. Wie in E. 2.3.4. ausgeführt, hat die Beschwerdegegnerin im Einzelfall über die Übertragung der Abfallentsorgung und damit auch über die Erteilung von Monopolkonzessionen zu entscheiden, wobei dafür nach Art. 4 Abs. 2 OR-ZAB eine Bewilligung des Beschwerdebeteiligten erforderlich ist. Es würde einen Verstoss gegen die Gemeindeautonomie darstellen, wenn Konzessionen nicht mehr durch die jeweiligen Gemeinden, sondern durch den Beschwerdebeteiligten erteilt würden. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben unter den gegebenen Umständen somit nicht gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstossen, weshalb sich die Vorbringen der Beschwerdeführerin auch in diesem Punkt als unbegründet erweisen.

### 38

*Art. 20 und 21 GSchVG (sGS 752.2), Art. 51 BauG (sGS 731.1), Art. 36 lit. a GG (sGS 151.2), Art. 3a und 60a GSchG (SR 814.20).* Die Veranlagung des Kanalisationsanschlussbeitrages kann nicht direkt gestützt auf kantonales oder Bundesrecht erfolgen. Dazu bedarf es einer kommunalen Rechtsgrundlage, die im demokratischen Rechtsetzungsverfahren geschaffen werden muss.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 4. Mai 2009*

Aus den Erwägungen:

2. Gegenstand des Rekurses ist die Veranlagung des Beitrags für den Anschluss des bestehenden Mehrfamilienhauses der Rekurrenten an die Kanalisation.

a) Öffentliche Abgaben – wie der im Streit liegende einmalige Beitrag des Grundeigentümers für den Anschluss seiner Liegenschaft an die öffentlichen Abwasseranlagen – bedürfen nach ständiger Rechtsprechung in aller Regel der Grundlage in einem formellen Gesetz, d. h. normalerweise in einem dem Referendum unterstehenden Erlass. Delegiert das Gesetz die Kompetenz zur (rechtssatzmässigen) Festsetzung einer Abgabe an den Ordnungsgeber, so muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen sowie Gegenstand und Bemessungsgrundlage der Abgabe selber festlegen. Dieser Grundsatz kann gelockert werden, wenn dem Bürger die Überprüfung der Abgabe auf ihre Rechtmässigkeit anhand von verfassungsrechtlichen Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) offensteht, so dass nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt (BGE 120 Ia 1 E. 3c mit Hinweisen). Das Gesagte gilt auch dort, wo die Regelungskompetenz – aufgrund einer einschlägigen Kompetenzausscheidung – bei der Gemeinde liegt. Ein kommunaler Erlass kann einem eigentlichen formellen Gesetz gleichgestellt werden, wenn er von der nach dem kantonalen Recht ermächtigten Gemeindelegislative (Gemeindeversammlung oder -parlament) beschlossen wurde oder aber dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum unterstand (BGE 120 Ia 265 E. 2a).

Das st.gallische Recht stellt an die gesetzliche Grundlage von Beiträgen strenge Anforderungen. Sie sind – im Gegensatz zu den Gebühren – umfassend in der formellgesetzlichen Grundlage zu regeln, d. h. eine Delegation der Bestimmung der absoluten Höhe der Abgabe bzw. der für deren Berechnung massgebenden Ansätze an die vollziehende Behörde ist nicht zulässig (Art. 36 lit. a GG in der bis 31. Dezember 2009 gültigen Fassung, nGS 36–29; H. Arta, Die Zuständigkeitsordnung nach dem st.gallischen Gemeindegesetz in der politischen Gemeinde mit Bürgerversammlung, St.Gallen 1990, S. 82 ff.). Die erhöhten Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bei den Beiträgen sind damit zu begründen, dass die individuelle Beitragsleistung dem individuellen Sondervorteil zu entsprechen hat und der Wert dieses Vorteils nach objektiven, sachlichen Gesichtspunkten messbar erscheinen muss. Für den Pflichtigen muss der zu entrichtende Kostenbeitrag deshalb anhand der Angaben im rechtsetzenden Erlass bestimmbar sein (GVP 1981 Nr. 49). Dem Legalitätsprinzip ist Genüge getan, wenn der die Abgabe regelnde kommunale Erlass in einem demokratischen Rechtsetzungsverfahren ergeht und auf einer klaren, durch Verfassung oder Gesetz erteilten Ermächtigung an den Gemeindegesetzgeber zur Einführung der betreffenden Abgabe beruht (GVP 1990 Nr. 21; 1995 Nr. 18 mit weiteren Hinweisen).

b) aa) Art. 13 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum eidgenössischen Gewässerschutzgesetz vom 2. Dezember 1973 (nGS 14–106, abgekürzt EG zum GSchG), der ab 1. Juli 1974 in Vollzug stand, ermächtigte die politische Gemeinde zur Einfüh-

zung einer solchen Abgabe. Danach war die politische Gemeinde oder die öffentlich-rechtliche Korporation verpflichtet, für Erstellung, Betrieb und Unterhalt öffentlicher Abwasseranlagen von den Grundeigentümern des Einzugsgebietes angemessene Beiträge und von den Verursachern oder Grundeigentümern angemessene Gebühren zu erheben. Bau und Betrieb öffentlicher Kanalisationen und Abwasserreinigungsanlagen, die Anschlusspflicht, die Anschlussvoraussetzungen, das Verfahren und die Deckung der Bau- und Betriebskosten sollten nach Art. 12 Abs. 1 EG zum GSchG durch Gemeinde- oder Korporationsreglement geordnet werden. Diese Bestimmungen wurden durch das Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung vom 11. April 1996 (sGS 752.2, abgekürzt: GSchVG), das seit dem 1. März 1997 vollzogen wird, aufgehoben.

Gestützt auf die Ermächtigung des kantonalen Gesetzgebers im Einführungs-gesetz zum eidgenössischen Gewässerschutzgesetz erliess der Gemeinderat als Exekutive der Gemeinde am 19. Juli 1978 das Kanalisationsreglement. Es wurde nach Art. 61 Abs. 5 des bis zum 31. Dezember 1980 gültigen Organisations-gesetzes (nGS 8 395, abgekürzt: OG) vom 27. Oktober bis 27. November 1978 öffentlich aufgelegt und am 22. März 1979 vom Baudepartement des Kantons St. Gallen genehmigt. Mit dieser Genehmigung trat es in Kraft (Art. 80 des Abwasserregle-ments). Es wurde weder von der Bürgerversammlung als Legislative der Gemein-de beschlossen oder genehmigt, noch unterstand es dem fakultativen Referen-dum, was der damals gültigen Regelung gemäss Organisationsgesetz entsprach (Art. 11 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 32 sowie Art. 128 Ziff. 1 OG). Es wurde auch nicht nachträglich, sei es nach dem Inkrafttreten von Art. 36 lit. a GG am 1. Januar 1981, sei es aufgrund der die gesetzliche Grundlage von Beiträgen im Kanton St. Gallen betreffenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 120 Ia 265), dem fakultativen Referendum unterstellt.

Zufolge fehlender demokratischer Legitimation auf kommunaler Ebene stellt das Abwasserreglement vom 19. Juli 1978 keine formell ausreichende Gesetzesgrund-lage für die bestrittene Abgabeveranlagung dar.

bb) Die Erhebung von Abgaben zur Deckung der Kosten für Abwasseranlagen ist auch im einschlägigen Bundesrecht und im kantonalen Recht geregelt. Sie ge-nügen zwar den formellen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage, sind je-doch in inhaltlicher Hinsicht zu wenig bestimmt.

Nach Art. 3a des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (Gewässer-schutzgesetz, SR 814.20, abgekürzt GSchG) trägt, wer Massnahmen nach diesem Gesetz verursacht, die Kosten dafür. Die Kantone sorgen nach Art. 60a Abs. 1 GSchG dafür, dass die Kosten für Bau, Betrieb, Unterhalt, Sanierung und Ersatz der Abwasseranlagen, die öffentlichen Zwecken dienen, mit Gebühren oder anderen Abgaben den Verursachern überbunden werden. Bei der Ausgestaltung der Abga-ben werden insbesondere die Art und die Menge des erzeugten Abwassers (lit. a), die zur Substanzerhaltung der Anlagen erforderlichen Abschreibungen (lit. b), die Zinsen (lit. c), der geplante Investitionsbedarf für Unterhalt, Sanierung und Ersatz,

für Anpassungen an gesetzliche Anforderungen sowie für betriebliche Optimierungen (lit. d) berücksichtigt. Soweit das Bundesrecht die formellen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Beiträgen erfüllt, enthält es damit keine Bestimmungen, mit deren Anwendung die Höhe der Abgabe im Einzelfall bestimmbar wäre.

Nach kantonalem Recht regelt gemäss Art. 14 lit. c GSchVG die politische Gemeinde durch Reglement die Deckung derstellungs- und Betriebskosten der öffentlichen Kanalisationen und zentralen Abwasserreinigungsanlagen. Sie kann entsprechend Art. 20 Abs. 1 GSchVG Beiträge von den Grundeigentümern des Einzugsgebiets erheben. Als Kriterien für die Beitragsbemessung nennt Art. 21 Abs. 1 GSchVG Fläche oder Wert des im Einzugsgebiet gelegenen Bodens (lit. a), Wert der im Einzugsgebiet gelegenen Bauten und Anlagen (lit. b) und besondere Vorteile für den Grundeigentümer (lit. c), wobei die Bemessungsgrundlagen miteinander verbunden werden können (Art. 21 Abs. 2 GSchVG) und die Höhe der Beiträge für Bauten und Anlagen mit ausserordentlich grossem oder kleinem Abwasseranfall oder frachtmässiger Belastung besonders geregelt werden kann (Art. 21 Abs. 3 GSchVG). Im Zusammenhang mit der Erschliessung von Bauland schreibt Art. 51 Abs. 1 BauG den Gemeinden vor, vom Grundeigentümer im Rahmen des ihm zukommenden Sondervorteils Beiträge an die Erschliessung zu erheben. Beitragspflicht, Bemessung und Verteilung der Beiträge sowie das Verfahren der Einschätzung und der Erhebung sind nach Art. 51 Abs. 3 BauG in Reglementen, Überbauungs- oder Gestaltungsplänen zu regeln. Die kantonalen Vorgaben umschreiben die kommunalen Abgaben nicht in abschliessender Weise. Den Gemeinden wird beispielsweise freigestellt, nach welchen Bemessungsgrundlagen sie die Abgaben erheben wollen. Im Baugesetz wird einzig das Prinzip des Sondervorteils verankert. In welchem Zeitpunkt die Abgabe geschuldet ist und nach welchen Regeln das Ausmass des Sondervorteils bestimmt wird, wird nicht geregelt. Ausserdem begrenzen weder das Kostendeckungs- noch das Äquivalenzprinzip die Höhe des umstrittenen Anschlussbeitrags in wirksamer Weise (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_150/2007 vom 9. August 2007, E. 4). Auch die kantonalen gesetzlichen Vorgaben enthalten damit keine Regeln, aus denen sich die Höhe des Beitrags im Einzelfall errechnen liesse.

c) Fehlt es sowohl auf kommunaler als auch auf kantonaler und Bundesebene an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für die Veranlagung des Beitrages, ist die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 27. August 2008 aufzuheben.

**39**

*Art. 35 des kommunalen Abwasserreglements Buchs (AR).* Kann von einer Liegenschaft nur das Schmutzwasser, nicht aber das Meteorwasser in die Kanalisation abgeleitet werden, so liegt ein Sonderfall im Sinn von Art. 35 des Reglements vor, der eine Reduktion des Anschlussbeitrags rechtfertigt.

*Verwaltungsgericht, 19. August 2009*

M. erstellte auf seinem Grundstück in der Politischen Gemeinde Buchs ein Wohnhaus. Er war in der Baubewilligung verpflichtet worden, das nicht verschmutzte Abwasser versickern zu lassen. Gegen den Kanalisationsanschlussbeitrag erhob M. Rekurs. Die Verwaltungsrekurskommission hiess den Rekurs teilweise gut und entschied, es verstosse gegen die Rechtsgleichheit, wenn der Rekurrent den gleichen Beitrag leisten müsste wie ein Grundeigentümer, dem die Gemeinde nicht nur das Schmutzwasser, sondern auch das Meteorwasser ableite. Gegen den Rekursentscheid erhob die Gemeinde Buchs Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2.1. Art. 35 AR bestimmt, dass auf begründetes Gesuch hin der Gemeinderat in Ausnahmefällen die Beiträge den besonderen Verhältnissen anpassen kann, wobei die dem Grundeigentümer durch die öffentlichen Abwasseranlagen entstehenden Vorteile und die Aufwendungen für die Anlagen zu berücksichtigen sind.

2.2. Die Vorinstanz stützte sich auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts. Sie erwog, nicht verschmutztes Abwasser sei gemäss Art. 7 Abs. 2 GSchG nach den Anordnungen der kantonalen Behörden versickern zu lassen oder in ein oberirdisches Gewässer einzuleiten. Da das Grundstück in einem Gebiet mit guter Sickerfähigkeit liege, sei der Beschwerdegegner entsprechend den bundesrechtlichen Vorgaben in Ziff. 5 der Baubewilligung verpflichtet worden, das nicht verschmutzte Abwasser versickern zu lassen. Trotz der bundesrechtlich vorgesehenen Versickerungspflicht wäre es mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht vereinbar, wenn der Beschwerdegegner, der nur das Schmutzwasser in die Gemeindekanalisation einleite, den gleichen Beitrag leisten müsste wie ein Grundeigentümer, dem die Gemeinde das Schmutzwasser und das Meteorwasser ableite. Umfasse der Anschluss an die Kanalisation lediglich die Möglichkeit zur Ableitung des Schmutzwassers, rechtfertige dies nach der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung im Regelfall eine Reduktion zwischen einem Fünftel und einem Drittel des Beitrags (vgl. VerwGE vom 30. Oktober/20. November 2001 i. S. H. R.).

2.3. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, es liege kein Sonderfall im Sinne von Art. 35 AR vor. Es bestehe faktisch die Möglichkeit, und diese könne in

Notfällen auch beansprucht werden, das Meteorwasser in die öffentliche Kanalisation einleiten zu dürfen. In der entsprechenden Situation befänden sich wegen des einschlägigen Bundesrechts viele Beitragspflichtige. So gebe es ganze Quartiere, in denen das nicht verschmutzte Abwasser problemlos zur Versickerung gebracht werden könne. In dem von der Vorinstanz zitiertem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober/20. November 2001 i. S. H. R. sei der zu beurteilende Sachverhalt ein ganz anderer gewesen. Die politische Gemeinde habe die bestehende Infrastruktur auf der Grundlage der im Zeitpunkt der Erstellung der Anlage geltenden gesetzlichen Vorschriften und damit noch vor dem heute geltenden Gewässerschutzgesetz errichtet und finanziert. Sie müsse diese aber auch weiterhin unterhalten können, unabhängig von den heute geltenden Vorschriften über die Art der Beseitigung von nicht verschmutztem Abwasser. Daher könne es auch nicht angehen, dass eine politische Gemeinde, welche die nunmehr geltenden gesetzlichen Bestimmungen korrekt vollziehe, dafür auch noch bestraft werde, indem sie zu Kürzungen von Gebäudebeiträgen gezwungen werde, weil sie einem Grundeigentümer aufgrund des übergeordneten Rechts die Einleitung von nicht verschmutztem Abwasser in den bestehenden öffentlichen Mischwasserkanal im Normalfall verwehren müsse.

2.4. Das Verwaltungsgericht entschied im Urteil vom 27. September 1989 i. S. I. AG, dass der Sondervorteil, der durch die Beitragsleistung abgegolten werde, sich auf die jederzeit gesicherte schadlose Ableitung und Reinigung des auf dem Grundstück anfallenden Schmutzwassers wie auch auf die gewährleistete Ableitung des Meteorwassers beziehe. Werde durch den Anschluss an die Kanalisation lediglich die Ableitung des Schmutzwassers sichergestellt, so liege ein Sonderfall (im Sinn von Art. 60 des Kanalisationsreglements der damals betroffenen Gemeinde) mit besonderen Abwasserhältnissen vor, denen bei der Beitragsfestsetzung Rechnung zu tragen sei. Diese besonderen Verhältnisse lägen nicht darin, dass insgesamt betrachtet der Abwasseranfall besonders hoch oder niedrig wäre. Sie seien vielmehr dadurch gegeben, dass der Anschluss an die Gemeindekanalisation nicht den ganzen Abwasserbereich abdecke.

Im Urteil vom 30. Oktober/20. November 2001 i. S. H. R. hat das Verwaltungsgericht diese Praxis bestätigt. Dabei berief sich das Verwaltungsgericht ausdrücklich auf das Urteil vom 27. September 1989 i. S. I. AG. Es trifft daher nicht zu, dass die Reduktion des Beitrags ausschliesslich darauf zurückzuführen war, dass es sich beim Gebäude des Beschwerdeführers um eine denkmalgeschützte Baute handelte, welche einen überdurchschnittlichen Gebäudezeitwert aufwies. Das Verwaltungsgericht berief sich ausdrücklich auf den Umstand, dass der Anschluss lediglich die Möglichkeit der Ableitung des Schmutzwassers umfasse.

Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Akten nicht ersichtlich, inwiefern eine Einleitung von unverschmutztem Abwasser in die Kanalisation erfolgt oder in Ausnahmefällen erfolgen kann. Nach der Baubewilligung liegt das Bauvorhaben in einem Gebiet mit guter Sickerfähigkeit. Nicht verschmutztes Abwasser ist gemäss Bewil-

ligung einer Versickerung zuzuführen. Die effektive Sickerfähigkeit des Baugrundes und die Dimensionierung der Versickerungsanlage waren durch die Bauherrschaft abzuklären. Der Bauherr wurde für die dauernde Funktionstüchtigkeit der Versickerungsanlage in qualitativer und quantitativer Hinsicht verantwortlich gemacht. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz zu Recht einen Sonderfall bejaht. Im Regelfall kann nur verschmutztes Abwasser in die Kanalisation eingeleitet werden. Damit deckt die Gemeindekanalisation nicht sämtliche Bereiche des Abwassers ab. Der Eigentümer muss die Versickerung des unverschmutzten Abwassers auf eigene Kosten bewerkstelligen. Es liegen damit gleiche Verhältnisse vor wie in jenen Fällen, in denen das Verwaltungsgericht einen Ausnahmefall annahm.

Die in Art. 7 Abs. 2 GSchG statuierte Versickerungspflicht für nicht verschmutzte Abwässer besteht seit 1992 bzw. dem Inkrafttreten des GSchG. Insofern hat sich das Bundesrecht seit dem Urteil des Verwaltungsgerichts von 2001 nicht geändert. Der Umstand, dass verschmutzte und nicht verschmutzte Abwässer von Bundesrechts wegen zu trennen und letztere versickern zu lassen sind, ändert am Merkmal eines Sonderfalles nichts. Eine Reduktion des Anschlussbeitrags rechtfertigt sich bei dieser Sachlage namentlich auch deshalb, weil die Pflicht zum Versickernlassen in der Regel erhebliche bauliche Massnahmen erfordert. Diese verteuern die Nutzung des Grundstücks und lassen den mit dem Kanalisationsanschluss verbundenen Sondervorteil geringer erscheinen als bei einem Grundstück, das auch unverschmutztes Abwasser in die Kanalisation einleiten kann. Diese besonderen Verhältnisse werden im Übrigen auch bei der Gebührenbemessung berücksichtigt (vgl. H. Stutz, Schweizerisches Abwasserrecht, Zürich 2008, S. 195 f.).

Ob die Rechtslage zum Zeitpunkt der Erstellung der Abwasseranlage von den heutigen Vorschriften abwich, ist nicht ausschlaggebend. Der Bedarf an Mitteln steht einer Differenzierung der Anschlussbeiträge nicht entgegen. Von einer Bestrafung des Gemeinwesens, welches einem Grundeigentümer die Einleitung von nicht verschmutztem Abwasser in den Mischwasserkanal verwehren muss, kann nicht gesprochen werden.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen.

## 10. Abgaben

---

### 40

*Art. 26 Abs. 1 lit. a DBG (SR 642.11).* Der Arbeitsweg ist dem beruflichen Bereich zuzuordnen. Daher kann einem Arbeitnehmer in der Regel für Aufwendungen des Arbeitsweges, den er mit dem Geschäftsfahrzeug zurücklegt, kein Abzug gewährt werden.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 18. Dezember 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2009 Nr. 22

### 41

*Art. 26 Abs. 1 lit. d DBG (SR 642.11).* Bei einem MBA-Studium handelt es sich um Ausbildung und nicht um Weiterbildung.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 9. Juli 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2009 Nr. 14

### 42

*Art. 13 Abs. 1 StG (sGS 811.1).* Eine natürliche Person hat ihren steuerrechtlichen Wohnsitz am Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält bzw. wo sich der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen befindet. Die Steuerbehörde vermochte nicht darzutun, dass sich ein unverheirateter, unselbstständig erwerbstätiger Mann mit der Absicht dauernden Verbleibens am Arbeitsort im Kanton St.Gallen aufhielt. Die Wohnverhältnisse, die persönlichen Beziehungen und die Freizeitaktivitäten sprachen für einen Lebensmittelpunkt im Kanton Schwyz.

*Verwaltungsgericht, 14. Mai 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2009 Nr. 19

**43**

*Art. 13 Abs. 2 StG (sGS 811.1).* Eine natürliche Person hat ihren steuerrechtlichen Wohnsitz am Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält bzw. wo sich der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen befindet. Die Eheleute vermochten nicht darzutun, dass sie ihren Lebensmittelpunkt an einen Ort im Kanton Schwyz verlegten, wo sie eine Wohnung gemietet haben. Zahlreiche Umstände aus dem privaten und beruflichen Bereich sowie das Eigentum an einem Einfamilienhaus sprachen für die Beibehaltung des Lebensmittelpunkts im Kanton St.Gallen.

*Verwaltungsgericht, 19. Februar 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2009 Nr. 11

**44**

*Art. 33 lit. d und Art. 34 Abs. 1 lit. a StG (sGS 811.1).* Sowohl Bestandteile als auch Zugehör werden steuerrechtlich dem Grundstück zugerechnet und sind somit ebenfalls im Belegenheitskanton steuerpflichtig. Dabei ist die Erfüllung der zivilrechtlichen Voraussetzungen nicht notwendig. Es genügt ein enger tatsächlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang einer Sache mit einem Grundstück. Nicht massgebend sind die Abgrenzungen, welche für die Gebäudeversicherung gelten. Die Abgrenzung von versicherten Gebäudeteilen und nicht versicherten Einrichtungsgegenständen erfolgt nach den Richtlinien der Gebäudeversicherungsanstalt bzw. gestützt auf das Gesetz über die Gebäudeversicherung. Diese Abgrenzung muss nicht identisch sein mit jener des Steuerrechts.

*Verwaltungsgericht, 19. Februar 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE 2009 Nr. 2

**45**

*Art. 34 Abs. 3 StG (sGS 811.1).* In einem Wohnhaus mit mehreren Eigentumswohnungen gehören auch die vom Steuerpflichtigen genutzten, von seiner Wohnung räumlich getrennten Einzelzimmer zum selbst genutzten Eigenheim, weshalb ihr Mietwert auch herabzusetzen ist.

*Verwaltungsgericht, 24. März 2009*

A. und B. sind je zur Hälfte Miteigentümer eines Grundstücks mit einem Mehrfamilienhaus. Dieses weist im Erdgeschoss vier Einzelzimmer, im 1. und 2. Obergeschoss je eine 3½-Zimmer-Wohnung und im Dachgeschoss eine 4-Zimmer-Wohnung auf. Die Wohnungen im 1. und 2. Obergeschoss werden von den Eheleuten A. und B. bewohnt. Die Wohnung im Dachgeschoss ist vermietet. Die Einzelzimmer im Erdgeschoss werden je zur Hälfte von den beiden Miteigentümern bzw. deren Angehörigen genutzt. Die Veranlagungsbehörde teilte den maximalen Abzug vom steuerbaren Eigenmietwert von Fr. 3600.– für die Veranlagung 2005 je zur Hälfte auf A. und B. auf. Die Eheleute A. erhoben Rekurs mit dem Antrag, es sei der gesamte Abzug zu gewähren. Die Verwaltungsrekurskommission hiess den Rekurs teilweise gut, liess den Abzug aber nur für die Wohnung zu, nicht aber auf dem Mietwert der Einzelzimmer (vgl. SGE 2008 Nr. 21). Dagegen erhoben die Eheleute A. Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht geschützt wurde.

Aus den Erwägungen:

3. Angefochten ist die Veranlagung 2005. Massgebend ist daher Art. 34 Abs. 3 StG in der bis 31. Dezember 2006 geltenden Fassung (nGS 36–91). Danach wird der Mietwert des Grundstückes, das der Steuerpflichtige an seinem Wohnsitz dauernd selbst bewohnt, angemessen herabgesetzt. Die Regierung regelt die Einzelheiten durch Verordnung. Nach Art. 14 Abs. 2 StV in der vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2005 anwendbaren Fassung des zweiten Nachtrags vom 4. Dezember 2001 (nGS 37–13) wird der Mietwert des Eigenheims, das der Steuerpflichtige an seinem Wohnsitz dauernd selbst bewohnt, um 20 Prozent, jedoch höchstens um Fr. 3600.– herabgesetzt.

3.1. Dem Wortlaut des Gesetzes und der Verordnung kann für die vorliegende Streitfrage keine Antwort entnommen werden. Beide Erlasse enthalten keine Regelungen über die Reduktion des Mietwertes von Wohnungen in Liegenschaften, welche im gemeinschaftlichen Eigentum stehen. Auch im Steuerbuch (StB) finden sich diesbezüglich keine genauen Vorschriften. In Ziff. 34 Nr. 1 StB wird lediglich festgehalten, die Mietwertherabsetzung betreffe nur das Eigenheim, das der steuerpflichtige Eigentümer oder Nutzniesser an seinem Wohnsitz (Hauptsteuerdomizil) tatsächlich selbst bewohne. Die Mietwerte von Zweitwohnungen, Ferienwohnungen sowie von vermieteten Objekten würden dagegen nicht herabgesetzt.

3.2. Zutreffend hielt die Vorinstanz fest, dass es sich beim Begriff «Eigenheim» um einen umgangssprachlichen Ausdruck handelt. Der Ordnungsgeber wollte damit zum Ausdruck bringen, dass die Reduktion des Eigenmietwertes nicht zwingend an eine bestimmte Rechtsform des selbstgenutzten Grundeigentums anknüpfen muss. Sodann legte die Vorinstanz richtig dar, dass die Wohneinheit ausschlaggebend ist und nicht die allfällige Aufteilung eines Grundstücks in einzelne Miteigentumsanteile. Ihre Argumentation, wonach die beiden 3½-Zimmer-Wohnungen je für sich eine abgrenzbare Wohneinheit bilden, während dies für die vier Einzelzimmer im Erdgeschoss nicht zutreffe, ist aber nicht überzeugend. Insbesondere ist eine gewisse räumliche Trennung der Einzelzimmer von den Wohnungen nicht ausschlaggebend. Auch bei Mehrfamilienhäusern, die zu Stockwerkeigentum aufgeteilt sind, können einzelne zur ausschliesslichen Benutzung vorgesehene Räume ausserhalb der Wohnung im engeren Sinn liegen. Die Tatsache, dass die Einzelzimmer im Erdgeschoss bei der amtlichen Schätzung nicht als Bestandteil der Wohnung behandelt wurden, ist ebenfalls nicht von entscheidender Bedeutung. Massgebend bei der Schätzung waren lediglich der Mietwert und der Verkehrswert; eine Zuteilung einzelner Räume zur einen oder anderen Wohnung hätte im Schätzungsverfahren nicht angefochten werden können. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz an den Angaben der Beschwerdeführer zweifelte, wonach die Zimmer ungefähr gleich gross sind und je zur Hälfte von den beiden Familien genutzt werden. Im vorliegenden Fall legen die Beschwerdeführer glaubhaft dar, dass sie auf eine schriftliche Nutzungsordnung verzichtet haben und die Nutzungsverhältnisse auf einer einvernehmlich geschlossenen Vereinbarung beruhen. Faktisch kommt den Beschwerdeführern ein ausschliessliches Benützungsgeschäft an zwei der vier Einzelzimmer im Erdgeschoss zu. Bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich, die von den Beschwerdeführern allein benutzten Zimmer bzw. Räume im Erdgeschoss als Teil der Wohnung im 1. Obergeschoss zu betrachten und damit dem Eigenheim der Beschwerdeführer zuzurechnen.

**46**

*Art. 42 und Art. 45 Abs. 1 lit. c StG (sGS 811.1).* Freiwillige Alimentenzahlungen, welche sich auf eine Vereinbarung stützen, sind beim Leistenden abziehbar, unabhängig davon, ob die Leistung bei der Empfängerin erfasst werden kann. Zahlungen, die sich weder auf ein Gerichtsurteil noch auf eine Parteivereinbarung stützen, haben hingegen den Charakter der Erfüllung anderweitiger familiärer Unterhalts- und Unterstützungspflichten und sind nicht abziehbar. – Das steuerbare Einkommen wird aufgrund sämtlicher Einkünfte und Abzüge ermittelt, was zur Folge hat, dass auch Verluste aus einer bestimmten Einkommensquelle zunächst mit Einkünften aus einer anderen Einkommensquelle desselben Jahres zu verrechnen sind. Dem Selbstständigerwerbenden steht kein Wahlrecht zu, die Geschäftsverluste entweder mit dem übrigen Einkommen der Bemessungsperiode zu verrechnen oder auf die nächste Bemessungsperiode vorzutragen.

*Verwaltungsgericht, 22. Januar 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2009 Nr. 1

**47**

*Art. 46 Abs. 1 lit. a und a<sup>bis</sup> StG (sGS 811.1).* Bei Bewohnern eines Alters- und Pflegeheims gelten die selbstbezahlten Pflegeleistungen als Krankheitskosten. Die Grund- und Pensionstaxen können teilweise als behinderungsbedingte Kosten anerkannt werden, wenn nach dem Pflegeklassifikationssystem BESA von einer Behinderung auszugehen ist.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 14. Mai 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2009 Nr. 13

**48**

*Art. 142 Abs. 2, Art. 144 in Verbindung mit Art. 37 lit. c StG (sGS 811.1).* Die Begünstigung einer Drittperson aus einer rückkaufsfähigen Lebensversicherung der Säule 3b auf den Todeszeitpunkt des Versicherungsnehmers unterliegt beim Empfänger der Kapitalleistung als Schenkung auf den Todesfall der Erbschaftssteuer. Begründet der Begünstigte die Kapitalleistung mit der Erfüllung einer Lohnforderung, hat er dies nachzuweisen.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 20. August 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2009 Nr. 20

**49**

*Art. 224 StG (sGS 811.1).* Bei der Beurteilung, ob eine Notlage vorliegt, welche einen Steuererlass rechtfertigt, sind die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse der steuerpflichtigen Person im Zeitpunkt des Entscheides zu berücksichtigen. Massgebend ist das betriebsrechtliche Existenzminimum. Ergänzungsleistungen sind zwar von der Besteuerung ausgenommen; unabhängig davon stehen sie dem Empfänger jedoch zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes zur Verfügung und sind deshalb in die Prüfung der Frage, ob eine Notlage zu bejahen ist, einzubeziehen.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 10. Dezember 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2009 Nr. 21

**50**

*Art. 243 StG (sGS 811.1).* Besteht beim Verkauf eines Grundstücks und der anschliessenden Erstellung eines Gebäudes eine enge Verbindung zwischen Veräusserungsvertrag und Werkvertrag, ist die Zurechnung des Werklohns zum Kaufpreis auch dann gerechtfertigt, wenn Verkäufer und Unternehmer nicht identisch sind.

*Verwaltungsgericht, 24. März 2009*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2009 Nr.12

---

**II. Zivilrecht**

---

**1. Einleitung**

---

**51**

*Art. 2 Abs. 2 ZGB (SR 210).* Zulässigkeit der Einrede der Verjährung. Die Berufung des Versicherers auf die Verjährung ist namentlich dann missbräuchlich, wenn er den Versicherten in den Glauben versetzt oder darin belässt, der gemeldete Schadenfall sei gedeckt und der Versicherer werde die entsprechenden Versicherungsleistungen erbringen und es der Versicherte im Vertrauen darauf unterlässt, die Verjährungsfrist zu unterbrechen. Rechtsmissbrauch im vorliegenden Fall verneint.

*Kantonsgesicht, III. Zivilkammer, 17. Juni 2009*

Sachverhalt:

Eine im Eigentum des Klägers stehende Remise brannte im Sommer 2001 ab. Im Herbst 2001 teilte die Versicherung dem Kläger mit, es seien Widersprüche und Ungereimtheiten aufgetreten, die es abzuklären gelte. Solange diese Unklarheiten beständen, sei keine Leistung geschuldet. In der Folge wurde ein Strafverfahren wegen Verdachts auf Brandstiftung und Versicherungsbetrug eröffnet. Im Sommer 2003 ersuchte der Kläger zweimal um Zustellung einer Verzichtserklärung bezüglich der Verjährungseinrede. Mit Schreiben vom 16. Juli 2003 erklärte sich die Ver-

sicherung bereit, auf das Erheben der Einrede der Verjährung bis zum 31. Oktober 2003 zu verzichten. Im Herbst 2006 wurde gegen den Kläger Anklage erhoben. Anfangs 2007 wurde er von den strafrechtlichen Vorwürfen freigesprochen. Die Versicherung teilte dem Kläger im Frühling 2007 mit, der Schaden sei seit dem Jahr 2003 verjährt.

Aus den Erwägungen:

2.2. Gemäss Rechtsprechung und Lehre stellt die Verjährungseinrede einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB dar und ist nicht zu schützen, wenn sie gegen erwecktes Vertrauen verstösst, der Schuldner insbesondere ein Verhalten gezeigt hat, das den Gläubiger bewogen hat, rechtliche Schritte während der Verjährungsfrist zu unterlassen, und das seine Säumnis auch bei objektiver Betrachtungsweise als verständlich erscheinen lässt. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner sich arglistig verhalten hat oder den Gläubiger absichtlich getäuscht hat. Der Schuldner muss den Gläubiger indes während offener Verjährungsfrist veranlassen zuzuwarten; ein vertrauensbildendes Verhalten nach Eintritt der Verjährung nützt dem Gläubiger nichts. Diesfalls wird die unklagbar gewordene Obligation nur dann wieder zu einer klagbaren, wenn der Schuldner auf die Verjährungseinrede verzichtet und die Forderung wenigstens teilweise vorbehaltlos anerkennt. Die Berufung des Versicherers auf die nach Ablauf von zwei Jahren eingetretene Verjährung ist namentlich dann missbräuchlich, wenn er den Versicherten in den Glauben versetzt oder darin belässt, der gemeldete Schadenfall sei gedeckt und der Versicherer werde die entsprechenden Versicherungsleistungen erbringen und es der Versicherte im Vertrauen darauf unterlässt, die Verjährungsfrist zu unterbrechen (BGE 131 III 430 E. 2 S. 437, 113 II 264 E. 2e S. 269; Baumann, Zürcher Kommentar, I/1, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 2 N 393; Graber, in: Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar VVG, Basel 2001, Art. 46 N 30; Kessler, Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht, Diss., Zürich 2000, 59; Koller, Verjährung von Versicherungsansprüchen, in: Koller [Hrsg.] Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993, St. Gallen 1993, 1ff., 34; Merz, Berner Kommentar, I/1, Bern 1966, Art. 2 N 410 ff.; Roelli/Keller, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. I, 2. Aufl., Bern 1968, 675; Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I, Bern 1975, 248 f.; Schaer, Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, § 21 N 46; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, 62; von Thur/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, 232; Zeller, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Diss., Zürich 1981, 383).

2.3. Massgebend zur Beurteilung, ob die beklagte Verjährungseinrede rechtsmissbräuchlich ist, ist somit das durch das Verhalten der Beklagten bis Ende Oktober 2003 objektiv (und nicht subjektiv, wie der Kläger anzunehmen scheint) erweckte Vertrauen. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass das Verhalten der

Beklagten nach dem 31. Oktober 2003 unbeachtlich ist. Nachträgliches Verhalten des Erklärenden kann zwar zur Auslegung von Willenserklärungen herangezogen werden (beispielsweise also zur Frage, ob eine bestimmte Erklärung als Verjährungsverzicht im Sinne von Art. 141 Abs. 1 OR zu verstehen ist, was vorliegend allerdings nicht behauptet wird), nicht hingegen zur Bestimmung von beim Erklärungsempfänger objektiv erwecktem Vertrauen im Zeitpunkt der Erklärung (was bei der vorliegend zu beantwortenden Frage des Vertrauensschutzes einzig relevant ist). Zu beachten ist, dass der Kläger am 1. und am 14. Juli 2003 die Beklagte um Zustellung einer Verzichtserklärung bezüglich Verjährungseinrede ersuchte. Bis zu diesem Zeitpunkt scheint beim Kläger noch kein Vertrauen dahingehend erweckt worden zu sein, dass er rechtliche Schritte während der Verjährungsfrist unterlassen hätte. Das Hauptaugenmerk bezüglich möglicherweise vertrauenserweckender Handlungen der Beklagten ist somit auf den Zeitraum vom 15. Juli 2003 bis zum 31. Oktober 2003 zu legen.

(...)

3.2. Der Kläger bringt vor, die Beklagte habe bei ihm dahingehend ein schutzwürdiges Vertrauen erweckt, dass sie ihre vertragliche Leistungspflicht grundsätzlich nicht bestritten habe, sondern einzig vom Ergebnis der Strafklage abhängig gemacht habe. Dies wird von der Beklagten bestritten.

(...)

3.4. (...) Die Beklagte hielt in ihrer Strafanzeige (zum Schadensfall von 1994; kläg. act. 13 S. 3 Mitte) unter anderem fest was folgt: «Aufgrund Art. 53 (Doppelversicherung) in Verbindung mit Art. 40 (betrügerische Anspruchsbegründung) des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) sind die betreffenden Versicherungen ab diesem Schadendatum nicht mehr an den Versicherungsvertrag gebunden. Wir haben auf die ganze vereinbarte Gegenleistung Anspruch.» Wohl ist dem Kläger darin zuzustimmen, dass die Beklagte damit zum Ausdruck brachte, sie erachte sich im Brandfall vom 27./28. Juli 2001 als nicht leistungspflichtig, hingegen kann der Erklärung nicht entnommen werden, falls ihre Strafanzeige nicht zu einer Verurteilung des Klägers führe, werde sie ihrer Leistungspflicht ohne Weiteres nachkommen. Die Beklagte hat sich damit – wie von der Vorinstanz festgestellt und entgegen der Ansicht des Klägers – weder gegenüber dem Untersuchungsamt noch gegenüber dem Kläger dahingehend geäußert, ihre Leistung im Brandfall hänge einzig und allein vom Ausgang des von ihr angestrebten Strafverfahrens ab. Der Kläger durfte damit, nachdem ihm das Untersuchungsamt die Strafanzeige der Beklagten zugestellt hatte, nicht annehmen, dass ihm die Beklagte seinen Brandschaden ersetzen werde, wenn er im von der Beklagten angestrebten Strafverfahren freigesprochen werde und dass er davon absehen könne, dafür zu sorgen, dass sein Anspruch nicht verjähre.

(...)

Das einzige im Zeitraum vom 15. Juli 2003 bis zum 31. Oktober 2003 vom Kläger behauptete Verhalten der Beklagten ist deren Ausführung im Schreiben vom

16. Juli 2003, wonach sie «nach Eingang der (...) relevanten Informationen (...) auf die Angelegenheit zurück[komme]». Da jedoch im gleichen Schreiben die Verzichtserklärung bezüglich der Verjährungseinrede bis zum 31. Oktober 2003 enthalten war, durfte der Kläger den beklagischen Ausführungen keine über dieses Datum hinausgehende Wirkungen beimessen. Dies zumal sich die beklagischen Ausführungen auf eine Anfrage des Klägers bezogen, ob es zutrefte, dass die Beklagte gegen den Kläger eine Strafanzeige wegen Verdachts auf Versicherungsbetrug eingereicht habe (bekl. act. 4). Aus dem erwähnten Schreiben ist im Gegenteil zu schliessen, dass der Kläger aufgrund der ausdrücklichen Befristung der Verzichtserklärung bezüglich der Verjährungseinrede bis am 31. Oktober 2003 davon ausgehen musste, dass sich die Beklagte vorbehält, ab dem 1. November 2003 die Einrede der Verjährung zu erheben.

## 2. Personen- und Familienrecht

---

### 52

*Art. 137 ZGB (SR 210).* Die gründliche Abklärung der elterlichen Erziehungseignung geht dem Beschleunigungsgebot vor. Eine vorläufige mündliche Stellungnahme des Gutachters stellt keine taugliche Grundlage für einen Entscheid über die Obhutsteilung dar. Die selektive Weitergabe seiner Äusserungen verletzt das rechtliche Gehör.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 12. März 2009*

Aus den Erwägungen:

Umstritten ist, welcher Elternteil besser für die Kinder und insbesondere für den vierjährigen Sohn sorgen könne. Vorausgesetzt wird zunächst einmal die Fähigkeit, die kindlichen Grundbedürfnisse nach echter Zuwendung, fester Bindung und sicherem Schutz zu erfüllen. Genügen Vater wie Mutter diesen Mindestanforderungen, so sprechen insbesondere folgende Gründe für die Zuweisung der Obhut: Den Vorrang hat, wer das Kind soweit möglich selbst betreut, wer ihm die Beziehungen zu wichtigen Personen und zur gewohnten Umgebung erhält und wer seinen Kontakt zum anderen Elternteil anerkennt. Geschwister sollen nicht leichthin voneinander getrennt werden. Der Vater behauptet nun im Wesentlichen, der Bub fühle sich auf dem Bauernhof wohl und die Mutter sei überfordert, wenn sie drei Kinder betreuen müsse. Diese erklärt hingegen, der Sohn werde zur Hauptsache von den Grosseltern gehütet, vom Vater nicht kindgerecht behandelt und mit der Abneigung gegen sie angesteckt.

Die Mutter hielt sich zweimal in einer psychiatrischen Klinik auf, wobei ihr die Diagnose «paranoide Schizophrenie» gestellt wurde. Seither wirkte sie psychisch unauffällig und belastbar. Die behandelnden Ärzte hielten es für möglich, dass sie

in der Kindererziehung kaum eingeschränkt sei. Sie wollten es aber auch nicht ausschliessen, dass wieder Krankheitsepisoden auftreten, in denen sich Erziehungsmängel bemerkbar machen könnten. Zur Prüfung, welche Schutzmassnahmen geboten seien, müsse die Situation der Kinder besser abgeklärt werden. Aus diesem Anlass wandte sich der Familienrichter an einen Kinder- und Erwachsenenpsychiater und erkundigte sich danach, ob die Mutter an einer psychischen Erkrankung leide und wie sich allenfalls psychotische Symptome auf ihre Erziehungseignung auswirken würden. Im Übrigen fragte er auch allgemein nach der Erziehungsfähigkeit des Vaters, nach den Eltern-Kind-Beziehungen sowie nach dem Verhältnis unter den Geschwistern. Schon einen runden Monat nach Erteilung des Auftrags gab der Gutachter dem Richter seine erste Einschätzung telefonisch bekannt. Die Kinder seien fester an die Mutter gebunden und beim Vater unsicherer. Seine Kinderbetreuung sei nicht gut organisiert, unzuverlässig, mitunter sogar riskant und seine Einstellung habe narzisstische Züge. Der psychische Zustand der Mutter sei in einer Krisenzeit stabil geblieben und die ihr ausgestellte stigmatisierende Diagnose erscheine als zweifelhaft. Für eine verlässliche Prognose bestehe aber doch noch ein «gewisser Abklärungsbedarf». Darauf orientierte der Richter die Eltern über das Telefongespräch und fasste dieses so zusammen, dass der Sachverständige unter dem Bindungsaspekt eine Zuteilung beider Kinder an die Mutter empfehle und aus ärztlicher Sicht keine Risiken für das Kindeswohl erkenne. Er kündigte an, dass er demnächst über die Obhut entscheiden werde. Die Mutter erklärte sich damit einverstanden. Der Vater beantragte, an der bestehenden Situation bis zum Vorliegen des Gutachtens nichts zu ändern. Der Sohn sei auf dem Hof verwurzelt und ein überstürzter Umzug sei ihm nicht zuzumuten. Die Zweifel an der Belastbarkeit der Mutter seien nicht ausgeräumt, zumal sie keine hinreichende Krankheitseinsicht habe und die Medikamente nicht regelmässig einnehme.

Eine psychische Erkrankung kann die elterliche Erziehungsfähigkeit einschränken. Das muss aber nicht immer zutreffen. Es gibt ganz unterschiedliche Krankheitsverläufe. Im einen Fall bilden sich Psychosen nach einzelnen Schüben vollständig zurück, im anderen Fall bleiben nach einem akuten Beginn gewisse Persönlichkeitsdefizite als Residualsyndrome bestehen. Prognosen fallen schwer und können nur von einer Fachperson gestellt werden (J. Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten, München 2005, S. 295 ff.). Der beauftragte Gutachter gewann nun zwar einen ersten Eindruck vom psychischen Zustand der Mutter, sah aber selbst noch einen weitergehenden Abklärungsbedarf. Unter diesen Umständen durfte das Ergebnis nicht vorweggenommen werden. Die Zuteilung eines Kindes ist kein Experiment, dessen Scheitern in Kauf genommen werden kann. Im Zweifel muss der bisherige Aufenthalt einem anderen, ebenfalls noch unsicheren vorgezogen werden, um dem Kind ein belastendes Hin und Her zu ersparen (GVP 1992 Nr. 21; 1989 Nr. 56). Ein Milieuwechsel drängt sich erst auf, wenn ein Kind sich in der bisherigen Situation offenkundig ungünstig entwickelt oder wenn nach den bisher gewonnenen Erkenntnissen eine Umlplatzierung des Kindes als die

eindeutig bessere Alternative erscheint. Die Vermutung, dass das Kind sich unter anderen Bedingungen ebenso wohl fühlen würde, oder die blosser Hoffnung, dass es sich dort vielleicht freier entfalten könnte, genügt dafür noch nicht (R. Lempp, Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie, Bern 1983, S. 121).

Ein Gutachten muss minimalen fachlichen Standards genügen. Es soll gegliedert sein in eine Datenaufnahme, eine Interpretation und eine Wertung. Es muss Fakten liefern, nachvollziehbare Schlüsse daraus ziehen und schliesslich nach einer Abwägung der Vor- und Nachteile Vorschläge machen (C. und R. Buchmann, Das Gutachten in Kinderbelangen, in: R. Vetterli, Scheidungshandbuch, St.Gallen/Lachen 1998, S. 276 f.; J. A. Rohmann, Standards in der familienpsychologischen Begutachtung, FPR 2008, 268 ff.). Der telefonische Zwischenbericht erfüllt diese Mindestvoraussetzungen nicht. Er stellte keine taugliche Grundlage dar für einen Entscheid, der sich später kaum mehr rückgängig machen liesse.

Schliesslich übermittelte der Richter den Eltern die vorläufige mündliche Stellungnahme des Gutachters nur in einer verkürzten Zusammenfassung. Dabei wurde etwa der Hinweis auf den ergänzenden Abklärungsbedarf ausgeklammert. Zwar ist in Kinderbelangen der so genannte Freibeweis zulässig. Auch unförmliche Befragungen sind demnach erlaubt. Das bedeutet aber nicht, dass alle Verfahrensgarantien dahinfallen. Der Freibeweis soll in der Regel nicht das einzige Beweismittel bilden, er ist besonders kritisch auf seine Tauglichkeit zu prüfen und das Ergebnis muss den Parteien zur Kenntnis gebracht werden (GVP 1992 Nr. 22; O. Vogel, Freibeweis in der Kinderzuteilung, in: Festschrift Hegnauer, Bern 1986, S. 628). Die selektive Weitergabe der Aussagen des Gutachters verletzte demnach den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör.

## 53

*Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (SR 210).* Es steht den Ehegatten frei, sich über die Geldbeiträge während des Getrenntlebens zu verständigen. Die Vereinbarung kann auch konkludent geschlossen werden. Wer jahrelang regelmässig und unwidersprochen Leistungen entgegennimmt, kann nicht später zusätzliche Beiträge fordern.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 24. März 2009*

Aus den Erwägungen:

Es steht den Ehegatten frei, sich über die Geldbeiträge während des Getrenntlebens zu verständigen. Eine solche Vereinbarung kann ausdrücklich oder konkludent zustande kommen (V. Bräm, Zürcher Kommentar, N 2 ff. zu Art. 176 ZGB). Sie

gilt auf Zusehen hin, solange die Verständigung andauert (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, N 5b zu Art. 176 ZGB). Bis dahin müssen sich beide Ehegatten auf den Bestand ihrer Abmachung verlassen können. Es ist deshalb in der Regel ausgeschlossen, vom Eheschutzrichter zu verlangen, dass er die Unterhaltsbeiträge rückwirkend neu festsetzt (OGer ZH, ZR 2005 Nr. 58).

Hier forderte die Ehefrau erstmals im Jahr 2000 angemessene Unterhaltsbeiträge. Danach gaben beide Eheleute an, die familiäre Lage habe sich entspannt. Der Richter schloss im Herbst 2001 aus ihrer Befragung, sie hätten einen «Modus vivendi» gefunden. Ein Jahr später erkundigte er sich wieder nach dem Stand der Angelegenheit. Der Ehemann teilte mit, man habe sich mittlerweile arrangiert. Die seit der Trennung praktizierte Lösung, nach der er die Krankenkassenprämien, Versicherungsbeiträge, Benzinkosten sowie Steuern für die Ehefrau bezahle und allein für die beiden noch bei ihm wohnhaften Kinder Sorge, könne beibehalten werden. Die Ehefrau äusserte sich dazu nicht. Auf erneute Anfrage im Herbst 2005 erklärte der Ehemann wiederum, die Eheleute hätten sich über die Folgen des Getrenntlebens längst geeinigt. Die Ehefrau verzögerte hingegen das Verfahren, verlangte weitere Auskünfte über die finanziellen Verhältnisse und erneuerte schliesslich im Frühjahr 2006 ihre Unterhaltsforderung für die ganze Dauer des Getrenntlebens, was der Ehemann als missbräuchlich bezeichnete. Aus bloss passivem Verhalten kann zwar kein Erklärungswille abgeleitet werden. Wer aber jahrelang regelmässig und unwidersprochen Leistungen des anderen Ehepartners entgegennimmt, hat damit zweifellos ausgedrückt, dass er seinen Unterhaltsanspruch als erfüllt betrachte und darauf verzichte, später zusätzliche Beiträge zu fordern (V. Bräm, Zürcher Kommentar, N 150 zu Art. 163 ZGB und N 45 zu Art. 164 ZGB; Hasenböhler/Opel, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 173 ZGB; J. Six, Eheschutz – Ein Handbuch für die Praxis, Bern 2008, Rz 02.60; vgl. auch Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 193f. zu aArt. 145 ZGB).

## 54

*Art. 179 Abs. 1 ZGB (SR 210).* Eheschutzmassnahmen haben provisorischen Charakter und können jederzeit nach oben wie nach unten abgeändert werden. Nach einem Verlust der Arbeitsstelle kann bei einem drohenden Eingriff in das absolut geschützte Existenzminimum eine Anpassung der Unterhaltspflicht sogleich verlangt werden.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 14. September 2009*

Im Juli 2009 verlangte der Ehemann eine Abänderung der Eheschutzmassnahmen. Er machte geltend, die Arbeitsstelle sei ihm schon auf Ende März 2009 gekündigt worden. Nun sei er arbeitslos und erwarte Taggelder von 80 Prozent des letzten Verdienstes oder gut Fr. 3000.– im monatlichen Durchschnitt. Er könne deshalb keinen Ehegattenunterhalt mehr bezahlen, ohne in sein Existenzminimum einzugreifen.

Aus den Erwägungen:

Die Vorinstanz wies das Gesuch ohne Weiteres ab, weil noch kein Abänderungsgrund gegeben sei. Von einer erheblichen und dauerhaften Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation könne erst gesprochen werden, wenn der Ehemann längere Zeit – nach einer Faustregel mindestens während vier Monaten – arbeitslos bleibe. Dabei wurde übersehen, dass Eheschutzmassnahmen provisorischen Charakter haben und jederzeit nach oben wie nach unten abgeändert werden können (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, N10 zu Art.179 ZGB). Die Abänderung gilt aber nur für die Zukunft und wird frühestens von der Einreichung des Gesuchs an wirksam (BGE 111 II 103, 107; Hasenböhler/Opel, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 179 ZGB). Die Lebensrisiken wären einseitig verteilt, wenn man von einem auf den Notbedarf gesetzten Unterhaltspflichtigen verlangen würde, dass er eine Schlechterstellung vorerst hinnimmt und zuwartet, bis sich seine Lage auf tieferem Niveau verfestigt hat. Es muss ihm vielmehr gestattet sein, nach einem Verlust der Arbeitsstelle und dem damit drohenden Eingriff in das absolut geschützte Existenzminimum sogleich eine Anpassung seiner Unterhaltspflicht zu verlangen (KGer SG, FamPra.ch 2003, 636; R. Vetterli, FamKommentar Scheidung, N 2 zu Art. 179 ZGB).

## 55

*Art. 279 ZGB (SR 210).* Der Unterhaltsanspruch ist vom Kind selber oder im Falle seiner Prozessunfähigkeit vom gesetzlichen Vertreter in dessen Namen geltend zu machen. Eine Prozessstandschaft ist im Scheidungs- und Eheschutzverfahren wegen der fehlenden Legitimation des Kindes möglich, im Übrigen aber unzulässig.

*Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 12. Januar 2009*

Aus den Erwägungen:

Die Klägerin macht geltend, dass sie als Inhaberin der elterlichen Sorge die Unterhaltsklage in eigenem, statt im Namen des unmündigen Kindes erheben kön-

ne und beruft sich dafür insbesondere auf BGE 84 II 244. Diesem Entscheid zufolge sei der sorgeberechtigte Elternteil befugt, die Rechte des minderjährigen Kindes selber auszuüben und diese auch gerichtlich geltend zu machen.

Mit der Unterhaltsklage gemäss Art. 279 ZGB wird die abstrakte Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem Kind in eine konkrete Leistungspflicht umgesetzt. Sie steht insbesondere für die klageweise Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs des unmündigen oder mündigen Kindes gegen den ausserehelichen Vater zur Verfügung (C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 10 f. zu Art. 279 ZGB). Das Kind ist dabei berechtigt, für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung auf Leistung zu klagen. In eherechtlichen Verfahren ist die Unterhaltsklage ausgeschlossen (C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 279 ZGB).

Der von der Klägerin zitierte Entscheid des Bundesgerichtes stammt aus dem Jahre 1958 und erging somit noch unter altem Kindesrecht. Im Lichte des neuen Kindesrechts erfordert das Vorbringen der Klägerin nun eine andere Betrachtungsweise. Aus dem Sinn und Zweck des reformierten Rechts sowie aus dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes geht hervor, dass der Unterhaltsanspruch gemäss Art. 276 ff. ZGB allein dem Kind zusteht (Art. 289 Abs. 1 ZGB, erster Teilsatz). Folglich ist auch sein Unterhaltsanspruch mittels der Unterhaltsklage vom Kind selber oder im Falle seiner Prozessunfähigkeit von seinem gesetzlichen Vertreter in dessen Namen geltend zu machen. Gleiches bestimmt das Gesetz im Übrigen auch hinsichtlich der Erfüllung der Unterhaltspflicht. Die Unterhaltsbeiträge sind zwar bis zur Mündigkeit des Kindes an seinen gesetzlichen Vertreter zu leisten, Gläubiger ist aber gleichwohl das Kind (Art. 289 Abs. 1 ZGB, zweiter Teilsatz). Die Aufgabe des gesetzlichen Vertreters beschränkt sich im Unterhaltsrecht im Wesentlichen also darauf, dem Recht des Kindes zu seiner Durchsetzung zu verhelfen. Will er jeweils handeln, so kann er dies. Er muss es aber im Namen des Kindes tun.

Eine von der Klägerin geltend gemachte Prozessstandschaft des gesetzlichen Vertreters zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs des Kindes in eigenem Namen ist vom Gesetz mithin nicht vorgesehen. Das Bundesgericht hat eine solche bislang in konstanter Rechtsprechung nur für das Scheidungs- und Eheschutzverfahren bejaht (BGE 129 III 55, 58 = Pra 2003 Nr. 101; 112 II 199; 109 II 371, 372; vgl. auch BGer, 5C.277/2001). Auch die herrschende Lehre geht davon aus, dass eine Prozessstandschaft des gesetzlichen Vertreters im Falle einer Unterhaltsklage ausgeschlossen ist und betont, dass eine solche auf die eherechtlichen Verfahren beschränkt werden sollte (P. Breitschmid, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 279 ZGB; C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 125 f. zu Art. 279/280 ZGB; Bächler/Vetterli, Ehe Partnerschaft Kinder, Basel 2007, S. 217; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz. 06.12 und 11.77 f.; C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Rz. 21.02 und 22.03; Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zürich 1995, S. 457 f.; R. Reusser, Die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs des Scheidungskindes, in: Festschrift Hegnauer, Bern 1986, S. 395 ff., S. 404; M. Stettler, Schweizerisches Privatrecht III/2, Basel 1992,

S. 309 f.). Begründet wird dies mit der fehlenden Prozessbefugnis des Kindes in eherechtlichen Verfahren. Anders gestaltet sich die Sachlage gemäss Art. 279 ZGB: Hier räumt das Gesetz dem Kind eine Parteistellung ein. Im Unterschied zu den eherechtlichen Verfahren kann es seinen Unterhaltsanspruch also selber durchsetzen oder, falls es noch nicht prozessfähig ist, sich von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten lassen. Zu beachten ist dabei, dass unter den Begriff des gesetzlichen Vertreters nicht nur der Inhaber der elterlichen Sorge, sondern auch ein allfälliger Vormund des Kindes fällt, für welchen eine Prozessführung in eigenem Namen wohl ausser Frage steht (Reusser, Die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs des Scheidungskindes, S.404). Der Grundsatz, dass das minderjährige Kind partei-, aber unter Umständen noch nicht prozessfähig ist, und daher im Verfahren regelmässig vom Inhaber der elterlichen Sorge vertreten wird, muss somit auch bei der Unterhaltsklage Geltung haben (Art. 304 ZGB; BGE 129 III 55, 58 E. 3.1.2. = Pra 2003 Nr. 101).

## 56

*Art. 311 Abs. 1 ZGB (SR 210).* Für die Entziehung der elterlichen Sorge sind in einem Prüfprozess bestimmte Fragen zu beantworten. Im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit ist dabei auch zu erwägen, ob der mit der Mutter nicht verheiratete Vater dem Kind bessere Entwicklungsbedingungen verschaffen kann. Der rechtliche Vorrang der unverheirateten Mutter lässt sich mit der natürlichen Erkenntnis schwer vereinbaren, dass ein Kind zwei Eltern hat, die für sein Gedeihen grundsätzlich gleich wichtig sind.

*Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 11. Juni 2009*

Zwei Mädchen im Alter von fünf und sechs Jahren sind die Töchter unverheirateter Eltern und stehen von Gesetzes wegen in der elterlichen Sorge der Mutter. Bei der Trennung der Familie behielt die Mutter das jüngere Kind und überliess das ältere dem Vater. Nachdem Betreuerinnen warnten, die Kinder seien kaum ansprechbar, und ein kinderpsychologisches Gutachten erklärte, sie seien emotional völlig vernachlässigt, entzog die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde der Mutter das Sorgerecht. Die Kinder sollten einen Vormund erhalten und probeweise in die Obhut des Vaters gestellt werden. Gegen diesen Entscheid erhob die Mutter Berufung.

Aus den Erwägungen:

Für die Entziehung der elterlichen Sorge sind in einem Prüfprozess vier wesentliche Fragen zu beantworten (BGE 119 II 9; ZVW 1991, 78; OGer ZH, ZR 1986 Nr. 83; C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Rz. 27.46; vgl. auch aus psychologischer Sicht Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, München 2002, S. 217 ff.): Ist erstens das körperliche, seelische oder geistige Wohl der Kinder erheblich gefährdet? Das muss angenommen werden, nachdem die Kinder in ihrer Entwicklung weit zurückgeblieben sind und mit anderen Menschen kaum kommunizieren können. Ist zweitens dieses Risiko auf ein Handeln oder Unterlassen der zuständigen Elternperson zurückzuführen? Davon muss ausgegangen werden, weil die Mutter ein Kind klar bevorzugt und das andere ablehnt, ihre eigenen Wünsche den kindlichen Bedürfnissen voranstellt, die Kinder nach Belieben selbst betreut oder fremd betreuen lässt und keine innere Beziehung zu ihnen aufbaut. Ist drittens die Elternperson nicht fähig oder nicht bereit, die Gefahr abzuwenden? Das muss bejaht werden, weil die Mutter zwar auf ihre Rolle fixiert ist und ein Recht an den Kindern geltend macht, aber keine bewusste Erziehungshaltung hat und in ihrer Handlungsweise schwankt, kaum Empfehlungen aufnimmt und praktisch jeden Vorhalt als Lüge abtut. Ihr bisheriges Verhalten beweist nicht nur die fehlende Erziehungsfähigkeit, sondern auch einen mangelnden Veränderungswillen.

Schliesslich stellt sich die letzte entscheidende Frage: Ist die Entziehung der elterlichen Sorge verhältnismässig? Das ist unter drei Aspekten zu prüfen, nämlich im Hinblick auf die Qualität, die Quantität und die Proportionalität des Eingriffs (P. Breitschmid, Basler Kommentar, N 4 ff. zu Art. 307 ZGB; Bächler/Vetterli, Ehe Partnerschaft Kinder, Basel 2007, S. 245 f.; C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, Rz. 27.09 ff.): Die Massnahme muss sich zur Förderung des Kindeswohls eignen, sie muss zum Schutz der Kinder erforderlich sein und der damit erstrebte Nutzen muss in einem vernünftigen Verhältnis zu allenfalls befürchteten Nachteilen stehen. Die Kinder sind in ihrer Entwicklung zweifellos schwer gestört. Sie brauchen dringend eine feste, ihnen stets zugewandte Bezugsperson, ein stabiles Umfeld und eine spezielle Förderung. Die einzige Alternative zum bisherigen, für die Kinder offensichtlich unerträglichen Zustand besteht darin, sie dauerhaft an einem anderen Ort unterzubringen. Im Sinn der Proportionalität bleibt zu überlegen, ob dafür ein Entzug der mütterlichen Obhut genügt oder ob eine Aufhebung des Sorgerechts geboten ist.

In diesem Zusammenhang ist nun die gutachterliche Empfehlung zu beachten, den Kindern zwar einen Vormund zu geben, sie aber probeweise dem Vater zur Pflege zu überlassen. Sind die Eltern nicht verheiratet und wird der Mutter das Sorgerecht entzogen, so bestellt die Vormundschaftsbehörde dem Kind einen Vormund oder überträgt die elterliche Sorge dem Vater – je nachdem, was dem Kindeswohl besser entspricht (Art. 298 Abs. 2 ZGB). Der heute noch geltende rechtliche Vorrang der unverheirateten Mutter lässt sich schwer mit der natürlichen

Erkenntnis vereinbaren, dass ein Kind zwei Eltern hat, die für sein Gedeihen grundsätzlich gleich wichtig sind. Wenn der erste, gesetzlich privilegierte Elternteil empfindliche erzieherische Schwächen zeigt und nicht fähig ist, diese zu überwinden, während der zweite deutliche pädagogische Stärken aufweist und bereit ist, diese weiter zu entwickeln, so erfordert das Kindeswohl – verstanden als Suche nach der im Einzelfall am wenigsten schädlichen Lösung – zwingend einen Wechsel. Dieser muss klar vollzogen werden. Es wäre nicht vertretbar, die Kinder in die Obhut des Vaters zu stellen und ihm damit den Kern der Elternpflichten zu übertragen, hingegen das Sorgerecht bei der Mutter zu belassen und sie so mit Entscheidungsbefugnissen auszustatten, die es ihr erlauben, den Kampf gegen den anderen Elternteil und früheren Lebenspartner fortzuführen und sich fortwährend in seine Angelegenheiten einzumischen.

## 57

*Art. 397a Abs. 1 und 2 ZGB (SR 210).* Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ist neben der Unmöglichkeit, die nötige persönliche Fürsorge ambulant zu gewähren, die Belastung der Umgebung zu berücksichtigen. Der Grund für eine solche Belastung kann unter anderem in einem aggressiven Verhalten der betroffenen Person liegen, welches zu einer Fremdgefährdung führt, die dem sozialen Umfeld nicht zugemutet werden darf.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 10. September 2009*

Aus den Erwägungen:

2. a) ... Gestützt auf den an der mündlichen Verhandlung gewonnenen persönlichen Eindruck und die Akten ist davon auszugehen, dass die Klägerin im heutigen Zeitpunkt psychische Störungszeichen zeigt, welche auch für einen besonnenen Laien auffällig wirken und insgesamt ein erhebliches Ausmass annehmen. Diese Störungszeichen erreichen den juristischen Schwellenwert der Uneinfühlbarkeit. Folglich leidet die Klägerin an einer Geisteskrankheit gemäss Art. 397a Abs. 1 ZGB.

b). Auch bei Vorliegen einer Geisteskrankheit ist die einschneidende Zwangsmassnahme der fürsorgerischen Freiheitsentziehung nur dann zulässig, wenn dem Betroffenen die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann (Art. 397a Abs. 1 ZGB). In Nachachtung des verfassungsmässigen Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ist die Anstaltsunterbringung nur zulässig, wenn die vorgesehene Freiheitsentziehung tatsächlich geeignet ist, der eingewiesenen Person zu helfen. Kann eine Geisteskrankheit als solche dadurch nicht geheilt werden, so

muss die Freiheitsentziehung bzw. die dadurch ermöglichte Behandlung zumindest geeignet sein, die Auswirkungen auf das Verhalten des Betroffenen nach Möglichkeit zu mildern. Im Hinblick auf Art. 397a Abs. 2 ZGB, der eine Mitberücksichtigung der für die Umgebung zu erwartenden Belastung vorsieht, erscheint eine Anstaltseinweisung auch dann gerechtfertigt, wenn der Betroffene infolge seines Zustandes für sich oder Dritte eine Gefahr bildet, indem er hochwertige Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit gefährdet. Die Unterbringung oder Rückbehaltung in einer Anstalt darf nur dann und so lange angeordnet bzw. aufrechterhalten werden, wenn dem Betroffenen die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann. Dies setzt bei der gerichtlichen Beurteilung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung voraus, dass eine Möglichkeit, dem Betroffenen die nötige persönliche Fürsorge ausserhalb der Anstalt zu gewähren, im Zeitpunkt der Urteilsfällung (noch) nicht besteht (vgl. GVP 1988 Nr. 38 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hat in der jüngeren Praxis ausgeführt, eine fürsorgerische Freiheitsentziehung sei nur dann gerechtfertigt, wenn aus der Unmöglichkeit, der betroffenen Person die notwendige persönliche Fürsorge ambulant zu gewähren, eine konkrete Selbst- oder Fremdgefährdung zu erwachsen drohe. Ebenfalls zu berücksichtigen seien die Gefahr einer Verwahrlosung sowie eine Obdachlosigkeit (BGE 5A\_312/2007 vom 10. Juli 2007, E. 2.3 und 5A\_338/2007 vom 11. Juli 2007, E. 2.1 und 2.4). In der neuesten Rechtsprechung stellt das Bundesgericht nicht mehr das Erfordernis einer konkreten Selbst- oder Fremdgefährdung in den Vordergrund, sondern führt gestützt auf Art. 397a Abs. 1 ZGB aus, massgebend sei der Umstand, dass der betroffenen Person die im konkreten Fall notwendige persönliche Fürsorge nur in einer Anstalt erwiesen werden könne (BGE 134 III 289 E. 4.2 und BGE 5A\_801/2008 vom 18. Dezember 2008, E. 2). Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit sei nach Art. 397a Abs. 2 ZGB die Belastung zu berücksichtigen, welche die hilfsbedürftige Person für ihr soziales Umfeld – Betreuer, Familie, Nachbarn etc. – darstelle. Eine derartige Belastung könne unter anderem in einem aggressiven Verhalten liegen. Bei der Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung könne sowohl die Selbst- als auch die Fremdgefährdung mitberücksichtigt werden. Dabei sei entscheidend, ob eine mildere Massnahme als die fürsorgerische Freiheitsentziehung dem sozialen Umfeld zugemutet werden könne. Der für die Beurteilung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung zuständige Richter sei gar nicht in der Lage, das Gefährdungspotenzial eines Betroffenen zuverlässig zu beurteilen, müsse er doch nach Art. 397f Abs. 1 ZGB «rasch», d. h. innert Tagen und damit ohne vertiefte psychiatrische Abklärungen, entscheiden (BGE 6B\_786/2008 vom 12. Mai 2009, E. 2.2).

Die Klägerin leidet an einer psychischen Störung und muss behandelt werden. Der Ehemann findet auch, dass seine Frau Hilfe brauche. Eine ambulante Behandlung ist zurzeit aufgrund der völlig fehlenden Krankheitseinsicht sowie der totalen Verweigerungshaltung nicht möglich. Die Klägerin ist nicht einmal bereit, sich auf ein Gespräch einzulassen oder in der Klinik eine Blutentnahme zuzulassen. Bei

einer Fortsetzung des Klinikaufenthalts ist gemäss Angaben des ärztlichen Fachrichters in seinem schriftlichen Bericht vom 3. September 2009 eine Behandlung der Erkrankung, das Herstellen eines Realitätsbezugs sowie das Lösen und Klären der sozialen Probleme möglich. Der weitere zwangsweise Aufenthalt in der KPK Wil erweist sich damit im heutigen Zeitpunkt als allein taugliches Mittel, um der Klägerin die nötige persönliche Fürsorge zukommen zu lassen.

Hinzu kommt eine konkrete Fremdgefährdung. Die Klägerin gefährdet in ihrem momentanen Zustand das Wohl ihrer Kinder. So gab der Vertreter der Vormundschaftsbehörde an der mündlichen Verhandlung an, vom 27. bis 30. März 2009 sei das Baby im Kinderspital gewesen. Angeblich sei es von der Küchenkombination gestürzt. Am 19. Juli 2009 habe der zweijährige Sohn auf dem Spielplatz aus noch ungeklärten Gründen einen Kreislaufkollaps erlitten. Im Frauenhaus habe sich die Klägerin nicht um ihre beiden Söhne gekümmert, sondern ständig nur über ihren Glauben gesprochen. Man habe mit ihr auch nicht über diese Problematik sprechen können. Bei einem Hausbesuch beim Ehemann am 27. August 2009 habe ein Vertreter der Vormundschaftsbehörde Hämatome beim Zweijährigen festgestellt. Nach einer Untersuchung habe der Kinderarzt erklärt, diese seien auf Gewalteinwirkung zurückzuführen. Am Tag der Einweisung der Klägerin habe diese sich mit den beiden Söhnen ohne jegliche Esswaren oder Kindersachen, lediglich mit einem Abfallsack voller dreckiger Windeln und den Schulbüchern der Tochter beim Frauenhaus gemeldet. Danach auf dem Polizeiposten habe sie die Kinder sich selbst überlassen. Die Tochter habe nicht mehr nach Hause zurückkehren und freiwillig ins Schlupfhuus eintreten wollen. Für sie liege ein Antrag auf Obhutsentzug vor. Sie brauche therapeutische Begleitung. Sie sei gezwungen worden, ein Kopftuch zu tragen. Auch habe die Klägerin sie oft in den Keller geschickt, um Hausaufgaben zu machen oder um zu essen. Der Vater der Söhne habe erzählt, er habe vor dem Ramadan jeweils Kekse und Schoppen gekauft, um die Kinder heimlich zu ernähren. Der Ehemann selbst meinte an der mündlichen Verhandlung, es sei auffällig, wie sich der ältere Sohn in der Krippe verhalte. Er schlage die anderen Kinder. Die Klägerin habe ihn zu Hause in ein Zimmer gesperrt und zwischen ihre Beine genommen. Das Kind habe geschrien. Als Erklärung habe die Klägerin angegeben, sie müsse den Sohn heilen. Auch habe sie ihn mit eiskaltem Wasser abgeduscht. Dem Säugling habe sie keine Nahrung gegeben. Wenn er von der Arbeit gekommen sei, habe in der Wohnung jeweils ein Chaos geherrscht, die Klägerin habe im Internet gesurft und die Kinder seien unbeaufsichtigt gewesen. Oft sei sie mit den Kindern auch nach draussen gegangen. Nach dem Vorfall auf dem Spielplatz habe die Klägerin selbst zu ihm gesagt, sie habe den älteren Sohn fast umgebracht. Aus den Akten geht zudem hervor, dass die Klägerin dem Säugling nichts mehr zu essen gab, weil der Kinderarzt zu ihr gesagt habe, dieser habe schön zugenommen.

Insgesamt sind damit genügend Anhaltspunkte für eine Gefährdung der drei Kinder vorhanden. Selbst wenn die Vormundschaftsbehörde Massnahmen zum Schutz der Kinder ergreifen würde, wären die Kinder durch die Mutter in ihrem

aktuellen Zustand belastet und gefährdet. Daneben ist die Belastung mitzuberücksichtigen, welche die Klägerin für ihren Ehemann darstellt. Die diesem Ergebnis widersprechende Schilderung der Mutter der Klägerin ändert nichts daran, weil diese den Ernst der Situation offensichtlich verkennt.

Die fürsorgerische Freiheitsentziehung ist damit im heutigen Zeitpunkt verhältnismässig. Bei einer sofortigen Entlassung könnte der Klägerin die minimal notwendige persönliche Fürsorge nicht im ambulanten Rahmen gewährt werden. Zudem bestünde eine konkrete Fremdgefährdung (Kinder) und eine unzumutbare Belastung ihrer Umgebung (Ehemann).

## 58

*Art. 397a Abs. 3 und Art. 397b Abs. 3 ZGB (SR 210).* Die Entlassungsbehörde hat vor Eintritt der Rechtskraft der Einweisungsverfügung nur dann auf ein Entlassungsgesuch einzutreten, wenn neue Tatsachen geltend gemacht werden, die seit der letzten Beurteilung eingetreten sind, oder wenn vorgängig zufolge Rückzugs der Klage keine materielle Beurteilung erfolgte. Auch der Grundsatz, dass die betroffene Person entlassen werden muss, sobald ihr Zustand es erlaubt, begründet keinen darüber hinausgehenden Anspruch auf materielle Beurteilung.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 20. Mai 2009*

Aus den Erwägungen:

1. ... Angefochten ist ein Nichteintretensentscheid der Klinik. Die Verwaltungsrekurskommission hat daher lediglich zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf das Entlassungsgesuch eingetreten ist.

2. Die Entlassungsbehörde hat nur dann auf ein Entlassungsgesuch, das vor Eintritt der formellen Rechtskraft der Einweisungsverfügung gestellt wird, einzutreten, wenn neue Tatsachen, die nach der letzten Beurteilung eingetreten sind (echte Noven), geltend gemacht werden oder wenn vorgängig zufolge Rückzugs der Klage keine Beurteilung durch die Verwaltungsrekurskommission erfolgte (GVP 1989 Nr. 22, 1993 Nr. 28 und 2003 Nr. 49 mit weiteren Hinweisen).

Der Aufenthalt der Klägerin in der Klinik stützt sich auf die amtsärztliche Rückbehaltungsverfügung vom 31. März 2009. Die Klinik ist daher Entlassungsbehörde (Art. 397b Abs. 3 Satz 2 ZGB). Mit dem Entscheid der Verwaltungsrekurskommission vom 8. April 2009 erfolgte eine materielle Beurteilung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung durch ein Gericht. Der Entscheid wurde der Betroffenen frühestens am 16. April 2009 eröffnet (Zustellung via Postfach). Am 27. April 2009 wurde

er dem Rechtsvertreter der Betroffenen zugestellt, mit dem Hinweis, er sei noch nicht rechtskräftig, womit der Beschwerdeweg ans Bundesgericht immer noch offen stehe.

Die Vorinstanz begründet den Nichteintretensentscheid mit der fehlenden Rechtskraft der amtsärztlichen Rückbehaltungsverfügung und dem Umstand, dass keine neuen Tatsachen geltend gemacht werden. Die Klägerin lässt vortragen, die Vorinstanz müsse unbesehen der Rechtskraft der amtsärztlichen Rückbehaltungsverfügung gestützt auf Art. 397a Abs. 3 ZGB jederzeit auf ein Entlassungsgesuch eintreten.

Das Entlassungsgesuch vom 12. Mai 2009 wurde vor Eintritt der Rechtskraft der amtsärztlichen Rückbehaltungsverfügung gestellt. Es enthält wie schon jenes vom 7. Mai 2009 keine echten Noven. Die Vorinstanz ist daher gestützt auf die langjährige Praxis der Verwaltungsrekurskommission zu Recht nicht auf das Entlassungsgesuch eingetreten. Diese Praxis wird im angefochtenen Entscheid dargelegt. Im Übrigen entspricht sie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach kein uneingeschränktes Recht besteht, Entlassungsgesuche in unvernünftigen Abständen zu stellen (BGE 130 III 729). Der von einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung betroffenen Person ist es nach der Praxis der Verwaltungsrekurskommission zuzumuten, neue Tatsachen, welche seit der letzten gerichtlichen Beurteilung eingetreten sind, geltend zu machen, um eine erneute materielle Beurteilung vor Eintritt der Rechtskraft der angeordneten Massnahme zu erwirken.

Die Klage ist daher abzuweisen. Der Klägerin ist es unbenommen, bei der Vorinstanz erneut ein Entlassungsgesuch zu stellen, welches von der Vorinstanz materiell beurteilt werden muss, sobald die Rechtskraft der amtsärztlichen Rückbehaltungsverfügung eingetreten ist. Erst ein solcher Entscheid könnte im Klageverfahren vor der Verwaltungsrekurskommission materiell überprüft werden. Auch ohne Stellung eines formellen Entlassungsgesuches oder Erhebung einer Klage ist die Klinik als Entlassungsbehörde gestützt auf Art. 397a Abs. 3 ZGB jederzeit verpflichtet, eine von der fürsorgerischen Freiheitsentziehung betroffene Person zu entlassen, sobald ihr Zustand es erlaubt. Diese Bestimmung führt aber entgegen der Auffassung des Vertreters der Klägerin nicht dazu, dass vor Eintritt der formellen Rechtskraft der ursprünglichen Verfügung ohne Geltendmachung echter Noven in unvernünftigen Abständen immer wieder erneut Entlassungsgesuche gestellt werden können, welche materiell behandelt werden müssen.

### 3. Sachenrecht und Grundbuch

---

#### 59

*Art. 7 Abs. 1 BGG (SR 211.412.11).* Nicht erfüllte Anforderungen an ein landwirtschaftliches Gewerbe bei einer landwirtschaftlich genutzten Liegenschaft, auf der als einziges Gebäude eine Scheune steht.

*Verwaltungsgericht, 19. August 2009*

X. Y. ist Eigentümer eines Grundstücks von rund 9,3 ha in der Landwirtschaftszone. Das Grundstück war mit einem Wohnhaus mit angebauter Scheune überbaut. X. Y. hatte das Wohnhaus ohne Bewilligung abgebrochen. Ein Neubau wurde rechtskräftig verweigert (vgl. GVP 2006 Nr. 33). In der Folge reichte X. Y. ein Gesuch um Anerkennung der Liegenschaft als landwirtschaftliches Gewerbe ein. Das Landwirtschaftsamt stellte fest, dass das Grundeigentum die Mindestanforderungen an ein landwirtschaftliches Gewerbe nicht erfülle. Dagegen gelangte X. Y. erfolglos an die Verwaltungsrekurskommission. Auch das Verwaltungsgericht wies eine Beschwerde von X. Y. ab.

Aus den Erwägungen:

4. Art. 7 Abs. 1 BGG umschreibt als landwirtschaftliches Gewerbe eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich ist, mindestens eine Standardarbeitskraft nötig ist. Unter den gleichen Voraussetzungen gelten auch Betriebe des produzierenden Gartenbaus als landwirtschaftliches Gewerbe (Art. 7 Abs. 2 BGG). Nach Art. 7 Abs. 4 BGG sind zudem die örtlichen Verhältnisse (lit. a), die Möglichkeit, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, instandzustellen oder zu ersetzen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind (lit. b), sowie die für längere Dauer zugepachteten Grundstücke (lit. c) zu berücksichtigen.

4.1. Der Entscheid über die Anerkennung als landwirtschaftliches Gewerbe ist für den Entscheid über das Bauvorhaben des Beschwerdeführers von gewisser präjudizierender Bedeutung. Über die Rechtmässigkeit von Bauten und Anlagen ist aber abschliessend im Baubewilligungsverfahren zu entscheiden. Das RPG und das BGG haben entsprechend ihrer jeweiligen verfassungsmässigen Grundlage teilweise gleichlaufende Zielsetzungen, regeln aber in erster Linie verschiedene Sachgegenstände. Diesem Umstand ist bei der Berücksichtigung der Kriterien des einen Gesetzes bei der Anwendung des anderen gebührend Rechnung zu tragen. In der Praxis ist eine möglichst sachgerechte Anwendung sowohl der Normen des RPG als auch des BGG anzustreben (BGE 121 II 313 mit Hinweis).

Die Bewirtschaftung des Betriebs erfordert mindestens die halbe Arbeitskraft einer bäuerlichen Familie im Sinn von Art. 7 Abs. 1 BGGB, wenn für die ordnungsgemässe Bewirtschaftung des zur Diskussion stehenden Betriebs von jährlich mindestens 2100 Arbeitskraftstunden auszugehen ist. Damit hat das BGGB das landwirtschaftliche Gewerbe für seinen Regelungsbereich umschrieben (BGE 121 II 313). Es ist nichts dagegen einzuwenden, diese Begriffsumschreibung bei der Anwendung von Art. 16 und allenfalls auch Art. 24 RPG soweit zu berücksichtigen, als dies mit den in Art. 22 quater der (alten) Bundesverfassung und im RPG enthaltenen Zielsetzungen der Raumplanung vereinbar ist. Das Bundesgericht hat im zitierten Urteil von 1995 einen Betrieb, in dem das erzielbare landwirtschaftliche Einkommen jährlich nur etwas über Fr. 21 000.– betrug und damit den Existenzbedarf einer durchschnittlichen bäuerlichen Familie von Fr. 51 200.– nur zu etwa 41 Prozent sicherstellte, noch als raumplanungsrechtlich anzuerkennenden landwirtschaftlichen Betrieb bezeichnet. Es verwies ausdrücklich auf die Bedeutung, die die Sicherung der Existenz kleinerer Landwirtschaftsbetriebe hat (BGE 121 II 316). Mit der am 1. September 2008 in Kraft getretenen Änderung verlangt Art. 7 Abs. 1 BGGB, dass für die Bewirtschaftung mindestens eine ganze Standardarbeitskraft erforderlich ist. Diesbezüglich gehen aber sowohl das Gutachten König wie auch das Landwirtschaftsamt von der früheren Limite von drei Vierteln einer Standardarbeitskraft aus.

4.2. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die Bedingungen für das Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Sinn von Art. 7 Abs. 1 BGGB zu Recht verneint hat.

Ein Landwirtschaftsbetrieb erfordert Land, Gebäude und Inventar (E. Hofer, in: Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGGB, Brugg 1995, N 21 zu Art. 7). Das Vorhandensein von Wirtschafts- und Wohngebäuden ist ein wesentliches Merkmal eines landwirtschaftlichen Gewerbes und Grundlage der landwirtschaftlichen Berufstätigkeit. Zwar können nach dem neuen Recht fehlende Gebäude neu erstellt werden. Es existiert jedoch kein Gewerbe, wenn die Erstellung der Gebäude nicht wirtschaftlich ist. Es handelt sich auch nicht um ein Gewerbe, wenn ein Mieter von seiner Wohnung aus mit in einem gemieteten Schopf eingestellten Maschinen landwirtschaftliche Grundstücke bewirtschaftet, auch wenn dazu mehr als die halbe Arbeitskraft einer bäuerlichen Familie notwendig ist (vgl. Hofer, a. a. O., N 23 und 24 zu Art. 7).

Wie erwähnt, kann im vorliegenden Verfahren nicht die Zonenkonformität einer bestimmten Baute geprüft werden. Streitig ist einzig die negative Feststellungsverfügung des Landwirtschaftsamtes. Selbst wenn im vorliegenden Verfahren die Voraussetzungen eines landwirtschaftlichen Gewerbes bejaht würden, wäre in einem separaten Baubewilligungsverfahren zu prüfen, ob die beabsichtigten Bauten zonenkonform und materiell rechtmässig sind. Zutreffend hat deshalb der Beschwerdeführer im Verfahren vor der Vorinstanz festgehalten, es gehe vorliegend nicht um baurechtliche oder landschaftsschützerische Fragen. Zu prüfen war bzw. ist allein die Frage, ob der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes nach Art. 7 Abs. 1 BGGB erfüllt ist.

Zutreffend ist, dass das Landwirtschaftsamt ebenfalls Hinweise auf die Normen und Vorschriften des RPG und der RPV machte und festhielt, Bauten und Anlagen für den Wohnbedarf könnten nur bewilligt werden, wenn der Wohnbedarf für ein landwirtschaftliches Gewerbe zonenkonform sei. Das Landwirtschaftsamt hat aber gestützt auf Art. 7 Abs. 1 BGGB zu entscheiden, ob die Merkmale eines Gewerbes gegeben sind. Ebenso stützte sich die Vorinstanz auf die Vorschriften des bürgerlichen Bodenrechts. Die Hinweise des Landwirtschaftsamts machten lediglich den oben erwähnten engen Sachzusammenhang deutlich (E. 4.1).

4.3. Der Beschwerdeführer beruft sich im wesentlichen auf das Gutachten K. Er unterbreitete den angefochtenen Entscheid dem Gutachter und erklärte dessen Stellungnahme zum integrierten Bestandteil der Beschwerde. Das Landwirtschaftsamt seinerseits beurteilte die Expertise K. ebenfalls und kam zum Schluss, dass diese auf zu optimistischen Annahmen basierte. Sowohl das Landwirtschaftsamt als auch die Gutachter K. und G. sowie die Vorinstanz legten ihrer Beurteilung nicht nur das derzeit auf dem Grundstück stehende Gebäude zugrunde, sondern prüften auch die Situation nach einem Neubau von Wohnhaus und Scheune. Weder dem Gutachter Grob noch dem Landwirtschaftsamt kann vorgehalten werden, ausschliesslich den derzeitigen baulichen Bestand in Betracht gezogen zu haben.

Während der Gutachter K. einen Ertrag aus Kälbermast von Fr. 62 000.– vorschlugte und sich dabei ausschliesslich auf die Daten Agridea 06 stützte, ermittelte der Gutachter G. des Landwirtschaftlichen Zentrums Flawil einen Ertrag von Fr. 37 000.–, der auf einem durchschnittlichen Trend von vier Jahren beruhte. Für den Gebäudeunterhalt wurden unterschiedliche Ansätze berücksichtigt (1 Prozent vom Neuwert gegenüber 0,7 Prozent im Gutachten K.). Auch die Abschreibungsdauer für die Gebäude war mit 50 Jahren kürzer als im Gutachten K. (70 Jahre). Ausserdem wurde eine Differenz beim Inventar bzw. eine Zinsdifferenz von Fr. 3000.– berücksichtigt. Während das landwirtschaftliche Einkommen im Gutachten K. auf Fr. 43 618.– beziffert wurde, waren es im Gutachten G. Fr. 6143.–.

Die Vorinstanz erachtete das Gutachten G. als plausibel. Im folgenden ist auf die Einwendungen des Gutachters K. gegen die Feststellungen der Vorinstanz einzugehen. Die Vorinstanz bemängelte, im Gutachten K. seien keine Investitionen für die Anschaffung von Vieh berücksichtigt. Dies bestreitet der Gutachter und hielt fest, im Betrag für die Beschaffung von Inventar von Fr. 100 000.– sei auch das lebende Inventar enthalten. Wie es sich damit verhält, kann letztlich aber offen bleiben. Die Investitionskosten für Inventar bzw. für Maschinen beruhen im Gutachten K. auf Preisen, wie sie anlässlich einer Betriebsauflösung erzielt werden. Die Ermittlung der einzelnen Investitionspositionen ist weitgehend eine Ermessenssache. Diese wurden von der Vorinstanz mit nachvollziehbarer Begründung gesamthaft auf Fr. 1 000 000.– festgesetzt. Dass der Kapitalbedarf geringfügig tiefer liegen kann und entsprechende Reduktionen bei der Verzinsung berücksichtigt werden können, ändert an der Zulässigkeit dieser vorinstanzlichen Feststellung nichts. Die dem Betriebsvoranschlag G. des Landwirtschaftlichen Zentrums Flawil zugrundeliegenden Annahmen erweisen sich jedenfalls

als plausibel. Die Abweichungen im Gutachten K. zeigen, dass bereits geringfügige Abweichungen erhebliche Auswirkungen haben. Angesichts des Strukturwandels in der Landwirtschaft und der unter Druck stehenden Einkünfte rechtfertigt es sich, Betriebsvoranschlägen vorsichtige Annahmen zugrunde zu legen. Die Betriebsvoranschläge sind letztlich Schätzungen künftiger finanzieller Verhältnisse. Der Voranschlag des Landwirtschaftlichen Zentrums Flawil ist weder bezüglich der verwendeten Grundlagen noch der daraus gezogenen Schlussfolgerungen zu beanstanden. Der Vorinstanz ist daher kein Missbrauch bzw. keine Überschreitung des Ermessens vorzuhalten. Ohnehin haben Vorinstanz und Landwirtschaftsamt bei der Beurteilung der Vermögenssituation bzw. bei der Tragbarkeit der vorgesehenen Verschuldung ihr Ermessen in erheblichem Masse zugunsten des Beschwerdeführers betätigt. Es wurde nicht näher abgeklärt, ob der Beschwerdeführer aus seiner Pensionskasse Mittel von Fr. 205 000.– erlangen kann, obwohl er weiterhin im Rahmen eines erheblichen Pensums bei seinem bisherigen Arbeitgeber in unselbstständiger Stellung tätig sein will. Auch wird in den Ausführungen des Gutachters K. festgehalten, dass der Vater des Beschwerdeführers ins Altersheim gezogen ist. Es stellt sich daher die Frage, inwiefern der Beschwerdeführer noch damit rechnen kann, von seinem Vater ein unverzinsliches Darlehen von Fr. 105 000.– zu erhalten. Dieses Darlehen wäre zudem, da es sich nicht um einen Erbvorbezug handelt, ebenfalls zu amortisieren. Gesamthaft müsste der Beschwerdeführer nach dem Gutachten G. rund 1 Mio. Franken investieren und könnte daraus ein landwirtschaftliches Einkommen von voraussichtlich Fr. 6143.– pro Jahr erzielen. Selbst ein um 10 Prozent tieferer Kapitalbedarf würde an diesem Ergebnis nichts grundsätzliches ändern. Daraus folgt, dass die notwendigen Investitionen für den Betrieb nicht tragbar im Sinn von Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG sind.

Wohl könnten allenfalls zusätzliche, bisher nicht berücksichtigte Einkünfte aus der Direktvermarktung von Produkten und aus der Vermietung von Pferdeboxen bzw. der Pensionspferdehaltung erzielt werden. Diese Einkommensquellen beruhen aber auf theoretischen Möglichkeiten. Die Wahrscheinlichkeit der effektiven Erzielung zusätzlicher Einkünfte wurde nicht näher geprüft. Unrealistisch ist sodann ein monatlicher Mietertrag von gegen Fr. 1000.– für eine Einliegerwohnung mit rund 60 m<sup>2</sup>, die gemäss Raumprogramm lediglich aus einem Wohn-, einem Ess- und einem Schlafbereich besteht.

Keine Ermessensüberschreitung bildet im weiteren der Umstand, dass die Vorinstanz mit einem Schuldzins von 5 Prozent rechnete. Auf die derzeit niedrigen Zinssätze für Hypotheken für Wohnbauten kann bei einer längerfristigen Betriebsdauer (gemäss Gutachten K. Abschreibung über 70 Jahre) nicht abgestellt werden. Zudem ist fraglich, ob überhaupt die Ansätze für Wohnbauten zum Vergleich herangezogen werden dürfen, handelt es sich doch im vorliegenden Fall um einen landwirtschaftlichen Betrieb und nicht um eine Wohnbaute im herkömmlichen Sinn.

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass die vom Gutachter K. beschriebene Beschaffung des Inventars amtsnotorisch sei und gegebenenfalls auch durch Einholung eines Amtsberichts des Landwirtschaftsamts bestätigt werden könnte.

Diesen Vorbringen ist aber entgegenzuhalten, dass die alljährlichen häufigen Betriebsaufgaben in der Landwirtschaft nicht nur dazu führen, dass gebrauchte Maschinen günstig zu beschaffen sind, sondern dass diese Betriebsaufgaben auch Zeichen sind, dass der Strukturwandel in der Landwirtschaft fortschreitet und davon namentlich solche Betriebe betroffen sind, wie ihn der Beschwerdeführer umzusetzen beabsichtigt, nämlich flächenmässig kleine Betriebe mit ungünstiger Kapitalstruktur. Selbst wenn im vorliegenden Fall auf die Untergrenze von 0,75 Standardarbeitskräften nach der im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung geltenden Fassung von Art. 7 Abs. 1 BGG abgestellt wird, ändert dies nichts daran, dass die Tragbarkeit der Aufwendungen für die notwendigen Bauten für den Betrieb gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG nicht gegeben ist.

4.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, die Anforderungen an ein landwirtschaftliches Gewerbe seien nicht erfüllt. Demzufolge ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

#### **4. Geistiges Eigentum**

---

##### **60**

*Art. 3 lit. b UWG (SR 241).* Geografische Bezeichnungen sind als Firmenbestandteile grundsätzlich frei verwendbar. Begriffe wie «Euro» dürfen nur dann nicht verwendet werden, wenn ein Rechtsträger in offensichtlich erkennbarer Weise keinen Europabezug aufweist. Neben institutionalisierten Vertriebsstrukturen kann auch die Art der Dienstleistung die Verwendung der geografischen Bezeichnung rechtfertigen. Für die Festlegung des massgeblichen Verkehrskreises nach Art. 3 lit. b UWG ist angesichts der zunehmenden globalen Vernetzung im Dienstleistungssektor eine ausschliesslich nationale Betrachtungsweise nicht mehr vertretbar. Im Übrigen hat das Wort «Euro» in Kombination mit anderen Begriffen aufgrund der häufigen Verwendung in der Praxis an Aussagekraft eingebüsst, weshalb das Verständnis der Adressaten primär vom damit verbundenen Firmenbestandteil geleitet wird.

*Handelsgericht, 9. Juni 2009*

Die Klägerin ist eine Gesellschaft, die sich unter dem Namen «Eurojobs The Personnel Company AG» auf die Arbeitsstellenvermittlung in und nach Europa sowie auf den Austausch von Fachkräften innerhalb Europas spezialisiert hat. Sie gehört

zu einer internationalen Firmengruppe. Die Beklagten 1 und 2, die «Eurojob AG» und die «Eurojob Ost AG», sind ebenfalls im Personalbereich tätig. Gleichlautender Zweck beider Gesellschaften ist das Zurverfügungstellen von Temporär-Arbeitskräften und die Vermittlung von Dauerstellen im Inland und im Europäischen Wirtschaftsraum. Die Beklagten sind nach ihren Angaben hauptsächlich in der Vermittlung von Personal und Arbeitsstellen in der Schweiz an Unternehmen und Personen im (europäischen) Ausland tätig.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin wirft den Beklagten Irreführung über die Firma als auch Irreführung über die angebotene eigene Leistung vor (Art. 3 lit. b UWG). Indem die Beklagten in ihren Firmen den Begriff «Euro» verwenden, werde ein nicht vorhandener Europabezug suggeriert, was unwahr, irreführend und damit unzulässig sei.

Nach Art. 3 lit. b UWG handelt unlauter, wer über sich, seine Firma oder seine Leistungen unrichtige oder irreführende Angaben macht. Durch diese Bestimmung soll der Abnehmer in seinem Vertrauen auf die Übereinstimmung von Angebot und tatsächlicher Leistung geschützt werden (Wahrheitsgrundsatz). Unwahr oder irreführend ist zunächst der Gebrauch von Firmen bzw. Geschäftsbezeichnungen, die beim Publikum falsche Vorstellungen über Art, Umfang und Bedeutung des Unternehmens oder über die Identität, Eigenschaften und Fähigkeiten des Unternehmensträgers hervorrufen können.

3. a) Die Klägerin macht in diesem Zusammenhang geltend, der Beklagten mangle es an einem Europabezug, welcher den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Handelsregisterpraxis an die Verwendung von geografischen Bezeichnungen genügt. Die Beklagten seien [...] nur in der Schweiz tätig. Sie würden ausschliesslich Stellen in der Schweiz vermitteln. Auch seien die Beklagten nicht Teil eines europäischen Konzerns oder wiesen sonst irgendeinen Bezug zu Europa auf. [...] Namentlich genüge das Bestehen von Kundenbeziehungen nach Europa nicht, wenn das Unternehmen keine grenzüberschreitenden Strukturen hat und seine Dienstleistungen nicht in Europa erbringt, da die Adressaten eine solche Bezeichnung in der Regel als Attribut der Gesellschaft selbst und nicht nur als Beschreibung ihrer Tätigkeit verstehen würden.

b) Geografische Bezeichnungen sind als Firmenbestandteile grundsätzlich frei verwendbar. Sie können als Hinweis auf das räumliche Tätigkeitsgebiet, auf die Herkunft der angebotenen Produkte und Dienstleistungen oder auf die Unternehmensstruktur in den Firmennamen aufgenommen werden. Begriffe wie «international», «worldwide» oder eben «Euro» dürfen nur dann nicht verwendet werden, wenn ein Rechtsträger in offensichtlich erkennbarer Weise keinen Bezug zu dieser geografischen Bezeichnung aufweist (Anleitung und Weisung an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Prüfung von Firmen und Namen vom 1. April 2009, Rz. 27 ff.; Champeaux, Die neue Weisung des Eidg. Amtes für das Handelsregister für die Prüfung von Firmen und Namen – ein erster Überblick, in: REPRAX 2009, 64, 71 f.).

Eine Verwendung des Wortbestandteils «Euro» wäre demnach unzulässig, wenn die Organisation oder die Tätigkeit der Unternehmung überhaupt nicht, nur untergeordnet oder in unbedeutendem Umfang europaweiter Natur ist (BGE 87 I 305, Erw. 2). Ob die Verwendung einer geografischen Bezeichnung irreführend im Sinne von Art. 3 lit. b UWG ist, setzt folglich einen Vergleich des Inhalts der beanstandeten Angabe mit den tatsächlichen Umständen voraus.

c) Die Beklagten verfügen über keine institutionalisierten Vertriebsstrukturen im europäischen Ausland. Sie sind schweizerische Gesellschaften, welche weder Zweigniederlassungen in europäischen Ländern haben noch in ein europäisches Firmennetzwerk eingebunden sind. [...] Ebenso unbeachtlich ist auch der Hinweis der Beklagten, Kunden, welche eine Stelle im europäischen Ausland suchen, würden an Partnerunternehmen im jeweiligen Land verwiesen, ist dies doch weder belegt noch würde eine solch lose Zusammenarbeit zwischen Unternehmen einen genügenden Europabezug herstellen. Zu prüfen bleibt jedoch, ob die Art der Leistung der Beklagten die Bezeichnung «Euro» sachlich rechtfertigt.

d) Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer geografischen Bezeichnung sind die gesamten Umstände im Einzelfall, namentlich der konkrete Geschäftszweig zu berücksichtigen. Aus ihm kann sich nämlich ergeben, dass ausnahmsweise neben institutionalisierten Vertriebsstrukturen auch andere Beziehungen ins Ausland die geografische Bezeichnung rechtfertigen. Solche Konstellationen sind namentlich im Dienstleistungssektor denkbar. So wohnt etwa der Firma «Internationales Reisebüro» dann keine Irreführungstendenz inne, wenn dieses Reisebüro Reisen ins Ausland anbietet (vgl. Baudenbacher, Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Art. 3 lit. b UWG, N 109).

Die Beklagten verfügen beide über eine Bewilligung für Personalvermittlung von der Schweiz ins Ausland und vom Ausland in die Schweiz sowie für den grenzüberschreitenden Personalverleih. Den Akten ist zu entnehmen, dass auch tatsächlich Verleihverträge mit Arbeitgebern aus dem EU-Raum geschlossen wurden. Auch legen die Beklagten Einsatzverträge mit ausländischen Arbeitnehmern, welche in der Schweiz bei schweizerischen Unternehmungen eingesetzt werden sowie deren Lohnabrechnungen (mit Quellensteuerabzug) vor. Zudem ist den Auftragsbestätigungen der X. AG zu entnehmen, dass die Beklagten in einer deutschen Zeitung Stellenangebote inserieren. Ebenso belegen unter anderem die Lohnabrechnungen, die Meldebestätigungen des Amtes für Wirtschaft und Arbeit, die Online-Bewerbungen, die Prämienrechnungen der Y. Krankenversicherung sowie insbesondere die Rechnungen des kantonalen Steueramtes, dass die Beklagten nicht nur gelegentlich, sondern regelmässig und in nicht unbedeutendem Umfang ausländische Arbeitnehmer auf Schweizer Stellen vermitteln.

[...]

e) Die Klägerin bringt weiter vor, an die Verwendung des Begriffs «Euro» seien hohe Anforderungen zu stellen, und stützt sich dabei insbesondere auf drei Bundesgerichtsentscheide, aus welchen sie jedoch nichts zu ihren Gunsten ablei-

ten kann. In BGE 86 I 243 («Eurotreuhand») handelt es sich zwar ebenfalls um eine Streitigkeit über die Verwendung des Wortes «Euro». Das Bundesgericht hat die Eintragung dieser Firma jedoch nicht primär mangels Europabezug, sondern aus einem anderen Grund verweigert. Es ging im Jahr 1960 davon aus, dass die Firma «Eurotreuhand» – in Anbetracht der durch Übereinkunft der europäischen Staaten zustande gekommenen Organisationen wie etwa der EURATOM – den Eindruck vermitteln könnte, es handle sich um eine staatsvertragliche Organisation von europäischer Bedeutung. Aus diesem Grund hielt das Bundesgericht denn auch fest, dass die Situation für Firmen wie zum Beispiel «Europhone» – was mit der vorliegend strittigen Firma «Eurojob AG» bzw. «Eurojob Ost AG» viel eher vergleichbar wäre – anders beurteilt werden könnte (vgl. BGE 86 I 243, Erw. 5). Soweit die Klägerin vorbringt, ein ähnlich strenger Massstab sei auch BGE 82 I 40 («Schweizerische Prospektzentrale») zu entnehmen, ist weiter festzuhalten, dass diese Rechtsprechung heute nicht auf den Begriff «Euro» übertragen werden kann. Wie vorstehend zu BGE 86 I 243 festgehalten, erweckt der Begriff «Euro» nicht in jeder Wortkombination den Eindruck einer offiziellen oder offiziösen Stellung der Gesellschaft. Ebenso wenig greift der Hinweis auf BGE 87 I 305 («Internationale Asbiton AG»), wurde doch bereits vorstehend festgestellt, dass die Beklagten über einen Europabezug verfügen, welcher über ein gelegentliches, nebensächliches Ausmass hinausgeht.

f) Die Beklagten stellen ihren Europabezug also mit der Vermittlung europäischer Arbeitskräfte her. [...] Ihre Leistungen sind somit grenzüberschreitend erhältlich. [...] Wenn es für ein Speditionsunternehmen, welches in der Firma den Begriff «Euro» verwendet, genügt, dass Fahrten auch ins Ausland unternommen werden, oder ein Reisebüro sich «International» nennen darf, weil es Reisen ins Ausland anbietet, muss dieser Europabezug für die Verwendung der Bezeichnung «Euro» in der Firma der Beklagten genügen. [...] Die Beklagten erbringen somit eine Dienstleistung, welche die Verwendung der geografischen Bezeichnung «Euro» in ihrer Firma rechtfertigt.

4. Zu prüfen bleibt aber, ob die Firma der Beklagten nicht doch eine Täuschungsgefahr für die massgeblichen Verkehrskreise schafft, indem der Begriff «Euro» mit dem Begriff «Job» verbunden wird.

b) Bei der Anwendung des Irreführungsverbot nach Art. 3 lit. b UWG ist zunächst festzustellen, an welchen Adressatenkreis sich die Werbung bzw. die Firma richtet, denn nur das Verständnis dieses Verkehrskreises ist massgebend. Während sich die Klägerin auf den Standpunkt stellt, massgebend seien nur Kunden in der Schweiz [...], verweisen die Beklagten darauf, dass die Stellensuche heute keine Landesgrenzen mehr kenne, zumal die Beklagten ihre Dienstleistungen hauptsächlich im Internet anbieten.

Angesichts der zunehmenden globalen Vernetzung der Arbeitsmärkte lässt sich heute in der Tat gerade im Bereich der Arbeitsvermittlung eine ausschliesslich nationale Betrachtungsweise nicht mehr rechtfertigen. Insbesondere auch vor dem

Hintergrund der Personenfreizügigkeit zwischen der Europäischen Union und der Schweiz können Dienstleistungsunternehmen nicht mehr nur aus Schweizer Sicht beurteilt werden. Ein Arbeitssuchender aus dem europäischen Raum wird sich nicht nur bei Stellenvermittlern in seinem Heimatland, sondern auch auf den Websites von Personalvermittlern aus demjenigen Raum, in welchem er arbeiten möchte, kundig machen. Folglich ist für die Beurteilung der Irreführung das Verständnis sämtlicher Arbeitssuchenden aus dem europäischen Raum massgebend und nicht nur dasjenige von Schweizer Kunden. [...]

c) Steht der Adressatenkreis fest, ist zu ermitteln, wie der Durchschnittsbeteiligte dieses Kreises die Werbung bzw. die Firma in der jeweils massgebenden Verkaufssituation tatsächlich versteht. [...] Zu berücksichtigen ist der Gesamteindruck, zu welchem auch das Firmenlogo der Beklagten gehört. Dieses Verständnis muss dann auf seine Kongruenz mit den wirklichen Verhältnissen überprüft werden.

Betrachtet man die Geschäftstätigkeit der Beklagten aus Sicht eines ausländischen Kunden, welcher wie vorstehend dargelegt zum massgebenden Verkehrskreis gehört, steht fest, dass die Beklagten Stellen in Europa, anbieten. Ein Europäer, welcher sich nach einer Stelle im Ausland umsieht, wird auch die Schweiz als Teil Europas betrachten. Daran ändert auch das von den Beklagten verwendete Firmenlogo nichts. Die blaue Flagge mit gelben Sternen steht zwar offiziell für die Europäische Union und den Europarat (zu dessen Mitgliedern auch die Schweiz gehört), wird aber gleichzeitig gemeinhin – wie auch das Wort «Euro» – als Symbol für Europa im nichtpolitischen Sinne verwendet. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der Tatsache, dass in der Schweiz hunderte von Firmen diesen Wortbestandteil oder auch die EU-Flagge als Logo verwenden, ohne dass dies als unlauter im Sinne von Art. 3 lit. b UWG zu qualifizieren wäre. Zwar trifft zu, dass von diesen – womöglich zu Unrecht – im Handelsregister eingetragenen Firmen nicht im Sinne einer «Gleichbehandlung im Unrecht» auf die Zulässigkeit der Firma der Beklagten geschlossen werden kann. Jedoch zeigt die Praxis der kantonalen Handelsregisterämter, dass dem Wort «Euro» in Kombination mit anderen Begriffen keine entscheidende Bedeutung zugemessen wird. Die häufige Verwendung des Begriffes hat dazu geführt, dass dieser an Aussagekraft eingebüsst hat und in seinem Sinngehalt verändert wurde. Der Begriff «Euro» wird denn auch von den Adressaten nicht mehr in dem von der Klägerin geltend gemachten engen Sinn verstanden. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der Begriff sowohl als geografische Bezeichnung, als auch für das Zahlungsmittel der Europäischen Währungsunion oder – wie im vergangenen Jahr – für die Fussballeuropameisterschaft verwendet wird. Das Verständnis der Adressaten wird folglich vorliegend primär vom Firmenbestandteil «Job» geleitet.

[...]

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Hinblick auf die Tätigkeit der Beklagten eine Verwendung der Firma «Eurojob AG» bzw. «Eurojob Ost AG» nicht irreführend im Sinne von Art. 3 lit. b UWG ist. Die Beklagten täuschen weder über ihre Firmen noch über die Art ihrer Leistungen. [...] Die Klage ist abzuweisen.

**61**

*Art. 5 lit. c, Art. 3 lit. d und Art. 2 UWG (SR 241).* Eine Übernahme von fremden Arbeitsergebnissen liegt nicht vor, nachdem die Gesuchsgegnerin die von ihr für die Spitalmedizin entwickelten Fixierungen mit Heftpflastern nicht mittels technischer Reproduktionsverfahren und ohne angemessenen Aufwand übernommen hat. Nachdem sich die Verpackungen der Fixierungen erheblich unterscheiden, scheint die Gefahr von Fehlzuordnungen durch die professionellen Einkäufer ausgeschlossen, womit eine Verwechslungsgefahr zu verneinen ist. Ausführungen, weshalb auch eine Verletzung der Generalklausel von Art. 2 UWG nicht vorliegt.

*Handelsgerichtspräsident, 6. Januar 2009*

In der Spitalmedizin müssen nicht selten Schläuche und Leitungen am Patienten fixiert werden. Die Gesuchstellerin entwickelt, produziert und vertreibt unter der Marke X. entsprechende Fixierungen in verschiedenen Ausführungen, die wie ein Heftpflaster auf die Haut geklebt werden. An diesen können die Schläuche und Leitungen mittels Klettverschlusses befestigt werden. Die Gesuchsgegnerin vertreibt ebenfalls solche Fixierungen, welche sie mit dem Y-Logo bewirbt.

Aus den Erwägungen:

3. ...

a) Die Gesuchstellerin verlangt in ihrem Rechtsbegehren 1.1. – 1.1.4. im Ergebnis ein umfassendes Vermarktungsverbot für vier namentlich bezeichnete Fixierungen. Sie macht geltend, dass sie die Fixierungen vor langer Zeit entwickelt habe und dass die Gesuchsgegnerin erst vor kurzem in das Geschäft eingestiegen sei. Die Produkte der Gesuchsgegnerin sind gleich konstruiert wie jene der Gesuchstellerin, mit minimalen Unterschieden in Form und Grösse. Allerdings weichen die Materialien leicht voneinander ab; insbesondere verwendet die Gesuchstellerin ein anderes Vlies, das auf die Haut geklebt wird. Die Gesuchsgegnerin legt zudem dar, dass sie die Produkte der Gesuchstellerin im Hinblick auf den verwendeten Klebstoff weiterentwickelt habe. Dies wurde von der Gesuchstellerin an Schranken mit dem Hinweis bestritten, dass es sich bei dem von dieser verwendeten Klebstoff um ein handelsübliches Hydrocolloid «Pharmacoll» der Firma Z. in Ägypten handle. Die Abdeckungen der Klebeflächen schliesslich sind auf den Produkten der Gesuchstellerin fortlaufend mit dem X-Logo bedruckt, jene der Gesuchsgegnerin mit dem Y-Logo. Damit ist glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerin die Produkte der Gesuchstellerin nachgeschaffen, teilweise punktuell verändert und allenfalls auch weiterentwickelt hat.

b) Nach ständiger Rechtsprechung dürfen Leistungen, die als solche keinen Immaterialgüterschutz geniessen, von jedermann genutzt werden: Es besteht grund-

sätzlich Nachahmungsfreiheit und es bedarf besonderer lauterkeitsrechtlicher Umstände, damit eine Nachahmung unlauter ist. Diese können sich entweder aus einem der Spezialtatbestände (Art. 3–8 UWG) oder aus der Generalklausel (Art. 2 UWG) ergeben (BGE 131 III 384 E. 5.1 m.w.H.).

c) Die Gesuchstellerin beruft sich unter anderem auf Art. 5 lit. c UWG. Danach handelt unlauter, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet. Diese Einschränkung der Nachahmungsfreiheit wird dadurch gerechtfertigt, dass unter den restriktiven Voraussetzungen, die sie aufstellt, der Übernehmer das Arbeitsergebnis zu sehr viel tieferen Kosten herstellen kann als der Hersteller (Baudenbacher/Glöckner, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Basel etc. 2001, N 47 zu Art. 5 UWG). Typische Beispiele sind das Scannen und Fotokopieren von Dokumenten, das Nachgiessen und Nachfräsen von Warenformen oder das Kopieren elektronischer Daten (vgl. Baudenbacher/Glöckner, N 49 zu Art. 5 UWG; David/Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005, N 380, je m.w.H.). Die Gesuchstellerin behauptet nicht, dass die Gesuchsgegnerin die von ihr entwickelten Fixierungen mittels technischer Reproduktionsverfahren und ohne angemessenen Aufwand übernommen hat, soweit dies technisch überhaupt möglich ist. Deshalb kann die Gesuchstellerin ihren Verbotanspruch nicht auf Art. 5 lit. c UWG abstützen.

d) Die Gesuchstellerin beruft sich weiter auf Art. 3 lit. d UWG. Danach handelt unlauter, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Die Verwechslungsgefahr beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den ein Produkt oder ein Werbeauftritt im Erinnerungsbild eines typischen Letztabnehmers hinterlässt (David/Jacobs, a. a. O., N 224; Baudenbacher/Caspers, N 51 und 60 zu Art. 3 lit. d UWG m.w.H.). Seitens der Letztabnehmer ist das Unterscheidungsvermögen der angesprochenen Verkehrskreise massgebend, darunter die Aufmerksamkeit, die beim Einkauf der Waren gewöhnlich angewendet wird; professionelle Einkäufer gelten dabei als aufmerksamer als das breite Publikum (Baudenbacher/Caspers, N 96 f. zu Art. 3 lit. d UWG m.w.H.).

Die umstrittenen Fixierungen werden überwiegend von Spitälern gekauft. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin ist aber nicht das medizinische Personal, das die Produkte oft unter Zeitdruck anwendet, der massgebliche Letztabnehmer, sondern jene Personen, die – allenfalls gestützt auf Anträge des medizinischen Personals – im Spital den Kaufentscheid fällen. Es ist davon auszugehen, dass diese Personen den Markt und die verschiedenen Hersteller kennen, bei ihrer Arbeit eine hohe Aufmerksamkeit walten lassen und den Kaufentscheid nach Prüfung der Produkte insbesondere betreffend Tauglichkeit und Kosten fällen.

Da die fraglichen Fixierungen aus Hygienegründen nur verpackt gehandelt werden, beurteilt sich die Verwechslungsgefahr anhand des Gesamteindrucks, den das verpackte Produkt erweckt. Die Fixierungen der Gesuchstellerin sind in Zellophan-

beutel verpackt, in die ein weisser oder blauer Zettel geschoben ist. Auf dessen einer Seite sind die Produkt- und Herstellerangaben aufgedruckt, auf der anderen Seite eine Gebrauchsanleitung. Die Fixierungen der Gesuchsgegnerin hingegen sind in deutlich grössere Beutel verpackt, deren Rückseite aus Papier und die Vorderseite aus einer Klarsichtfolie besteht. In die Verpackung ist ein weisser Zettel geschoben, der analoge Angaben enthält wie die Beipackzettel der Produkte der Gesuchstellerin, aber unterschiedlich gestaltet ist. Vor allem aber tragen die Produkte der Gesuchstellerin den Schriftzug X. in einem Oval, jene der Gesuchsgegnerin den Schriftzug Y., in dessen Mitte sich ein Äskulapstab befindet. In ihrem Gesamteindruck unterscheiden sich die Verpackungen so stark, dass eine Gefahr von Fehlzuordnungen durch die professionellen Einkäufer praktisch ausgeschlossen scheint. Die gleichen Überlegungen gelten auch für die von der Gesuchstellerin an Schranken eingereichten Fixierungen der Gesuchsgegnerin, bei welchen die Zellophanbeutel ein weitgehend gleiches Format wie diejenigen der Gesuchstellerin aufweisen. Die Gesuchsgegnerin hielt fest, dabei handle es sich um allererste Musterserien, die den Spitälern, als Muster gekennzeichnet, unentgeltlich abgegeben worden seien. Aufgrund dieser nicht von vorne herein unglaubwürdigen Angaben der Gesuchsgegnerin hat die Gesuchstellerin nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerin Fixierungen mit den gleich grossen Beuteln vertreibt. Insgesamt kann somit die Gesuchstellerin ihren Verbotsanspruch auch nicht auf Art. 3 lit. d UWG abstützen.

e) Weiter ist eine Verletzung der Generalklausel von Art. 2 UWG zu prüfen. Nach der Rechtsprechung können Nachahmungen ausnahmsweise Art. 2 UWG verletzen, wenn der Nachahmer den Ruf des Konkurrenten systematisch, raffiniert oder in schmarotzerischer Weise ausbeutet oder wenn ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszwecks einer Warenform eine andere Gestaltung möglich und zumutbar wäre (BGE 131 III 384 E. 5.3 – Immobilien-Inserate; 116 II 365 E. 3b – Nivea, je m.w.H.). Es lassen sich dabei zwei Fallgruppen unterscheiden: erstens die Schaffung einer Verwechslungsgefahr, soweit sie nicht unter Art. 3 lit. d UWG fällt (siehe z. B. 108 II 69 E. 2c – Rubik-Würfel, 116 II 365 E. 4 – Nivea, 108 II 327 E. 5 – Lego v. Suchard), und zweitens die sogenannte verdeckte Rufausbeutung (Baudenbacher, N 242 und 245 zu Art. 2 UWG; Baudenbacher/Glöckner, N 76 zu Art. 3 lit. e UWG m.w.H.; BGE 113 II 190 E. 2b – Corbusier-Möbel). Eine Verwechslungsgefahr mit den Produkten oder dem Betrieb der Gesuchstellerin besteht vorliegend nicht (siehe soeben Erwägung 3d). Zu prüfen ist aber, ob eine verdeckte Rufausbeutung vorliegt.

Merkmal einer verdeckten Rufausbeutung ist der Umstand, dass der Verletzer seine Produkte unmittelbar von den Vorstellungen des Publikums über das bezuggenommene Produkt profitieren lässt, also einen Image-Transfer zu seinen Produkten anstrebt (Baudenbacher, N 239 f. zu Art. 2 UWG; Baudenbacher/Glöckner, N 87 und 108 zu Art. 3 lit. e UWG). Eine verdeckte Rufausbeutung liegt daher vor, wenn ein Konkurrent die Gestaltung eines fremden Produkts übernimmt und dieses plan-

mässig an dessen Merkmale annähert, um von dessen gutem Ruf zu profitieren (Baudenbacher, N 240 f. zu Art. 2 UWG m.w.H.). Eine Anlehnung ist aber nur rechtswidrig, wenn sie unnötig ist und die Markttransparenz beeinträchtigt statt fördert (Baudenbacher, N 243 zu Art. 2 UWG; Baudenbacher/Glöckner, N 96–99 zu Art. 3 lit. e UWG). Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Nachahmung eines Produktes grundsätzlich erlaubt ist. Dass damit ein gewisses Mass an Anlehnung einhergeht und der Nachahmer aus der Innovation anderer einen Vorteil zieht, liegt in der Natur der Sache und macht die Nachahmung nicht schon unlauter (sic! 1999, 581–589, E. F/e/cc – Rivella/Apiella II; sic! 2001, 658–668, E. XVI.4.2 – Schmiermittel II). Deshalb dürfen Produkte, deren Form technisch bedingt ist, die aber keinen Patentschutz geniessen, sogar sklavisch nachgeahmt werden (BGE 93 II 272 E. 6 – Kuttelreinigungsmaschine). Ein Wettbewerbsteilnehmer darf auch nicht über den Umweg des Lauterkeitsrechts die Vorteile eines Immaterialgüterschutzes erlangen, ohne die oft strengen Schutzvoraussetzungen der Immaterialgüterrechte erfüllen zu müssen (sic! 2001, 658–668, E. XVI.4.2 – Schmiermittel II). Ansonsten wäre zum Beispiel die Herstellung und der Vertrieb von Medikamenten-Generika bald einmal unlauter, selbst wenn damit keine Herkunftstäuschung verbunden ist. Aus diesen Gründen darf eine Rufausbeutung nur in krassen Fällen angenommen werden (sic! 1999, 581–589, E. F/e/cc – Rivella/Apiella II).

Weil die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin den Vertrieb ihrer Produkte an sich untersagen will, sind für die Beurteilung, ob eine verdeckte Rufausbeutung vorliegt, nur die Produkte massgebend, nicht aber die Werbung der Gesuchsgegnerin.

Die Produkte der Gesuchstellerin haben glaubhaft einen guten Ruf. Die Gesuchstellerin hält deren Nachahmung für unlauter, weil ihre Form charakteristisch und nicht ausschliesslich technisch bedingt sei. Ob dies zutrifft, kann offen bleiben: Ist die Form der Produkte nämlich technisch bedingt, dürfen sie auch sklavisch nachgearbeitet werden; ist die Form jedoch nicht technisch bedingt, kann sie, sofern sie neu und eigenartig ist, als Design registriert werden (Art. 2 DesG). Eine Auslegung von Art. 2 UWG, gemäss welcher die Produkte der Gesuchstellerin, die weder Patent- noch Designschutz geniessen, vor Nachahmungen geschützt wären, würde daher der gesetzlichen Wertung des Patent- und Designrechts zuwiderlaufen. Geht man zudem davon aus, dass die Hersteller von Fixierungen einen gewissen Spielraum bei der Wahl der Ausstattung ihrer Produkte haben, wären die Möglichkeiten einer sinnvollen Formgebung bald einmal ausgereizt, wenn jeder Hersteller gegenüber den Konkurrenzprodukten einen gebührenden Gestaltungsabstand einhalten müsste. Die Hersteller müssten dann auf ausgefallene Formen ausweichen, die in der Verwendung weniger praktisch sind. Dies ist ihnen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zuzumuten (vgl. BGE 93 II 272 E. 6 – Kuttelreinigungsmaschine). Daher liegt keine Verletzung von Art. 2 UWG vor, die ein Vermarktungsverbot für die streitigen Fixierungen rechtfertigen könnte.

f) Nach dem Gesagten sind die Rechtsbegehren 1.1. – 1.1.4. abzuweisen, ohne dass eine Nachteilsprognose anzustellen ist.

### III. Strafrecht einschliesslich Opferhilfe

---

#### 62

*Art. 21 StGB (SR 311.0).* Verbotsirrtum. Der Inhaber einer Polizeibewilligung, der entgegen einer Ordnungsbestimmung von der Aufsichtsbehörde nicht über eine Verschärfung der zu beachtenden Vorschriften informiert wurde, unterliegt einem (nicht vermeidbaren) Verbotsirrtum, wenn er sich bei seiner Tätigkeit an die altrechtlichen Vorschriften hält und deshalb die neuen Vorschriften verletzt. Umgekehrt kann er sich nicht auf eine Ausnahmebestimmung berufen, die in der alten Bewilligung nicht erwähnt wurde und im Tatzeitpunkt bereits aufgehoben war.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 2. Juni 2009*

Dem Angeklagten A. wird unter anderem vorgeworfen, unbefugt Tiere ausserhalb von bewilligten Schlachthanlagen geschlachtet zu haben (Art. 48 Abs. 1 lit. e des Lebensmittelgesetzes; abgekürzt LMG). Zusammen mit Helfern habe er drei Rothirsche aus seiner Zucht, die er zuvor geschossen und entblutet hatte, ohne Beizug eines Tierarztes ausgeweidet und die Schlachtierkörper weiter zerlegt, indem er ihnen den Kopf abtrennte.

Aus den Erwägungen:

7. a) Nach Art. 48 Abs. 1 lit. e LMG macht sich strafbar, wer vorsätzlich ohne Berechtigung Tiere ausserhalb von bewilligten Schlachthanlagen schlachtet. Zucht-Schalenwild, darunter Rothirsche (Art. 3 lit. e der Verordnung über das Schlachten und die Fleischkontrolle vom 23. November 2005, SR 870.190; abgekürzt VSFK), kann im Freien getötet und entblutet werden, muss aber anschliessend in eine bewilligte Schlachthanlage verbracht werden; unter tierärztlicher Aufsicht kann es auch im Freien ausgeweidet werden (Art. 11 Abs. 3 VSFK i.V. m. Art. 16 LMG). [...]

[b–d: Der Angeklagte hat den Tatbestand von Art. 48 Abs. 1 lit. e LMG erfüllt.]

e/aa) [...] Wer [...] bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, unterliegt einem Rechts- oder Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) und handelt nicht schuldhaft; war der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe. Ein Verbotsirrtum ist entschuldbar, wenn der Täter durch eine zuständige Behörde über die Rechtslage falsch belehrt wurde (BGE 98 IV 279 Erw. 2a), nicht jedoch, wenn er sich über den Inhalt einer rechtlichen Regelung, von deren Existenz er weiss, nicht genügend informiert, wenn er durch die zuständige Behörde ausdrücklich auf die Rechtslage hingewiesen worden ist oder wenn er sich über behördliche Anordnungen hinwegsetzt (BGE 120 IV 208 Erw. 5b, 121 IV 109 Erw. 5b, 129 IV 6 Erw. 4.1, je m.w.H.).

bb) [Der Angeklagte macht geltend, er habe sich beim Schlachten an die Zusatzvorschriften zur Bewilligung vom 20. Dezember 2004 zur Haltung von Wildtieren gehalten.] Diese Bewilligung war vom Veterinäramt für fünf Jahre ausgestellt worden und war an die «Herren A. und B., X. AG, in Z.» adressiert. Die Zusatzvorschriften stützten sich auf die damals geltende Fleischhygieneverordnung (FHyV) vom 1. März 1995 (AS 1995, 1666) ab.

Die Fleischhygieneverordnung wurde am 1. Januar 2006 durch die strengere VSFK ersetzt. Art. 66 VSFK sieht vor, dass Betriebsbewilligungen, die nach der FHyV erteilt worden waren, bis zum 30. Juni 2006 an die geänderten Bestimmungen anzupassen waren (Art. 66 VSFK). Am 15. März 2006 stellte das Veterinäramt deshalb eine erneuerte Bewilligung samt Zusatzvorschriften aus, sandte diese aber bloss an B. Es ist nicht bewiesen, dass der Angeklagte davon Kenntnis erhielt.

cc) Der Angeklagte war sich bewusst, dass seine Tätigkeit rechtlich geregelt war und kannte die in den Zusatzvorschriften wiedergegebenen Vorschriften zumindest teilweise. Offenbar war ihm aber entgangen, dass sich die Rechtslage per 1. Januar 2006 geändert hatte. [ . . . ]

dd) Art. 66 VSFK sollte sicherstellen, dass die Bewilligungsinhaber über die geänderten Vorschriften informiert wurden. Deshalb waren selbst jene Bewilligungen zu erneuern, die über das Stichdatum 30. Juni 2006 gültig waren. Art. 66 VSFK wandelt somit die Information über die Rechtslage von einer «Holschuld» in eine «Bringschuld» des Staates um. Konsequenterweise dürfen sich die Bewilligungsinhaber darauf verlassen, dass sie das geltende Recht nicht verletzen, wenn sie die ihrer gegenwärtigen Bewilligung beigefügten Zusatzvorschriften einhalten. Umgekehrt müssen sie sich die Kenntnis dieser Vorschriften zurechnen lassen. Der Angeklagte hat also nicht schuldhaft gehandelt, soweit er sich nach Inkrafttreten der VSFK an die alten Zusatzvorschriften hielt, auch wenn er dadurch die strengeren Vorschriften der VSFK verletzte.

ee) [ . . . ] Ziff. 5.4 der Zusatzvorschriften [gibt] die Rechtslage unter der FHyV nicht korrekt wieder: Die Bestimmung erwähnt nicht, dass Wild in geringer Anzahl nach dem Ausweiden nicht in einer bewilligten Schlachthanlage weiterverarbeitet werden musste (Art. 16 Abs. 2 lit. b FHyV). Die Zusatzvorschriften gaben also die Rechtslage unter der FHyV strenger wieder, als sie war. [Es scheint ausgeschlossen, dass diese Abweichung dem Angeklagten bekannt war.] Der Verteidigung kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie argumentiert, der Angeklagte könne sich auf den im Tatzeitpunkt nicht mehr geltenden Art. 16 Abs. 2 lit. b FHyV berufen – also auf eine Bestimmung, die er weder kannte noch die im Tatzeitpunkt galt. Massgebend für den Rechtsirrtum sind vielmehr Ziff. 5.4 und 5.5 der Zusatzvorschriften.

ff) Aus diesen Gründen durfte der Angeklagte in guten Treuen davon ausgehen, dass er die Hirsche im Freien ohne tierärztliche Aufsicht ausweiden durfte, nicht aber, dass er sie ausserhalb einer bewilligten Schlachthanlage weiterverarbeiten durfte. Der Angeklagte handelte somit nur insoweit schuldhaft, als er mit seinen Helfern die Hirsche nach dem Ausweiden weiter zerlegte. Doch auch damit hat er den Tatbestand von Art. 48 Abs. 1 lit. e LMG erfüllt. Er ist insoweit schuldig zu sprechen.

**63**

*Art. 34, Art. 40, Art. 47 und Art. 197 Ziff. 3 StGB (SR 311.0).* Wahl der Sanktionsart für Strafen zwischen sechs Monaten und einem Jahr. Freiheitsstrafe (statt Geldstrafe) bei Schuldspruch wegen Kinderpornographie. Neben den Kriterien der Zweckmässigkeit, der Verhältnismässigkeit (Geldstrafe vor Freiheitsstrafe) und der präventiven Effizienz einer Sanktion berücksichtigt die Strafkammer namentlich den Stellenwert der betroffenen Rechtsgüter und Gesichtspunkte des Schuldausgleichs bei besonders gelagerter Opfer-Täter-Beziehung.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 26. Februar 2009*

Aus den Erwägungen:

III./1. Art. 197 Ziff. 3 StGB sieht als Sanktion Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vor. Im vorliegenden Fall liegt der obere Strafraumen – da es um mehrfache Pornographie geht – bei viereinhalb Jahren Freiheitsstrafe (Art. 197 Ziff. 3 i.V. m. Art. 49 Abs. 1 StGB) und nicht bei drei Jahren, wovon der Verteidiger ausgeht.

Das Verschulden des Angeklagten muss angesichts seiner Funktion als Administrator und technischer Supporter der Pädophilenforen, der Dauer der Delinquenz und des grossen Benutzerkreises (dem unter anderem auch die Postings des Angeklagten zugänglich gemacht wurden, auch wenn nur von einer geringen Anzahl eigener Postings auszugehen ist) als mittelschwer eingestuft werden. Angesichts der wichtigen Aufgabe, die der Angeklagte beim Betrieb der einschlägigen Foren ausübte, wobei er durch seinen technischen Support Dritten den Zugang erst ermöglichte oder erleichterte, und des damit einhergehenden Verschuldens erscheint eine Sanktion im Schnittbereich des ersten und zweiten Drittels des ordentlichen Strafraumens angebracht. Leicht strafmindernd wirken der nur leicht getriebene Leumund (der Angeklagte ist im schweizerischen und im deutschen Strafregister nicht verzeichnet, und die nach eigenen Angaben in X. erfolgte Bestrafung wegen Betrugs betrifft einen ganz andern Bereich) sowie der Umstand, dass insbesondere die Tätigkeit als Administrator schon einige Jahre zurückliegt. Bei dieser Ausgangssituation stehen damit grundsätzlich eine Geldstrafe von 360 Tagessätzen oder aber eine Freiheitsstrafe von zwölf Monaten zur Auswahl. Wo das Gesetz Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vorsieht, steht grundsätzlich die Geldstrafe im Vordergrund. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit, wonach bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft. Zu berücksichtigen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Zweckmässigkeit einer bestimmten Strafart, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz (BGE

134 IV 85). Die Strafkammer berücksichtigt in ihrer Praxis namentlich den Stellenwert der betroffenen Rechtsgüter (z. B. gravierende Körperverletzungen, erheblicher sexueller Missbrauch), aber auch Gesichtspunkte des Schuldausgleichs bei besonders gelagerter Opfer-Täter-Beziehung und insbesondere bei bedingten Strafen die (spezial- und generalpräventive) Effizienz der gewählten Strafart (vgl. dazu: Erste Erfahrungen mit dem ATStGB, publiziert in: [www.gerichte.sg.ch/weitere News](http://www.gerichte.sg.ch/weitereNews); ST.2005.167-SK3). Art. 197 StGB schützt die sexuelle Integrität und damit ein durch die Gesellschaft und den Gesetzgeber hoch bewertetes Rechtsgut. Dem Tatbestand der Pornographie liegt «der Gedanke zugrunde, dass sich die im Gesetz genannten Darstellungen und Vorführungen auf den Verbraucher korrumpierend auswirken können, mithin geeignet sind, beim Betrachter u. a. die Bereitschaft zu erhöhen, das Geschehen selbst nachzuahmen. In diesem Sinne weckt der Konsum kinderpornographischer Erzeugnisse die Nachfrage für die Herstellung solcher Produkte und schafft den finanziellen Anreiz zur Begehung von Straftaten. Insofern trägt er mittelbar zum sexuellen Missbrauch von in solchen Machwerken zur Schau gestellten Kindern bei» (BGE 131 IV 19). Anhand einer Gesamtwürdigung, wie sie bei der Strafzumessung vorzunehmen ist (vgl. Art. 47 StGB), erscheint vorliegend der Wichtigkeit der dem Angeklagten zukommenden Funktion im Rahmen des Betriebs der Internetforen, der Schwere des Verschuldens und der Gewichtung des verletzten Rechtsguts nur eine Freiheitsstrafe gerecht zu werden. Diese ist auf zwölf Monate festzusetzen. Sie ist bedingt auszusprechen mit einer Probezeit von zwei Jahren (Art. 42 und 44 StGB).

## 64

*Art. 47 StGB (SR 311.0), Art. 19 BetmG (SR 812.121).* Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten. Vorrangige Bedeutung der Aufgabe und Stellung des Täters im Gesamtgefüge des illegalen Drogenhandels. Einem Transporteur bzw. Spediteur kommt innerhalb des gesamten Handelsnetzes eine wichtige Funktion zu, anders als dem eigentlichen Kurier, der eine absolut unselbstständige Stellung einnimmt.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 2. September 2009*

Aus den Erwägungen:

II./3. a) Bei der Bestimmung der Tat- und Täterkomponenten bei Betäubungsmitteldelikten kommt der Aufgabe und Stellung des Täters im Gesamtgefüge des illegalen Drogenhandels eine vorrangige Bedeutung zu. Dazu liefern verschiedene Faktoren, wie Menge, Gewinnaussichten, Zugang zu Bezugs- und Absatzquellen,

Selbstständigkeit oder weisungsgebundenes Handeln sowie eigene Süchtigkeit oder reines Profitstreben ohne (oder dann selbstverschuldete) Notlage wichtige Anhaltspunkte. In der Praxis sind dazu verschiedene Modelle entwickelt worden und finden regelmässig Anwendung. Die Modelle von Thomas Hansjakob (in: ZStrR 115 [1997] S. 233 ff.) und Thomas Fingerhuth/Christof Tschurr (BetmG-Kommentar, Zürich 2007, S. 382 ff.) orientieren sich in erster Linie an der (reinen) Menge der Betäubungsmittel in Relation zu den vom Bundesgericht für einen schweren Fall festgelegten Grenzwerten. Die Strafkammer des Kantonsgerichts dagegen orientiert sich an ihrem eigenen Modell von Peter Frei und Carlo Ranzoni (in: AJP 11/95, S. 1439 ff.), das der Aufgabe und Stellung eine im Verhältnis zur Menge wesentlich stärkere Bedeutung zumisst. Als Ausfluss dieser Gewichtung hat das Modell verschiedene Kategorien definiert und insbesondere die Drogenabhängigen, die den Handel zur eigenen Suchtbefriedigung betreiben, sowie die eigentlichen Kurier, die unselbstständig handeln, über keinen Zugang zu Lieferanten und Abnehmern verfügen (und diese auch nicht kennen) und eine sehr begrenzte Gewinnaussicht haben, einer eigenen Kategorie zugewiesen. Dabei hat die Strafkammer – im Einklang mit der Praxis des Bundesgerichts – immer klargestellt, dass allen Modellen nur eine Richtlinien-Funktion zukommen kann.

b) Gemessen an den vorstehend dargelegten Grundsätzen ist der Angeklagte kein eigentlicher Drogenkurier, sondern ein Transporteur bzw. Spediteur, dem innerhalb des gesamten Handelsnetzes eine wichtige Funktion zukommt. Denn anders als der eigentliche Kurier, der eine absolut unselbstständige Stellung einnimmt, wurde der Angeklagte von zwei Personen im Auftrag der Lieferanten im Büro seiner Speditionsfirma in X. aufgesucht und es wurde ihm der Vorschlag unterbreitet, eine sehr grosse Menge Heroin in die Schweiz zu transportieren. Obwohl er anfänglich abgelehnt haben will, nutzte er die ihm eingeräumte Bedenkzeit von einigen Tagen und entschloss sich dann, den Transport auszuführen. Wie er [...] erklärte, hatte er Schulden bei den Banken und steckte mit seiner Speditionsfirma in finanziellen Schwierigkeiten. Die Aussicht auf den versprochenen Transportlohn von 50 000.– Euro war offenbar grösser als die angeblichen Hemmungen, auf ein solches Geschäft einzusteigen. Der Angeklagte handelte also aus reinem Gewinnstreben. Dass er dann tatsächlich 150 Kilogramm transportieren musste, mag so von Anfang an nicht abgesprochen gewesen sein und es kann dem Angeklagten auch geglaubt werden, dass er sich dagegen wehrte, für die gleiche in Aussicht gestellte Entschädigung die dreifache Menge zu transportieren. Da es aber auf die Menge nicht entscheidend ankommt und diese vorliegend die Rolle des Angeklagten nicht wesentlich verändert, ist dieser Umstand auch nicht weiter entscheidend. Gesamthaft betrachtet hat der Angeklagte innerhalb des gesamten Handelsnetzes von der Beschaffung der illegalen Drogen bis zu deren Verteilung an die Endabnehmer eine wesentliche und auch selbstständige Rolle eingenommen. Dies belegt nicht nur der Umstand, dass ihm die sehr grosse Menge von 150 Kilogramm Heroin bester Qualität anvertraut wurde, sondern auch die ganz erhebliche

Gewinnaussicht von mindestens Fr. 75 000.– (was bezogen auf das Lohnniveau in X. den in der Schweiz geltenden Richtwert für den grossen Umsatz bei Gewerbmässigkeit übersteigt). Er ist damit nicht mit einem einfachen Kurier, sondern eher einem international tätigen Grosshändler vergleichbar und die Tat- und Täterkomponenten wiegen sehr schwer. Dass das Geschäft offenbar an ihn herangetragen wurde und er es nicht aktiv suchte, führt zu einer Reduktion der Einsatzstrafe innerhalb der genannten Kategorie, die ausserordentlich grosse Menge, verbunden mit dem ebenso grossen Gefährdungspotenzial hingegen zu einer entsprechenden Erhöhung (vgl. Frei/Ranzoni, a. a. O., S. 1442 f.). Insgesamt ist von einer Einsatzstrafe von 13 Jahren auszugehen.

## **IV. Rechtspflege**

---

### **1. Gerichtsorganisation und -verfahren allgemein**

---

#### **65**

*Art. 74 GerG (sGS 941.1); Art. 165 ZPO (sGS 961.2).* Zustellung von Prozessunterlagen an ausländische Parteien; Treu und Glauben im Zivilprozess; Art. 74 GerG; Art. 165 ZPO

*Kassationsgericht, 10. September 2009*

Im November 2007 versuchte das Handelsgericht, der Beschwerdeführerin die Klage samt Aufforderung zur Einreichung einer Klageantwort auf dem Rechtshilfegeweg zuzustellen. Die Beschwerdeführerin weigerte sich, die nicht auf Norwegisch übersetzten Dokumente entgegenzunehmen. Im Juni 2008 veranlasste das Handelsgericht erneut die Zustellung der Dokumente; die Klageschrift, das Verzeichnis der Beilagen und die Aufforderung des Handelsgerichtspräsidenten zur Einreichung einer Klageantwort lagen auch in beglaubigter Übersetzung auf Norwegisch bei. Am 24. Juni 2008 wurde die Beschwerdeführerin über den Inhalt der Dokumente in Kenntnis gesetzt. Sie verweigerte die Annahme erneut. Sie hat sich in der Folge auch nicht zur Klage vernehmen lassen.

Wie die Beschwerdebeklagte zutreffend einwendet, kann die zentrale Behörde des ersuchten Staates nach Art. 5 Abs. 3 HZÜ verlangen, dass das Schriftstück, das zugestellt werden soll, in der Amtssprache der ersuchten Sprache abgefasst oder in diese übersetzt ist. Im vorliegenden Fall wurde die Klage samt Aufforderung zur Klageantwort der Beschwerdeführerin zugestellt, ohne dass die zentrale Behörde Norwegens eine Übersetzung verlangte. Die Beschwerdeführerin verweigerte jedoch die Annahme der ihr zugestellten Schriftstücke. In diesem Sinn wurde die erste Zustellung im angefochtenen Entscheid in tatsächlicher Hinsicht als erfolgt festgestellt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die Annahme zu Recht verweigert. Damit anerkennt sie auch die tatsächliche Feststellung der erfolgten ersten Zustellung als richtig. Ob sie die Annahme dieser Zustellung wegen fehlender Übersetzung zu Recht verweigerte – bzw. ob der erste Zustellungsversuch deshalb als «unbeachtlich» zu gelten habe –, beurteilt sich ausschliesslich nach Bundesrecht (HZÜ); dessen allfällige Verletzung fällt nicht unter die abschliessend genannten Nichtigkeitsgründe (Art. 239 Abs. 1 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 1a zu Art. 239 ZPO). Für das Kassationsgericht bildet die festgestellte unbestrittene erste Zustellung eine verbindliche tatsächliche Feststellung. Auf die geltend gemachte Verletzung von Bundesrecht kann nicht eingetreten werden. Nach Art. 74 Abs. 1 GerG haben Beteiligte, die im Ausland wohnen (mit Sitz im Ausland: Art. 22 Abs. 3 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 3 vor Art. 22 ff. ZPO), eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen. Nach Art. 74 Abs. 2 GerG kann als Person mit unbekanntem Aufenthalt oder als unentschuldigt abwesend behandelt werden, wenn ihm diese Folge angedroht wurde.

Hat aber die Beschwerdeführerin tatsächlich zweimal die Annahme verweigert, und zwar die zweite Annahme, obwohl sie aktenkundig über den Inhalt der zuzustellenden Dokumente informiert war und dieser Inhalt auch die von ihr anlässlich der ersten Annahmeverweigerung verlangte Übersetzung umfasste, so verhält sie sich widersprüchlich, wenn sie eine Androhung nach Art. 74 Abs. 2 GerG oder das Vorgehen nach Art. 73 GerG vermisst.

Die Vorinstanz brauchte nicht nach Art. 73 Abs. 2 GerG vorzugehen. Denn der Aufenthaltsort der Empfängerin war ihr bekannt. An diesen wandte sie sich denn auch zweimal auf dem Rechtshilfeweg. Ob die – tatsächlich erfolgte – zweite Zustellung die Ansetzung einer Nachfrist mit Androhung nach Art. 74 Abs. 2 GerG enthielt oder hätte enthalten müssen, kann aber offen bleiben. Denn was immer die zweite Zustellung enthalten haben mochte: Die Beschwerdeführerin weigerte sich offenbar, davon – auch von einer allfälligen Nachfristansetzung mit der Androhung von Säumnisfolgen – überhaupt Kenntnis zu nehmen. Nach Art. 108 Ziff. 1 OR braucht einem Schuldner keine Nachfrist angesetzt zu werden, wenn aus seinem Verhalten hervorgeht, dass sich die Nachfrist als unnütz erweisen würde. Hierbei handelt es sich um eine Konkretisierung von Art. 2 ZGB, also des Gebots von Treu und Glauben (Wolfgang Wiegand im Basler Kommentar Obligationenrecht I [4. A. Basel 2007] Rz. 2 zu Art. 108 OR). Das Gebot von Treu und Glauben gilt auch im

Prozessrecht (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht [3. A. Zürich 1979] S. 188 ff. [3]).

Zwar sieht Art. 165 Abs. 2 ZPO die Ansetzung einer Nachfrist mit Androhung von Säumnisfolgen vor. Diese Regel ist als zwingende prozessrechtliche Vorschrift auch grundsätzlich einzuhalten. Ihr Zweck ist die Wahrung des rechtlichen Gehörs. Die Beschwerdeführerin hat vorliegend jedoch nicht einfach eine «Frist nicht eingehalten», sondern mit ihrer zweimaligen Annahmeverweigerung bewusst und aktiv bekundet, sich auf Schriftstücke bekannter Bedeutung (Klageschrift [einmal mit gewünschter Übersetzung]) nicht einzulassen, mithin auf das rechtliche Gehör hierzu zu verzichten. Unter solchen Umständen erwiesen sich weitere Zustellversuche von Schriftstücken, welchen Inhaltes auch immer, von vornherein als unnützlich. Gleiches hätte gegolten, wenn eine inländische Beschwerdeführerin die Annahme von Zustellungen, über deren Inhalt sie informiert wurde, verweigert haben sollte. Der Gleichbehandlungssatz, den die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang anruft, wurde deshalb ebenfalls nicht verletzt. Die Vorinstanz hat daher kein kantonales Recht verletzt, indem sie nach zwei erfolglosen Zustellversuchen nicht noch einen weiteren Zustellversuch unternommen hat, nachdem beide vormaligen Sendungen die Adressatin erreicht haben, von dieser aber, auch nach Bekanntwerden des Inhaltes, die Annahme kategorisch verweigert wurde.

## 2. Verwaltungsrechtspflege

---

### 66

*Art. 18 Abs. 1 VRP (sGS 951.1).* Ein im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme angeordnetes Verbot der Nutzung eines nicht bewilligten gewerblichen Teils einer Baute ausserhalb der Bauzone wurde als rechtmässig beurteilt.

*Präsident des Verwaltungsgerichts, 16. Februar 2009*

Aus den Erwägungen:

2. 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 gerecht-

fertigt sein (Kölz/Häner, a. a. O., Rz 335). In die Interessenabwägung können – mit der erforderlichen Zurückhaltung – auch die Aussichten des Verfahrensausgangs in der Hauptsache einbezogen werden (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz.1112 mit Hinweisen). Besondere Bedeutung kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu. Dieser kann etwa gebieten, dass mit der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes noch zugewartet wird, wenn dieser während langer Zeit geduldet worden ist (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz.1112 mit Hinweisen).

2.1. Der Umbau eines Teils des Erdgeschosses des Wohnhauses in eine Wellness-Oase wurde unbestrittenermassen ohne Bewilligung erstellt. Der Umbau ist daher formell rechtswidrig. Wann der Umbau vorgenommen wurde, lässt sich den Akten nicht zweifelsfrei entnehmen. Im Rekurs wurde ausgeführt, die Erstellung der Wellness-Oase sei im Jahr 2005 erfolgt. Fest steht jedenfalls, dass es sich beim Baugesuch vom 29. Mai 2006 um ein sog. nachträgliches Baugesuch handelt und der inkriminierte Umbau in jenem Zeitpunkt bereits fertiggestellt war. Die Angaben im Gesuchsformular, wonach Baubeginn im Sommer 2006 und Bauvollendung im Herbst 2006 stattfänden, sind daher offensichtlich unzutreffend.

2.2. Das Baudepartement hielt fest, bei positiven Verfügungen könne die Rekursinstanz die Behebung eines rechtswidrigen Zustands dadurch erwirken, dass sie einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehe. Bei negativen Verfügungen könnten die Rechtsfolgen regelmässig nur durch Anordnung eines Nutzungsverbots vorläufig festgelegt werden. Nachdem der Rekurrent trotz negativer vorläufiger Beurteilung auf einen Rückzug des Rekurses verzichtet habe, sei davon auszugehen, dass er gegen den Rekursentscheid Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben werde. Dies hätte zur Folge, dass der nunmehr rund drei Jahre andauernde rechtswidrige Zustand einer gewerblichen Nutzung über längere Zeit beibehalten werden könnte. Hinzu komme, dass die Gemeinde über den konkreten Umfang der Wiederherstellung erst nach rechtskräftiger Erledigung des vorliegenden Verfahrens befinden könne. Es sei daher davon auszugehen, dass bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands weitere Zeit vergehen werde. Der rechtswidrige Zustand könnte damit über einen längeren Zeitraum andauern. Dafür spreche auch, dass der Rekurrent während des hängigen Rekursverfahrens und in Kenntnis der Rechtslage das Angebot der Wellness-Oase mit einem im Freien aufgestellten Sprudelbad erweitert habe. Das Bundesgericht habe wiederholt festgehalten, dass das in der Verfassung verankerte Gebot, Baugebiet und Nichtbaugebiet zu trennen, zu den zentralen Aufgaben des Raumplanungsrechts gehöre. Die öffentlichen raumplanerischen Interessen würden gebieten, dass die Landwirtschaftszone ihr Wesensmerkmal als eine Zone mit Bauten, die für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung oder den Gartenbau benötigt würden, nicht verliere. Dieses öffentliche Interesse überwiege zweifellos jenes des Rekurrenten an einer Weiterführung seines widerrechtlichen Betriebes in seinem Wohnhaus. Daran vermöchten auch die von ihm

angerufenen verfassungsmässigen Rechte nichts zu ändern. Zum Schutz der raumplanerischen Interessen müsse also die bestehende zonenwidrige Nutzung, deren Weiterbestand voraussehbar sei, untersagt werden. Da vorliegend davon auszugehen sei, dass mit Kunden der Wellness-Oase bereits Termine vereinbart worden seien, erscheine ein Nutzungsverbot per 1. April 2009 angemessen. Das Nutzungsverbot beziehe sich einzig auf die gewerbliche Nutzung der Liegenschaft für Therapie- und Wellnessangebote. Der Rekurrent, der seit gut drei Jahren von einem illegalen Zustand profitiert habe, solle nicht besser gestellt werden als all jene Bauherren, die vor der Errichtung von Bauten und Anlagen ein Baugesuch einreichen würden. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands werde dadurch jedoch nicht präjudiziert. Insbesondere werde auch die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde nicht unterlaufen.

Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz beabsichtige mit ihrem als vorsorgliche Massnahme getarnten Nutzungsverbot in Tat und Wahrheit die vorläufige Vollstreckung eines nach ihrer Ansicht gerechtfertigten Verbots der seit über 36 Jahre dauernden gewerblichen Nutzung der Liegenschaft. Daran ändere nichts, dass die Vorinstanz festhalte, das vorsorgliche Nutzungsverbot betreffe nur Wellness- und Therapieangebote. In der zentralen Frage gehe es um den gewerblichen Vorbestand und damit um die gewerbliche Nutzung der Liegenschaft. Mit dem Nutzungsverbot solle offenbar einzig der Fortgang des Hauptverfahrens dahingehend vorweggenommen werden, dass das von der Vorinstanz gewünschte Resultat (Verweigerung der gewerblichen Nutzung) bereits im laufenden Verfahren vorab festgehalten werde. Dies sei unzulässig. Gleichzeitig solle offenbar auch die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen den offenbar bereits im Mai 2008 gefällten Rekursentscheid unterlaufen werden. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer von der Möglichkeit Gebrauch mache, Verfügungen gerichtlich beurteilen zu lassen, rechtfertige in keiner Weise den Erlass eines vorsorglichen Nutzungsverbots. Nachdem im Juli 2007 bereits das damalige Amt für Raumentwicklung einen Verfügungsentwurf erlassen habe, die Wellness-Oase in der Liegenschaft des gutgläubigen Beschwerdeführers jedoch seit geraumer Zeit ohne jegliche Anstände und in überaus milder Form betrieben werde, könne nun nicht ernsthaft behauptet werden, es bestehe plötzlich eine Gefahr für öffentliche Interessen, die es nun sofort zu beseitigen gebe. Es seien keinerlei öffentlichen und schon gar keine zulässigen öffentlichen Interessen in Sicht, welche ein Nutzungsverbot rechtfertigen würden.

2.3. Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz vorwirft, sie beabsichtige mit der vorsorglichen Massnahme die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen ihren Entscheid zu unterlaufen, ist die Beschwerde unbegründet. Der Beschwerde kommt zwar von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 VRP). Dies bedeutet, dass der angefochtene Entscheid während der Dauer des Beschwerdeverfahrens grundsätzlich noch keine Wirkungen entfalten kann. Bei negativen Entscheiden, wie bei der Verweigerung

einer Baubewilligung, wie sie hier zur Diskussion steht, hat die aufschiebende Wirkung indessen nicht zur Folge, dass der Rechtsmittelkläger für die Dauer des Verfahrens so gestellt wird, wie wenn seinem abgelehnten Begehren entsprochen worden wäre. Zur Erhaltung eines Zustands oder zur Sicherung bedrohter Interessen können dagegen vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1105 mit Hinweisen). Im Übrigen könnte die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels nicht nur wegen Gefahr entzogen werden, sondern allgemein bei Vorliegen wichtiger Gründe (Art. 51 Abs. 1 VRP). Darauf ist allerdings nicht weiter einzugehen, da der Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht Gegenstand der angefochtenen Anordnung ist.

Bei einem Nutzungsverbot bis zur Erteilung oder Verweigerung einer Baubewilligung handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme (vgl. B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 1202). Die Erstellung einer Baute und die Nutzung derselben sind nicht gleich zu beurteilen. Insbesondere ist ein Nutzungsverbot nicht als Sanktion wegen nicht bewilligter Bautätigkeit oder Zweckänderung anzuordnen. Hiefür sehen Art. 132 BauG und Art. 292 StGB Strafbestimmungen vor. Das öffentliche Interesse am Verbot der Nutzung einer formell widerrechtlichen Baute ist in aller Regel anders zu gewichten als dasjenige am Verhindern einer solchen Baute. Entscheidend ist, ob hinreichende Gründe bestehen, einen Zustand einstweilen zu erhalten oder rechtliche Interessen zu sichern (Heer, a. a. O., Rz. 1203).

Im vorliegenden Fall ist aufgrund der vorliegenden Akten eine Bewilligung von gewerblichen Bauten oder Nutzungen nicht ausgewiesen. Zwar wurde 1972 eine Remise vom Gemeinderat nachträglich bewilligt. Eine Bewilligung der kantonalen Behörde befindet sich aber nicht in den Akten. Auch die übrigen Baugesuchsakten betreffen keine Bewilligungen gewerblicher Bauten. Allein die Bezeichnung von Abstellräumen oder einer Werkstatt in Plänen und Baugesuchsunterlagen sowie in Schätzungskatastern vermag eine gewerbliche Nutzung nicht nachzuweisen. Ob eine vorbestandene gewerbliche Nutzung vorliegt, ist vielmehr mit der Hauptsache zu entscheiden. Solange diese Frage nicht geklärt ist, ist eine gewerbliche Nutzung der Liegenschaft formell als unzulässig zu betrachten. Dies bedeutet, dass das Nutzungsverbot keinen Eingriff in eine bestehende Rechtsposition bzw. keine vorzeitige Vollstreckung eines Eingriffs darstellt. Von einem unzulässigen Verhindern einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde kann daher nicht gesprochen werden.

Im vorliegenden Fall weist die Vorinstanz zu Recht auf das erhebliche öffentliche Interesse an der Durchsetzung der raumplanungsrechtlichen Vorschriften und am Grundsatz der Trennung von landwirtschaftlicher und nichtlandwirtschaftlicher Nutzung. Der Umbau eines Teils des Wohnhauses in Therapieräume wurde ohne Bewilligung vorgenommen. Die materielle Zulässigkeit des Umbaus bzw. der Nutzung als Wellness-Oase ist im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen Ziff. 1 und 2 des Entscheids vom 23. Dezember 2008 zu klären. Ist eine Baute oder deren

Nutzung formell nicht bewilligt, kann sie grundsätzlich während des hängigen Bewilligungsverfahrens untersagt werden.

Derjenige Eigentümer, der ohne Bewilligung ein Bauvorhaben verwirklicht, soll grundsätzlich nicht besser gestellt werden als jener, der ordnungsgemäss ein Baugesuch einreicht und vor der Realisierung seines Bauvorhabens eine Bewilligung einholt. Mit einem Nutzungsverbot werden keine irreversiblen Massnahmen getroffen, und namentlich muss der Beschwerdeführer während des hängigen Verfahrens keine der ohne Bewilligung erstellten Bauten bzw. Bauteile entfernen. Das Nutzungsverbot ist somit ein geringer Eingriff in die Rechte des Beschwerdeführers. Dieser macht im Übrigen keine Angaben über die wirtschaftliche Bedeutung der Nutzung der Therapieräume bzw. der Wellness-Oase. Gegenüber der Gemeinde äusserte er, die Betreiberin der Therapieräume nutze diese in einem 50-Prozent-Pensum. Bei der Betreiberin handelt es sich offenbar um seine Lebenspartnerin, da beide Personen denselben Telefonanschluss besitzen. Die wirtschaftliche Bedeutung der Wellness-Oase liesse sich unschwer mit Angaben über die Einkünfte bzw. mit den Steuerveranlagungen darlegen. Mangels jeglicher Angaben des Beschwerdeführers ist ein überwiegendes privates Interesse des Beschwerdeführers an der weiteren Nutzung der Wellness-Oase durch seine Lebenspartnerin während des hängigen Verfahrens nicht ausgewiesen. Folglich ist die Beschwerde gegen die in Ziff. 2 des Entscheids des Baudepartements vom 23. Dezember 2008 angeordnete vorsorgliche Massnahme abzuweisen.

Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid mit Urteil vom 17. Juli 2009 (1C\_123/2009) abgewiesen.

## 67

*Art. 18 Abs. 1 VRP (sGS 951.1).* Werden bauliche Nutzungsbeschränkungen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen erlassen, so hat die Behörde genau zu bezeichnen, welche Bauten oder Teile davon nicht genutzt werden dürfen. Fehlerhafte Interessenabwägung bei der Anordnung einer Nutzungsbeschränkung für einen ohne Bewilligung als Parkgarage genutzten Lagerraum.

*Präsident des Verwaltungsgerichts, 19. August 2009*

Die Stadt St.Gallen bewilligte im Jahr 2005 die Überbauung Webersbleiche. Grundlage bildete der gleichnamige Gestaltungsplan. Nach diesem ist die Zahl der Parkplätze in der Tiefgarage auf 240 beschränkt. Nach der Erstellung der Überbauung wurde festgestellt, dass sich in den Untergeschossen insgesamt 260 Parkplätze

befinden. Die Erhöhung wurde erreicht, indem im 4. Untergeschoss eine Wand entfernt wurde, die nach den Plänen einen Lagerraum abtrennte. Die Parkgarage ist in verschiedene Miteigentumsanteile aufgeteilt. Die Baubewilligungskommission der Stadt St.Gallen entschied, dass die verantwortliche Generalunternehmerin und Vertreterin der Miteigentümergeinschaft den bewilligten Zustand wiederherzustellen habe. Als vorsorgliche Massnahme wurde zudem angeordnet, dass die Generalunternehmerin im Bereich der unbewilligten Grundrissänderung 20 Parkplätze im 4. Untergeschoss abzusperren habe, wobei alternativ 20 Parkplätze im 2. oder 3. Untergeschoss durch bauliche Massnahmen abgesperrt werden könnten. Die Generalunternehmerin sowie mehrere Miteigentümer erhoben gegen die vorsorgliche Massnahme Rekurs, der vom Baudepartement abgewiesen wurde. Dagegen erhoben die Betroffenen Beschwerde, die vom Präsidenten des Verwaltungsgerichts gutgeheissen wurde.

Aus den Erwägungen:

2.1. Nach Art. 18 Abs. 1 VPR kann die Behörde zur Erhaltung des Zustands oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen treffen. 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 sein (Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 335). In die Interessenabwägung können – mit der erforderlichen Zurückhaltung – auch die Aussichten des Verfahrensausgangs in der Hauptsache einbezogen werden (Cavelti/Vögeli, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen*, St.Gallen 2003, Rz. 1112 mit Hinweisen). Besondere Bedeutung kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu. Dieser kann etwa gebieten, dass mit der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes noch zugewartet wird, wenn dieser während langer Zeit geduldet worden ist (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1112 mit Hinweisen).

2.2. Die Beschwerdeführer 1 und 2 machen geltend, die vorläufige Beseitigung eines widerrechtlich geschaffenen Zustands sei kein eigenständiger Grund für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Dies ergebe sich klar aus dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 VRP.

Als Erhaltung eines Zustands kann indessen die Erhaltung eines bestimmten Sachverhalts bzw. eines bestimmten tatsächlichen Zustands oder die vorläufige Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustands betrachtet werden. Nach der Praxis ist es zulässig, ein Verbot der Nutzung einer formell nicht bewilligten Baute als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (Entscheid B 2009/2 des Verwaltungsgerichtspräsidenten vom 16. Februar 2009, in: GVP 2009 Nr. 66 sowie [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch), bestätigt vom Bundesgericht im Entscheid 1C\_123/2009 vom

17. Juli 2009; B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz.1202). Die Erstellung einer Baute und die Nutzung derselben sind indes nicht gleich zu beurteilen. Insbesondere ist ein Nutzungsverbot nicht als Sanktion wegen nicht bewilligter Bautätigkeit oder Zweckänderung anzuordnen. Hiefür sehen Art.132 BauG und Art. 292 StGB Strafbestimmungen vor. Das öffentliche Interesse am Verbot der Nutzung einer formell widerrechtlichen Baute ist in aller Regel anders zu gewichten als dasjenige am Verhindern einer solchen Baute. Entscheidend ist, ob hinreichende Gründe bestehen, einen Zustand einstweilen zu erhalten oder rechtliche Interessen zu sichern (Heer, a. a. O., Rz. 1203).

2.3. Nach der Praxis des Baudepartements genügt allein die formelle Rechtswidrigkeit einer Baute nicht, um ein Nutzungsverbot als vorsorgliche Massnahme anzuordnen. Die Vorinstanz hat daher die Haltung von Pferden in einer nicht bewilligten Baute in der Landwirtschaftszone zugelassen (GVP 1998 Nr.86). Sie liess ausserdem eine zeitlich beschränkte Nutzung eines in der Wohnzone ohne Bewilligung erstellten Allwetterplatzes für den Auslauf von Pferden zu. Als privates Interesse wurde dabei das Interesse des Eigentümers in Betracht gezogen, der für seine Pferde einen artgerechten Auslauf zur Befriedigung ihres Bewegungsdrangs bereitzustellen habe und es nicht einfach sei, für vier Pferde innert kurzer Zeit einen Ersatzauslauf zu finden (GVP 2007 Nr.124). Im erstgenannten Fall wurde das Interesse des Eigentümers am Verzicht auf eine Fremdplatzierung zweier Pferde höher gewichtet als das öffentliche Interesse an einem Nutzungsverbot der nicht bewilligten Scheune, welches als «äusserst gering» eingestuft wurde (GVP 1998 Nr. 86).

2.4. In der verwaltungsgerichtlichen Praxis wurde ein Nutzungsverbot einer ohne Bewilligung erstellten Wellness-Oase in einer Baute ausserhalb der Bauzone bestätigt, wobei mangels Angaben über die wirtschaftliche Bedeutung durch den Eigentümer bzw. Betreiber das private Interesse an der Nutzung als gering eingestuft wurde (VerwGE B 2009/2 vom 16. Februar 2009, GVP 2009 Nr. 66).

2.5. Im vorliegenden Fall widerspricht die Zahl der derzeit bestehenden Parkplätze unbestrittenermassen dem rechtskräftigen Gestaltungsplan. Das Verfahren zur Änderung dieses Plans ist noch hängig. Ist eine Baute oder deren Nutzung formell nicht bewilligt, kann sie grundsätzlich während des hängigen Bewilligungsverfahrens untersagt werden. Die materielle Zulässigkeit der Parkplatzerweiterung ist allerdings im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens gegen Ziff. 1 bis 3 des Beschlusses vom 14. November 2008 zu prüfen. Dieses Rekursverfahren wurde vom Baudepartement am 7. April 2009 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens betr. Änderung des Gestaltungsplans sistiert. Im vorliegenden Fall fällt auf, dass die Vorinstanz in ihren Erwägungen dennoch bereits den Entscheid in der Sache vorwegnimmt und in E. 9.2.2.3. festhält, der jetzige Zustand sei von der Stadt grundsätzlich zu Recht als nachträglich nicht bewilligungsfähig beurteilt worden. Dieser Punkt war im Verfahren betr. vorsorgliche Massnahmen aber gar nicht Streitgegenstand.

Zu Recht verweist die Vorinstanz auf das erhebliche öffentliche Interesse an der Durchsetzung und Einhaltung der bau- und planungsrechtlichen Vorschriften. Derjenige Eigentümer, der ohne Bewilligung ein Bauvorhaben verwirklicht, soll grundsätzlich nicht besser gestellt werden als jener, der ordnungsgemäss ein Baugesuch einreicht und vor der Realisierung seines Bauvorhabens eine Bewilligung einholt. Mit einem Nutzungsverbot werden in der Regel keine irreversiblen Massnahmen getroffen, und namentlich muss der Eigentümer während eines hängigen Verfahrens keine der ohne Bewilligung erstellten Bauten bzw. Bauteile entfernen. Das Nutzungsverbot gilt somit im Allgemeinen als geringer Eingriff in die Rechte des Eigentümers (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichtspräsidenten B 2009/2 vom 16. Februar 2009, GVP 209 Nr. 66).

2.6. Die Vorinstanz verwies wie erwähnt auf das gewichtige öffentliche Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung. Dieses ist zweifellos gegeben. Es ist zutreffend, dass ein vorsorgliches Nutzungsverbot verhindern kann, dass ein sich eigenmächtig über Vorschriften hinwegsetzender Bauherr nicht besser gestellt wird als derjenige, der sich korrekt verhält. Dies entbindet aber nicht von einer Interessenabwägung. Soweit die Vorinstanz im Hinblick auf die fehlende Bewilligungsfähigkeit das Nutzungsverbot als geeignet und erforderlich qualifiziert hat, gehen ihre Erwägungen an der Sache vorbei (vgl. oben E. 2.5.).

Die Vorinstanz begründete die Verhältnismässigkeit der Massnahme u. a. damit, dass diese nur diejenige Anzahl Parkplätze umfasst, die über die zulässige Zahl hinaus erstellt worden seien und den Beschwerdeführern die Wahl belasse, in welchem Stockwerk sie die Absperrung effektiv realisieren wollen. Damit wird den vorliegenden Verhältnissen allerdings zu wenig Rechnung getragen. Grundsätzlich wurden in der Verfügung vom 14. November 2008 die abzusperrenden Parkplätze genau bestimmt. Die Sperrung wurde für jene Parkplätze verfügt, die im Bereich der unbewilligten Grundrissänderung liegen. Allerdings wurden zusätzliche Varianten offengelassen. Für die betroffenen Eigentümer, die Beschwerdeführer 2, 3 und 4 sowie die Beschwerdebeteiligte 1, liegt damit ein erheblicher Eingriff in das Eigentumsrecht vor. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 und Baugesuchstellerin nicht mehr Eigentümerin der Parkplätze ist, begründet für den vorliegenden Fall gewisse Besonderheiten. Wohl hat die Behörde bei unbewilligt errichteten Bauten grundsätzlich die Wahl, entweder den Rechtsvorgänger als Verhaltensstörer oder den Eigentümer als Zustandsstörer ins Recht zu fassen. Allerdings muss sie, will sie den Verursacher der Störung und damit den Verhaltensstörer belangen, dafür sorgen, dass der an ihn gerichtete Befehl auch gegenüber dem neuen Zustandsstörer (und zivilrechtlich Berechtigten) vollstreckbar ist (vgl. M. Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss. Zürich 1999, S. 84). Die Baubehörden haben dabei aber auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie keine offensichtlichen Eigentumsrechte Dritter verletzen (vgl. BGE 1P/693 vom 14. Mai 1996 i. S. E. B./Stadt St.Gallen).

Die Vorinstanz nahm bei ihrer Interessenabwägung auf die besonderen Verhältnisse keine Rücksicht. Sie verwies allgemein auf das finanzielle Interesse der Eigentümer und qualifizierte dieses als grundsätzlich geringer als das auf dem Spiel stehende öffentliche Interesse. Soweit sie die Bösgläubigkeit in Betracht zog, kann sich diese allenfalls auf die Beschwerdeführerin 1 beziehen, nicht aber auf die übrigen Beschwerdeführer und die Beschwerdebeteiligte 1. Nicht nachvollziehbar ist im Weiteren, weshalb die Vorinstanz davon ausging, die Beschwerdeführer 2 könnten sich nicht zivilrechtlich zur Wehr setzen, wenn die Beschwerdeführerin 1 die Absperrung im Bereich der unbewilligt ausgeführten Grundrissänderung vornähme. Eine förmliche öffentlich-rechtliche Duldungspflicht wurde den Eigentümern der Parkplätze im Bereich der unbewilligten Grundrissänderung jedenfalls im Beschluss vom 14. November 2008 nicht auferlegt. Am Verfahren, welches zu jenem Beschluss führte, waren sie gar nicht beteiligt worden, was die Vorinstanz zu Recht als Missachtung des rechtlichen Gehörs qualifizierte. Dass die Beschwerdeführerin 1 in zivilrechtlicher Hinsicht über einen Rechtstitel verfügt, der ihr die unverzügliche Sperrung der Parkplätze der Beschwerdeführer 2, 3 und 4 sowie der Beschwerdebeteiligten 1 erlauben würde, ist jedenfalls nicht offenkundig.

Wohl wird in der Verfügung vom 14. November 2008 festgehalten, es könnten alternativ 20 Parkplätze im 2. und/oder 3. Untergeschoss aufgehoben werden. Die zivilrechtlichen Verhältnisse an jenen Parkplätzen hat die Vorinstanz aber nicht näher abgeklärt. Dementsprechend war auch keine Interessenabwägung möglich.

2.7. Für die Stadt St.Gallen stand offenbar einzig die Reduktion der Zahl der Parkplätze im Vordergrund. Welche Parkplätze betroffen sind, spielte für sie hingegen keine entscheidende Rolle. Auch ist es für die Stadt offenbar belanglos, ob fest vermietete bzw. von den Eigentümern genutzte Parkplätze im 4. Untergeschoss oder Publikumparkplätze im 2. oder 3. Untergeschoss aufgehoben werden. Bei vorsorglichen Massnahmen bzw. Nutzungsbeschränkungen hat die zuständige Behörde aber genau festzulegen, welche Gebäudeteile nicht mehr genutzt werden dürfen. Der Umstand, dass es im vorliegenden Fall gleichsam den Beteiligten überlassen wurde, wo sie die 20 überzähligen Parkplätze absperren wollen, gründet offensichtlich darin, dass sich die Baubewilligungskommission nicht mit den zivilrechtlichen Verhältnissen befassen und die unterschiedlichen Interessen abwägen wollte. Für die direkt betroffenen Eigentümer, also die Beschwerdeführer 2, 3 und 4 sowie die Beschwerdebeteiligte 1, hat die vorsorgliche Massnahme aber ein komplettes Nutzungsverbot der einzelnen Parkplätze zur Folge. Dieses kann von erheblicher Dauer sein, weil das Verfahren in der Hauptsache bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Gestaltungsplanänderung sistiert ist. Als Zustandsstörer ist ihnen subjektiv kein Vorwurf eines Fehlverhaltens zu machen. Jedenfalls ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte, und es wird von der Vorinstanz auch nicht behauptet, dass die Beschwerdeführer 2, 3 und 4 und die Beschwerdebeteiligte 1 wissentlich und willentlich einen nicht bewilligten Parkplatz erworben bzw. sich anderweitig bösgläubig verhalten haben.

Soweit die Vorinstanz das öffentliche Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung mit der Berufung auf die Urteile des Verwaltungsgerichts vom 14. September 2006 (vgl. [www.gerichte.sg](http://www.gerichte.sg) und GVP 2006 Nr. 33) und des Bundesgerichts vom 13. April 2007 (BGE 1P.708/2006, 1P.710/2006) zum sog. Baumhaus begründet, gehen ihre Ausführungen an der Sache vorbei. Bei diesen Entscheiden ging es um die Bewilligung sowie den Abbruch bzw. den Rückbau eines in Abweichung zur Baubewilligung erstellten Teils eines Wohnhauses. Die Vorinstanz hat in jenen Verfahren nie ein Nutzungsverbot angeordnet oder beantragt, obwohl beim Bau des Hauses ein behördlich verfügter Baustopp missachtet wurde. Die Nutzung des Wohnhauses während des hängigen Verfahrens wurde weder von der Vorinstanz noch von der städtischen Baubehörde in Frage gestellt. Vielmehr verhält es sich so, dass die Urteile des Verwaltungs- und des Bundesgerichts über zwei Jahre nach Eintritt der Rechtskraft des Bauabschlags noch nicht vollstreckt sind. Es ist daher unhaltbar, wenn sich Vorinstanz und städtische Behörden zur Begründung des streitigen Nutzungsverbots auf die gerichtlichen Entscheide im Zusammenhang mit dem Baumhaus berufen. Auch liegt der vorliegenden Streitsache ein wesentlich anderer Sachverhalt zugrunde als der am 16. Februar 2009 behandelten Streitsache B 2009/2 (vgl. E. 2.4). In dieser waren die zivilrechtlichen Verhältnisse klar und hinsichtlich der Beurteilung der Verhältnismässigkeit eines Nutzungsverbots hinreichend festgestellt, während die erforderlichen Abklärungen im vorliegenden Fall unterlassen und die sachen- und vertragsrechtlichen Umstände unvollständig festgestellt wurden.

Hinzu kommt, dass offenbar die Reduktion der Zahl der Parkplätze von ursprünglich 270 auf 240 mit der voraussichtlich angenommenen Verkehrsbelastung der umliegenden Gebiete zusammenhing. Weiter steht fest, dass die Verkehrsbelastung seit der Inbetriebnahme des Geschäftshauses Webersbleiche erheblich geringer ist, als bei der Reduktion der zulässigen Zahl auf 240 Parkplätze angenommen wurde. Unter diesen Umständen ist das öffentliche Interesse an einer sofortigen Sperrung der 20 überzähligen Parkplätze als eher gering einzustufen. Dieses öffentliche Interesse überwiegt das private Interesse der gutgläubigen Eigentümer an der Nutzung ihrer Parkplätze nicht. Folglich sind die Beschwerden gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und der Rekursentscheid des Baudepartements vom 17. März 2009 ist in Ziff. 4 bis 8 und 10 aufzuheben.

**68**

*Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1).* Fehlende Legitimation eines Grundeigentümers mangels hinreichender räumlicher Nähe zur Anfechtung eines Entscheids über ein Asylbewerberzentrum.

*Verwaltungsgericht, 3. Dezember 2009*

Das Anwesen Landegg besteht aus mehreren Grundstücken in den Gemeinden Lutzenberg/AR und Eggersriet/SG, die teilweise in der Kurzone liegen. Es war früher als Beherbergungsbetrieb mit Unterkunfts-, Tagungs- und Schulungsräumen genutzt worden. Der Kanton St.Gallen will in der Landegg ein Asylbewerberzentrum errichten. H. ist Eigentümer eines rund 160 Meter von der Landegg entfernten Grundstücks. Er verlangte ein Baubewilligungsverfahren wegen Zweckänderung. Der Gemeinderat Eggersriet entschied, das Asylbewerberzentrum sei vergleichbar mit dem früheren Beherbergungsbetrieb, der in der Kurzone zonenkonform gewesen sei, weshalb keine bewilligungspflichtige Zweckänderung vorliege. H. erhob Rekurs und verlangte die Feststellung, dass der Betrieb bewilligungspflichtig sei. Das Baudepartement trat auf den Rekurs nicht ein mit der Begründung, H. sei nicht legitimiert. H. gelangte an das Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2.1. Gemäss Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung des Rekurses berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung oder des angefochtenen Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Ein eigenes schutzwürdiges Interesse ist gegeben, wenn der Rechtsmittelkläger nicht ausschliesslich Interessen Dritter oder Allgemeininteressen verfolgt; diesfalls wird die Rechtsmittelbefugnis verneint (vgl. GVP 1996 Nr. 59, 1993 Nr. 49, 1977 Nr. 23; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 386 ff.). Die Legitimation eines Nachbarn in Bausachen ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts davon abhängig zu machen, ob bei ihm erstens räumlich die erforderliche enge nachbarliche Beziehung zum Baugrundstück gegeben ist und ob er zweitens durch den gemeinderätlichen Bewilligungsentscheid betreffend die streitige Baute unmittelbar und in höherem Ausmass als irgend jemand oder die Allgemeinheit in eigenen Interessen beeinträchtigt ist. Das schutzwürdige Interesse besteht dabei im praktischen Nutzen, den ein erfolgreich geführtes Rechtsmittel dem Betroffenen in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation einträgt, bzw. in der Abwendung materieller, ideeller oder sonstiger Nachteile, die ein Bestand der angefochtenen Verfügung oder des Entscheids mit sich bringen würde. Dabei muss er grundsätzlich im Einzelnen dartun, inwieweit die allfällige Erteilung der Baubewilligung konkrete eigene rechtliche oder tatsächliche

Interessen intensiver beeinträchtigt als die Interessen irgendwelcher Dritter; für jede Rechtsbehauptung muss das Rechtsschutzinteresse vorliegen (vgl. zum Ganzen VerwGE B 2008/120 vom 22. Januar 2009 und VerwGE B 2006/88 vom 24. August 2006, beide in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch); GVP 1996 Nr. 59 und 60; GVP 1977 Nr. 23; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 394; B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 934 ff.). Schutzwürdig ist ein Interesse, das es rechtfertigt, geschützt zu werden, etwa ein «praktischer Nutzen» oder «handfeste Belange» (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 391). Ausgeschlossen sind daher rein theoretische Interessen an der Entscheidung über eine Rechtsfrage (vgl. BGE 124 V 397 f. E. 2b; BGE 123 II 286 E. 4) oder das bloss allgemeine Interesse an einer richtigen Anwendung des objektiven Rechts (BGE 127 II 38 E. 2e, 125 II 194 E. 2a aa).

2.2. Grundsätzlich hängt die Legitimation zur Anfechtung drittbegünstigender Verfügungen im Baurecht also davon ab, ob der Rechtsmittelkläger eine hinreichend enge nachbarliche Beziehung zum Baugrundstück hat und ob er durch die Erteilung einer Baubewilligung mehr als irgend jemand oder die Allgemeinheit in eigenen Interessen berührt ist. Der Umstand, dass eine grosse Anzahl von Personen von der jeweiligen Immission betroffen sein kann, ändert nichts an der Einsprache- und Beschwerdebefugnis. Der Kreis der Einsprecher bzw. Beschwerdeberechtigten kann sehr weit gezogen werden, ohne dass bereits von einer Popularbeschwerde auszugehen ist, beispielsweise bei Industrieanlagen mit grossflächiger Wirkung oder biotechnologischen Anlagen (vgl. BGE 120 Ib 379 ff.). Verneint wurde dagegen die Legitimation der Anwohner einer Bahnlinie zur Anfechtung von gelegentlichen Transporten radioaktiver Rückstände (vgl. BGE 121 II 176 ff.). Die Voraussetzung der unmittelbaren Nähe eines Grundstücks wurde unter anderem bejaht bei Einsprechern mit Grundstücken in Distanzen zwischen 20 und 150 m von der Emissionsquelle, beim Eigentümer einer Liegenschaft, die 500 m entfernt von einem Modellbauflugplatz liegt oder von Anwohnern von bestehenden Strassen, die infolge des Nationalstrassenbaus zu eigentlichen Autobahnzu- und -wegfahrten wurden (vgl. Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Rz. 37 zu Art. 33). Die Legitimation zur Rüge von Lärmimmissionen haben nach der Praxis all jene Personen, die in der Nähe der lärmigen Anlage wohnen, den Lärm deutlich wahrnehmen und dadurch in ihrer Ruhe gestört werden (Waldmann/Hänni, a. a. O., Rz. 38 zu Art. 33). Die Legitimation des Nachbarn folgt aber grundsätzlich nicht bereits daraus, dass dieser in jenem Ortsteil wohnt, wo er Grundeigentum besitzt, in welchem das unerwünschte Bauvorhaben errichtet werden soll. Insbesondere wurde die Legitimation von Anwohnern einer Strasse verneint, auf welcher der Lastwagenverkehr infolge des Betriebs einer 900 m entfernten Abfalldeponie zunahm (BGE 112 Ib 158 ff.). Ebenfalls verneint wurde die Legitimation von Eigentümern eines Grundstücks, welches sich 180 m oberhalb einer Strasse und rund 250 m vom Seeufer und damit von der geplanten Bootshalle entfernt befand (ZBI 1984, S. 378 ff.). Hingegen wurde die Legitimation bejaht bei einem Eigentümer, dessen Grundstück in rund 400 m Entfernung von einem

Mehrfachkino lag und von diesem mit rund 800 bis 900 Autofahrten pro Tag betroffen war (nicht veröffentlichter VerwGE vom 24. August/11. September 2000). Rein ideelle Beeinträchtigungen müssen im Regelfall ein ungleich stärker störendes Mass annehmen als materielle Immissionen, damit die Legitimation bejaht werden kann (vgl. P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008, S. 544 mit Hinweis auf ZBI 1995, S. 529).

Der Begriff der ideellen Immissionen wird auch im Zivilrecht bei der Beurteilung von Eigentumsstörungen nach Art. 684 ZGB verwendet. Ideelle Immissionen werden durch Zustände oder Nutzungshandlungen auf dem Ausgangsgrundstück verursacht und erzeugen eine Verletzung des psychischen Empfindens des Nachbarn oder verursachen unangenehme psychische Eindrücke (H. Rey, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2007, N 28 zu Art. 684 ZGB; A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bern 1975, N72 ff. zu Art. 684 ZGB). Eine ideelle Immission liegt beispielsweise vor, wenn ein Nachbar ein feuer- oder explosionsgefährliches Gewerbe betreibt, wenn in der Nachbarschaft ein Schlachthaus steht oder in einer Stockwerkeigentumseinheit ein Erotik-Etablissement betrieben wird (vgl. Rey, a. a. O., N 29 zu Art. 684 mit Hinweis auf BGE 24 II 265 ff., BGE 84 II 90 und BGE 5C.81/1999 vom 1. Juli 1999). Genannt wird in der Praxis weiter etwa der Betrieb eines Asyls für unheilbar Kranke neben einer Villa, der Anblick der in einem Freibad sich an- und auskleidenden Badegäste, die Nachbarschaft einer Bedürfnisanstalt, der Einbau von Urnennischen in eine Friedhofmauer, die mit der nachbarlichen Hauswand eine Einheit bildet, sowie die ästhetische Erscheinung eines Gebäudes, z. B. die Errichtung einer ausgesprochen hässlichen, das Schönheitsgefühl grob verletzenden Baute (BGE 108 Ia 145 mit Hinweis auf Meier/Hayoz, a. a. O., N180 zu Art. 684 ZGB). Anzulegen ist stets der objektive Massstab des Empfindens eines normalen Durchschnittsmenschen, der sich in der gleichen Situation befindet (BGE 88 II 14 E. 2a; Rey, a. a. O., N 9 zu Art. 684 ZGB), wobei aber unter einem Durchschnittsmenschen nicht ein empfindungs- und gefühlloser Mensch zu verstehen ist (Meier-Hayoz, a. a. O., N123 zu Art. 684 ZGB). Das Bundesgericht hat zudem in einem neueren Urteil festgehalten, Mobilfunkantennen könnten bewirken, dass Liegenschaften und Wohnungen schwerer verkäuflich oder vermietbar würden und Druck auf den Kaufpreis oder den Mietzins entstehe. Auch umweltrechtskonforme Mobilfunkanlagen könnten unerwünschte Auswirkungen dieser Art auslösen, obwohl von ihnen zurzeit keine erwiesene gesundheitliche Gefährdung ausgehe. Solche Auswirkungen seien als ideelle Immissionen einzu-stufen (BGE 133 II 321 E. 4.3.4).

2.3. Das Grundstück des Beschwerdeführers liegt in rund 150 bis 200 m Entfernung von den Grundstücken bzw. den Gebäuden, welche als Asylbewerberzentrum genutzt werden. Damit ist keine enge nachbarliche Beziehung des Grundstücks des Beschwerdeführers zum Asylzentrum gegeben. Zudem ist das Zentrum vom Grundstück des Beschwerdeführers aus durch eine südöstlich vorgelagerte dichte Baumbestockung abgeschirmt. Eine direkte Sichtverbindung auf die Land-

egg besteht vom Grundstück des Beschwerdeführers aus nicht. Ein erheblicher zusätzlicher Verkehr auf der am Grundstück des Beschwerdeführers vorbeiführenden Strasse ist von einem Asylbewerberzentrum nicht zu erwarten. Wohl ist für die Versorgung des Zentrums mit gewissen zusätzlichen Autofahrten zu rechnen; diese fallen aber nicht erheblich ins Gewicht. Die Zahl solcher Fahrten ist jedenfalls weitaus geringer als bei einem Hotel oder Kurhaus, da die Asylbewerber in der Regel mit öffentlichen Verkehrsmitteln zum Zentrum gelangen und nicht wie Inhaftierte zum Zentrum verbracht und dort abgeholt werden. Das Personal wird allenfalls eine gewisse Verkehrszunahme verursachen. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen ideelle Immissionen geltend. Es ist nicht zu übersehen, dass ein Zentrum für Asylbewerber für zahlreiche Personen mit negativen Begleiterscheinungen assoziiert wird. Die Anwesenheit einer grossen Zahl von Asylbewerbern in einem kleineren Dorf oder in einem Weiler wird gemeinhin als störend oder negativ gewertet, namentlich weil die Asylbewerber in der Regel nicht arbeiten dürfen, solange sie im Aufnahmezentrum weilen. Es ist erfahrungsgemäss davon auszugehen, dass häufiger polizeiliche Interventionen oder Störungen der öffentlichen Ordnung stattfinden können als bei einem Hotel oder Kurhaus. Solche ideellen Immissionen sind aber grundsätzlich auch in ländlichen Gebieten hinzunehmen. Auch wer in einer ländlichen Region wohnt oder ein Wohnhaus errichtet, kann nicht damit rechnen, dass selbst in der weiteren Umgebung keine Anlagen erstellt und keine Bauten errichtet werden, welche mit gewissen negativen Begleiterscheinungen verbunden sind. Das Grundstück des Beschwerdeführers befindet sich wie erwähnt nicht in unmittelbarer Nachbarschaft zum Asylzentrum; die Distanz auf der Strasse beträgt rund 350 Meter. Aufgrund der räumlichen Verhältnisse sind die vom Beschwerdeführer geltend gemachten ideellen Immissionen nicht derart intensiv, dass die Bewohner der gesamten Gemeinde in ihren schützenswerten Interessen berührt sind. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz die erforderliche räumliche Nähe des Beschwerdeführers bzw. dessen Grundstücks zum Anwesen Landegg zu Recht verneint. Würde dem Beschwerdeführer die Legitimation zur Anfechtung des Entscheids über die Bewilligungspflicht für das Asylbewerberzentrum zuerkannt, käme dies einer Popularbeschwerde gleich, die dem st.gallischen Bau- und Planungsrecht fremd ist. Dementsprechend zu verneinen ist auch die Legitimation zur Anfechtung der Feststellungsverfügung, wonach keine bewilligungspflichtige Umnutzung vorliegt. Folglich hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Legitimation zum Rekurs zu Recht abgesprochen, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Frage der Bewilligungspflicht für den Betrieb eines Asylzentrums in der Kurzzone kann daher nicht geprüft werden.

Das Bundesgericht hat eine von M. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde am 9. März 2010 abgewiesen (1C\_ 40/2010).

**69**

*Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1).* Fehlende Legitimation einer Grundeigentümerin zur Anfechtung eines Gestaltungsplans mangels hinreichender räumlicher Beziehung zu den Plangebietsteilen, die planerischen Änderungen unterworfen sind.

*Verwaltungsgericht, 17. Dezember 2009*

Die Politische Gemeinde Altstätten strebt im Rahmen des Stadtentwicklungsprojekts «Freihof-Rathaus» eine neue Zentrumsüberbauung für die Stadtverwaltung und weitere Dienstleistungsbetriebe sowie Wohnungen und Parkierungsmöglichkeiten an. Für diese innerstädtische Gesamterneuerung beschloss der Stadtrat den Teilzonenplan «Freihof». Danach sollen ein Teil der innerhalb seines Perimeters liegenden Bauzone und verschiedene Verkehrsflächen planerisch neu abgegrenzt werden. K., Mit-eigentümerin eines Grundstücks im Plangebiet, erhob Einsprache mit dem Begehren, auf den Teilzonenplan sei zu verzichten. Der Stadtrat wies ihre Einsprache ab, soweit er darauf eintrat. Dagegen erhob K. Rekurs beim Baudepartement. Dieses trat auf den Rekurs nicht ein mit der Begründung, die Rekurrentin sei zu den erhobenen Rügen nicht legitimiert. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde von K. abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

3.1. Zur Einsprache bzw. zur Erhebung des Rekurses ist berechtigt, wer ein eigenes schutzwürdiges Interesse dertut (Art. 83 Abs. 2 BauG bzw. Art. 45 Abs. 1 VRP). Schutzwürdig ist es, wenn der Betroffene rechtlich geschützte Interessen geltend macht oder wenn eine Verfügung oder ein Entscheid seine tatsächliche Interessenlage mehr berührt als irgendeinen Dritten oder die Allgemeinheit (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 390 mit Hinweisen). Das schutzwürdige Interesse besteht dabei im «praktischen Nutzen», den ein erfolgreich geführtes Rechtsmittel dem Betroffenen in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation einträgt, bzw. in der Abwendung materieller, ideeller oder sonstiger Nachteile, den ein Bestand der angefochtenen Verfügung oder des Entscheids mit sich bringen würde (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz.391). Das Rechtsschutzinteresse muss hinsichtlich aller Gründe, die der Rekurrent oder Beschwerdeführer vorbringt, gegeben sein und geprüft werden (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz.394; B.Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz.934 mit weiteren Hinweisen; GVP 2006 Nr.32). Die Stellung als Bewohner oder Grundeigentümer in einem bestimmten Gebiet bzw. in der Nachbarschaft oder das allgemeine Interesse an der Einhaltung der Rechtsordnung allein begründen kein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung einer Baubewilligung oder Nutzungsänderung. Soweit einzig die Wahrung öffentlicher Interessen in Frage steht, sind dazu in erster Linie die zuständigen Behörden berufen (GVP 1981 Nr. 67).

3.2. Das Grundstück von K. wird vom angefochtenen Teilzonenplan erfasst. Damit ist die Beschwerdeführerin von der Planänderung grundsätzlich in ihren eigenen Interessen betroffen. Tatsächlich hat der Teilzonenplan «Freihof» aber auf die Nutzungsmöglichkeiten ihres Grundstücks – wie auch auf das gesamte, westlich angrenzende, von der Churer-, Rorschacher-, Bahnhof- und Städlenstrasse umgrenzte Quartier – keinerlei Auswirkungen. Der sehr weitläufige Teilzonenplan umfasst mehrere grossflächige Stadtteile, die zum Teil von der Zonenplanänderung nicht betroffen sind. Gemäss Planungsbericht zum Teilzonenplan «Freihof» vom 4. August 2008 wurde der Geltungsbereich deshalb so grosszügig und nicht exakt entlang der Zonenplanänderungen geführt, weil die Zonenabgrenzung zum Teil nur geringfügig angepasst werden soll und ein detailliert, nur auf die Änderungen fixierter Geltungsbereich den Teilzonenplan unleserlich gemacht hätte.

Die Einsprache- und Rekursberechtigung hängt, gleichgültig, ob sich das Rechtsmittel gegen eine Baubewilligung oder gegen einen Nutzungsplan richtet, nur davon ab, ob und inwiefern sich die bewilligte Baute oder Anlage bzw. die festgesetzte Nutzung nachteilig auf das Grundstück des Betroffenen auswirken kann. Aus diesem Grund ist näher zu prüfen, worin die besondere Beziehungsnähe der Beschwerdeführerin zu den von den Nutzungsänderungen betroffenen Gebieten besteht bzw. ob ihr Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der einzelnen Rechtsbehauptungen gegeben ist, die sie vorbringt. Dabei ist zum einen der Abstand zwischen den Grundstücken, zum anderen die Art und Intensität der befürchteten Auswirkungen entscheidend (BGE 1A.266/2006 vom 25. April 2007 E. 3).

3.3. Mit der Beschwerdeergänzung vom 9. Juni 2009 bringt die Beschwerdeführerin vor, das Stadtentwicklungskonzept, das dem Teilzonenplan zu Grunde liege, werde die bisherigen tatsächlichen Verhältnisse in der näheren Umgebung hinsichtlich Verkehr, Passantenaufkommen und Immissionen nachhaltig verändern. Auf Grund seiner Grösse werde das Entwicklungsprojekt in einem Umkreis von einigen hundert Metern Auswirkungen haben. Ihre tatsächlichen Interessen würden damit trotz der Distanz zum geplanten Projekt stärker betroffen als jene eines Dritten oder der Allgemeinheit.

3.3.1. Zur Immissionseinrede ist der Nachbar befugt, wenn er von Lärm-, Staub- und anderen Einwirkungen direkt betroffen oder wenn dies zumindest wahrscheinlich ist. Das gilt insbesondere für den Nachbarn einer neuen Erschliessungsstrasse. Nicht berechtigt dagegen ist er zur Rüge, die zu erwartenden Immissionen beeinträchtigten die Interessen in einem weiteren Bereich der Wohnzone oder des Gemeindegebiets. Ein schutzwürdiges Interesse eines Strassenanwohners wird namentlich dann verneint, wenn ein Bauvorhaben – sofern die vorgegebenen Grenzwerte eingehalten sind – zu einem Mehrverkehr von höchstens zehn Prozent führt (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 417 mit Hinweisen).

3.3.2. Der Teilzonenplan «Freihof» sieht erst rund 100 m westlich des Grundstücks der Beschwerdeführerin, auf der anderen Seite der zu verlegenden Churer Strasse, eine Änderung der Nutzungsordnung vor. Hier soll das Quartier von der KV

in die KA umgeteilt werden. Beide Kernzonen gelten als geschützte Ortsbilder nach Art. 98 BauG, letztere soweit sie mit der Ortsbildschutzzone im Schutzplan identisch ist. Die beiden Zonen bezwecken die Erhaltung der baulichen Einheit und Eigenart der Altstadt sowie den Schutz geschichtlich, architektonisch oder für das Altstadtbild wertvoller Bauten und Anlagen (Art. 13 Abs. 1 des Baureglementes der Stadt A. vom 11. Juni 1996, abgekürzt BauR) bzw. die Erhaltung, Erneuerung und Ergänzung der baulichen Einheit und Eigenart der Vorstädte sowie einen Umgebungsschutz der KA (Art. 14 Abs. 1 BauR). Ansonsten gelten für beide Zonen die gleichen Schutzbestimmungen (Art. 5 SchVO). Der Teilzonenplan sieht zudem vor, das ungefähr 200 m entfernt liegende Rathaus, das heute in der Oe liegt, ebenfalls der KA zuzuscheiden. In dieser Zone sind nebst öffentlichen Gebäuden unter anderem auch Gaststätten und andere Dienstleistungsbetriebe zulässig (Art. 15 Abs. 1 BauG).

3.3.3. Mit dem östlich der Altstadt gelegenen Stadtentwicklungsgebiet soll insbesondere der historische Stadtkern mit der zentralen Hauptgasse zwischen dem Freihof und dem stark frequentierten Gegenpunkt bei der Migros im Westen der Altstadt aufgewertet werden. Das Grundstück der Beschwerdeführerin dagegen liegt weit östlich von der Freihofüberbauung an der Peripherie der KV angrenzend zur Wohn-Gewerbezone (WG3). Es ist somit nicht ersichtlich – und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht näher begründet – weshalb die umstrittenen Umzonungen im Stadtzentrum von der KV und Oe in die KA bei ihrem Grundstück zusätzliche Passantenströme auslösen sollen. Von der beträchtlichen Distanz abgesehen kommt allen drei Zonenarten (KA, KV und Oe) eine zentrumsbildende Funktion zu. Für beide Kernzonen gilt die Empfindlichkeitsstufe III, für die Oe, wo das heutige Rathaus steht, Stufe II. Die entsprechende Abstufung der Empfindlichkeitsstufe hat auf das Grundstück der Beschwerdeführerin jedoch keinen Einfluss, weil dazwischen ein grosses Gebiet liegt, das wie das Grundstück der Beschwerdeführerin bereits in einer weniger lärmempfindlichen Kernzone liegt. Hier befindet sich unter anderem auch das zonenkonforme Restaurant Freihof, wo regelmässig Konzerte und Partys veranstaltet werden. Mit anderen Worten vermag die zonenmässige Umteilung des Stadtentwicklungsgebiets von der KV und Oe zur KA auf das 100 m bis 200 m entfernt liegende Grundstück der Beschwerdeführerin keine Beeinträchtigung zu bewirken. Sie hat in erster Linie eine Verschärfung der ästhetischen Ansprüche zu Folge, wovon das Grundstück Nr. 461 jedoch nicht betroffen ist.

3.3.4. Ausserdem verfügen sämtliche, tatsächlich von den planerischen Änderungen betroffenen Stadtteile eine vom Grundstück der Beschwerdeführerin völlig unabhängige Erschliessung, wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat. Während sich das Entwicklungsgebiet «Freihof-Rathaus» im Stadtzentrum an der Rorschacher-, Churer- und Trogener Strasse befindet und über diese Kantonsstrassen sowie die zu verlängernde Ringgasse (Gemeindestrasse 2. Klasse) erschlossen wird, liegt das Grundstück Nr. 461 am Rand der Vorstadt an der Bahnhof- und Stäldenstrasse.

3.3.5. Aus dem Gesagten folgt, dass allein mit der geringfügigen Nutzungsverschiebung keine Voraussetzungen geschaffen werden, die für das Grundstück der Beschwerdeführerin zusätzliche Immissionen zur Folge hätten. Ob das konkrete Bauprojekt beim Grundstück von K. zu relevanten Beeinträchtigungen führen könnte, wäre in den entsprechenden Sondernutzungsplan- und Baubewilligungsverfahren zu prüfen.

3.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin unter den konkreten Umständen die erforderliche enge räumliche Beziehung zu den Plangebietsteilen, die tatsächlich planerischen Änderungen unterworfen sind, fehlt. Die zonenmässigen Änderungen berühren sie in ihren eigenen schutzwürdigen Interessen nicht. Die Vorinstanz hat die Rekurslegitimation daher zu Recht verneint.

## 70

*Art. 99 VRP (sGS 951.1) in Verbindung mit Art. 281 Abs. 2 lit. a ZPG (sGS 961.2), Art. 29 Abs. 3 BV (SR 101).* Bei der Prüfung der Bedürftigkeit für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist auch die elterliche Unterstützungspflicht zu berücksichtigen.

*Verwaltungsgericht, 22. September 2009*

Aus den Erwägungen:

Der Beschwerdeführer beantragt weiter, Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids, mit welchem sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Rekursverfahren abgewiesen worden ist, sei aufzuheben und diese sei ihm zu gewähren.

Die unentgeltliche Rechtspflege wird gewährt, wenn der Gesuchsteller bedürftig ist, wenn das von ihm angestrebte Verfahren nicht aussichtslos und der Entscheid von erheblicher Tragweite ist (Art. 99 VRP in Verbindung mit Art. 281 Abs. 2 lit. a ZPG; Art. 29 Abs. 3 BV; BGE 123 II 147 und 122 I 271).

Eine Partei gilt als bedürftig, wenn ihr die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und die Familie die Prozesskosten aufzubringen. Da der Rechtsschutz Teil des Kindesunterhalts bildet, ist bei der Prüfung der Bedürftigkeit die elterliche Unterhaltspflicht zu berücksichtigen, die dem Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung vorgeht. Dies gilt auch beim mündigen Kind (P. Breitschmid, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2006, N 22 zu Art. 276 ZGB mit Hinweisen, insb. auf BGE 127 I 208 f.). Nach Art. 277 Abs. 2 ZGB haben die Eltern, soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf, für den Unterhalt eines mündigen Kindes in Ausbildung aufzukommen, bis eine entsprechende Ausbildung

ordentlicherweise abgeschlossen werden kann. Der Beschwerdeführer befand sich während des Rekursverfahrens in Ausbildung, weshalb seine Eltern grundsätzlich unterhaltspflichtig waren. Der Beschwerdeführer hat darauf verzichtet, Angaben über die finanziellen Verhältnisse der Eltern zu machen. Sein Vater ist Leiter .... Somit besteht kein Grund zur Annahme, die Eltern des Beschwerdeführers seien bedürftig. Folglich hat die Vorinstanz das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung zu Recht abgewiesen, und die Beschwerde erweist sich in dieser Hinsicht als unbegründet.

### **3. Zivilrechtspflege**

---

#### **71**

*Art. 5 ff. ZPO (sGS 961.2).* Wird der noch nicht rechtskräftige Entscheid eines sachlich unzuständigen Gerichts angefochten, muss er von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich aufgehoben werden.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 20. Juli 2009*

Sachverhalt:

Am 1. Januar 2004 unterzeichneten C (Verpächter) und der Kläger (Pächter) einen Pachtvertrag betreffend zweier Grundstücke. Als Pachtzins wurde Fr. 6500.– pro Jahr vereinbart. Nach dem Tod von C erwarb der Beklagte die Grundstücke von der Erbengemeinschaft C. Mit Schreiben vom 27. Dezember 2007 kündigte der Beklagte den Pachtvertrag per 31. Dezember 2009. Der Kläger verlangt die Feststellung, das Pachtverhältnis könne frühestens auf Ende 2010 gekündigt werden und eine Erstreckung der Pachtdauer um sechs Jahre. Mit seiner Klageantwort anerkannte der Beklagte, dass das Pachtverhältnis frühestens auf Ende 2010 gekündigt werden kann.

Aus den Erwägungen:

2.1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der sachlichen Zuständigkeit (Art. 79 ZPO) der Vorinstanz ergibt, dass der Präsident des Kreisgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit nicht zuständig war; zuständig ist vielmehr das Kreisgericht.

2.2. Bei einem pachtrechtlichen Streit mit einem Fr. 20 000.– übersteigenden Streitwert hat erstinstanzlich das Kreisgericht zu entscheiden (Art. 7 lit. a und 13 ZPO). Vor der Vorinstanz war – nachdem der Beklagte anerkannt hatte, dass seine

Kündigung frühestens auf Ende 2010 wirksam wird – strittig, ob die ausgesprochene Kündigung per Ende 2010 oder Ende 2012 wirksam sei und ob das Pachtverhältnis um sechs Jahre zu erstrecken sei. Das Rechtsbegehren richtete sich somit auf eine Verlängerung der Pachtdauer um acht Jahre. Der Streitwert der vorliegenden Sache entspricht somit acht Jahreszinsen à Fr. 6500.– (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, Art. 75 N 4d), mithin deutlich über Fr. 20 000.–.

2.3. Die sachliche Zuständigkeit ist in der Regel zwingend (Leuenberger/Uffer-Tobler, vor Art. 5–21 N 2; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 17 N 19) und deren Beachtung liegt im öffentlichen Interesse (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 281, Anm. 8). Eine Einlassung wie bei der örtlichen Zuständigkeit ist abgesehen von ausdrücklich vorgesehenen Fällen nicht möglich. Die fehlende sachliche Zuständigkeit führt zwar in der Regel nicht zu einer nichtigen Entscheidung und ein rechtskräftig gewordenes Urteil eines sachlich nicht zuständigen Richters ist aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich vollstreckbar (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, vor Art. 5–21 N 3; Bühler, in: Bühler/Edelmann/Killer [Hrsg.], Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998, vor §§ 10–22 N 19; Staehein/Sutter, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 8 N 14). Wird der noch nicht rechtskräftige Entscheid eines sachlich nicht zuständigen Gerichts jedoch angefochten, muss er grundsätzlich von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, vor §§ 1 ff. N 25; a. M. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, Art. 333 N 2d, vgl. aber auch Art. 90 N 2b).

2.4. Der vorliegend angefochtene Entscheid ist deshalb aufzuheben, was bedeutet, dass das erstinstanzliche Verfahren vor dem Kreisgericht durchzuführen ist.

## 72

*Art. 14 und Art. 154 ZPO (sGS 961.2).* Sachliche Zuständigkeit; gegenseitige geschäftliche Tätigkeit.

*Kassationsgericht, 28. Oktober 2009*

Art. 14 Abs. 1 ZPO setzt eine «gegenseitige» geschäftliche Tätigkeit voraus. Im Handbuch zum Zivilprozessgesetz (ZPO) finden sich lediglich Hinweise, wonach man bei der Gesetzesänderung eine «leichte Ausweitung der Zuständigkeit des

Handelsgerichts» für vertretbar erachtet hat (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, S. 65 f.). Gedacht wurde an eine Ausweitung der Zuständigkeit auf «gewerbliche» Tätigkeiten, nachdem unter altem Recht die gesetzliche Abgrenzung zwischen industrieller Tätigkeit und gewerblicher Tätigkeit immer wieder Probleme bereitet hatte. Man führte deshalb neu den allgemeineren (gewerbliche und industrielle Tätigkeit sowie Handelstätigkeit erfassenden) Begriff der geschäftlichen Tätigkeit ein.

Ein Grund für die vom Gesetzeswortlaut darüber hinaus verlangte Gegenseitigkeit der geschäftlichen Tätigkeit lässt sich den veröffentlichten Gesetzesmaterialien nicht entnehmen und ist auch nicht ersichtlich, im Gegenteil: Nach Art. 63 Abs. 1 alt ZPO beurteilte das Handelsgericht Zivilstreitigkeiten, die sich auf den industriellen oder Handelsbetrieb einer der Parteien bezog. Dabei war es gleichgültig, ob bei einer Forderungsabtretung der Zedent einer Partei ebenfalls im schweizerischen Handelsregister oder in einem entsprechenden ausländischen Register eingetragen war; die Forderungsabtretung an eine solcherart eingetragene Person, eigens, um die Zuständigkeit des Handelsgerichts zu begründen, wurde für zulässig erachtet (Hinweise bei: Oskar Lutz, Gesetz über die Zivilrechtspflege [3. A, durch Entscheide ergänzt, im Übrigen unverändert, St.Gallen 1987] Anm. a zu Art. 63 alt ZPO). Mit der erwähnten Gesetzesänderung (Aufhebung der Unterscheidung zwischen industrieller und gewerblicher Tätigkeit) wurde offenbar eher eine Ausweitung und eine vereinfachte Klärung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts als Fachgericht für Streitsachen aus wirtschaftlichen Geschäftsbeziehungen angestrebt. Es findet sich kein Hinweis, dass und weshalb der Gesetzgeber beabsichtigte, die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts bei einer Forderungsabtretung (welche regelmässig die ursprüngliche Gegenseitigkeit im forderungsbegründenden Geschäftsverhältnis zwischen Schuldner und Zedent durch das neue Verhältnis zwischen Schuldner und Zessionar beendet) nach neuem Recht einzuschränken.

Mit Rücksicht auf die grosse praktische Bedeutung der Forderungsabtretung und verwandter Rechtsinstitute im Wirtschaftsverkehr (namentlich im Zusammenhang mit Unernehmenszusammenschlüssen, -beteiligungen oder -finanzierungen) widerspräche es teleologischen Gesichtspunkten, die Beurteilung geschäftlicher Tätigkeiten der im Handelsgericht vertretenen einschlägigen Fachkompetenz vorzuhalten, nur weil eine oder mehrere Prozessparteien nicht mehr mit der das streitige Rechtsverhältnis begründenden Geschäftspartei identisch sind.

Im erwähnten Entscheid vom 3. Dezember 2002 (GVP 2002 Nr. 79) hat das Kassationsgericht deshalb der Voraussetzung der «gegenseitigen» geschäftlichen Tätigkeit keine selbstständige Bedeutung beigemessen, sondern sie nach funktionalen Gesichtspunkten relativiert. Das Handelsgericht soll für die Beurteilung von Streitigkeiten aus geschäftlicher Tätigkeit sachlich zuständig sein, auch wenn diese nicht unmittelbar zwischen den (im Handelsregister oder in einem entsprechenden ausländischen Register eingetragenen) Prozessparteien besteht. Die geschäftliche Tätigkeit ist auch dann «gegenseitig», wenn eine im Handelsregister oder in einem entspre-

chenden ausländischen Register eingetragene Prozesspartei ihren Anspruch durch Forderungsabtretung oder einen ähnlichen Subjektswechsel von einer ursprünglichen Geschäftspartei als Folge ursprünglich gegenseitiger geschäftlicher Tätigkeit erworben hat.

Die bei der Beurteilung von Forderungsabtretungen oder ähnlichen Subjektswechseln berücksichtigten teleologischen Gesichtspunkte lassen sich zwanglos auf den Einsatz von Subunternehmern übertragen.

Geschäftliche Tätigkeiten, die nach Art. 14 Abs. 1 ZPO wegen der Fachkompetenz des Handelsgerichts in dessen sachliche Zuständigkeit fallen sollen, sollen nicht davon ausgenommen werden, weil typische Formen des arbeitsteiligen Wirtschaftsverkehrs gewählt werden. Im Vordergrund steht die objektive Beschaffenheit der geschäftlichen Tätigkeit. Lässt sie sich als geschäftliche Tätigkeit zwischen Unternehmern kennzeichnen (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 4b zu Art. 14 ZPO), so fallen Streitigkeiten aus eben dieser geschäftlichen Tätigkeit in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts, auch wenn die (im schweizerischen Handelsregister oder in einem entsprechenden ausländischen Register eingetragenen) Prozessparteien – als Folge von Subjektswechseln, wie Forderungsabtretungen, Schuldübernahmen, Erbfolge eines verstorbenen Einzelkaufmanns oder, wie hier, arbeitsteiliger Geschäftsabwicklung – nicht den ursprünglichen Geschäftsparteien entsprechen.

Nach Auffassung der Beklagten muss die geschäftliche Tätigkeit «auf eine Geschäftsbeziehung, eine gewillkürte gegenseitige Interaktion zu Geschäftszwecken gerichtet sein». Damit wird indes auf einen (zu) kleinräumigen Gesichtspunkt abgestellt, bei dem die sachliche Zuständigkeit regelmässig entfällt, wenn – beispielsweise als Folge von Unternehmenszusammenschlüssen, -beteiligungen oder -finanzierungen – auf Seiten der einen oder der anderen ursprünglichen Geschäftspartei ein Subjektswechsel stattfindet, obwohl sich an der (für die Frage der sachlichen Zuständigkeit vorrangig massgebenden) objektiven Beschaffenheit der geschäftlichen Tätigkeit nichts ändert. Dem Handelsgericht wären eben jene Streitigkeiten aus geschäftlicher Tätigkeit entzogen, die zu beurteilen es besonders geeignet erscheint. Abgesehen davon, würde die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit nach dem Gesichtspunkt der «gewillkürten gegenseitigen Interaktion» in einer dem Prozessrecht abträglichen Weise subjektiviert.

Wäre demnach das Handelsgericht sachlich zuständig, allfällige Streitigkeiten aus der zwischen der Klägerin und der X. AG vereinbarten geschäftlichen Tätigkeit so beurteilen, so ist es dies auch, wenn Streitigkeiten darauf zurückzuführen sind, dass die X. AG zur Abwicklung der mit der Klägerin vereinbarten geschäftlichen Tätigkeit eine Subunternehmerin eingesetzt und diese wiederum Subunternehmerinnen beigezogen hat: jedenfalls dann, wenn die Streitigkeit als Folge der ursprünglichen gegenseitigen geschäftlichen Tätigkeit erscheint und sich an deren objektiver Beschaffenheit nichts geändert hat.

**73**

*Art. 63 und Art. 83 lit. c ZPO (sGS 961.2); Art. 712m Abs. 2 ZGB (SR 210).* Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit des Prozesses. Verkauft der Kläger während eines Berufungsverfahrens betreffend Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersammlung seine Einheiten, hat er ein persönliches und aktuelles Rechtsschutzinteresse nachzuweisen. Die Wahrung von Gemeinschaftsinteressen genügt als Anfechtungsinteresse nicht mehr. Aus einer den Käufern gegenüber eingegangenen Verpflichtung ergibt sich vorliegend kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse.

*Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 19. Oktober 2009*

Der Kläger focht einen Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung betreffend die Genehmigung zweier Jahresrechnungen an, dem er als Stockwerkeigentümer nicht zugestimmt hatte. Er rügte unzulässige Aufwendungen zulasten des Erneuerungsfonds.

Aus den Erwägungen:

II./3. a) Das für das Ergreifen eines Rechtsmittels erforderliche Rechtsschutzinteresse wird als Beschwer bezeichnet (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 4 zu Art. 63 ZPO). Die formelle Beschwer des Klägers ist gegeben, denn ihm wurde von der Vorinstanz nicht zugesprochen, was er beantragt hat. Zusätzlich muss er aber auch materiell noch beschwert sein, das heisst, der angefochtene Entscheid muss ihn in seiner Rechtsstellung noch treffen, muss für ihn in seiner rechtlichen Wirkung nachteilig und er deshalb an einer Abänderung interessiert sein. Zudem muss das von ihm angestrebte Urteil geeignet sein, ihm den gewünschten Erfolg tatsächlich zu verschaffen (vgl. BGE 120 II 5 E. 2a; BGE 116 II 721 E. 6; B. Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Bern 2007, N 4a zu Rechtsmittel, Allgemeines).

b) Schutzwürdig ist ein Interesse grundsätzlich nur, wenn es persönlich und aktuell ist. Von diesem Grundsatz wird bei der Aktivlegitimation zur Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersammlung insofern abgewichen, als dass als Anfechtungsinteresse ausreicht, die Gemeinschaftsinteressen wahren zu wollen; ein persönliches Interesse, etwa eine Vermögensbeeinträchtigung, muss nicht vorliegen (Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar, Band IV/5, N 136 zu Art. 712m ZGB). Wenn aber, wie vorliegend, der Kläger nicht mehr Mitglied der Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft ist, reicht dieses Interesse zugunsten der Gemeinschaft nicht mehr. Vielmehr ist dann wieder ein persönliches und aktuelles Interesse zu fordern. Denn mit dem Verkauf seiner Einheiten ist der Grund für die weiter gefasste Legitimation des Klägers – nämlich ihm zu ermöglichen, das Interesse der Gemeinschaft (zu der auch er selber gehört) an der gesetz- und re-

glementsconformen Verwaltung des Stockwerkeigentums durchzusetzen – entfallen.

c) Der Kläger macht geltend, er habe nach wie vor ein persönliches und aktuelles Interesse an der Abänderung des vorinstanzlichen Urteils, da er in den beiden Kaufverträgen den Käufern garantiert habe, der Erneuerungsfonds weise per 31.12.2008 ein Kapital von Fr. 53 304.– auf, bzw. da er sich gegenüber den Käufern A/B verpflichtet habe, diesen bei einer späteren Unterdeckung des Fonds die gegebenenfalls auf das Kaufobjekt entfallende Nachzahlung zu leisten. Aus dieser vom Kläger eingegangenen Verpflichtung den Käufern gegenüber ergibt sich jedoch kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse. Zum einen fehlt das aktuelle Interesse. Dass die Käufer bereits auf die genannte Verpflichtung gestützte Forderungen an ihn gestellt hätten, macht der Kläger nicht geltend. Es ist vielmehr ungewiss, ob die Käufer überhaupt je zu Nachzahlungen an die Gemeinschaft aufgefordert werden, ebenso, ob sie gegebenenfalls an den Kläger gelangen würden. Das lediglich grundsätzliche Interesse des Klägers, vor einer möglichen, aber keineswegs gewissen künftigen Forderung der Käufer geschützt zu sein, kann im vorliegenden Verfahren nicht als aktuelles, schutzwürdiges persönliches Interesse bezeichnet werden, zumal sich eine solche Forderung auf eine von ihm eingegangene Verpflichtung im Kaufvertragsverhältnis stützen würde, welche mit der Stockwerkeigentümergeinschaft nichts zu tun hat.

## 74

*Art. 99, Art. 274 und Art. 275 ZPO (sGS 961.2). Beweisbeschluss; Beweis-kostenvorschuss, Androhung von Säumnisnachteilen.*

*Kassationsgericht, 1. Juli 2009*

Nach dem geltenden st.gallischen Zivilprozessrecht, Art. 99 Abs. 1 Bst. a bis c ZPO, setzt die Beweiserhebung, anders als die frühere Zivilprozessordnung von 1939, grundsätzlich einen Beweisbeschluss des erkennenden Gerichtes voraus, in welchem die zu beweisenden Tatsachen, die beweispflichtige Partei und die Beweismittel mit den erforderlichen Angaben zu bezeichnen sind. Wie der Präsident der vorberatenden Kommission in der ersten Lesung des Grossen Rats vom 29./30. November 1989 zur ZPO-Revision hervorhob, wollte der st.gallische Gesetzgeber mit der Vorschrift von Art. 99 ZPO klarstellen, dass «jede Beweisabnahme ... einen Beweisbeschluss» (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, St.Gallen 1991, S. 127) erfordere. Ähnlich hatte die Erläuterung im Bericht der vorberatenden Kommission des Grossen Rats vom 16. Juni 1989 (wiedergeben in: Handbuch zum

Zivilprozessgesetz, a. a. O., S. 127) ausgeführt, dass «jede Beweiserhebung einen Beschluss des urteilenden Richters» voraussetze. Im einfachsten Falle werde der Beweisbeschluss mündlich eröffnet sowie sofort ausgeführt und finde im Urteil seinen Niederschlag; sonst aber sei er schriftlich zuzustellen und, soweit das Gesetz es vorschreibt, zu begründen. Der Kommissionspräsident brachte im Grossen Rat ferner zum Ausdruck, dass es der vorberatenden Kommission «sehr daran gelegen (sei), dass das Beweisverfahren, das gegenüber der bisherigen Regelung recht erheblich geändert wird, in allen Teilen klar und kompromisslos durchgezogen wird» (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, a. a. O., S. 128). Mit Bezug auf die Zuständigkeit zum Erlass des Beweisbeschlusses war in der regierungsrätlichen Botschaft vom 26. April 1988 zum Zivilprozessgesetz ausgeführt worden, dass «der urteilende Richter bzw. das Gericht», abgesehen von einer Sondervorschrift für das Instruktionsverfahren, «zuständig zum Erlass des Beweisbeschlusses» sei (Botschaft und Entwurf des Regierungsrates vom 26. April 1988, Amtsblatt 1988, S. 1658, Rz 282).

Nach Art. 274 Abs. 1 Bst. c ZPO können «nach Anordnung des Gerichtspräsidenten die voraussichtlichen Auslagen für Beweiserhebungen» eingefordert werden. Vorschusspflichtig ist dabei die Partei, «in deren Interesse Beweiserhebungen ... erfolgen». Der Vorinstanz stand somit die Kompetenz zur Einforderung eines Vorschusses für die von ihm angeordnete Expertise zu. Zu prüfen bleibt, ob die Überbindung des Vorschusses an die Beschwerdeführerin kantonales Recht verletzte. Beim Entscheid hierüber stand der Vorinstanz, entsprechend dem für die Vorschusspflicht vorausgesetzten «Interesse» an der Beweiserhebung, ein gewisser Entscheidungsspielraum zu. Die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes «Interesse» unterliegt aber auch der freien Prüfung des Kassationsgerichtes.

Ausgangspunkt für die Verlegung bzw. für die Überbindung von Sicherungsauflagen bildet zwar in der Regel die bundesrechtliche Beweislastverteilung. Es kann aber auch für den Gegenbeweis eine Vorschusspflicht angeordnet werden. Nicht völlig auszuschliessen ist, dass andere Momente das Interesse einer Partei an einer Beweiserhebung begründen können.

Zutreffend erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin insofern, als sie die Ausweitung des gefassten Beweisbeschlusses auf eine den Gegenbeweis betreffende Beweisführungslast beanstandet, welche die Vorinstanz unter Hinweis auf das besagte Telefonat vorgenommen hat. Mangels einer zwischenzeitlichen ZPO-konformen Erläuterung, Ergänzung oder Abänderung des Beweisbeschlusses durfte die Vorinstanz ihrem Entscheid nur das zugrunde legen, was dem Beweisbeschluss zu entnehmen war, oder aber sie hätte den früheren Beweisbeschluss erläutern, ergänzen oder abändern können, sei es im Rahmen einer Weiterführung des Beweisverfahrens (was die Zustellung des entsprechenden Beschlusses gemäss Art. 99 Abs. 2 ZPO erfordert hätte), sei es dahingehend, dass sie – in Abänderung ihres früheren Beschlusses – gar keine Beweisabnahme als erforderlich betrachtet hätte.

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt, wäre die ausdrückliche Androhung, dass bei Nichtbeachtung der angesetzten Frist die Expertise nicht abgenommen werde, nach Art. 275 Abs. 2 ZPO unabdingbar gewesen. Schon in seiner Botschaft vom 26. April 1988 zum Zivilprozessgesetz hatte der Regierungsrat darauf verwiesen, dass zunächst eine erste, nicht zerstörlche Frist angesetzt werden müsse und erst dann die zerstörlche Nachfrist (unter gleichzeitiger Androhung der Folgen der Nichtleistung) angesetzt werden dürfe. Der Regierungsrat, und ihm folgend der Gesetzgeber, hatte sich damit bewusst und ausdrücklich gegen eine Anregung der Vorinstanz im Vernehmlassungsverfahren gestellt, «wonach die Androhung des Nichteintretens schon mit der ersten Fristansetzung zu verbinden, in besonderen Fällen aber ausnahmsweise eine zweite zerstörlche Frist anzusetzen» sei (Botschaft und Entwurf des Regierungsrates vom 26. April 1988 zum Zivilprozessgesetz, S. 7 zu 109, Rz 656). Nachdem dies auch im Gesetzeswortlaut so vorgesehen ist, erweist sich die Erwägung der Vorinstanz als unzutreffend, wonach sich die Ansetzung einer Nachfrist nach Art. 275 Abs. 2 ZPO angesichts des Schreibens des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin erübrige, weil sich aus diesem mit aller Deutlichkeit ergebe, dass die Beschwerdeführerin definitiv nicht bereit sei, den Vorschuss zu leisten. . . . Es ist gerade der Sinn einer Nachfristansetzung mit Androhung der Folgen bei weiterer Säumnis, eine Partei an die ausstehende Handlung und die damit verbundenen Nachteile zu erinnern sowie, falls nötig, zu nochmaliger Überlegung und, als Folge derselben, allenfalls zur Behebung der Säumnis anzuhalten.

## 75

*Art. 115 Abs. 3 ZPO (sGS 961.2). Ungenügendes Gutachten; rechtliches Gehör.*

*Kassationsgericht, 10. März 2009*

Ein Gutachten ist ungenügend im Sinne von Art. 115 Abs. 3 ZPO, wenn es widersprüchlich und unzulänglich begründet ist oder falsche Schlussfolgerungen zieht (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 4 zu Art. 115 ZPO). Der Richter darf nur in Ausnahmefällen von weiteren gutachterlichen Abklärungen absehen oder inhaltliche Mängel selber korrigieren, wenn ein ungenügendes Gutachten im erwähnten Sinn vorliegt. Er ist aber in jedem Fall verpflichtet, ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit von wichtigen Feststellungen und Schlussfolgerungen eines gerichtlichen Sachverständigen zu beseitigen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem Grundsatz des Anspruches auf

rechtliches Gehör. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs lässt es nicht zu, dass das Gericht auf eine Schlussfolgerung des Gutachters abstellt, die sachlich nicht überzeugt. Die Anforderungen an die Begründung eines Gutachtens sind umso höher, je komplizierter der zu begutachtende Sachverhalt ist. Die Schlussfolgerungen des Gutachtens müssen nachvollziehbar und überprüfbar sein, da sich der Richter mit dem Gutachten fehlendes Fachwissen verschafft, das für die Beurteilung und Entscheidungsbegründung wesentlich ist. Der Richter genügt seiner Beurteilungs- und Begründungspflicht nicht, wenn er eine in wesentlichen Punkten nicht oder nicht ausreichend begründete und somit nicht überprüfbare Schlussfolgerung einfach übernimmt (GVP 2000 Nr. 55; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 5 zu Art. 115 ZPO; Frank/Sträuli/ Messmer, N. 1 ff., v. a. 6 f. zu § 181 ZPO ZH m.w.H.).

## 76

*Art. 154 ZPO (sGS 961.2). Sachliche Zuständigkeit.*

*Kassationsgericht, 28. Oktober 2009*

Um die allgemeine sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts zu begründen, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein: (1) ein näher bestimmter Registereintrag der Parteien; (2) ein näher bestimmter Zusammenhang zwischen der Streitigkeit und der gegenseitigen geschäftlichen Tätigkeit der Parteien; (3) ein näher bestimmter Streitwert. Diese drei Voraussetzungen sind nach dem in der Klage vorgebrachten Sachverhalt erfüllt und wurden von keiner Partei bestritten. Auch das Handelsgericht begründete die Zweifel an seiner sachlichen Zuständigkeit nicht, indem es eine dieser drei Voraussetzungen in Frage stellte. Vielmehr schloss es vom bundesrechtlich vorgesehenen einfachen und raschen Verfahren auf die sachliche Zuständigkeit des Kreisgerichts. Das Handelsgericht und der Kläger nehmen an, bei der gegenständlichen kollektiven Krankentaggeldversicherung handle es sich um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung. Die Beklagte verweist auf die hierzu ergangene uneinheitliche Rechtsprechung.

In einem Urteil vom 4. Februar 2002 (5C.273/2001) erwog das Bundesgericht, eine kollektive Krankentaggeldversicherung könne freiwillig als Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenversicherung auf der Grundlage des KVG oder [als Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung] auf der Grundlage des VVG abgeschlossen werden. Im beurteilten Fall nahm es Letzteres an, qualifizierte die zwischen den Parteien bestehende kollektive Krankentaggeldversicherung als Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung und erachtete Art. 47 Abs. 2 und Abs. 3 alt VAG (nunmehr Art. 85 Abs. 2 und Abs. 3 VAG) für anwendbar. Mit

jener kollektiven Krankentaggeldversicherung hatte eine Arbeitgeberin sämtliche Mitarbeiter für ein näher umschriebenes Taggeld bei Arbeitsunfähigkeit versichert. In zwei Urteilen vom 20. November 2002 (5C.196/2002) und vom 28. Oktober 2003 (5C.193/2003) äusserte sich das Bundesgericht nicht zur Frage, ob es sich bei einer näher bestimmten Versicherung um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung handle. Wohl hätten die kantonalen Vorinstanzen diese Frage vorfrageweise beantwortet: aber nur im Hinblick auf die Anwendung einer gerichtsorganisatorischen Bestimmung des kantonalen Rechts, die auf Berufung hin nicht überprüft werden könne (Bestätigungen des amtlich veröffentlichten Leitentscheids BGE 125 III 461). Im amtlich veröffentlichten Leitentscheid BGE 125 III 461 hatte das Bundesgericht ohne Weiteres angenommen, bei der dort beurteilten kollektiven Krankentaggeldversicherung handle es sich um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung, für die Art. 47 alt VAG (nunmehr Art. 85 VAG) gelte. In einem Beschluss vom 23. Juni 2006 verwies das Kassationsgericht des Kantons Zürich auf die «herrschende Lehre», welche die kollektiven Krankentaggeldversicherungen zu den Zusatzversicherungen im Sinn von Art. 85 Abs. 2 VAG zähle. Auch das Bundesgericht halte fest, dass auf Streitigkeiten aus der kollektiven Krankentaggeldversicherung Art. 85 Abs. 2 und Abs. 3 VAG anwendbar seien. Im amtlich veröffentlichten Leitentscheid 125 III 461 habe es das Bundesgericht für selbstverständlich erachtet, dass es sich bei kollektiven Krankentaggeldversicherungen nach dem VVG um Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung handle und dass das Verfahren deshalb nach Art. 85 Abs. 2 und Abs. 3 VAG durchzuführen sei. Ein Urteil der Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 28. Juli 2003, wonach es sich bei einer kollektiven Krankentaggeldversicherung nach dem VVG im Gegensatz zur freiwilligen Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG nicht um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung im Sinn von Art. 12 Abs. 2 KVG handle, ist nur sehr summarisch begründet. Ebenso summarisch begründet (und nicht unmittelbar einschlägig) ist das als Beleg zitierte Urteil vom 11. November 2002 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (K 8/02). Vor allem vermag der Ansatz kaum zu überzeugen: Eine freiwillige Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG und eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung sind zwei verschiedene Dinge (Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht [Basel/Frankfurt am Main 1996] S. 107 ff. [III] und S. 131 ff. [VI]). Handelt es sich bei einer kollektiven Krankentaggeldversicherung nicht um eine freiwillige Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG, sondern um eine Taggeldversicherung nach VVG, so folgt daraus noch nicht, dass es sich um keine Zusatzversicherung (sehr wohl nach dem VVG) zur sozialen Krankenversicherung handeln kann. In einem Urteil vom 25. Mai 2007 (B-1298/2006) erwog die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts, bei der kollektiven Krankentaggeldversicherung nach dem VVG handle es sich um eine Versicherung, die ein Arbeitgeber abschliesse, um sich gegen die Folgen der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung infolge Krankheit,

Unfall etc. zu versichern. Es handle sich um eine selbstständige, umfassende Versicherung des Privatversicherungsrechts, die den Arbeitgeber gegen den Schaden versichere, der ihm im Fall eines krankheitsbedingten Ausfalls seiner Angestellten entstehen könne. Diese Versicherung sei nicht als Sozialversicherung ausgestaltet. Sie stelle auch keine Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung dar, sondern eine freiwillige Privatversicherung. Entsprechend stellte das Bundesverwaltungsrecht fest, dass die kollektive Krankentaggeldversicherung nach dem VVG nicht unter Art. 4 Abs. 2 Bst. r VAG falle. Nach Art. 4 Abs. 1 VAG hat ein näher bestimmtes Versicherungsunternehmen, das eine Bewilligung zur Versicherungstätigkeit erlangen will, der FINMA (Finanzmarktaufsicht) ein Gesuch zusammen mit einem Geschäftsplan einzureichen.

Nach Art. 4 Abs. 2 VAG muss der Geschäftsplan näher bestimmte Angaben und Unterlagen enthalten, unter anderem (Bst. r): «die Tarife und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, welche in der Schweiz verwendet werden ... in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung». Zu den Eigenarten der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung hatte das Bundesverwaltungsgericht erwogen (S. 4 unten f. [2.2]): Sie unterständen dem VVG und seien damit Gegenstand des Privatversicherungsrechts; allerdings würden sie die Leistungen der obligatorischen Grundversicherung (Krankenpflegeversicherung) ergänzen und daher immer einen Bezug zur sozialen Krankenversicherung aufweisen. Dieser Bezug wurde fallbezogen verneint. Um zu beurteilen, ob eine kollektive Krankentaggeldversicherung einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung entspreche, sind deren Zweck und deren Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung massgebend.

Stehen Elemente eines Versicherungsvertrags in einem, wenn auch schwachen Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung, so gelten sie als Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung (Alfred Maurer, S. 132 [bb]). Ob ein Versicherer Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung als solche bezeichnet, ist nicht ausschlaggebend. Zu prüfen ist stets, ob die betreffenden Versicherungen wirklich die soziale Krankenversicherung ergänzen und deshalb als Zusatzversicherung zu ihr gelten können (Alfred Maurer, S. 133 [cc]). Bei kombinierten Versicherungen soll das Schwergewicht den Ausschlag geben, ob es sich um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung oder um eine Nicht-Zusatzversicherung handle (Alfred Maurer/Gustavo Scartazzini/Marc Hürzeler, Bundessozialversicherungsrecht [3. A. Basel 2009] S. 363 [§ 15, Rz. 227]).

Bei der gegenständlichen kollektiven Krankentaggeldversicherung erscheint Z., als Versicherungsnehmer. Der versicherte Betrieb wird als «Reinigungsinstitut, -firma» bezeichnet. Versicherte Person ist Z. Die versicherte Leistung umfasst ein Krankentaggeld von 100 Prozent seines versicherten Lohns während 730 Tagen mit einer näher bestimmten Wartefrist. Weitere versicherte Personen sind in der Police nicht namentlich aufgeführt (wie dies die Ergänzenden Vertragsbedingungen [EVB 70 Abs. 2] vorsehen, falls weitere Personen versichert sein sollten). Die

gegenständliche kollektive Krankentaggeldversicherung unterscheidet sich insofern wesentlich von einer Versicherung gegen die Folgen der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung infolge Krankheit, Unfall etc., wie sie die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts zu beurteilen hatte. Der Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung überwiegt; hier liegt das Schwergewicht. Für den Kläger als Inhaber der Einzelfirma XY werden die Leistungen die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen und für welche die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten übernimmt (Art. 25 KVG), durch Taggelder ergänzt. Insofern erbringt die gegenständliche kollektive Krankentaggeldversicherung ähnliche Leistungen wie die freiwillige Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG.

Um über die sachliche Zuständigkeit entscheiden zu können, hatte das Kassationsgericht vorfrageweise zu beurteilen, ob es sich bei der gegenständlichen kollektiven Krankentaggeldversicherung um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung im Sinn von Art. 85 Abs. 2 VAG handle. Diese (nunmehr bejahte) Vorfrage beurteilt sich nach Bundesrecht. Soweit das Kassationsgericht in diesem Zusammenhang (ausserhalb seiner eigenen funktionalen Zuständigkeit) Bundesrecht anwendet, geschieht dies nur, weil der Zuständigkeitsentscheid es gebietet. Solche Anwendung von Bundesrecht bindet die betroffenen Gerichte einzig insofern, als mit dem Entscheid des Kassationsgerichts die sachliche Zuständigkeit unverrückbar feststeht. Dagegen ist das sachlich zuständige Gericht bei seiner materiellen Beurteilung an die (vorfrageweise erfolgte) Anwendung von Bundesrecht, wie sie dem Zuständigkeitsentscheid zugrunde liegt, nicht gebunden (GVP 2005 Nr. 61 [S. 256, 2. Abschnitt am Ende] oder GVP 2008 Nr. 70 [S. 197, 2. Abschnitt]). Nach Art. 85 Abs. 1 VAG entscheidet das Gericht privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten. Nach Art. 85 Abs. 2 VAG sehen die Kantone für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG ein einfaches und rasches Verfahren vor, in dem das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt. Nach Art. 85 Abs. 3 VAG dürfen den Parteien bei Streitigkeiten nach Art. 85 Abs. 2 VAG – unter Vorbehalt mutwilliger Prozessführung – keine Verfahrenskosten auferlegt werden. Inhaltsgleiche Bestimmungen fanden sich bereits in Art. 47 alt VAG (Bundesgesetz vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen. – Botschaft vom 9. Mai 2003 zu einem ... Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG ...: BBl 2003, 3789 S. 3802 f. [1.2.5.1.5] und S. 3839 [zu Art. 82 Entwurf VAG = Art. 85 VAG]).

Mit diesen Bestimmungen (Art. 47 alt VAG, Art. 85 VAG) wurden Verfahrensregeln des sozialen Krankenversicherungsrechts übernommen (Art. 61 Bst. a ATSG; hierzu eingehend und mit Hinweisen: Üli Kieser, ATSG-Kommentar [2. A. Zürich/Basel/Genf 2009] Rz. 24 ff. zu Art. 61 ATSG). Die Zusatzversicherungen erhalten dadurch einen sozialen Anstrich und werden in die Nähe der sozialen Krankenversicherung gerückt. Wohl unterstehen die Zusatzversicherungen zum sozialen Kran-

kenversicherungsrecht dem VVG und sind nach den hierfür gültigen Regeln auszu-legen; doch wird dies (auch) im Lichte des KVG zu geschehen haben (Alfred Maurer, S. 135 unten f. [c]). Insofern erklärt Art. 85 Abs. 2 VAG für Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung bestimmte (öffentlich-rechtlich geprägte) Verfahrensbestimmungen als massgebend (Üli Kieser, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht [Zürich/St.Gallen 2008] S. 11 [Anm. 20 zu 1, Rz. 20]).

Bereits nach dem skizzierten sozialen Ansatz der massgebenden öffentlich-rechtlich geprägten Verfahrensbestimmungen wirkt die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts zur Beurteilung von Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung als Fremdkörper innerhalb der übrigen zivilprozessrechtlichen Zuständigkeitsordnung. Denn aufgrund seiner Zusammensetzung und seiner Fachkompetenz ist das Handelsgericht in erster Linie berufen, Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmern zu beurteilen (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 4b zu Art. 14 ZPO). Darum handelt es sich hier nicht. Art. 85 Abs. 2 VAG schreibt den Kantonen lediglich ein einfaches und rasches Verfahren vor. Art. 85 Abs. 1 VAG stellt indes den Kantonen anheim, welches Gericht in einem einfachen und raschen Verfahren über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung entscheiden soll.

Bundesrechtlich vorgeschrieben ist lediglich, dass «das Gericht» hierüber entscheidet – also keine Verwaltungsbehörde (BGE 133 III 439 Erw. 2.2.2.2 S. 438 ff.). Zutreffend wendet die Beklagte in ihrer Stellungnahme vom 27. Oktober 2009 (S. 2 [2.2]) deshalb ein, dass aus der bundesrechtlich vorgeschriebenen Verfahrensart – einfaches und rasches Verfahren – nicht ohne Weiteres auf die kantonrechtlich vorgeschriebene sachliche Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts geschlossen werden kann. Vielmehr muss diese aus dem kantonalen Recht begründet werden.

Nach Art. 176 Bst. b ZPO gelten die Vorschriften über den einfachen Prozess vor dem Kreisgericht, wenn das Bundesrecht ein einfaches oder ein rasches Verfahren vorschreibt. Art. 183 Bst. a ZPO regelt das Ausbleiben einer Partei eigens für den Fall, dass das Bundesrecht ein einfaches oder ein rasches Verfahren vorschreibt. Die ZPO enthält demnach ausdrückliche Bestimmungen über ein einfaches und rasches Verfahren, wie es Art. 85 Abs. 2 VAG für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung vorschreibt, und erklärt das Kreisgericht zuständig, sie anzuwenden.

Die ZPO enthält aber auch ausdrückliche Bestimmungen über das Verfahren vor dem Handelsgericht. Nach Art. 158 Bst. c ZPO gelten die Vorschriften über den ordentlichen Prozess vor dem Handelsgericht. Wohl regeln Art. 14 und Art. 15 ZPO (und nicht Art. 183 Bst. c ZPO) die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 4 zu Art. 158). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts hat jedoch kantonrechtlich zur Folge, dass für das dortige Verfahren die Vorschriften über den ordentlichen Prozess gelten.

Schreibt nun das Bundesrecht für bestimmte Streitigkeiten ein einfaches und rasches Verfahren vor und erklärt für das kantonale Prozessrecht ausdrücklich das

Kreisgericht als zuständig, die Bestimmungen über dieses Verfahren anzuwenden, so ist das Kreisgericht nach kantonalem Prozessrecht auch sachlich zuständig, in eben diesem Verfahren die bundesrechtlich bestimmten Streitigkeiten zu beurteilen. Denn aus dem Bundesrecht ergibt sich nicht, dass vor dem (nach kantonalem Recht sachlich zuständigen) Handelsgericht, abweichend von Art. 158 Bst. c ZPO die Bestimmungen über den einfachen Prozess zu gelten hätten. Das kantonale Recht regelt nicht nur, ob ein Handelsgericht bestehen (Art. 13 GerG) und, gegebenenfalls, unter welchen Voraussetzungen es sachlich zuständig sein soll (Art. 14 f. ZPO), sondern auch, in welchem Verfahren es entscheidet (Art. 158 Bst. c ZPO). Die entsprechenden kantonrechtlichen Regelungen gehören untrennbar zusammen. Greift vorrangiges Bundesrecht in das kantonrechtlich geregelte Verfahren ein, indem es ein einfaches und rasches Verfahren vorschreibt, so regelt wiederum das kantonale Recht, welches Gericht im bundesrechtlich vorgeschriebenen Verfahren entscheidet. Nach Art. 176 Bst. b ZPO ist dies das Kreisgericht.

#### **4. Strafrechtspflege**

---

##### **77**

*Art. 59 StP (sGS 962.1).* Keine unentgeltliche Prozessführung für Zeugen.

*Präsident der Anklagekammer, 8. Juni 2009*

Die Staatsanwaltschaft lehnte das Gesuch einer Zeugin auf Wahrung der Anonymität ab. Die Zeugin reichte dagegen bei der Anklagekammer eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ein und ersuchte gleichzeitig um unentgeltliche Prozessführung für das Rechtsmittelverfahren. Dieses Gesuch lehnte der Präsident der Anklagekammer ab.

Aus den Erwägungen:

Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ist einstweilen nur über das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung zu entscheiden. Das Strafprozessgesetz regelt in Art. 271 StP die Ausrichtung einer Entschädigung für die Kosten der (privaten) Rechtsvertretung des Angeschuldigten und des Klägers. Art. 56 ff. StP regeln die amtliche Verteidigung des Angeschuldigten; und Art. 59 StP verweist für den Anspruch des Klägers auf unentgeltliche Prozessführung auf die Bestimmungen des Zivilprozessgesetzes (Art. 281 ff. ZPO). Anspruch auf amtliche Verteidigung und /oder unentgeltliche Prozessführung haben nur die Parteien des Strafverfahrens;

und zu den Parteien des Strafverfahrens zählen nur der Angeschuldigte und der Kläger.

Die Beschwerdeführerin ist als Zeugin im Strafverfahren gegen eine Drittperson vorgeladen. Sie ist damit zwar Verfahrensbeteiligte (vgl. Art. 105 EStPO), aber nicht Partei des Strafverfahrens. Als vorgeladene Zeugin ist sie auch nicht Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes, so dass sie auch daraus keinen Anspruch auf Befreiung von Verfahrenskosten oder auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand ableiten kann.

Die Entschädigung für andere Verfahrensbeteiligte, wie insbesondere Zeugen und Auskunftspersonen, richtet sich nach Art. 19 des Gerichtskostentarifs. Berücksichtigung finden dabei der ausgewiesene Verdienstausschlag, der Zeitaufwand und die Spesen. Eine Entschädigung für eventuelle Anwaltskosten ist nicht vorgesehen. Nachdem somit für Verfahrensbeteiligte kein Anspruch auf Ersatz allfälliger Anwaltskosten besteht, kann auch kein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands bestehen.

## 78

*Art. 60 Abs. 3, Art. 83 Abs. 1 StP (sGS 962.1).* Zustandekommen von übersetzten Protokollen aus einer Telefonüberwachung. Die Bekanntgabe der Identität der Übersetzer der Protokolle kann unter Umständen analog Art. 83 Abs. 1 StP verweigert werden. Art. 60 Abs. 3 StP ist im vorliegenden Fall auf die Übersetzer nicht anwendbar.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 29. Juni 2009*

Zum Sachverhalt:

X verkaufte während drei Monaten mindestens 420 Gramm Kokain an Y, welcher es seinerseits an zwei weitere Personen weiterveräusserte. X wurde massgeblich gestützt auf übersetzte Protokolle aus einer Telefonüberwachung wegen schwerer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen.

Aus den Erwägungen:

II./3. a) Die Parteien beantragten, es sei offen zu legen, wie die übersetzten Telefonprotokolle zustande gekommen seien und wer daran beteiligt gewesen sei.

b) Diesem Antrag wurde entsprochen. Nach dem eingereichten Amtsbericht der Kantonspolizei startete jeweils der Sachbearbeiter seinen Computer und schaltete die entsprechende Gesprächsliste auf seinen Monitor. Anschliessend wurden

die Gespräche durch den Sachbearbeiter und den Dolmetscher zusammen abgehört. Bei einem belanglosen Gespräch wurde auf eine Erfassung verzichtet; wichtige Gespräche wurden dagegen entweder als Zusammenfassung im System erfasst oder mit exaktem Wortlaut protokolliert.

c) Damit gab sich der Verteidiger nicht zufrieden und kritisierte, dass genauere Angaben darüber fehlen würden, wer an der Erfassung der Gespräche insbesondere bei der Aktion «A» beteiligt gewesen sei. In einem weiteren Amtsbericht der Kantonspolizei wurde dazu präzisiert, dass die Telefongespräche der Aktion «A» durch Mitarbeiter aus dem Dezernat Z des Spezialdienstes der Kantonspolizei im Beisein eines instruierten Übersetzers protokolliert worden seien. Die Namen der Dolmetscher wurden aus Persönlichkeitsschutz nicht offen gelegt. Zur Produktion der Protokolle präzisierte die Staatsanwaltschaft zudem, dass der Übersetzer die Gespräche, nachdem sie vom Sachbearbeiter auf den Computer geholt worden seien, angehört und übersetzt habe; der Sachbearbeiter habe sie dann auf Deutsch erfasst. Der Ablauf sei in beiden Aktionen – «A» und «B» – gleich gewesen.

4. a) Die Verteidigung rügte weiter, dass von der Staatsanwaltschaft bzw. der Kantonspolizei die Identität der Übersetzer der Protokolle aus der Telefonüberwachung der Aktionen «A» und «B» nicht bekannt gegeben worden sei. Damit sei auch nicht klar, ob die Dolmetscher jeweils zu Beginn auf die Straffolgen einer falschen Übersetzung hingewiesen worden seien. Die Untersuchungsbehörden lehnten die Preisgabe der Identität der Übersetzer mit dem Hinweis auf deren Schutz vor Repressalien ab. Es handle sich bei diesen um Personen aus dem gleichen Kulturkreis wie der Angeklagte, was bei den (namentlich bekannten) polizeilichen Sachbearbeitern in der Regel nicht der Fall sei. Entsprechend hätten diese Personen ein grösseres Bedürfnis, ihre Identität zu schützen.

b/aa) Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Art. 83 Abs. 1 StP sieht die Wahrung der Anonymität von Zeugen im Strafverfahren vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es nicht willkürlich, diesen Anspruch analog Sachverständigen bzw. Übersetzern zuzugestehen, da dies unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte weit weniger problematisch sei (z. B. Urteile des Bundesgerichts 6P.170/2004 vom 3. Mai 2005 und 6B\_50/2008 vom 20. Juni 2008). Im vorliegenden Fall wurden die Übersetzer unter Wahrung ihrer Anonymität als Zeugen über ihre Instruktion und Belehrung befragt. Dem Verteidiger wurde Gelegenheit gegeben, an den Befragungen teilzunehmen und eigene Fragen zu stellen, wovon er auch Gebrauch machte. Zudem wurde gleichentags der im Verfahren «A» fallführende Sachbearbeiter C – ebenfalls in Anwesenheit des Verteidigers des Angeklagten – zur Instruktion der Dolmetscher einvernommen.

bb) Der Sachbearbeiter erklärte, dass die Dolmetscher auf die Bestimmung von Art. 307 StGB hingewiesen worden seien. Der «Dolmetscher 1» bestätigte in seiner Einvernahme vom 19. Mai 2009, dass er vor Beginn der Übersetzung belehrt bzw. auf die Art. 307 und 320 StGB aufmerksam gemacht worden sei, deren Inhalt er gekannt habe. Selbiges gab auch der «Dolmetscher 2» zu Protokoll. Er sagte

zudem aus, dass er ab den Jahren 2002/2003 im Zusammenhang mit der Belehrung ein Formular habe unterzeichnen müssen, allerdings nicht jedes Mal, sondern nur zu Beginn der Übersetzungen. Vor dem Jahr 2002 oder 2003 sei mündlich instruiert worden. Er sei stets – schriftlich oder mündlich – über seine Pflichten belehrt worden.

cc) Damit steht fest, dass die Dolmetscher immer instruiert wurden und die Straffolgen einer falschen Übersetzung kannten; die Belehrungen der Ermittlungs- bzw. Untersuchungsbehörden waren in allen Fällen ausreichend und erfolgten zumindest zu Beginn der Übersetzungsaktionen. Zudem hatte die Verteidigung Gelegenheit erhalten, anlässlich der Einvernahme der Dolmetscher allfällige sonstige Einwendungen gegen diese geltend zu machen. Insgesamt ist somit den bundesgerichtlichen Anforderungen Genüge getan (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_50/2008 vom 20. Juni 2008). Der Umstand, dass die Identität der Übersetzer nicht preisgegeben wurde, steht daher der Verwertbarkeit der Übersetzungsprotokolle nicht entgegen.

5. a) An der Berufungsverhandlung brachte die Verteidigung schliesslich vor, dass die in den Akten liegenden Übersetzungsprotokolle nicht die Voraussetzung von Art. 60 Abs. 3 StP erfüllen würden, da die Übersetzer nach der Übersetzung nicht deren Richtigkeit im Protokoll bestätigt hätten.

b) Auch dieser Einwand ist unbegründet. Art. 60 Abs. 3 StP ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da die Protokolle von den Polizeibeamten bzw. polizeilichen Sachbearbeitern und nicht von den Übersetzern aufgesetzt bzw. geschrieben wurden (vom befragten Sachbearbeiter sowie vom Dolmetscher 1 in ihren Einvernahmen vom 19. Mai 2009 bestätigt). Die Übersetzer können nichts bestätigen, was sie nicht selbst protokolliert haben; sie hatten gar kein Protokoll verfasst. Anstelle einer Bestätigung des Übersetzers erfolgt der Hinweis auf die Straffolgen von Art. 307 StGB.

(...)

## 79

*Art. 82, Art. 217 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Würdigung einer im Strafverfahren zurückgenommenen Aussage; Grundsatz der freien Beweiswürdigung; Bedeutung von Art. 82 StP.*

*Kantonsgericht, Strafkammer, 9. März 2009*

Zum Sachverhalt:

Der Angeklagte X begab sich am Sonntag, 17. September 2006, zum Restaurant A in B. Dort trank er eine unbestimmte Menge Alkohol. Um ca. 21.30 Uhr kam es

zu einem Streit um die Höhe einer Spielschuld mit dem Restaurantbesitzer C und weiteren Personen. In der Folge verwies C den sich aggressiv verhaltenden X aus dem Lokal. Nachdem dieser lautstark versucht hatte, wieder einzutreten, kam es zu einem Gerangel. Kurz vor 22.00 Uhr entfernte sich X vom Lokal, holte den in der Nähe parkierten Personenwagen D seines Cousins und lenkte diesen mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,30 Gew.-% zurück zum Restaurant A. Dabei verlor er die Beherrschung über das Fahrzeug und lenkte es in die Hauswand beim Eingangsbereich des Lokals. Kurze Zeit später traf sein Bruder Y mit dem Personenwagen E beim Restaurant ein, nachdem er über die Vorfälle informiert worden war. Die angerufene Polizei erschien nach 22.00 Uhr. Kurz danach entfernte ein unbekannter Lenker den Wagen E von Y vom Parkplatz des Lokals. X sagte bei der polizeilichen Befragung und gegenüber der Untersuchungsbehörde mehrfach aus, dass sein Bruder Y den Wagen gelenkt und den Unfall verursacht habe. Im Gegensatz zur Vorinstanz erklärte die Strafkammer X für schuldig (Art. 303 Ziff. 2 StGB, Art. 90 Ziff. 1, Art. 91 Abs. 1 Satz 2 SVG).

Aus den Erwägungen:

II./2. a) Z war im Restaurant, als der Personenwagen D gegen die Hausfassade gelenkt wurde. Sie war es auch, die die Polizei angerufen hatte. Am 18. September 2006, ca. zwei Stunden nach dem Ereignis, hat Z gegenüber der Polizei Aussagen zum Unfallhergang gemacht und dabei den Angeklagten X eindeutig als Lenker des Fahrzeugs bezeichnet. Der Mann, welcher nach einem Streit im Lokal festgehalten und nach draussen verbracht worden sei, sei später mit dem «silberfarbenen Personenwagen» gegen die Hausfassade gefahren. Sie sei «ganz sicher», dass dieser Mann das «silberfarbene Auto» (Personenwagen D) in die Hauswand gelenkt habe; den Bruder des Lenkers habe sie erst gesehen, als die Polizei schon vor Ort gewesen sei. Auch konnte sie angeben, dass der Lenker «ein weiss/rosarotes gestreiftes, zerrissenes Hemd» und «eine Jacke oder Gillette» getragen habe, was auf den Angeklagten X zutrifft.

(...)

3. In einem Schreiben vom 13. November 2006 nahm Z ihre gegenüber der Polizei gemachten Angaben vollumfänglich zurück. Sie gab an, die Brüder X und Y verwechselt zu haben, da sie sich sehr ähnlich sehen würden und es vor dem Laden ziemlich dunkel gewesen sei. Nicht der Angeklagte X, sondern Y sei im Auto gesessen. In der anschliessenden untersuchungsrichterlichen Befragung hat Z ausweichend Antwort gegeben. Sie wollte nicht bekannt geben, wer (in ihrem Auftrag) den Brief vom 13. November 2006 geschrieben hatte und wollte sich auch an Einzelheiten am Abend des 17. September 2006 nicht mehr erinnern. Auf Vorhalt der verschiedenen, detaillierten Angaben in der Unfallnacht hat sie «einsilbig» und wenig überzeugend mit «ich habe es verwechselt» oder «ich weiss es nicht» geantwortet und auch erstmals behauptet, sie hätte Angst gehabt und sei unter Schock gestanden. Als Erklärung dafür, weshalb sie denn nun so sicher sei, dass Y und

nicht der Angeklagte X den Personenwagen D lenkte, gab sie an, «einen Fehler gemacht zu haben». Insgesamt überzeugt die Rücknahme der ersten, unter dem Eindruck des Geschehens gegenüber der Polizei gemachten detaillierten Aussagen nicht. Die neuen Angaben widersprechen auch denjenigen der befragten F und G. Weshalb Z später ihre die Angeklagten X und Y belastende Aussage widerrufen hat, muss offen bleiben. Für das Gericht sind jedenfalls ihre ersten, gegenüber der Polizei gemachten Angaben, zusammen mit denen von F und G, beweisbildend.

4. Die Vorinstanz erkannte, Elemente, die den Angeklagten X bzw. Y belasten würden, seien lediglich insoweit relevant, als sie vor dem Untersuchungsrichter vorgebracht worden seien.

Dem kann nicht beigespflichtet werden. Es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Art. 82 StP hat die Bedeutung, dass eine polizeiliche Befragung eine untersuchungsrichterliche Einvernahme (formelle Zeugeneinvernahme) nicht zu ersetzen vermag, wenn es nicht lediglich um Übertretungen oder die Abklärung von Nebenumständen eines Verbrechens oder Vergehens geht (Oberholzer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., N 821, 884). Vorliegend wurden nicht nur der Angeklagte X und sein Bruder Y, sondern auch Z, F und G untersuchungsrichterlich einvernommen, so dass die Verfahrensrechte des Angeklagten X gewahrt waren. Unter diesen Umständen ist es zulässig, auf polizeiliche Befragungsprotokolle abzustellen (Oberholzer, a. a. O., N 821).

(...)

## 80

*Art. 141 und 147 StP (sGS 962.1).* In Beweisanordnungen (z. B. Hausdurchsuchungsbefehle, Editionsverfügungen) ist gegenüber den davon betroffenen Drittpersonen die Strafsache unter Berücksichtigung des Rechts des Angeschuldigten auf informationelle Selbstbestimmung zu umschreiben.

*Anklagekammer, 12. August 2009*

Aus den Erwägungen:

Die Hausdurchsuchung ordnet im Regelfall der Untersuchungsrichter schriftlich an (Art. 110 Abs. 1 i.V. m. Art. 147 Abs. 1 erster Satz StP). In der entsprechenden Verfügung (Hausdurchsuchungsbefehl) werden die zu durchsuchenden Räume und der Zweck der Hausdurchsuchung bezeichnet (Art. 147 Abs. 1 zweiter Satz). Hausdurchsuchungsbefehle richten sich an die im Regelfall mit dem Vollzug beauftragten Polizeibeamten. Dies erfordert relativ genaue Hinweise auf das Strafverfahren und die dafür sicherzustellenden Gegenstände oder insbesondere auch Daten-

träger, die als Beweismittel in Frage kommen oder der Einziehung gemäss Art. 69 ff. StGB unterliegen können. Deshalb ist es im Regelfall unerlässlich, im Hausdurchsuchungsbefehl den Angeschuldigten und die weiteren im Zusammenhang mit dem abzuklärenden Sachverhalt in Frage kommenden Personen oder Firmen namentlich anzuführen. Im Regelfall ist eine kurze Darstellung des Tatverdachts unerlässlich. Es versteht sich von selbst, dass sich dies auf das im konkreten Fall für den Vollzug der Hausdurchsuchung und den damit verbundenen Zweck Erforderliche zu beschränken hat. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die Strafsache mit der abstrakten Deliktsbezeichnung oder mit dem konkretisierten Tatvorwurf umschrieben wird. Es ist nicht ausgeschlossen, beides zusammen aufzuführen. Wesentlich erscheint dabei aber, dass die Unschuldsvermutung in der Darstellung gewahrt wird (vgl. Bundesgerichtsurteil 1P.841/2005, E. 4.2). Zudem sollten solche Ausführungen für den Zweck der Hausdurchsuchung grundsätzlich erforderlich sein. Der Hausdurchsuchungsbefehl legitimiert die in der Regel mit dessen Vollzug beauftragte Polizei zur Vornahme der Durchsuchung gemäss dem umschriebenen Zweck. Die Hausdurchsuchung ist dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechend mit der erforderlichen Zurückhaltung durchzuführen. Dies gilt in besonderem Masse, wenn nicht der Angeschuldigte selbst, sondern eine unbeteiligte Drittperson von der strafprozessualen Zwangsmassnahme betroffen ist.

Die Polizei verschafft sich im Regelfall durch Vorzeigen des Hausdurchsuchungsbefehls Zugang zu den zu durchsuchenden Räumlichkeiten. Diesbezüglich ergeben sich von vornherein keine Probleme, sofern die Hausdurchsuchung in Räumlichkeiten des Angeschuldigten in seiner Anwesenheit durchgeführt werden kann. In einem solchen Fall erweist sich die uneingeschränkte Einsichtgabe in den Hausdurchsuchungsbefehl als unproblematisch. Der Angeschuldigte selber hat vielmehr grundsätzlich ein Anrecht darauf zu erfahren, dass in einer gegen ihn geführten Strafuntersuchung ermittelt wird und aus welchem Zweck die Durchsuchung erfolgt.

Im angezeigten Fall war der Angeschuldigte nicht zu Hause, weshalb die Durchsuchung in den von ihm gemieteten Räumlichkeiten in seiner Abwesenheit unter Beizug einer Vertrauensperson von der Polizei vorgenommen wurde (vgl. Art. 147 Abs. 3 erster Satz StP). Um sich Zutritt zu verschaffen, zeigten die Beamten den Hausdurchsuchungsbefehl der Hauseigentümerin, welche in der Folge die Türe zu den zu durchsuchenden Räumen öffnete. Aus dem ihr vorgezeigten Durchsuchungsbefehl konnte sie entnehmen, dass in einer Strafsache gegen ihren Mieter wegen des Verdachts der Pornographie ermittelt wird und dass Folgendes zu sichern war: «Computer, andere Datenträger sowie Schriften, Videofilme, Fotomaterial oder andere Gegenstände, welche pornographische Darstellungen enthalten können.»

Art. 13 Abs. 1 BV gewährleistet das Recht auf eine Privat- und eine persönliche Geheimosphäre. Abs. 2 schützt den Einzelnen vor Beeinträchtigungen, die durch die staatliche Bearbeitung seiner persönlichen Daten entstehen (Recht auf informatio-

nelle Selbstbestimmung). Zur Bearbeitung in diesem Sinne gehört auch die staatliche Bekanntgabe von Personendaten (vgl. Bundesgerichtsurteil 1P.841/2005, E. 3.1).

Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung vermag im Allgemeinen strafprozessuale Massnahmen zur Beweissicherung und -erhebung zu rechtfertigen. Dabei haben die Strafverfolgungsbehörden den Personen, die zu Beweis Zwecken in das Strafverfahren einbezogen werden, grundsätzlich die notwendigen Angaben mitzuteilen, damit diese in die Lage versetzt werden, ihre eigenen Interessen zu wahren (Bundesgerichtsurteil 1P.841/2005 E. 4.3).

Die Behörden haben allgemein die Strafsache je nach der Beweissmassnahme, die sie anordnen, gegenüber den davon betroffenen Drittpersonen sachgerecht mit unterschiedlichem Konkretisierungsgrad zu umschreiben. Die bei einer solchen differenzierten Vorgehensweise vorgenommenen Eingriffe in das Recht eines Angeeschuldigten auf informationelle Selbstbestimmung haben sich als verhältnismässig zu erweisen. Dies ist gegeben, wenn der Eingriff zur Erreichung des Zieles, welches im öffentlichen Interesse vorgegeben ist, geeignet und erforderlich ist (BGE 128 II 275 E. 3.6). Das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 13 Abs. 2 BV) wurde im angezeigten Fall nicht eingehalten, indem der (nichtangeschuldigten) Hauseigentümerin der in der Strafsache gegen den Beschwerdeführer (Mieter) erlassene Hausdurchsuchungsbefehl uneingeschränkt zur Einsicht vorgelegt wurde, womit sie nicht nur Kenntnis nehmen konnte, welche Räume durchsucht werden sollen, sondern auch in welcher Strafsache und zu welchem Zweck. Um sich Zutritt zu verschaffen wäre Letzteres nicht erforderlich gewesen. Im vorliegenden Fall wäre es ausreichend gewesen, der Hauseigentümerin nur beschränkt Einsicht in den Hausdurchsuchungsbefehl zu gewähren und zwar in Bezug auf die zu durchsuchenden Räumlichkeiten. Das Gesagte gilt allgemein für sämtliche Beweisanordnungen, insbesondere auch für Editionsverfügungen. Die Anklagekammer geht davon aus, dass die Strafverfolgungsbehörden diesem Umstand in der Zukunft Beachtung schenken. Allgemeine aufsichtsrechtliche Anweisungen erweisen sich indes als nicht notwendig.

## 81

*Art. 152 StP (sGS 962.1). Voraussetzungen für die Genehmigung von Scheinkäufen durch Polizeibeamte im Sinn von Art. 17 BVE.*

*Präsident der Anklagekammer, 25. Februar 2009*

Erwägungen:

1. Die Staatsanwaltschaft gelangte mit Schreiben vom 12. Juni 2003 an das Präsidium der Anklagekammer und teilte mit, dass die Kantonspolizei mit einer

Sondergruppe eine Aktion durchführe, die sich gegen dealende Kleinhändler im Umfeld von Bahnhöfen verschiedener Städte richte. Sie beabsichtige nun, in der erwähnten Drogenszene Scheinkäufer zum Einsatz zu bringen, wobei folgende Rahmenbedingungen vorgesehen seien:

- Als Scheinkäufer kommt nur ein Polizeibeamter in Frage. Die Leitung der Aktion liegt beim Kantonalen Untersuchungsamt (KUA). Die Scheinkäufer werden vor dem Einsatz durch das KUA zu Protokoll über die Abwicklung und die rechtlichen Rahmenbedingungen belehrt.
- Der Scheinkäufer muss vom Täter angesprochen werden; allenfalls ist ihm Kaufbereitschaft durch Sichtkontakt oder eine unverfängliche Frage («wieviel?») zu signalisieren, mehr auf keinen Fall.
- Der Fall muss aktenmässig sauber dokumentiert sein: Scheinkauf wird abgewickelt, unmittelbar darauf Zugriff auf den Verkäufer durch observierende Beamte; Sicherstellung des Kokains beim Scheinkäufer; Sicherstellung der markierten Banknoten beim Verkäufer; kurzer Amtsbericht des Scheinkäufers an das KUA innert Stunden; Vortest der Sicherstellung; polizeiliche Befragung nicht nötig.
- Nach erfolgtem Scheinkauf verfügt das KUA die Festnahme; Zuführung und Einvernahme durch das KUA innert 3 Stunden, ausserhalb der Arbeitszeit spätestens am nächsten Morgen nach der Aktion. Strafbescheid und Ausgrenzung werden innert 24 Stunden nach dem Scheinkauf ausgehändigt; anschliessend Haftentlassung und allenfalls Rückführung in den Wohnkanton (bzw. kontrollierte Abreise).
- Der Einsatz von Scheinkäufern soll vorerst probeweise in Buchs und Wil durchgeführt werden; wenn es sich bewährt, später allenfalls auch in St.Gallen.

2. Das Präsidium der Anklagekammer stellte mit Entscheid vom 16. Juni 2003 fest, dass der von der Staatsanwaltschaft vorgesehene Einsatz von Scheinkäufern – soweit die genannten Rahmenbedingungen eingehalten werden – nicht genehmigungspflichtig ist. Der Entscheid erfolgte auf der (damals geltenden) Rechtsgrundlage von Art. 152 StP. Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) lag erst im Entwurf vor; es wurde 2005 in Kraft gesetzt.

Zur Begründung stützte sich das Präsidium der Anklagekammer im Wesentlichen auf Botschaft und Entwurf zum BVE. Es wies darauf hin, dass in Berücksichtigung des Entwurfs zum erwähnten Bundesgesetz von einer verdeckten Ermittlung nur dann gesprochen werden könne, wenn diese auf eine gewisse Dauer angelegt sei sowie die Einschleusung eines mit einer falschen Legende und falscher Identität versehenen Beamten in einem mutmasslich kriminellen Umfeld zum Gegenstand habe. Allein der damit verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Zielperson rechtfertige denn auch die besonderen Verfahrens- und Schutzvorschriften. Das von der Staatsanwaltschaft beabsichtigte Vorgehen stelle in diesem Sinn noch keine verdeckte Ermittlung dar. Der betreffende Beamte werde nicht in eine bestehende Organisation eingeschleust, er trete den Zielpersonen nicht mit falscher Identität entgegen und er werde auch nicht mit einer falschen

Legende ausgestattet. Der vorgesehene Einsatz dauere wenige Minuten, wobei ein blosser Sichtkontakt in aller Regel genügen werde, damit die Zielperson den Scheinkäufer anspreche und ihm ein entsprechendes Angebot unterbreite, welches sofort angenommen und abgewickelt werde. Es handle sich demzufolge um einen Anwendungsfall von Art. 23 BetmG, ohne dass die Voraussetzungen einer verdeckten Ermittlung im Sinn von Art. 152 StP vorliegen würden. Der unter den von der Staatsanwaltschaft genannten Rahmenbedingungen vorgesehene Einsatz von Scheinkäufern im Bereich der dealenden Kleinhändler falle demzufolge nicht unter Art. 152 StP, so dass eine richterliche Genehmigung nicht erforderlich sei (AK.2003.160; vgl. auch den im Wesentlichen gleich argumentierenden Entscheid der I. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 3. November 2003, in: ZR 2004 Nr. 41, S. 165 ff.).

3. Das Bundesgericht bestätigte zunächst im Wesentlichen diese Argumentation. Im Entscheid der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 2. Juni 2008 (1B\_123/2008) verwies das Bundesgericht auf die in der Lehre vorherrschende Auffassung, wonach es für die Qualifikation eines polizeilichen Einsatzes als verdeckte Ermittlung einer gewissen Einwirkung auf die Zielperson bedürfe. Unter Hinweis auf Thomas Hansjakob (Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 2004, S. 97 ff.) führte das Bundesgericht aus, verdeckter Ermittler sei nur, wer aktiv einen falschen Eindruck über seine Identität und Beamteneigenschaft erwecke. Es genüge nicht, dass er es bloss unterlasse, sich als Polizist zu erkennen zu geben. Solange sich die Zielperson für den Namen und die Lebensumstände des verdeckten Ermittlers nicht interessiere, solange dieser also beispielsweise nicht aktiv eine besondere Täuschung verwende, sei er nicht verdeckter Ermittler. Der Scheinkäufer etwa, der auf der offenen Drogenszene zum Schein Drogen erwerbe, sei nicht verdeckter Ermittler, weil sein Gegenüber sich weder für den Namen noch weitere Umstände zur Person überhaupt interessiere, sondern bloss möglichst rasch und anonym ein Geschäft abschliessen wolle. Folgerichtig übernahm denn auch das Bundesgericht die von Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann (Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 386) vorgenommene Unterscheidung zwischen qualifizierter verdeckter Ermittlung, bei der das BVE zur Anwendung kommt, und einfacher verdeckter Ermittlung, bei der das nicht der Fall ist. Anzuführen bleibt, dass dieser Entscheid im Rahmen eines Haftprüfungsverfahrens erging und die I. öffentlich-rechtliche Abteilung eine definitive Klärung der Rechtsfrage durch den Strafrichter im Hauptverfahren ausdrücklich vorgebehielt.

4. Zwei Wochen nach dem Entscheid der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung zu einem polizeilichen Scheinkauf von Betäubungsmitteln hatte die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts am 16. Juni 2008 über eine Beschwerde in Strafsachen zu entscheiden, welche die verdeckte polizeiliche Beteiligung an der Kommunikation in Chatforen im Internet zwecks Aufklärung von Straftaten zum Gegenstand hatte (6B\_777/2007 = BGE 134 IV 266 ff.). Es hielt in seinem 23-seitigen Urteil fest,

«dass jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE ist und unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt» (BGE 134 IV 277). Eine Auseinandersetzung mit dem noch in eine andere Richtung tendierenden Entscheid der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 2. Juni 2008 (1B\_123/2008) fand nicht statt.

Die strafrechtliche Abteilung anerkannte zwar (ohne Zitat der entsprechenden Belegstellen), die Lehre schein(e) überwiegend der Auffassung zu sein, dass eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE ein gewisses Mass an Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität voraussetze. Wenn dieses Mass nicht erreicht sei, liege nach dieser Auffassung keine verdeckte Ermittlung vor und bestimme sich die Zulässigkeit der verdeckten Ermittlung nach dem kantonalen Strafprozessrecht (BGE 134 IV 276). Den Bestimmungen des BVE liessen sich aber keine hinreichenden Anhaltspunkte für diese Auffassung entnehmen. Sollte der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des BVE – bzw. der Bestimmungen der künftigen schweizerischen Strafprozessordnung – auf verdeckte Ermittlungen beschränken wollen, die eine gewisse Täuschungs- oder Eingriffsintensität aufweisen, hätte er dies durch entsprechende Vorschriften zum Ausdruck zu bringen, aus welchen sich ein diesbezüglich eingeschränkter Anwendungsbereich klar ergebe (BGE 134 IV 277).

5. In Berücksichtigung dieses neuesten Entscheids des Bundesgerichts stellt sich die Frage nach der Fortführung der mit dem Entscheid des Anklagekammerpräsidiums vom 16. Juni 2003 eingeführten Praxis der polizeilichen Scheinkäufe von Betäubungsmitteln im Kanton St.Gallen. Die Staatsanwaltschaft ist mit Eingabe vom 10. Dezember 2008 an das Präsidium der Anklagekammer gelangt. Sie hat einleitend die polizeiliche Praxis im Zusammenhang mit Scheinkäufen von Drogen, aber auch mit den in Zusammenarbeit mit der Suchtberatung durchgeführten Testkäufen von Alkohol durch Jugendliche, dargelegt. Zugleich hat sie ihre Meinung klar zum Ausdruck gebracht, dass bei beiden Konstellationen kein Sachverhalt aus dem Anwendungsbereich des BVE vorliege. Abschliessend ersuchte die Staatsanwaltschaft, dass über die Frage der Bewilligungspflicht – in Kenntnis des Urteils des Bundesgerichts – neu entschieden werde.

6. Der erwähnte Entscheid der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts orientiert sich an der formalen Zweiteilung des BVE, welches zwischen den zwei «klar abgegrenzten Phasen» (Botschaft, BBl 1998, 4285) der (genehmigungspflichtigen) Ernennung des verdeckten Ermittlers durch den Kommandanten des Polizeikorps (Art. 5 und 7 BVE) und dem (ebenfalls genehmigungspflichtigen) Einsatz des verdeckten Ermittlers durch den Staatsanwalt im Strafverfahren (Art. 14 und 17 BVE) unterscheidet.

Diese Zweiteilung hat keinen Eingang in die (voraussichtlich im Jahr 2011 in Kraft tretende) schweizerische Strafprozessordnung gefunden, weil sie sich von allem Anfang an als verfehlt erwies. Zum einen verlangt Art. 4 BVE (bzw. Art. 286

StPO) als Voraussetzung einer verdeckten Ermittlung den Verdacht auf eine Katalogtat, deren konkrete Schwere den Eingriff rechtfertigt. Besteht aber ein konkreter Tatverdacht auf schwere Straftaten, ist die Polizei auf der Grundlage des kantonalen Prozessrechts (neu auf der Grundlage von Art. 307 StPO) verpflichtet, unverzüglich zu informieren, womit die Verfahrensherrschaft auf die Staatsanwaltschaft übergeht. Für einen selbstständigen polizeilichen Einsatz einer verdeckten Ermittlung zur Abklärung von Straftaten besteht somit – im Unterschied zur polizeilichen Ernennung eines verdeckten Ermittlers als solcher – kein Raum.

Zum andern ist nicht nachvollziehbar, weshalb die (einstweilen nur interne) polizeiliche Ernennung eines verdeckten Ermittlers einer richterlichen Genehmigung bedarf. Die richterliche Genehmigung ist in dieser Phase der Ernennung ein unnötiger Formalismus, der im besten Fall dazu dienen kann, einen formalen Rechtfertigungsgrund für die Bildung einer Legende abzugeben. Im Übrigen bedarf es aber in dieser Phase keines besonderen Rechtsschutzes, da mit der Ernennung als solcher noch kein Eingriff in die rechtlich geschützten Sphären der potenziell Betroffenen verbunden ist. Ein derartiger Eingriff, der eines besonderen Rechtsschutzes bedarf, erfolgt vielmehr erst im Rahmen des konkreten Einsatzes. Erst dann ist es für die Genehmigungsbehörde auch möglich, in Berücksichtigung der konkreten Verdachtslage, der konkreten Zielsetzung und der konkret angeordneten Modalitäten der verdeckten Ermittlung die vom Gesetz vorgesehene Rechts- und Verhältnismässigkeitskontrolle vorzunehmen. Das Gesetz nennt denn auch keine Kriterien, aufgrund derer die Genehmigung zur Ernennung eines verdeckten Ermittlers durch den Kommandanten der Kantonspolizei verweigert werden könnte.

In dieser ersten Phase geht es nur um die behördeninterne Auswahl einer geeigneten Person, welche im Hinblick auf mögliche künftige Einsätze als verdeckter Ermittler ausgebildet, aufgebaut und allenfalls mit einer (noch nicht gegen aussen in Erscheinung tretenden) Legende versehen werden soll. Nachdem mit der Ernennung als solcher kein konkreter Einsatz im Rahmen einer Ermittlung oder eines Strafverfahrens verbunden ist, besteht für die Genehmigungsbehörde kein Beurteilungs- und auch kein Handlungsspielraum. Der Kommandant der Kantonspolizei und nicht die Genehmigungsbehörde entscheidet nach eigenem Ermessen und in eigener Verantwortung, welche Angehörigen des Polizeikorps – oder allenfalls welche anderen für eine polizeiliche Aufgabe angestellte Personen (vgl. Art. 5 Abs. 2 BVE) – für künftige Einsätze als verdeckte Ermittler grundsätzlich geeignet erscheinen und deshalb im Hinblick auf einen möglichen künftigen Einsatz vorbereitet werden sollen. Es ist nicht vorstellbar, unter welchen Umständen und mit welcher Argumentation die gesetzlich vorgeschriebene – aber letztlich inhaltlose und auf einen Formalakt beschränkte – Genehmigung zur Ernennung einer Person als verdeckter Ermittler verweigert werden könnte.

Das Bundesgericht stützt sich in seinem Entscheid ausschliesslich auf die fehlende Genehmigung zur Ernennung, nicht aber auf die fehlende Genehmigung zum Einsatz des verdeckten Ermittlers im konkreten Strafverfahren (BGE 134 IV 282).

Die richterliche Genehmigung zur Ernennung eines verdeckten Ermittlers äussert sich nach Art. 7 Abs. 2 BVE ausdrücklich zur Erlaubnis, Urkunden zum Aufbau oder zur Aufrechterhaltung einer Legende herzustellen oder zu verändern, zu den gemachten Vertraulichkeitszusagen sowie zur Ernennung von Personen, die nicht Angehörige des Polizeikorps, aber vorübergehend für eine polizeiliche Aufgabe angestellt worden sind. Sämtliche dieser Kriterien sind bei den als Scheinkäufer eingesetzten Beamten der Kantonspolizei ohne Belang. Sie verfügen weder über eine Legende noch ist ihnen gegenüber eine Vertraulichkeitszusage abgegeben worden.

7. Die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts räumt ausdrücklich ein, dass das Parlament bei der Regelung der verdeckten Ermittlung relativ langfristige und heikle Einsätze im Auge gehabt habe (BGE 134 IV 271) und verschiedene Bestimmungen des Gesetzes überhaupt nicht für kurze und relativ einfache Einsätze, die sich auf wenige Kontakte oder gar nur einen einzigen Kontakt mit der Zielperson beschränken und keine besonderen Vorkehrungen erfordern, zugeschnitten seien (BGE 134 IV 273). Trotzdem gelangt es zum Schluss, dass verdeckte Ermittlung «das Anknüpfen von Kontakten durch Polizeiangehörige zu verdächtigen Personen (sei), die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei die Polizeiangehörigen nicht als solche erkennbar sind (ähnlich die Botschaft, BBI 1998, S. 4283)».

Während der erste Teil dieser Aussage wörtlich aus der Botschaft übernommen worden ist, findet der zweite Teil des vom Bundesgericht als «ähnlich» bezeichneten Zitats in den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Dort ist in diesem Zusammenhang nicht die Rede von der Erkennbarkeit bzw. Nichterkennbarkeit von Polizeiangehörigen, sondern von der Einflussnahme des verdeckten Ermittlers auf die Willensbildung der Zielperson. Das wörtliche (und nicht nur ähnliche) Zitat lautet: «Verdeckte Ermittlung ist das Knüpfen von Kontakten zu verdächtigten Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei vorwiegend passiv die deliktische Aktivität untersucht wird». Im Anschluss daran wird der Begriff «vorwiegend passiv» erläutert und darauf hingewiesen, der verdeckte Ermittler dürfe «sich rollenadäquat verhalten, nicht aber durch eigene Einflussnahme die Tatbereitschaft wecken oder zu strafbarem Verhalten verleiten» (Botschaft, BBI 1998, S. 4283). Den Materialien lässt sich demzufolge gerade nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber das entscheidende Kriterium bei der Definition der verdeckten Ermittlung auf die fehlende Erkennbarkeit des Polizeiangehörigen gelegt hatte. Vielmehr ergibt sich aus der Botschaft, dass die besondere Problematik der verdeckten Ermittlung in der Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Willensbildung der Zielperson bzw. in der Gefahr einer Weckung der Tatbereitschaft liegt.

8. Das Bundesgericht bezeichnet das in der Lehre verwendete Kriterium einer gewissen Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität als «äusserst vage». Es dürfe nicht von ungewissen Kriterien abhängen, ob eine verdeckte

Ermittlungstätigkeit im konkreten Einzelfall unter den Anwendungsbereich des BVE oder aber unter den Anwendungsbereich der kantonalen Strafprozessordnungen falle (BGE 134 IV 276). Sollte der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des BVE bzw. der Bestimmungen der schweizerischen Strafprozessordnung auf verdeckte Ermittlungen beschränken wollen, die eine gewisse Täuschungs- und/oder Eingriffsintensität aufweisen, wäre im Gesetz zu regeln, «unter welchen Voraussetzungen und Umständen» verdeckte Ermittlungen, welche das erforderliche Mass an Täuschungs- und/oder Eingriffsintensität nicht erreichen, zulässig wären (BGE 134 IV 277).

Die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Voraussetzungen polizeilicher Scheinkäufe ausserhalb des Anwendungsbereichs des BVE sind klar (vgl. AK.2003.160; ZR 2004 Nr.41, S.165 ff.), jedenfalls bedeutend klarer als die Regelungen des BVE über das Mass der zulässigen Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Willensbildung der Zielperson. Während das BVE ausgesprochen detaillierte Regelungen über Legendenbildung, Betreuung und Schutzmassnahmen zu Gunsten des verdeckten Ermittlers enthält, fehlt es weitgehend an justiziablen Bestimmungen, die Gewähr für einen rechtsstaatlich vertretbaren Einsatz bieten können. So darf etwa der verdeckte Ermittler keine «allgemeine» (wohl aber eine konkrete?) Tatbereitschaft wecken und die Tatbereitschaft nicht auf «schwerere» (wohl aber auf leichtere oder gleich schwere?) Straftaten lenken. Seine Tätigkeit darf überdies für den Entschluss zu einer konkreten Straftat «nur von untergeordneter Bedeutung» (aber damit doch kausal?) sein (Art.10 BVE). Demgegenüber besteht in der bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit von polizeilichen Scheinkäufen ausserhalb des Anwendungsbereichs des BVE Klarheit darüber, dass:

- der Scheinkäufer vom Täter angesprochen werden muss; allenfalls darf ihm Kaufbereitschaft durch Sichtkontakt oder eine unverfängliche Frage signalisiert werden; «mehr auf keinen Fall»;
- der Scheinkäufer vor dem Einsatz durch die Staatsanwaltschaft über die Abwicklung und die rechtlichen Rahmenbedingungen belehrt wird;
- der Zugriff im unmittelbaren Anschluss an den Scheinkauf erfolgt und das Vorgehen aktenmässig sauber dokumentiert wird.

9. Obwohl die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Systematik des BVE (unter Hinweis auf Thomas Hansjakob, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 2004, 103, S.105) als «etwas verwirrend», «nicht ohne weiteres klar» bezeichnet, orientiert es sich bei der Definition des Begriffs der verdeckten Ermittlung ausschliesslich am Wortlaut des BVE. Der eigentliche Schutzzweck der Gesetzgebung über die verdeckte Ermittlung wird bei der Auslegung der «nicht ohne weiteres klaren» Bestimmungen nicht herangezogen.

Noch bis Ende der 80er Jahre hatte sich das Bundesgericht auf den Standpunkt gestellt, der Einsatz verdeckter Ermittler bedürfe keiner gesetzlichen Grundlage, da die verdeckte Ermittlung nicht in ein durch Verfassung oder EMRK geschütztes Recht

eingreife und der Betroffene in seinen Entschlüssen und seinem Verhalten gegenüber dem verdeckten Ermittler frei bleibe (BGE 112 Ia 23; vgl. auch BGE 116 IV 298 und 118 IV 118). Mitte der 90er Jahre hatte es dann erwogen, der Gesetzgeber müsse entscheiden, ob die verdeckte Ermittlung «wegen gewisser Missbrauchsgefahren» gesetzlich geregelt werden sollte und ob eine Normierung geeignet wäre, allfälligen Missbräuchen besser entgegenzutreten, als dies bis heute bereits durch die Rechtsprechung geschehe (BGE 124 IV 39). Die kantonale Rechtsprechung hatte zu jener Zeit – jedenfalls teilweise – in Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Eingriffscharakter der verdeckten Ermittlung ausdrücklich anerkannt und dafür eine klare gesetzliche Grundlage gefordert (ZR 1995 Nr. 95, S. 199).

In den früheren bundesgerichtlichen Entscheiden zur verdeckten Ermittlung hatten im Wesentlichen zwei Problemkreise zur Diskussion gestanden: es ging entweder um die Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Willensbildung der Zielperson oder um den Anspruch des Angeschuldigten auf Konfrontation mit dem verdeckten Ermittler.

Hinsichtlich der Einwirkung auf die Willensbildung hatte das Bundesgericht ausgeführt, der Einsatz eines verdeckten Ermittlers sei «unbedenklich», soweit er lediglich ein strafbares Verhalten feststelle, das sich auch ohne sein Auftreten in gleicher oder ähnlicher Art abgespielt hätte. Unzulässig wäre es hingegen, wenn der verdeckte Ermittler gleichermassen als Initiator eine deliktische Tätigkeit auslösen würde, zu der es sonst nicht gekommen wäre; «denn die Strafverfolgungsorgane sollen nicht Kriminalität provozieren, um Täter verfolgen zu können, deren möglicherweise latent vorhandene Tatbereitschaft sonst nicht manifest geworden wäre» (BGE 112 Ia 22). Folgerichtig nahm das Bundesgericht an, dass die eigentliche Anstiftung der Zielperson durch den verdeckten Ermittler (im Sinne eines agent provocateur) einer Verurteilung entgegenstehe. Eine derartige Fahndungsmethode sei unredlich, verstosse gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie gegen die Maxime der Fairness bzw. des gerechten Verfahrens (BGE 124 IV 41).

Bezüglich des Anspruchs der beschuldigten Person auf Konfrontation mit Belastungszeugen hatte sich das Bundesgericht anfänglich noch auf den Standpunkt gestellt, dass die Identität und die Ermittlungsmethoden des verdeckten Ermittlers nicht leichthin bekannt zu geben seien (BGE 112 Ia 24). Es gelangte dann später zum Schluss, dass auf das Zeugnis eines anonym bleibenden verdeckten Ermittlers jedenfalls dann nicht abgestellt werden dürfe, wenn dessen belastenden Aussagen die einzigen oder überwiegend ausschlaggebenden Beweise darstellen würden (BGE 125 I 157; vgl. auch BGE 121 I 310 und BGE 118 Ia 331). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung neuestens wieder relativiert. Es stellt nicht mehr auf das Kriterium des ausschlaggebenden Beweises ab, sondern prüft im Sinne einer Gesamtwürdigung, ob die durch die Zulassung des anonymen Zeugen bewirkte Beschneidung der Verteidigungsrechte durch schutzwürdige Interessen gedeckt ist und sich die beschuldigte Person trotzdem wirksam verteidigen konnte (BGE 132 I 130).

10. Die Täuschung über die Identität eines Polizeibeamten als solche wurde auch in der Lehre bis anhin nicht als Kernproblem der verdeckten Ermittlung geortet (neu aber Luzia Vetterli, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, forum poenale 2008, S. 368). In der älteren Literatur zum Strafprozessrecht ist noch die Rede davon, dass im Strafverfahren «weitgehend eine Auseinandersetzung mit Täuschungsmanövern» stattfinde (Karl Peters, Strafprozess, 4. Aufl., Heidelberg 1985, S. 270). Bei der Täuschung werde es aber vielfach an einer Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschliessung und der Willensbetätigung fehlen; die Täuschung berühre zwar die Motivation für die Äusserung, beschränke aber nicht die Äusserungsfreiheit (Karl Peters, a. a. O., S. 337). Soweit das Problem der Täuschung in der Strafprozessliteratur abgehandelt wird, findet es meist im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Einvernahme und dem Nemo tenetur-Grundsatz Erwähnung (Robert Hauser / Erhard Schwenk / Karl Hartmann, a. a. O., S. 290; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, S. 208). Es wird betont, dass das Täuschungsverbot als Ausfluss der Willens- und Entschliessungsfreiheit der beschuldigten Person ermöglichen soll, einen von den Strafbehörden unbeeinflussten Entscheid über Art und Mass ihrer Aussage oder Mitwirkung zu treffen (Peter Goldschmid, Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, Bern 2001, S. 64). Für die Abgrenzung zwischen verbotener Täuschung und erlaubten Vernehmungsmethoden sei letztlich massgebend, ob die Freiheit der Willensentschliessung und -betätigung erheblich beeinträchtigt werde oder erhalten bleibe (Herbert Diemer, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., München 2008, N 19 zu § 136a StPO). «Ein Täuschungsverbot per se, gleichsam als Selbstzweck, lässt sich der Verfassung nicht entnehmen» (Ernst Gnägi, Der V-Mann-Einsatz im Betäubungsmittelbereich, Bern 1992, S. 61). Letztlich geht es deshalb auch beim Täuschungsverbot nicht um die Täuschung als solche, sondern immer um die Frage, wieweit die Täuschung geeignet war, auf die Willensbildung und -betätigung Einfluss zu nehmen. Ein blosser Irrtum (der Zielperson über die Identität des verdeckt ermittelnden Polizeibeamten) muss nicht verhindert oder aufgeklärt, und ein vorhandener Irrtum, der nicht hervorgerufen, aufrechterhalten oder verstärkt wurde, darf ausgenutzt werden (Herbert Diemer, a. a. O., N 22 zu § 136a StPO).

11. Der neueste Entscheid der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts enthält zwar verschiedene allgemeine Feststellungen; er erging aber im Rahmen eines konkreten Verfahrens der Kantonspolizei Zürich in einem Internet-Chatroom. Wie der Sachverhaltsfeststellung zu entnehmen ist, hatten verschiedene Kontakte zwischen dem verdeckten Ermittler und der Zielperson stattgefunden und waren auch Verabredungen im Hinblick auf ein künftiges Treffen geschlossen worden. Die Einwirkung auf die Willensbildung der Zielperson ging also weit über das hinaus, was nach der heutigen Praxis des Anklagekammerpräsidiums zu den polizeilichen Scheinkäufen ausserhalb des Anwendungsbereichs des BVE als zulässig erachtet wird. In einer derartigen Konstellation wäre auch nach der Praxis des Anklagekam-

merpräsidiums der Einsatz eines verdeckten Ermittlers – allerdings gestützt auf Art. 17 und nicht auf Art. 5 BVE – anordnungs- und bewilligungspflichtig gewesen.

Der vom Bundesgericht beurteilte Einsatz eines verdeckten Ermittlers in Chatrooms erscheint deshalb nur bedingt geeignet, die bisherige Praxis der st.gallischen Strafuntersuchungsbehörden zu den polizeilichen Scheinkäufen im Drogenbereich und den Testkäufen von Alkohol in Frage zu stellen. Vielmehr lässt das Bundesgericht in diesen Bereichen durchaus Spielraum offen. Die strafrechtliche Abteilung nimmt ausdrücklich Bezug auf polizeiliche Scheinkäufe durch Fahnder in Zivil, die auch nach der vom Bundesgericht vertretenen Rechtsauffassung nicht dem Anwendungsbereich des BVE unterstehen sollen. Sie weist darauf hin, dass im Vernehmlassungsentwurf zum BVE noch vorgesehen gewesen sei, Art. 23 Abs. 2 BetmG zu streichen, wonach der Polizeibeamte, der zu Ermittlungszwecken ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, straflos bleibt, auch wenn er seine Identität und Funktion nicht bekannt gibt. Der Vernehmlassungsentwurf habe diese Bestimmung streichen und nur noch für Einsätze im Rahmen einer verdeckten Ermittlung die Straffreiheit zubilligen wollen. Gegen die Streichung sei dann in verschiedenen Vernehmlassungen opponiert worden mit der Begründung, dass auch andere Fahnder in Zivil, die nicht als verdeckte Ermittler eingesetzt seien, die Möglichkeit behalten sollen, zu Ermittlungszwecken ihnen angebotene Drogen anzunehmen. Dieses Argument habe den Bundesrat überzeugt, weshalb Art. 23 Abs. 2 BetmG beibehalten worden sei mit der Modifikation, dass die betroffenen Beamten mit dem Auftrag zur Bekämpfung des Drogenhandels betraut sein müssen (BGE 134 IV 271).

Damit hat das Bundesgericht klar zum Ausdruck gebracht, dass jedenfalls im Bereich der polizeilichen Scheinkäufe die Annahme von angebotenen Drogen durch «Fahnder in Zivil» – und damit durch als solche nicht erkennbare Polizeibeamte – auch ausserhalb einer verdeckten Ermittlung im BVE zulässig sind. Entscheidend ist allein, dass die betreffenden Beamten mit dem Auftrag zur Bekämpfung des Drogenhandels betraut sein müssen. Hingegen ist weder eine (genehmigungspflichtige) Ernennung zum verdeckten Ermittler noch ein (genehmigungspflichtiger) Einsatz eines verdeckten Ermittlers erforderlich.

12. In diesem Sinn wird in Kenntnis der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung am Entscheid des Anklagekammerpräsidiums vom 16. Juni 2003 ausdrücklich festgehalten. Soweit Scheinkäufe von Betäubungsmitteln unter den in jenem Entscheid genannten Rahmenbedingungen erfolgen, bedürfen sie auch weiterhin weder einer Anordnung noch einer Genehmigung im Sinne des BVE.

13. Testkäufe von Alkohol durch Jugendliche bildeten nicht Gegenstand des Entscheids des Anklagekammerpräsidiums vom 16. Juni 2003. Sie fallen nicht in die Zuständigkeit des Anklagekammerpräsidiums, da es sich bei den Testkäufern nicht um Angehörige eines Polizeikorps i. S. von Art. 5 Abs. 2 BVE handelt. In Übereinstimmung mit dem Kurzgutachten von Daniel Jositsch ist aber davon auszugehen, dass es sich auch hier nicht um einen Anwendungsfall der qualifizierten, d. h.

unter den Anwendungsbereich des BVE fallenden, verdeckten Ermittlung, sondern um einen einfachen Scheinkauf in Analogie zu Art. 23 Abs. 2 BetrMG handelt. Ein separater Rechtfertigungsgrund im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes ist nicht erforderlich, da es sich bei alkoholischen Getränken nicht um verbotene Substanzen, sondern um grundsätzlich verkehrsfähige Güter handelt.

## 82

*Art. 174 StP (sGS 962.1).* Ausnahmsweise Akteneinsicht durch Anwälte in Räumlichkeiten der Staatsanwaltschaft.

*Anklagekammer, 15. April 2009*

Aus den Erwägungen:

Der Angeschuldigte und sein Verteidiger haben grundsätzlich inhaltlich das uneingeschränkte Recht, in alle für das Verfahren wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen (vgl. Art. 174 Abs. 1 StP; GVP 2004 Nr. 71). Das Akteneinsichtsrecht erstreckt sich auf die Originalakten. Der Berechtigte hat einen Anspruch auf unmittelbare Einsicht in die Akten. Das Einsichtsrecht umfasst im Wesentlichen den Anspruch, die Akten am Sitz der Behörde einzusehen und sich Notizen zu machen; ein Anspruch auf Herausgabe der Akten besteht grundsätzlich nicht (BGE 108 Ia 7). Rechtsanwältinnen werden die Akten regelmässig zur Einsichtnahme zugestellt, wobei die erforderlichen Anordnungen getroffen werden, wenn Gefahr für die Unversehrtheit der Akten besteht (Art. 174 Abs. 3 StP). Die Herausgabe der Originalakten eines Strafverfahrens an Rechtsanwältinnen entspricht dem Regelfall (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b der Weisung der Anklagekammer über die Akteneinsicht, die Herausgabe von Strafakten und die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren, vgl. GVP 2001 Nr. 75). Einschränkungen hiervon sind grundsätzlich nur restriktiv zulässig. Hierfür bedarf es grundsätzlich keiner gesetzlichen Grundlage.

Damit der Anspruch auf Akteneinsicht umfassend und effizient wahrgenommen werden kann, ist erforderlich, dass auch alles in den Akten festgehalten wird, was zur Sache gehört (vgl. GVP 1990 Nr. 78). Um dies überprüfen zu können, muss ein lückenloses und vollständiges Aktenverzeichnis vorliegen. Dies ist in jedem Fall in Papierform auf Verlangen hin den Verfahrensbeteiligten mit Parteirechten zuzustellen. Dies ist im vorliegend zu beurteilenden Fall auch erfolgt.

Beim Strafverfahren ST.2006.9012 handelt sich um eine aussergewöhnlich umfangreiche Strafuntersuchung mit über 20 Hausdurchsuchungen und verschiedenen Rechtshilfeersuchen. Die Parteimitteilung wurde nebst dem Beschwerdeführer sechs weiteren Verdächtigten bzw. ihren anwaltlichen Parteivertretern

sowie den Angeschuldigten im Strafverfahren ST.2006.20311 ... und ST.2006.10758 ... zugestellt. In der Parteimitteilung an den Beschwerdeführer vom 18. Dezember 2008 ist detailliert angegeben, welche Akten im Original beiliegen und welche Unterlagen auf der beiliegenden Compact Disc (kurz CD) eingescannt waren. Die Verfügung enthält den Hinweis, dass die auf der CD eingescannten Akten nach dem 31. Januar 2009 nach telefonischer Voranmeldung auf dem Kantonalen Untersuchungsamt eingesehen werden können.

Die CD ist ein optischer Speicher, welcher – wie im vorliegenden Fall – auch zur Speicherung von Daten für Computer eingesetzt werden kann. Diese technische Möglichkeit ist heute sehr weit verbreitet und in der Geschäftswelt nicht mehr wegzudenken. Anwälte haben gegenüber solchen grundlegenden technischen Veränderungen bzw. Weiterentwicklungen offen zu sein. Der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Strafuntersuchung gängige technische Hilfsmittel – wie hier das Einscannen von Akten auf CDs – einsetzt, ist zumindest im vorliegenden Fall in Anbetracht des grossen Aktenumfanges in keiner Art und Weise zu beanstanden; es weist vielmehr auf ein effizientes Arbeiten hin. Dabei kann nicht von «einem neuartigen technischen Schnickschnack» gesprochen werden. Ein Anwalt muss sein Büro grundsätzlich so organisieren, dass er auch Akten einsehen kann, welche ihm nicht in Papierform zugestellt werden, sondern auf technische Datenträger übertragen worden sind. Dabei ist es ihm überlassen, wie er dies bewerkstelligen will. Selbst wenn der Beizug einer Fachperson erforderlich ist, stünde dies dem Anwaltsgeheimnis grundsätzlich nicht entgegen. Dieses Geheimnis ist auch dann zu wahren, wenn in einem anderen Zusammenhang der Beizug einer Hilfsperson erforderlich ist – wie z. B. Schreibkraft, Übersetzer oder Experte. Im Übrigen kann das Übermitteln von Akten auf einem technischen Datenträger zu einer Erleichterung der anwaltlichen Tätigkeit in Bezug auf die Überblickbarkeit und die schnellere Einsicht führen. Dies trifft gerade bei sehr umfangreichen Strafuntersuchungen mit mehreren Verdächtigen wie im vorliegenden Fall zu.

Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass ihm konkrete Aktenstücke nicht zugestellt wurden, in die er hinsichtlich einer wirksamen Verteidigung im Original Einsicht nehmen will. Es wurden ihm zusammen mit der angefochtenen Verfügung nebst zwei Beschlagnahmeverfügungen eine Vielzahl weiterer offenbar aus Sicht der Staatsanwaltschaft rechtserheblicher Aktenstücke im Original zugestellt. Dies erweist sich indes als nicht entscheiderelevant. Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer bzw. sein Anwalt die Möglichkeit hat, in sämtliche Akten des Strafverfahrens Einsicht zu nehmen. Dass diese Einsichtnahme ausnahmsweise in Räumlichkeiten der Staatsanwaltschaft vorzunehmen ist, ist unter Mitberücksichtigung der umfangreichen Akten und der Vielzahl von Verdächtigen nicht zu beanstanden; dem angeschuldigten Beschwerdeführer wird die erforderliche Akteneinsicht vollumfänglich gewährt bzw. eingeräumt. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erweist sich das angefochtene Vorgehen als nicht willkürlich.

**83**

*Art. 272 StP (sGS 962.1).* Keine Haftentschädigung für eine Anhaltung gemäss Art. 28 des Polizeigesetzes.

*Anklagekammer, 21. April 2009*

Aus den Erwägungen:

Der Gesuchsteller wurde am streitigen Vorfall nicht festgenommen (vgl. Art. 117 StP) oder verhaftet (vgl. Art. 113 StP). Bei seiner streitigen Einbringung auf den Polizeiposten liegt keine strafprozessuale Haft vor. Gegen ihn wurde denn auch keine Strafuntersuchung eröffnet. Es war gegen ihn nicht ein Polizeigewahrsam im Sinne von Art. 24e des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (SR 120) verfügt worden. Schliesslich liegt auch kein polizeilicher Gewahrsam im Sinne von Art. 40 des Polizeigesetzes (sGS 451.1) vor, wonach eine Person vorübergehend in Gewahrsam genommen werden kann, wenn diese sich oder andere ernsthaft und unmittelbar gefährdet und die Gefährdung nicht auf andere Weise abgewendet werden kann.

Die Akten in der Strafsache gegen den Gesuchsteller weisen klar auf ein Vorgehen der Polizei im Sinne von Art. 28 des Polizeigesetzes hin (Anhaltung, fahndungspolizeiliche Kontrolle). Danach war es nach dem Ende des Fussballspiels zwischen dem FC St.Gallen und der AC Bellinzona im und ausserhalb des Stadions Espenmoos zu krawallähnlichen Ausschreitungen mit Beteiligung von zum Teil verummten Personen gekommen, wobei auch Steine gegen Polizeibeamte geworfen worden sein sollen. Der Gesuchsteller wurde als Teil einer Gruppe von zwölf Personen, welche sich um 23.50 Uhr im Bereiche der Heiligkreuzstrasse im Umfeld von Personen aufhielten, die Gewalt gegen Polizeibeamte ausgeübt haben sollen, angehalten und zwecks Abklärungen auf den Polizeiposten abgeführt. Dieses Vorgehen weist klar auf eine Anhaltung bzw. fahndungspolizeiliche Kontrolle gemäss Art. 28 des Polizeigesetzes hin. Die Einbringung der erwähnten Personen diente der Feststellung ihrer Personalien und insbesondere den Abklärungen hinsichtlich von Verdachtsgründen wegen allfälliger Widerhandlungen gegen die Straftatbestände des Landfriedensbruchs gemäss Art. 260 StGB und/oder der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte im Sinne von Art. 285 StGB.

Der Gesuchsteller war nach Abklärung seiner Personalien und der Verdachtsgründe (Befragung durch die Polizei) entlassen worden, da die Polizei die Voraussetzungen für die Einbringung (gemäss Art. 114 StP) als nicht gegeben erachtete. Gestützt auf die gesamten Umstände erweist sich die Anhaltung und Abführung des Anzeigers zum Polizeiposten hinsichtlich einer vorzunehmenden fahndungspolizeilichen Kontrolle als rechtmässig. Dabei sind insbesondere die damals tumultartigen gewalttätigen Ausschreitungen mitzuberücksichtigen. Der Anzeiger hielt sich noch rund zwei Stunden nach Spielende im bzw. um das Fussballstadion auf, und zwar

im unmittelbaren Umfeld von offenbar gewaltbereiten Personen. Dabei kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass – wie auch im Falle des Anzeigers – schuldlose Personen einer fahndungspolizeilichen Kontrolle unterzogen werden. Wer sich – wie der Anzeiger – während einem längeren Zeitraum in mittelbarer bzw. unmittelbarer Umgebung aufhält, wo Ausschreitungen stattfinden und namentlich auch Gewalttätigkeiten gegenüber Polizeibeamten begangen werden, hat eben damit zu rechnen, dass auch er – obwohl er daran nicht teilnimmt – von der Polizei abgeführt wird zwecks Vornahme von Ermittlungen hinsichtlich eines mutmasslich damit zusammenhängenden strafbaren Verhaltens.

In Anbetracht der gewalttätigen Ausschreitungen, wobei eine Vielzahl von Polizeibeamten im Einsatz waren, konnte eine fahndungspolizeiliche Kontrolle noch vor Ort nicht stattfinden. Die deswegen vorgenommene Zuführung von Personen auf den Polizeiposten, welche sich mutmasslich strafbar verhalten haben könnten, erweist sich als rechters. Der Transport des Anzeigers mit auf den Rücken gefesselten Armen ist namentlich hinsichtlich des Eigenschutzes der Beamten nicht zu beanstanden. Der Transportierte wird in der Regel gefesselt (Art. 63 der Polizeiverordnung, sGS 451.11).

Personen, welche auf den Polizeiposten geführt werden, sind grundsätzlich möglichst umgehend der fahndungspolizeilichen Kontrolle zu unterziehen. Für die Polizei können sich dabei insbesondere dann organisatorische Probleme ergeben, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Vielzahl von Personen gleichzeitig eingebracht werden und fahndungspolizeilich zu kontrollieren sind. Dies kann eine vorübergehende Unterbringung in einem geschlossenen Raum erforderlich machen. Dabei muss namentlich auch der Vermeidung von Absprachen Rechnung getragen werden. Der Umstand, dass der Gesuchsteller während rund zwei Stunden in einem geschlossenen Raum der Polizeiwache auf seine polizeiliche Befragung warten musste, erweist sich in Anbetracht der gesamten Umstände nicht als rechtswidrig bzw. unverhältnismässig. Das Vorgehen erfolgte im Rahmen einer fahndungspolizeilichen Kontrolle und war wegen der Vielzahl von gleichzeitig angehaltenen Personen aus organisatorischen Gründen unumgänglich. Die durch die polizeilichen Massnahmen bewirkte Freiheitsbeschränkung lässt sich unter diesen Umständen nicht als Freiheitsentzug im Sinne von Art. 31 Abs. 2 BV bzw. Art. 5, insbesondere Ziff. 1 lit. b, EMRK qualifizieren (vgl. Praxis 8/2006 Nr. 87). Von einem ungesetzlichen oder unverschuldeten Freiheitsentzug, welcher zu entschädigen wäre, kann nicht gesprochen werden.

Insgesamt sind die Voraussetzungen für die Zusprache einer Entschädigung im Zusammenhang mit der Anhaltung des Gesuchstellers gemäss Art. 28 des Polizeigesetzes vom 20./21. Mai 2008 nicht gegeben. Es liegt kein damit zusammenhängender Freiheitsentzug vor, welcher zu entschädigen wäre. Sein Entschädigungsbegehren ist deshalb abzuweisen.

**84**

*Art. 39 der Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten (sGS 962.14). Kontrolle des Postverkehrs von Gefangenen in Untersuchungshaft.*

*Anklagekammer, 21. April 2009*

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 39 der Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000 (Gefängnisverordnung) unterliegt der Postverkehr des Untersuchungsgefangenen der Kontrolle durch die einweisende Stelle (Abs. 1 erster Satz). Der Postverkehr mit Amtsstellen und dem Verteidiger wird inhaltlich nicht überprüft. Art. 149 Abs. 2 und 3 des Strafprozessgesetzes vom 1. Juli 1999 bleibt vorbehalten (Abs. 2).

Die Briefzensur von Gefangenen in Untersuchungs-, Sicherheits- oder Auslieferungshaft ist gemäss Gesetzeswortlaut von der einweisenden Stelle und damit vom Untersuchungsrichter wahrzunehmen; sie kann nicht an das Gefängnispersonal delegiert werden (vgl. Art. 39 Abs. 1 der Gefängnisverordnung).

2.1. Der Umfang des Briefverkehrs darf nur ausnahmsweise beschränkt werden, um die mit der Kontrolle beauftragte Behörde vor einer übermässigen Beanspruchung zu schützen. Eine solche Ausnahmesituation ist im Regelfall bei deutschsprachiger Korrespondenz nicht gegeben. Die Vorinstanz hat daher zu Recht ihre Verfügung vom 24. Januar 2007, worin sie den ausgehenden Briefverkehr des Beschwerdeführers aus der Untersuchungshaft auf zwei Briefe pro Woche beschränkte, wobei die Anwaltspost ausgenommen war, aus eigenem Antrieb wieder aufgehoben. Eine mengenmässige Beschränkung des Briefverkehrs könnte allenfalls zulässig sein im Zusammenhang mit Briefen in einer fremden, ausserhalb der Landessprachen abgefassten und den Kontrollbehörden nicht ohne weiteres zugänglichen Sprache, welche übersetzt werden müssten (vgl. BGE 102 Ia 298 und Art. 39 Abs. 2 der Gefängnisverordnung). Eine solche Konstellation muss hier indes nicht beurteilt werden.

2.2. Unterlagen von Personen, die aufgrund ihres Berufs nicht zum Zeugnis verpflichtet werden können, dürfen ohne deren Einwilligung nicht durchsucht werden, wenn diese nicht selbst Angeschuldigte sind (Art. 149 Abs. 2 StP). Anwälte können nicht zum Zeugnis verpflichtet werden in Bezug auf Geheimnisse, die ihnen infolge ihres Berufs anvertraut worden sind oder die sie in seiner Ausübung wahrgenommen haben, auch wenn sie von der Geheimhaltung entbunden worden sind (Art. 85 lit. b StP). Das Gesagte gilt uneingeschränkt auch im Zusammenhang mit dem anwaltlichen Postverkehr mit Personen in Untersuchungshaft. Solche Postsendungen dürfen deshalb nicht kontrolliert werden. Ausnahmen wären nur dann zulässig, wenn sich konkrete Anhaltspunkte für ein mit den Interessen des Straf-

verfahrens im Widerspruch stehendes Verhalten eines Anwalts ergeben sollten (z. B. Kollusionshandlungen). Der gesamte Postverkehr eines Angeschuldigten in Untersuchungshaft mit Rechtsanwälten darf daher grundsätzlich nicht kontrolliert werden, dies unabhängig davon, ob der Postverkehr mit dem (anwaltlichen) Verteidiger oder mit einem anderen Rechtsanwalt erfolgt.

Die Anklagekammer hat in einem früheren Entscheid auf Beschwerde des Beschwerdeführers hin festgestellt, dass die angefochtene Zensur von Anwaltspost widerrechtlich war und das Untersuchungsamt angewiesen, künftige Korrespondenz des Beschwerdeführers mit Anwälten oder Anwältinnen nicht zu zensurieren. Die Staatsanwaltschaft beachtet offensichtlich diese Anweisung.

2.3. Im angeführten Entscheid der Anklagekammer ist bereits darauf hingewiesen worden, dass Anwaltspost auch als solche erkennbar sein muss, damit sie bei der Kontrolle als solche ausgeschieden werden kann. Dies kann bei äusserlich neutralen Couverts von Anwälten nicht ohne weiteres ersichtlich sein. Es obliegt grundsätzlich den Anwälten, diesem Umstand Rechnung zu tragen. Im Übrigen wurde der Beschwerdeführer bereits im erwähnten Entscheid darauf aufmerksam gemacht, dass die von ihm abgehenden Postsendungen nur dann als Anwaltspost gelten kann, wenn sie direkt an einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin adressiert ist. Auf diesen Umstand hin wurde auch im an den amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers adressierten Brief des Amtes für Justizvollzug vom 19. März 2009 hingewiesen. Im gleichen Schreiben wurde der Anwalt auf folgendes zweckmässig erscheinende Vorgehen hingewiesen: Die Amtsstellen und die Anwälte legen die Postsendungen an Gefangene in der Regel verschlossen in einen an das Regionalgefängnis adressierten Briefumschlag. Dabei wird der an den Gefangenen gerichtete, verschlossene Brief mit einem auf Geschäftspapier geschriebenen und unterzeichneten Begleitschreiben versehen und um Weiterleitung des Briefes an den Adressaten ersucht. Dies erscheint für Anwälte bei der Zusendung von Briefpost an ihre Klienten in Untersuchungshaft ein zumutbares Vorgehen, damit die Strafverfolgungsbehörden keine Zensur von Anwaltspost vornehmen.

2.4. Die Kontrolle des Briefverkehrs von Untersuchungsgefangenen kann mit Rücksicht auf den Untersuchungszweck erforderlich sein. Er darf jedoch nicht weiter gehen, als es der Zweck der Untersuchung oder die Anstaltsordnung erfordern. Der Untersuchungsrichter hat die zensurierte Sendung in verschlossenem Zustand zur Aushändigung an den Untersuchungsgefangenen weiterzuleiten, um zu verhindern, dass der mit der Briefzensur verbundene Eingriff in die Privatsphäre unnötigerweise auf weitere Personen ausgedehnt wird.

Die Weiterleitung von Briefen kann inhaltlichen Beschränkungen unterstellt werden. Bei Mitteilungen, welche der Vorbereitung von Fluchtplänen oder strafbaren Handlungen dienen oder mit denen eine laufende Strafuntersuchung unzulässig beeinflusst werden könnte, darf die Weiterleitung unterbleiben. Dies trifft hier bezüglich Letzterem insbesondere zu, weil die Staatsanwaltschaft geltend macht, dass der Beschwerdeführer mittels Korrespondenz versuchte, zu kolludieren. Hingegen

darf die Weiterleitung anderer Mitteilungen, welche den erwähnten inhaltlichen Beschränkungen nicht unterstellt sind, von der Kontrollbehörde nicht verweigert werden, gleichgültig, ob sie den Inhalt dieser Mitteilungen billigt oder nicht (vgl. BGE 99 Ia 288).

Auch die Korrespondenz an die Presse darf nur untersagt (und damit nicht weitergeleitet) werden, wenn sie den Inhaftierungszweck (namentlich die unzulässige Beeinflussung der Strafuntersuchung) oder die Anstaltsordnung gefährdet. Die generelle Untersagung von Korrespondenz über die hängige Untersuchung namentlich an die Presse ist grundsätzlich nicht zulässig. Die Nichtweiterleitung solcher Briefe erweist sich zumindest dann als nicht rechters, wenn – wie im vorliegenden Fall – der inhaftierte Beschwerdeführer im Schreiben an eine Zeitungsredaktion lediglich Bezug nimmt auf das erstinstanzliche, nicht rechtskräftige Gerichtsurteil und darin im Wesentlichen auf die lang andauernde Untersuchungshaft (880 Tage) hinweist und dabei von Isolationshaft spricht mit dem Hinweis, dass ein Termin für eine zweitinstanzliche Verhandlung noch nicht feststehe.

2.5. Die weitere vom Beschwerdeführer belegte Nichtweiterleitung eines Schreibens an den Vermieter der von ihm gemieteten 3½-Zimmerwohnung erweist sich ebenfalls als nicht rechters. Daran vermag nichts zu ändern, dass sich der Beschwerdeführer darin über eine weitere Verlängerung der Untersuchungshaft beschwert, die Untersuchungshaft als ungerechtfertigt bezeichnet und erwähnt, dass er gegen Entscheide betreffend seiner Untersuchungshaft Beschwerden bei der Anklagekammer und auch beim Bundesgericht eingereicht habe. Sodann vermögen auch die im Schreiben enthaltenen (allgemeinen) Beanstandungen über die Art und Weise der Führung der Strafuntersuchung durch die fallführende Untersuchungsrichterin eine Rückbehaltung nicht zu rechtfertigen. Sodann darf grundsätzlich die Briefzensur auch nicht dem Schutz der Ehre der Strafuntersuchungsbehörden oder des einzelnen Beamten dienen. Werden diese in ihrer Ehre angegriffen, stehen nicht Zensurmassnahmen, sondern die ordentlichen strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten (Art. 173 ff. StGB) zur Verfügung.

2.6. Wie bereits erwähnt, darf die Briefzensur nur zur Wahrung des Untersuchungszweckes oder der Anstaltsordnung wahrgenommen werden. Korrespondenz, welche diesem Zweck widerspricht und deshalb nicht weitergeleitet wird, ist dem Absender zurückzugeben. Eine Zurückhaltung bei der Staatsanwaltschaft oder gar eine Verwertung für das Strafverfahren ist grundsätzlich nur in seinem Einverständnis möglich. Sofern die Staatsanwaltschaft die Briefpost für das Strafverfahren als relevant erachtet, ist der Absender der Korrespondenz vor der weiteren Durchsichtung anzuhören. Erhebt dieser dagegen Einspruch, sind die Datenträger zu versiegeln und es ist das Entsiegelungsverfahren gemäss Art. 150 StP durchzuführen. Dieses Vorgehen hat die Vorinstanz im Zusammenhang mit der mit Begleitzettel vom 4. Juli 2007 erfolgten Weiterleitung von privaten Schreiben des Beschwerdeführers (offensichtlich an seine Freundin) an den damals mit der Begutachtung beauftragten Gutachter X. Y. nicht eingehalten.

2.7. Insgesamt erweist sich die vom Beschwerdeführer beanstandete Kontrolle seiner Briefpost aus der Untersuchungshaft im Sinne der vorstehenden Erwägungen als rechtswidrig. In diesem Sinne ist seine Rechtsverweigerungsbeschwerde zu schützen.

## **5. Rechtsanwälte und Rechtsagenten**

---

### **85**

*Art. 12 lit. a BGFA (SR 935.61). Sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung. Schikanöse Betreuung und unangemessen kurze Zahlungsfrist.*

*Anwaltskammer, 24. November 2009*

Rechtsanwalt X. verlangte mit Faxschreiben vom 5. Februar 2009 von der Gegenpartei A. die Bezahlung der im arbeitsgerichtlichen Vergleich festgesetzten Parteienentschädigung bis spätestens am 10. Februar 2009. Der Vergleich war anlässlich der Verhandlung vom 14. Januar 2009 abgeschlossen und am 4. Februar 2009 vom Gericht als Abschreibungsverfügung an die Parteien versandt worden. Am 12. Februar 2009 wurde auf Begehren von Rechtsanwalt X. der Zahlungsbefehl ausgestellt. Die Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis der Mandantin von Rechtsanwalt X. und der Arbeitgeberin A. führten zu einer weiteren Klage, eingereicht im März 2009.

Aus den Erwägungen:

II./2. Anwälte haben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben (Art. 12 lit. a BGFA). Diese Pflicht bezieht sich nicht nur auf das Verhalten zwischen Anwalt und Klient, sondern auch auf das Verhalten gegenüber Behörden, der Gegenpartei und der Öffentlichkeit (BGE 130 II 270 E. 3.2.; Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 N 12/15/36).

Ein unnötig forsches und unangebrachtes Vorgehen des Anwalts entspricht regelmässig nicht dem Gebot der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung und rechtfertigt unter Umständen eine Disziplinierung wegen Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA. Einerseits kann es nicht im Interesse des Klienten liegen, die Gegenpartei ohne Not zu verärgern und dadurch die Fronten (zusätzlich) zu verhärten. Andererseits trägt der Rechtsanwalt eine Mitverantwortung für das korrekte Funktionieren des Rechtsstaats und er hat deshalb exzessive Angriffe auf die

Gegenpartei zu unterlassen. Der Rechtsanwalt ist aufgrund seiner besonderen Stellung zu einer gewissen Zurückhaltung verpflichtet und gehalten, einer Eskalation der Streitigkeiten entgegenzuwirken, und nicht sie zu fördern. Ein den Verhältnissen unangepasstes, übertrieben aggressives Vorgehen des Rechtsanwalts stellt regelmässig einen Verstoss gegen dessen Berufspflichten dar (BGE 130 II 270 E. 3.2.2.).

Die blossе Einleitung einer Betreibung vermag grundsätzlich keine gegen Art. 12 lit. a BGFA verstossende Handlung darzustellen, auch wenn ein Eintrag im Betreibungsregister für den Betroffenen unangenehm sein mag. Anders verhält es sich nur dann, wenn die Betreibung geradezu missbräuchlich ist; dies ist der Fall, wenn mit ihr sachfremde Ziele verfolgt werden, etwa wenn bloss die Kreditwürdigkeit des (angeblichen) Schuldners geschädigt werden soll oder wenn zwecks Schikane ein völlig übersetzter Betrag in Betreibung gesetzt wird (BGE 130 II 270 E. 3.2.2.). Eine Zahlungsaufforderung darf erst ausgesprochen werden, wenn seit der Rechnungslegung eine angemessene Frist verstrichen ist. Zudem muss die Zahlungsaufforderung ihrerseits einen ausreichenden Zeitraum zur Erfüllung der Verbindlichkeit gewähren, bevor die Betreibung eingeleitet wird (VZR, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich, Zürich 1988, S. 174 m.w.H.).

3. Die Einleitung einer Betreibung ist – wie in BGE 130 II 270 festgehalten – grundsätzlich nicht zu beanstanden. Der vorliegenden Betreibung von Rechtsanwalt X. kommen hingegen [...] schikanöse Züge zu. So leitete er einerseits die Betreibung ein, bevor die der Forderung zugrunde liegende Verfügung überhaupt rechtskräftig und die Forderung damit fällig war. Auch die von Rechtsanwalt X. angesetzte Zahlungsfrist von lediglich fünf Tagen ab der Faxankündigung bzw. noch kürzer (ca. 3 Tage) nach Eingang des Einzahlungsscheines ist unangemessen kurz. Obwohl die Parteientschädigung am 17. Februar bzw. am 23. Februar 2009 bezahlt worden ist, wurde die Betreibung erst am 9. Juni 2009 – mithin erst knapp vier Monate später und wohl erst unter dem (Ein-)Druck des bereits eröffneten Disziplinarverfahrens – zur Löschung angemeldet. Auch die Kosten des «unnötigen» Zahlungsbefehls von Fr. 50.– wurden in der Klage vom 3. März 2009 trotz erfolgter (rechtzeitiger) Überweisung der Parteientschädigung unmittelbar nach Rechtskraft der Verfügung in den Streitwert miteinbezogen und erst anlässlich der Hauptverhandlung vom 3. Juni 2009 – ebenfalls zu einem Zeitpunkt, in welchem das Disziplinarverfahren bereits eröffnet war – wieder weggelassen.

Das Vorgehen von Rechtsanwalt X. kann daher aufgrund all dieser Umstände – entgegen seinen Ausführungen – nicht mehr als «fachlicher Flüchtigkeitsfehler» bezeichnet werden, insbesondere wäre dies ohne Weiteres zu vermeiden gewesen, wenn eine angemessene Zahlungsfrist eingeräumt oder die Rechtskraft abgewartet bzw. vorgängig der Betreibung eine Rechtskraftbescheinigung eingeholt worden wäre, was für den Fall des anschliessenden Rechtsöffnungsverfahrens ohnehin notwendig gewesen wäre.

[...] Vielmehr hätte aufgrund der offensichtlich nicht einfachen Verhältnisse unter den Parteien des Hauptprozesses und aufgrund des Umstands, dass die Auseinandersetzung offenbar noch nicht abgeschlossen war, nicht noch eine zusätzliche Verhärtung von ohnehin bestehenden Fronten in Kauf genommen werden müssen. [...]

Insgesamt hat Rechtsanwalt X. dadurch, dass er A. vor Fälligkeit der Forderung und unter Ansetzung einer unangemessen kurzen Zahlungsfrist ohne Not betrieben hat, die Berufsregel der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (Art. 12 lit. a BGFA) verletzt.

## 86

*Art. 31 Abs. 3 AnwG (sGS 963.70), Art. 10 HonO (sGS 963.75).* Das Honorar des amtlichen Verteidigers ist auch bei Obsiegen des Angeklagten um einen Fünftel gemäss Art. 31 Abs. 3 AnwG zu kürzen (Bestätigung der Praxis). Voraussetzungen für die Annahme eines aussergewöhnlich aufwändigen Falls im Sinne von Art. 10 Abs. 2 HonO (vorliegend verneint).

*Kantonsgericht, Strafkammer, 19. Juni 2009*

Aus den Erwägungen:

4. a) Der beschwerdeführende Rechtsanwalt geht davon aus, dass im Falle eines Freispruchs dem Angeklagten und damit auch dem amtlichen Verteidiger ein Anspruch auf vollen Kostenersatz zustehe und die Entschädigung nicht um einen Fünftel gemäss Art. 31 Abs. 3 AnwG reduziert werden dürfe.

b) Laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, das Honorar für amtliche Mandate im Vergleich zu privaten herabzusetzen; eine Reduktion von 20 Prozent ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BGE 132 I 201 ff., insbesondere E. 7.3).

Nach konstanter Praxis der Strafkammer erhält der amtliche Verteidiger auch im Fall des Obsiegens des Angeklagten nicht ein volles, sondern ein um einen Fünftel gekürztes Honorar. In GVP 2004 Nr. 74 wurde darauf hingewiesen, dass die Honorarforderungen amtlicher und privat beigezogener Verteidiger im st.gallischen Strafprozessgesetz unterschiedlich geregelt werden – dies im Gegensatz zur bernischen Regelung, auf die sich der vom Beschwerdeführer angeführte BGE 121 I 113 bezieht. Daran vermag die von ihm zitierte abweichende Lehrmeinung (Oberholzer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., N 551) nichts zu ändern, zumal sich diese einerseits auf den für das st.gallische Strafprozessrecht nicht einschlägigen BGE 121 I 113 stützt und andererseits der in GVP 2004 Nr. 74 publizierte Grundsatzentscheid

im Zeitpunkt der Drucklegung des vorerwähnten Werks noch nicht veröffentlicht war und der Autor sich daher mit diesem Urteil nicht auseinandersetzen konnte.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung gehören zu den Kosten des Strafverfahrens (Art. 259 StP), und zwar unabhängig vom Verfahrensausgang. Es gibt keine kantonale Bestimmung, gemäss welcher die Kürzung des Honorars um einen Fünftel im Falle eines Freispruchs oder des Obsiegens des amtlich verteidigten Angeklagten nicht mehr gilt. Die Gewährung der amtlichen Verteidigung bedeutet, dass der Anwalt zum Staat in ein Rechtsverhältnis tritt, aufgrund dessen er einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Entschädigung im Rahmen der kantonalen Vorschriften hat (P. Albrecht, in: Niggli/Weissenberger [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VII, Strafverteidigung, Basel 2002, Rz. 2.88). So sieht denn auch Art. 11 Abs. 1 HonO für den amtlichen Verteidiger – anders als für den unentgeltlichen Vertreter – kein Wahlrecht vor; d. h. er kann im Fall des Unterliegens der Gegenpartei nur das herabgesetzte Honorar vom Staat verlangen und nicht auch versuchen, bei der unterliegenden Gegenpartei die eigenen Parteikosten einzutreiben. Wenn nun der Staat im Fall des Obsiegens eines amtlich verteidigten Angeklagten eine volle Entschädigung zu leisten hätte, liefe dies auf ein Erfolgshonorar hinaus (vgl. GVP 2004 Nr. 74).

c) An der in GVP 2004 Nr. 74 publizierten Praxis wurde mit Entscheid der Strafkammer vom 7. Februar 2007 (ST.2006.115) festgehalten. Eine dagegen erhobene Beschwerde in Strafsachen wies das Bundesgericht mit Urteil vom 5. September 2007 ab (BGE 6B\_183/2007). Damit besteht keine Veranlassung für eine Praxisänderung.

5. a) In Bezug auf seine nach Zeitaufwand erstellte Honorarrechnung macht der Beschwerdeführer geltend, dass von einem aussergewöhnlich aufwändigen Fall im Sinne von Art. 10 Abs. 2 HonO auszugehen sei. Beim Begriff des «aussergewöhnlich aufwändigen» Falles sei ausschliesslich auf den getätigten Zeitaufwand abzustellen, jedes andere Kriterium erscheine offensichtlich weniger geeignet. Es könne keine Rolle spielen, ob ein Fall übliche Schwierigkeiten mit sich bringe oder ob sich eine hochkomplizierte Frage stelle.

b) Nach Art. 10 Abs. 1 HonO wird das Honorar des amtlichen Verteidigers grundsätzlich als Pauschale bemessen. Im Strafverfahren vor Kreisgericht beträgt diese Fr. 1500.– bis Fr. 12 000.– (Art. 21 Abs. 1 lit. c HonO). In aussergewöhnlich aufwändigen Fällen kann das Honorar um höchstens die Hälfte erhöht oder ausnahmsweise nach Zeitaufwand bemessen werden (Art. 10 Abs. 2 HonO). Aus dieser Systematik ergibt sich eine zweistufige Honorarbemessung des amtlichen Verteidigers: Im Regelfall ist das Honorar innerhalb der Pauschale festzusetzen. Nach konstanter und langjähriger Praxis der Strafkammer des Kantonsgerichts werden mit diesem vorgegebenen Rahmen nicht nur «durchschnittlich» aufwändige Fälle, sondern auch in rechtlicher und/oder tatsächlicher Hinsicht schwierige Fälle abgegolten. Massgebend ist die Arbeitsweise des erfahrenen Strafverteidigers, der aufgrund seiner besonderen Fachkenntnisse und längerer Praxis ein Mandat von Anfang an zielgerich-

tet führt und auf die zur Verteidigung notwendigen Massnahmen beschränkt (Urteil der Strafkammer vom 16. Juni 2006, ST.2005.130).

Von einem aussergewöhnlich aufwändigen Fall, der zu einer Erhöhung der ordentlichen Pauschale führt, kann nur dann gesprochen werden, wenn sich dieser von schwierigen und aufwändigen Prozessen, die innerhalb der ordentlichen Grundpauschale abgerechnet werden müssen, deutlich abhebt. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn die Beweislage äusserst kompliziert, die Rechtslage besonders schwierig, der Aktenumfang ausserordentlich gross, das Untersuchungsverfahren aussergewöhnlich lang ist und eine Gerichtsverhandlung mehr als einen Tag dauert. Solche Verfahren können schliesslich in ganz wenigen, ausserordentlich seltenen Fällen ein Ausmass annehmen, dass sich eine Abrechnung nach Zeitaufwand rechtfertigt.

c) Die Vorinstanz legte dar, dass sich der vorliegende Fall zwar von einem durchschnittlichen Strafprozess abhebe, namhafte Schwierigkeiten, die ihn als aussergewöhnlich aufwändig erscheinen liessen, jedoch nicht auszumachen seien.

Die behauptete Täterschaft des Angeklagten beruhte einzig auf dem Beschrieb der Opfer und deren Angaben im Zusammenhang mit einer Fotowahl- und einer Lebendwahlkonfrontation. Relevant waren damit einerseits die Glaubhaftigkeit und Zuverlässigkeit der (etliche Jahre nach den angeblichen Übergriffen erfolgten) Aussagen der Opfer und andererseits ein Vergleich des beschriebenen Täterprofils mit den optischen Merkmalen des Angeklagten (Körperstatus, Haare, Augen etc.) zur damaligen Zeit. Diese Fragen bildeten für einen erfahrenen und in der Praxis bewährten Strafverteidiger keine ausserordentlichen Schwierigkeiten; insbesondere darf erwartet werden, dass er über Kenntnisse der Glaubwürdigkeitslehre und forensischpsychologischer Fragestellungen verfügt. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte «einlässliche» Auseinandersetzung mit diesen Fragestellungen vermag daher keinen aussergewöhnlichen Aufwand zu begründen. Auch das Untersuchungs- und Gerichtsverfahren dauerten nicht besonders lange.

Ein gewisser Mehraufwand kann darin erblickt werden, dass sich der Angeklagte im Strafvollzug befand und dies – wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht – auswärtige Besprechungen und Einvernahmen bedingte sowie dass es einen weiteren Angeschuldigten gab und die entsprechenden Akten teilweise mit einbezogen werden mussten. Allein dies führt jedoch nicht zu einem «aussergewöhnlich aufwändigen» Fall; diesen Umständen kann im Rahmen der Pauschale Rechnung getragen werden.

Zusammenfassend ist mit der Vorinstanz zu schliessen, dass namhafte Schwierigkeiten, die den Fall als aussergewöhnlich aufwändig erscheinen liessen, nicht zu erkennen sind. Es ist daher von einem amtlichen Verteidigermandat auszugehen, welches innerhalb der Pauschale gemäss Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 lit. c HonO abgerechnet werden kann.

(...)

## 6. Schuldbetreibung und Konkurs

---

### 87

*Art. 80 ff. SchKG (SR 281.1), Art. 176 Abs. 3 und Art. 277 ZGB (SR 210).*

1. Liegt eine gerichtliche Entscheidung vor, wonach Kinderunterhalt bis zum Abschluss einer Erstausbildung geschuldet ist, obliegt es im Rechtsöffnungsverfahren dem Schuldner, durch Urkunden zu beweisen, dass diese Bedingung eingetreten und die Unterhaltspflicht erloschen ist.  
2. Damit jedoch gestützt auf eine genehmigte Trennungsvereinbarung überhaupt Rechtsöffnung für den Unterhalt eines mündigen Kindes erteilt werden kann, muss aus dem Wortlaut der Vereinbarung klar hervorgehen, dass der Unterhalt über die Mündigkeit des Kindes hinaus geregelt werden soll. Andernfalls fehlt es an einem Rechtsöffnungstitel.

*Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 2. November 2009*

Mit Entscheid vom 28. November 2005 genehmigte der Präsident des Kreisgerichts Alltoggengburg-Wil als Eheschutzrichter eine Trennungsvereinbarung zwischen den Ehegatten vom 14. November 2005, die betreffend Kinderunterhalt Folgendes festhielt:

«Der Vater verpflichtet sich, ab 1. November 2005 an den Unterhalt von A. und B. monatliche und vorauszahlbare Beiträge von je Fr. 600.–, und an denjenigen von C. und D. je Fr. 750.– zu bezahlen, zuzüglich Kinder- und Ausbildungszulagen und unter Anrechnung bereits geleisteter Zahlungen.»

Der Sohn D. wurde am 29. November 2005 – einen Tag nach der gerichtlichen Genehmigung – 18 Jahre alt und damit mündig. Am 27. Juni 2009 trat er seine Unterhaltsforderungen an die Mutter ab, welche den Vater auf die Bezahlung von Fr. 21 570.– betrieb. Der Vater erhob Rechtsvorschlag. Mit Entscheid vom 1. September 2009 erteilte der Einzelrichter des Kreisgerichts Toggenburg definitive Rechtsöffnung im Betrag von Fr. 2427.20. Im Übrigen wies er das Rechtsöffnungsbegehren ab mit der Begründung, der Vater habe glaubhaft gemacht, dass D. zwischen November 2007 und Juni 2009 gearbeitet und die Rekrutenschule absolviert habe und deshalb für diesen Zeitraum keinen Unterhalt zugute habe. Gegen diesen Entscheid erhob die Mutter Rechtsverweigerungsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin hält den angefochtenen Entscheid für willkürlich, weil der Vorderrichter die Unterhaltspflicht des Beschwerdegegners gegenüber dem erwachsenen Sohn verneinte, obschon der Beschwerdegegner seine Einwendungen nicht durch Urkunden bewiesen, sondern – nach Auffassung des

Vorderrichters – lediglich glaubhaft gemacht habe. Dadurch habe der Vorderrichter Art. 81 Abs. 1 SchKG verletzt und willkürlich gehandelt.

a) Die Unterhaltspflicht der Eltern erlischt, sobald das Kind wirtschaftlich selbstständig ist (Art. 276 Abs. 3 und Art. 277 Abs. 2 ZGB). Der Unterhaltsschuldner kann im Verfahren um definitive Rechtsöffnung geltend machen, dass diese Resolutivbedingung eingetreten und seine Unterhaltspflicht insoweit erloschen sei (statt aller Obergericht Zürich, ZR 1982 Nr. 13 = SJZ 1982, 236). Nach einhelliger Rechtsprechung muss der Schuldner den Eintritt einer Resolutivbedingung durch Urkunden beweisen (Art. 81 Abs. 1 SchKG; siehe BGE 127 III 289 E. 4a betreffend Indexklausel bei Unterhaltsrenten; Urteil des Bundesgerichts 5A\_44/2007 vom 26. April 2007, E. 2.5, zur Geltung eines Eheschutzentscheids bis zu seiner Änderung oder Aufhebung; GVP 2005 Nr. 82 [VZ.2004.37], E. 3d, zu einer in der Scheidungskonvention festgehaltenen Verpflichtung der Unterhaltsgläubigerin, Leistungen Dritter einzufordern; GVP 1993 Nr. 62 zum bedingten Vergleich; weitere Nachweise bei SchKG-Staehelin, Art. 80 N 45 f.).

b) Auch das Erlöschen der Unterhaltspflicht wegen wirtschaftlicher Selbstständigkeit des Kindes ist nach der Praxis der kantonalen Rechtssprechungen durch Urkunden zu beweisen (Obergericht Zürich, ZR 1982 Nr. 13 = SJZ 1982, 236; Obergericht Luzern, LGVE 2003 I Nr. 53, E. 4.2, LGVE 1991 I Nr. 43; Obergericht Solothurn, SOG 1987 Nr. 7; Kantonsgericht Graubünden, PKG 1990 Nr. 30, PKG 1983 N. 20; Obergericht Aargau, AGVE 1963 Nr. 32; Obergericht Thurgau, RBOG 1995 Nr. 15 = SJZ 1997, 265). Die Lehre stimmt dieser Praxis mehrheitlich zu (SchKG-Staehelin, Art. 80 N 47; Gessler, Scheidungsurteile als definitive Rechtsöffnungstitel, SJZ 1987, 249, 253; Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, 268 f. und 375 ff.). Nach einer anderen Ansicht lasse sich im Rechtsöffnungsverfahren schlechterdings nicht entscheiden, ob und in welchem Mass dem Kind zugemutet werden könne, seinen Unterhalt selbst zu bestreiten, weshalb dies im Abänderungsverfahren (Art. 286 ZGB) geschehen müsse (Hegnauer, Kann die Befreiung von der elterlichen Unterhaltspflicht im Rechtsöffnungsverfahren geltend gemacht werden?, ZVW 1983, 57, 59; zustimmend Camera di Cassazione Civile Ticino, Rep. 1989, 524, und Stettler, SPR III/2, 371). Die Auffassung des Vorderrichters, dass bei der definitiven Rechtsöffnung ein Erlöschen der Unterhaltspflicht bloss durch mündliche oder schriftliche Behauptungen glaubhaft gemacht werden müsse, wurde soweit ersichtlich noch nie vertreten und widerspricht auch dem Artikel 81 Abs. 1 SchKG, der – anders als Art. 82 Abs. 2 SchKG für die provisorische Rechtsöffnung – verlangt, dass der Schuldner die mangelnde Durchsetzbarkeit der Forderung strikte und durch Urkunde beweise.

4. (...) Im vorliegenden Fall ist allerdings das vorinstanzliche Ergebnis, wonach für einen Teil des Mündigenunterhalts die Rechtsöffnung verweigert wird, keineswegs unhaltbar. Vielmehr hätte wohl eher die Rechtsöffnung für den Mündigenunterhalt aus folgendem Grund in vollem Umfange verweigert werden müssen.

a) Die vom Eheschutzrichter genehmigte Vereinbarung datiert vom 14. November 2005, wurde somit knapp zwei Wochen vor der Mündigkeit des ältesten Sohnes geschlossen. Eine Klausel, wonach die Unterhaltsregelung für den Sohn über dessen Mündigkeit hinaus gelten soll, enthält die Vereinbarung nicht. Mit der Genehmigung wurde daher nicht verbindlich über den Mündigenunterhalt entschieden, wird doch mit keinem Wort erwähnt, dass die Unterhaltsregelung auch für die Zeit nach der Mündigkeit gelten soll. Eine entsprechende Formulierung war gemäss Eheschutzentscheid zumindest in den Rechtsbegehren noch enthalten, fand aber offensichtlich nicht in die Vereinbarung Eingang. Es ist denn auch bezeichnend, dass sich die Gläubigerin, welche die Forderung vom mündigen Sohn abgetreten erhielt, in ihrem Rechtsöffnungsgesuch nur allgemein auf Art. 277 ZGB beruft. Eine Gesetzeslage, selbst eine klare, bildet für sich alleine allerdings keinen Rechtsöffnungstitel, dazu bedarf es vielmehr entweder eines Urteils (zur definitiven Rechtsöffnung: Art. 80 SchKG) oder zumindest einer Schuldanerkennung (zur provisorischen Rechtsöffnung: Art. 82 SchKG).

b) Auch aus dem Umstand, dass die Vereinbarung einen Tag vor der Mündigkeit des Kindes genehmigt wurde, ergibt sich nicht zwingend, dass damit der Mündigenunterhalt verbindlich geregelt wurde. Vielmehr hätte das Gericht bzw. die Vereinbarung ausdrücklich festhalten müssen, dass der Unterhaltsbeitrag über die Mündigkeit hinaus gelten solle. Ohne diese Anordnung ergibt sich aus dem Entscheid nur, dass das Gericht seine Pflicht nach Art. 176 Abs. 3 ZGB erfüllt und den Unterhalt für die Dauer der Unmündigkeit verbindlich geregelt hat. Mehr lässt sich schon deshalb aus dem Entscheid nicht ableiten, weil es durchaus Gründe geben kann, um über den Mündigenunterhalt in einem separaten Verfahren zu entscheiden. Nach Eintritt der Mündigkeit decken sich die Interessen des Kindes nicht unbedingt mit jenen desjenigen Elternteils, der (vermeintlich) zu seinen Gunsten eine Unterhaltsvereinbarung abgeschlossen hat. Dies liegt daran, dass bei der Berechnung des Kindesunterhalts und des (nach)ehelichen Unterhalts die wirtschaftliche Belastung des Pflichtigen gesamthaft zu beurteilen ist (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 133 N13). Es kann deshalb durchaus angezeigt sein, das Kind alleine mit dem Vater über den Mündigenunterhalt verhandeln zu lassen oder über die Frage, wie die Ausbildung des Kindes aussehen soll, nicht im summarischen Eheschutzverfahren – im Spannungsfeld der ehelichen Interessenskonflikte – zu entscheiden. Eine Vertretung des Kindes durch die Mutter gestützt auf eine gültige Vollmacht des mündigen Sohnes (BGE 129 III 55) scheidet im vorliegenden Fall zum vornherein aus, da das Kind nicht während des Verfahrens, sondern erst nach der Genehmigung der Vereinbarung mündig geworden ist.

**88**

*Art. 91 Abs. 4 SchKG (SR 281.1).* Auskunftspflicht Dritter über Vermögenswerte des Schuldners im Pfändungsverfahren. Eine Auskunftspflicht Dritter besteht grundsätzlich nur im Zeitpunkt des Pfändungsvollzuges und nur dann, wenn nach den Angaben des Gläubigers oder des Schuldners bzw. nach eigener Wahrnehmung des Betreibungsamtes eine begründete Vermutung dafür besteht, dass der Dritte Sachen in Gewahrsam hat, die dem Schuldner gehören. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt beim Vorgehen gegenüber mitwirkungspflichtigen Drittpersonen eine gewisse Zurückhaltung.

*Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 20. Januar 2010*

Sachverhalt:

Das Betreibungsamt A. forderte – neben 17 weiteren Banken – die Bank Z. auf, ihr in 23 Fällen Auskunft zu erteilen, ob die entsprechenden Schuldner bei ihr Konti führen.

Aus den Erwägungen

3. [...] Dritte, die Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren oder bei denen dieser Guthaben hat, sind bei Straffolge im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner (Art. 91 Abs. 4 SchKG). Die Auskunftspflicht des Dritten richtet sich in Inhalt und Umfang nach der Auskunftspflicht des Schuldners. Dies gilt gemäss herrschender Rechtsprechung und überwiegender Lehre trotz des Bankgeheimnisses auch für Banken, da der Schuldner selbst auch zur Auskunft verpflichtet ist (Botschaft BBl 1991 III 74; BGE 129 III 239 = Pra 93 [2004] Nr. 41 E. 1.; Müller-Chen, Die Auskunftspflicht Dritter beim Pfändungs- und Arrestvollzug, BISchK 2000 S. 201, 207 f., 211 f., m.w.H.). Hält der Dritte die an ihn gerichtete Anforderung zur Auskunftserteilung für unberechtigt, kann er gegen die entsprechende Verfügung des Betreibungsamtes Beschwerde führen und rügen, die Verpflichtung zur Auskunft stelle eine Verletzung des Gesetzes dar oder sei unangemessen (Müller-Chen, a. a. O., S. 218 f.; BGE 5A\_515/ 2009 E. 1.2.).

4. a) Die Vorschrift von Art. 91 Abs. 4 SchKG dient dem Pfändungsvollzug. Nur durch die Auskunftserteilung über Vermögenswerte des Schuldners kann die Bereitstellung des Vollstreckungssubstrats für den Gläubiger hinreichend sichergestellt werden. Schuldner bzw. Dritte haben Angaben zu machen, soweit dies für eine genügende Pfändung nötig ist. Die Auskunftspflicht richtet sich nach dem Gegenstand und der Eigenart des Pfändungsvollzugs und ist durch dessen Sinn und Zweck begrenzt (Müller-Chen, a. a. O., S. 201 f., S. 206, S. 208). Ob die Auskunftspflicht des Schuldners mit dem Akt des Pfändungsvollzugs endet und er nur noch im Rahmen einer Ergänzungspfändung, einer Revision oder Nachpfändung zur Auskunft aufgefordert werden kann, ist in der Lehre umstritten (bejahend Wink-

ler, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, Basel 2009 Art. 91 N 11; verneinend BSK SchKG II – Lebrecht, Art. 91 N 15). Zumindest bei einem Dritten muss aber im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Vorschrift von Art. 91 SchKG davon ausgegangen werden, dass eine Auskunftspflicht nur für den Zeitraum des Pfändungsvollzuges zu bejahen ist, soweit der Dritte nicht von aktuellen Veränderungen der persönlichen Lage des Schuldners unmittelbar betroffen ist, wie dies beispielsweise bei einem Arbeitgeber im Falle einer Lohnpfändung (bei sich ändernder Lohnsumme) der Fall wäre.

Vorliegend ist in allen 23 Fällen der Pfändungsvollzug offensichtlich abgeschlossen. Anhaltspunkte für die Einleitung von Nach- oder Ergänzungspfändungen liegen nicht vor und werden vom Betreibungsamt auch nicht geltend gemacht [...]. Einzig der pauschale Hinweis, dass bei den entsprechenden Schuldnern fast monatlich neue Pfändungen erfolgen [...], vermag daran (noch) nichts zu ändern. Vielmehr wären im konkreten Einzelfall entsprechende Angaben zu machen. Zur Diskussion steht die Frage nach dem Bestand von Bankkonti an sich. Dieser ist in der Regel nicht einer laufenden Veränderung im Sinne der vorstehenden Ausführungen unterworfen, so dass auch deshalb eine Auskunftspflicht für Dritte (mangels aktueller Veränderungen der persönlichen Lage des Schuldners) zu verneinen ist. Überdies erfolgte die Aufforderung zur Auskunftserteilung gemäss den Schreiben des Betreibungsamtes auch nicht im Hinblick auf einen Pfändungsvollzug bzw. eine Nach- oder Ergänzungspfändung, sondern vielmehr im Hinblick auf allfällige Nachweise für das Vorliegen des strafrechtlichen Tatbestandes des Pfändungsbetrugs, was durch den Sinn und Zweck von Art. 91 Abs. 4 SchKG, welcher der Bereitstellung eines genügenden Vollstreckungssubstrats für den Gläubiger dienen soll, nicht mehr gedeckt ist. Die Klärung des Verdachts des Pfändungsbetruges obliegt der Staatsanwaltschaft. Dementsprechend kann die rechtliche Grundlage von Art. 91 Abs. 4 SchKG nicht für die im konkreten Fall bzw. in den zu beurteilenden 23 Fällen angebehrte Auskunftserteilung beigezogen werden.

b) Eine Auskunftspflicht des Dritten besteht sodann nur, wenn nach den Angaben des Gläubigers oder des Schuldners bzw. nach eigener Wahrnehmung des Betreibungsamtes eine begründete Vermutung dafür besteht, dass der Dritte Sachen in Gewahrsam hat, die dem Schuldner gehören (Müller-Chen, a. a. O., S. 208; Blumenstein, Die verfahrensmässigen Verpflichtungen dritter Personen in der Schuldbetreibung und im Konkurs, BJSchK 1941 S. 102).

Die vorliegenden Auskunftsbegehren wurden damit begründet, dass es bei den genannten Schuldnern sehr schwierig sei, nachzuweisen, ob Vermögen vorhanden sei oder die Schuldner einer Erwerbstätigkeit nachgehen würden oder nicht, da es sich um Hausfrauen, Selbstständigerwerbende, Arbeitslose ohne Einkommen etc. handeln würde [...]. Die Schuldner seien nach bestimmten Kriterien ausgesucht worden, es bestünde der Verdacht auf Pfändungsbetrug [...].

In den einzelnen Auskunftsbegehren werden keinerlei Anknüpfungspunkte (z. B. Wohn- oder Arbeitsort im Einzugsbereich der angefragten Bank, frühere/andere

bekannte Conti etc.) genannt, die das Vorhandensein einer Geschäftsbeziehung des Schuldners zur angefragten Bank als möglich oder wahrscheinlich erscheinen lassen würden [...]. Ebenso werden keine anderweitigen Verdachtsmomente angeführt, die eine begründete Vermutung dartun könnten, dass die jeweils ersuchte Bank Vermögenswerte der Schuldner in Gewahrsam hat. Die gleichzeitige und vereinheitlichte Anschreibung von 18 Banken in 23 Fällen kommt vielmehr einer breit gefächerten Suchpfändung bzw. «fishing expedition» nahe. Mithin fehlt es den im Rahmen der umfassenden Anfrage erfolgten standardisierten Auskunftersuchen an einer begründeten Vermutung dafür, dass die Beschwerdeführerin Vermögen der jeweiligen Schuldner in Gewahrsam hat. Auch unter diesem Aspekt erweist sich Art. 91 Abs. 4 SchKG als ungenügende rechtliche Grundlage für die vom Betreibungsamt ersuchte Auskunft.

c) Schliesslich wird der Betreibungsbeamte bei der Wahl seiner Mittel durch das Verhältnismässigkeitsprinzip eingeschränkt. Dieses Prinzip verlangt vom Betreibungsbeamten gerade bei seinem Vorgehen gegenüber mitwirkungspflichtigen Drittpersonen eine gewisse Zurückhaltung (Gick-Schläpfer, Die Mitwirkungspflichten von Drittpersonen im schweizerischen Pfändungs- und Arrestverfahren, Zürich 1980, S. 110).

Eine breit gefächerte, standardisierte Anschreibung von 18 Banken in 23 Fällen ohne jeglichen dargelegten Bezugspunkt zur ersuchten Bank kann nicht mehr als verhältnismässig bezeichnet werden, zumal der den Banken pro Suchanfrage bzw. für sämtliche Anfragen entstehende Aufwand erheblich ist [...] und die zahlreichen Anfragen ohne jeglichen Anknüpfungspunkt erfolgten.

d) Ergänzend ist zudem zu berücksichtigen, dass die für die Pfändung in Art. 91 Abs. 4 SchKG statuierte Auskunftspflicht Dritter kraft der allgemeinen Verweisung in Art. 275 SchKG sinngemäss auch im Arrestverfahren gilt. Die Unzulässigkeit so genannter «Ausforschungs- oder Sucharreste» (vgl. BSK SchKG III – Stoffel, Art. 272 N 32) spricht ebenfalls gegen eine extensive Interpretation und Auslegung der in Art. 91 Abs. 4 SchKG statuierten Auskunftspflicht Dritter. Insbesondere darf der Betreibungsbeamte im Arrestverfahren keine Nachforschungen über nicht im Arrestbefehl verzeichnete Werte anstellen; Schuldner und Dritte unterliegen keiner generellen Auskunftspflicht (BSK SchKG III – Reiser, Art. 275 N 75).

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Auskunftersuchen weder im Rahmen eines Pfändungsvollzuges erfolgten, noch eine begründete Vermutung des Gewahrsams von Vermögenswerten bei der Bank aufwiesen und insgesamt als unverhältnismässig einzustufen sind. Die entsprechenden Auskunftersuchen lassen sich in einem solchen Fall nicht auf Art. 91 Abs. 4 SchKG abstützen und stellen demnach eine Verletzung des Bundesrechts dar.

## V. Internationales Recht

---

### 89

*Art. 12 UN-KRK (SR 0.107):* Bei einem bald elfjährigen Kind kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass es in der Frage, wo es leben und mit wem es Beziehungen pflegen möchte, urteilsunfähig sei.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 22. Juli 2009*

Das 1998 geborene Kind lebte seit dem dritten Lebensmonat in einer Pflegefamilie und hatte nur sporadisch Kontakt zur leiblichen Mutter. Im Sommer 2008 wurde der Umgang neu geregelt. Weil das Kind darauf mit Albträumen und Bauchschmerzen reagiert haben soll, wandte sich die Pflegemutter an den Verein Kinderanwaltschaft, welcher dem Kind eine Rechtsanwältin vermittelte. Das zuständige Departement verweigerte der Anwältin die unentgeltliche Vertretung, weil das noch nicht prozessfähige Kind ihr keinen Auftrag erteilen könne.

Aus den Erwägungen:

Es wird geltend gemacht, dass das Kind eine klare Vorstellung habe, wie es den Kontakt zu seinem Umfeld gestalten möchte und was es als sein Zuhause betrachte. Mit seinen beinahe elf Jahren verfüge es über die notwendigen Fähigkeiten, die Bedeutung solcher Fragestellungen zu erfassen, weshalb es urteilsfähig sei.

Bei der Urteilsfähigkeit handelt es sich um einen relativen Begriff. Die Fähigkeit einer Person, vernunftgemäss zu handeln, wird nicht bei allen Rechtshandlungen mit der gleichen Intensität beansprucht (A. Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Aufl., Basel 2009, N 69 ff.; P. Levante, *Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren*, Bern 2000, S. 102). Bei höchstpersönlichen Rechten im Sinn von Art. 19 Abs. 2 ZGB ist anerkannt, dass die Urteilsfähigkeit von Fall zu Fall geprüft werden muss und die Anforderungen nicht zu hoch angesetzt werden dürfen (M. Bigler-Eggenberger, *Basler Kommentar*, N 21 zu Art. 16 ZGB; E. Bucher, *Berner Kommentar*, N 71 zu Art. 16 ZGB). Lehre und Praxis orientieren sich bei der Frage der Urteilsfähigkeit von Kindern gerne an Altersgrenzen. So werden sie gemeinhin dann als urteilsfähig betrachtet, wenn sie zwölf Jahre alt geworden sind (BGE 90 II 9 ff.; E. Bucher, *Berner Kommentar*, N 71 zu Art. 16 ZGB; P. Levante, *Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren*, S. 102 f.; vgl. aber BGer, 5C.51/2005). Erklärt wird das mit der kognitiven Entwicklung des Kindes. Der Übergang von der konkreten zur formal-logischen Denkweise erfolge etwa im Alter von zwölf Jahren. Vorher sei ein Kind gewöhnlich noch zu sehr der Gegenwart verhaftet und vermöge die Vor- und Nachteile verschiedener Lösungen für seine Zukunft nicht hinreichend abzuwägen (Felder/Nufer, *Die Anhörung des Kindes aus kinderpsychologischer Sicht*, in: H. Hausheer [Hrsg.], *Vom alten zum*

neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Rz. 4.131; W. Felder, Was heisst «urteilsfähig»? , in: und Kinder, Marie Meierhofer-Institut für das Kind [Hrsg.], Anhören... und dann, Zürich 2002, S. 27 ff.). Damit wird eine Entwicklungslehre übernommen, der zufolge Kinder bis zum Alter von sechs Jahren anschaulich und egozentrisch denken, darauf bis zum zehnten oder elften Jahr mit konkreten Denkopoperationen gegenwärtige Zustände logisch einordnen können und schliesslich in formalen Operationen mehrere Zukunftsmöglichkeiten gegeneinander abzuwägen und mit dem Bestehenden zu vergleichen vermögen (vgl. dazu J. Piaget, Das Weltbild des Kindes, Stuttgart 1978). So werden die Kinder allerdings beträchtlich unterschätzt. Neuere Forschungsergebnisse weisen darauf hin, dass sie schon erheblich früher alle notwendigen psychischen Kompetenzen besitzen, um einen autonomen und stabilen Willen bilden und äussern zu können (H. Dettenborn, Kindswohl und Kindeswille, 2. Aufl., München 2007, S. 70 ff., S. 77 m.w.H.).

Kinder sind nicht Miniaturausgaben der Erwachsenen, aber doch schon ganze Persönlichkeiten und keine irgendwie defizitären Wesen. Zieht man die Zulassungs- oder Bedeutsamkeitsgrenze gleichwohl zu eng, so übt man eine Art Vorzensur aus (R. Vetterli, Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, FamPra.ch 2009, 23 ff., 33). Demnach kann hier nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass ein bald elfjähriges Kind in der Frage, wo es leben und mit wem es Beziehungen pflegen möchte, nicht urteilsfähig sein könne. Weil Hinweise in den Akten für eine besondere Reife angeblich fehlen, sogleich auf seine Urteilsunfähigkeit zu schliessen oder weil Anzeichen eines Loyalitätskonflikts bestehen, seinem Willen von vornherein jegliche Aussagekraft abzusprechen, ist weder rechtlich begründbar noch ethisch vertretbar. Der Kindeswille muss zuerst einmal festgestellt werden, bevor man erkennen kann, welche Bedeutung er hat.

## 90

*Art. 9, Art. 10 und Art. 11 HBÜ (SR 0.274.132); Art. 170 ZGB (SR 210).* In einem eine Ehestreitigkeit betreffenden Rechtshilfeverfahren kann der Bankier zur Auskunft über Einkommen, Vermögen und Schulden eines Ehegatten und zur Edition diesbezüglicher Dokumente angehalten werden. Als Norm des schweizerischen Zivilprozessrechts ist Art. 170 Abs. 3 ZGB unabhängig davon, welchem Recht die Ehe untersteht, anzuwenden.

*Kantonsgericht, Einzelrichter in Rechtshilfesachen, 26. Oktober 2009*

Sachverhalt:

Im Rahmen eines Verfahrens betreffend güterrechtliche Auseinandersetzung stellte das Bezirksgericht für Prag 2, Tschechische Republik, gestützt auf das Haager Beweisübereinkommen vom 18. März 1970 (HBew70; SR 0.274.132) das Ersuchen, die

Bank A habe verschiedene Auskünfte zu erteilen. Nachdem die Bank A die Erteilung von Auskünften aus grundsätzlichen Überlegungen von einem gerichtlichen Entscheid abhängig machte, wurde das entsprechende Verfahren eingeleitet.

Aus den Erwägungen:

6. Grundsätzlich gilt, dass beim Vollzug eines Rechtshilfeersuchens die ersuchten Behörden ihr eigenes Recht anwenden (Art. 9 HBÜ; Bundesamt für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung, 27). Dabei ist zu prüfen, ob der A ein Aussage- resp. Editionsverweigerungsrecht zukommt bzw. ob sie ein Aussageverbot trifft. Solche Rechte und Pflichten können sich unter dem HBÜ sowohl aus dem Recht des ersuchten Staates (Art. 11 Abs. 1 lit. a HBÜ), wie auch aus dem Recht des ersuchenden Staates ergeben, sofern sie im Rechtshilfeersuchen bezeichnet sind (Art. 11 Abs. 1 lit. b HBÜ). Im Rechtshilfeersuchen wird kein Recht zur Aussageverweigerung bzw. kein Aussageverbot gestützt auf das tschechische Recht geltend gemacht. Zu prüfen bleibt das schweizerische Recht.

a) In der Schweiz richtet sich ein allfälliges Zeugnisverweigerungsrecht infolge des Bankgeheimnisses auch nach dem in Kraft treten des HBÜ grundsätzlich nach der jeweiligen kantonalen Zivilprozessordnung (ZR 101 [2002] Nr. 84 S. 260; Elias Hofstetter, Die internationale Rechtshilfe in Straf- und Zivilsachen und das Bankgeheimnis, recht 2004, 90; vgl. auch Art. 47 Abs. 4 BankG, wonach die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten bleiben). Mit dem seit 1988 geltenden Ehegesetz wurde allerdings eine einheitliche – für alle Kantone geltende – bundesrechtliche Lösung geschaffen. Der in Art. 170 Abs. 3 ZGB bezeichnete Personenkreis, der sich auf den Geheimnisschutz berufen kann, ist abschliessend. Banken können sich demnach nicht auf das Bankgeheimnis berufen (an stelle vieler: Bräm, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1998, N 46 zu Art. 170 ZGB). Dabei ist es im Übrigen bedeutungslos, ob es sich um schweizerische oder ausländische Ehegatten handelt. Zwar mag der Auskunftsanspruch gemäss Art. 170 Abs. 1 ZGB materiellrechtlicher Natur sein. Art. 170 Abs. 3 ZGB hat jedoch offensichtlich zivilprozessualen Charakter (vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, N 38 zu Art. 47 BankG) und ist damit unabhängig davon, welchem Recht die Ehe der Parteien untersteht, als Norm des schweizerischen Zivilprozessrechts anzuwenden (vgl. dazu auch ZR 101 Nr. 84 betreffend argentinische Ehegatten). Zur Durchsetzung dieser Auskunftspflicht kann das Gericht Ungehorsamsstrafe androhen (Art. 292 StGB); es stehen ihm aber auch die Zwangsmittel des kantonalen Vollstreckungsrechts, namentlich die Möglichkeit von Ordnungsbussen, zur Verfügung (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Bern 1999, N 30 zu Art. 170 ZGB). Nach Art. 10 HBÜ wendet die ersuchte Behörde bei der Erledigung von Rechtshilfeersuchen in den Fällen und in dem Umfang Zwangsmassnahmen an, wie sie es in inländischen Verfahren tut. Der Bankier kann somit in einem eine Ehestreitigkeit betreffenden Rechtshilfeverfahren zur Auskunft

über Einkommen, Vermögen und Schulden eines Ehegatten und zur Edition diesbezüglicher Dokumente angehalten werden (Jörg Schwarz, Das Bankgeheimnis bei Rechtshilfeverfahren gemäss dem Haager Übereinkommen vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen, SJZ 91 [1995] S. 283 und S. 285; ZR 101 [2002] Nr. 84 S. 260; Elias Hofstetter, a. a. O., 90).