Kanton St.Gallen



# St.Gallische Gerichts- und Verwaltungs-praxis GVP 2012

# St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 2012

Herausgegeben von der Staatskanzlei St.Gallen 2013

Cavelti AG, medien. digital und gedruckt, Gossau

## Inhalt


| | Nr. | Seite |
|---|---|---|
| Vorbemerkungen | | V |
| Abkürzungen | | V |
| Sachregister zum Band 2012 | | Reg 1 |
| **A. GERICHTSPRAXIS** | | |
| I. Staats- und Verwaltungsrecht | | 1 |
| 1. Verfassung | 1–7 | 1 |
| 2. Aufenthalt und Niederlassung | 8 | 19 |
| 3. Erziehung, Bildung und Kultur | 9 | 23 |
| 4. Gesundheit und Soziales | 10–14 | 26 |
| 5. Öffentliche Sicherheit und Ordnung | 15 | 31 |
| 6. Strassenverkehr | 16–19 | 36 |
| 7. Raumplanung und Baurecht | 20–22 | 61 |
| 8. Abgaben | 23–33 | 82 |
| 9. Öffentliches Beschaffungswesen | 34 | 110 |
| II. Zivilrecht | | 112 |
| 1. Personen- und Familienrecht | 35 | 112 |
| 2. Obligationenrecht | 36 | 115 |
| III. Strafrecht einschliesslich Opferhilfe | 37–42 | 118 |
| IV. Rechtspflege | | 137 |
| 1. Verwaltungsrechtspflege | 43–44 | 137 |
| 2. Zivilrechtspflege | 45–56 | 148 |
| 3. Strafrechtspflege | 57–74 | 172 |
| 4. Rechtsanwälte und Rechtsagenten | 75–76 | 206 |
| 5. Schuldbetreibung und Konkurs | 77–80 | 214 |
| **B. VERWALTUNGSPRAXIS** | | |
| I. Staats- und Verwaltungsrecht | | 224 |
| 1. Verfassung | 81–82 | 224 |
| 2. Bürgerrecht | 83–84 | 234 |
| 3. Gesundheit und Soziales | 85 | 242 |
| 6. Raumplanung und öffentliches Baurecht | 86–90 | 243 |
| II. Verwaltungsrechtspflege | 91 | 256 |

## Vorbemerkungen

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

A. Gerichtspraxis: Kantonsgericht, Abteilungen und Einzelrichter des Kantonsgerichtes, Handelsgericht, Anklagekammer, Anwaltskammer, Verwaltungsgericht, Versicherungsgericht, Verwaltungsrekurskommission.

B. Verwaltungspraxis: Kantonsrat, Regierung, Departemente und von einem Mitglied der Regierung präsidierte Behörden, Staatskanzlei.

## Abkürzungen

| | |
|---|---|
| **A**Bl | Amtsblatt (des Kantons St.Gallen) |
| ADG | Gesetz über die Amtsdauer vom 8. Januar 2004, sGS 117.1 |
| aGS | Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (Gesamtausgabe 1868/69) |
| ALVG | Gesetz über Arbeitslosenversicherung und Arbeitsvermittlung vom 1. April 1993, sGS 361.0 |
| AnwG | Anwaltsgesetz vom 11. November 1993, sGS 963.70 |
| AS | Amtliche Sammlung des Bundesrechts |
| AsylG | eidg Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31 |
| ATSG | BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1 |
| AuG | BG über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, SR 142.20 |
| AVIG | BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982, SR 837.0 |
| AVS | Verfahrensrechtliche Bestimmungen betreffend die Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen vom 19. April 2007, sGS 355.11 |
| AZV | Arbeitszeitverordnung vom 27. Mai 1997, sGS 143.22 |
| **B**auG | Baugesetz vom 6. Juni 1972, sGS 731.1 |
| BB | Bundesbeschluss |
| BBG | BG über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002, SR 412.10 |
| BBl | Bundesblatt |
| BBV | Berufsbildungsverordnung vom 11. Dezember 2007, sGS 231.11 |
| BesV | Besoldungsverordnung vom 27. Februar 1996, sGS 143.2 |
| BevSG | Bevölkerungsschutzgesetz vom 25. Juni 2004, sGS 421.1 |
| BG | Bundesgesetz |
| BGBB | BG über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, SR 211.412.11 |
| BGFA | BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000, SR 935.61 |
| BGG | BG über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110 |
| bGS | Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (1956) |
| BRB | Bundesratsbeschluss |
| BRG | Bürgerrechtsgesetz vom 3. August 2010, sGS 121.1 |
| BRV | Verordnung über das St.Galler Bürgerrecht vom 15. Oktober 2010, sGS 121.11 |
| BS | Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und eidgenössischen Verordnungen (1848–1947) |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101 |

| | |
|---|---|
| BVG | BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, SR 831.40 |
| **D**BG | BG über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990, SR 642.11 |
| DelG | Delegationsgesetz vom 27. November 1967, sGS 141.5 |
| DG | Disziplinargesetz vom 28. März 1974, sGS 161.3 |
| DSG | Datenschutzgesetz vom 20. Januar 2009, sGS 142.1 |
| **E**G | Einführungsgesetz (des Kantons St.Gallen) |
| EG-AHV | Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 13. Januar 1994, sGS 350.1 |
| EG-BB | Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Berufsbildung vom 19. Juni 1983, sGS 231.1 |
| EG-EBG | Einführungsgesetz zum eidgenössischen Eisenbahngesetz vom 7. Februar 1971, sGS 713.1 |
| EG-LMG | Einführungsgesetz zur eidgenössischen Lebensmittelgesetzgebung vom 9. Juni 1996, sGS 315.1 |
| EG-KVG | Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung vom 9. November 1995, sGS 331.11 |
| EG-StPO | Einführungsgesetz zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung vom 3. August 2010, sGS 962.1 |
| EG-USG | Einführungsgesetz zur eidgenössischen Umweltschutzgesetzgebung vom 19. April 2011, sGS 672.1 |
| EG-WaG | Einführungsgesetz zur eidgenössischen Waldgesetzgebung vom 29. November 1998, sGS 651.1 |
| EG-ZGB | Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 3. Juli 1911 / 22. Juni 1942, sGS 911.1 |
| EG-ZPO | Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 15. Juni 2010, sGS 961.2 |
| EGöB | Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998, sGS 841.1 |
| eidg | eidgenössisch |
| eidgV | eidgenössische Verordnung |
| ELG | Ergänzungsleistungsgesetz vom 22. September 1991, sGS 351.5 |
| ELG | BG über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006, SR 831.30 |
| EMRK | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101 |
| EnFöV | Verordnung über Förderungsbeiträge nach dem Energiegesetz vom 12. Dezember 2000, sGS 741.12 |
| EnG | Energiegesetz vom 26. Mai 2000, sGS 741.1 |
| EntG | Enteignungsgesetz vom 31. Mai 1984, sGS 735.1 |
| EnV | Energieverordnung vom 27. März 2001, sGS 741.11 |
| ErmV | Ermächtigungsverordnung vom 5. Mai 1997, sGS 141.41 |
| EV | Einführungsverordnung (des Kantons St.Gallen) |
| EVD-BS | Ergänzende Verordnung über das Dienstverhältnis der Lehrpersonen an Berufs- und Weiterbildungszentren vom 8. März 2005, sGS 231.31 |
| EVD-MS | Ergänzende Verordnung über das Dienstverhältnis der Mittelschul-Lehrkräfte vom 15. Juni 2004, sGS 143.4 |
| **F**AG | Finanzausgleichsgesetz vom 23. September 2007, sGS 813.1 |
| FHSG | BG über die Fachhochschulen vom 6. Oktober 1995, SR 414.71 |
| FHV | Finanzhaushaltsverordnung vom 17. Dezember 1996, sGS 831.1 |
| FK | Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30 |
| FSG | Gesetz über den Feuerschutz vom 18. Juni 1968, sGS 871.1 |
| FSV | Interkantonale Fachschulvereinbarung vom 27. August 1998, sGS 211.82 |

| | |
|---|---|
| FV | Fischereiverordnung vom 2. Dezember 2008, sGS 854.11 |
| FvG | Gesetz über Filmvorführungen vom 21. Mai 1976, sGS 554.1 |
| FZA | Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681 |
| **G** | Gesetz (des Kantons St.Gallen) |
| GAA | Gesetz über Aktenführung und Archivierung vom 19. April 2011, sGS 147.1 |
| GAöL | Gesetz über die Abgeltung ökologischer Leistungen vom 22. September 1991, sGS 671.7 |
| GBBV | Grundbuchbereinigungsverordnung vom 29. August 1978, sGS 914.31 |
| GebR | Gebührenreglement für die Hochschule St.Gallen vom 18. Dezember 1980, sGS 217.43 |
| GebT | Gebührentarif für die Kantons- und Gemeindeverwaltung vom 2. Mai 2000, sGS 821.5 |
| GebTG | Gebührentarif für die Gesundheitspolizei vom 25. Mai 1993, sGS 311.3 |
| GebV SchKG | Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996, SR 281.35 |
| GerG | Gerichtsgesetz vom 2. April 1987, sGS 941.1 |
| GeschKR | Geschäftsreglement des Kantonsrates vom 24. Oktober 1979, sGS 131.11 |
| GeschO | Geschäftsordnung der Regierung vom 5. Mai 1997, sGS 141.2 |
| GeschR | Geschäftsreglement der Regierung und der Staatskanzlei vom 7. Dezember 1951, sGS 141.3 |
| GesG | Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1979, sGS 311.1 |
| GG | Gemeindegesetz vom 21. April 2009, sGS 151.2 |
| GGA | Gesetz über die Gesetzessammlung und das Amtsblatt vom 21. Dezember 1953, sGS 0.1 |
| GGS | Gesetz über die Durchführung der Grundstückschätzung vom 9. November 2000, sGS 814.1 |
| GGU | Gesetz über gemeinschaftliche Unternehmen vom 20. Juni 1997, sGS 153.1 |
| GIVU | Gesetz über Inkassohilfe und Vorschüsse für Unterhaltsbeiträge vom 28. Juni 1979, sGS 911.51 |
| GKT | Gerichtskostentarif vom 19. Mai 2009, sGS 941.12 |
| GMB | Gesetz über Mutterschaftsbeiträge vom 5. Dezember 1985, sGS 372.1 |
| GNG | Gesetz über die Gewässernutzung vom 5. Dezember 1960, sGS 751.1 |
| GO | Gerichtsordnung vom 9. Dezember 2010, sGS 941.21 |
| GöV | Gesetz zur Förderung des öffentlichen Verkehrs vom 25. September 1988, sGS 710.5 |
| GPHSG | Gesetz über die Pädagogische Hochschule des Kantons St.Gallen vom 19. April 2006, sGS 216.0 |
| GPV | Gesetz über die Psychiatrieverbunde vom 25. Januar 2011, sGS 320.5 |
| GRB | Grossratsbeschluss (des Kantons St.Gallen) |
| GRB-LR | Grossratsbeschluss über Luftreinhaltemassnahmen vom 8. Januar 1987, sGS 672.32 |
| GRB-LS | Grossratsbeschluss über den Lärmschutz vom 8. November 1990, sGS 672.43 |
| GRuSA | Grossratsbeschluss über umweltgefährdende Stoffe und Anlagen vom 6. April 1989, sGS 672.53 |
| GS | Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Folge (1869-1955) |
| GsA | Gesetz über steuerbegünstigte Arbeitsbeschaffungsreserven vom 3. November 1988, sGS 811.41 |
| GSchVG | Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung vom 11. April 1996, sGS 752.2 |
| GSchVV | Verordnung zum Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung vom 21. Januar 1997, sGS 752.21 |
| GSS | Gesetz über Spielgeräte und Spiellokale vom 6. Juni 1982, sGS 554.3 |

| | |
|---|---|
| GSV | Gesetz über die Spitalverbunde vom 22. September 2002, sGS 320.2 |
| GVG | Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 26. Dezember 1960, sGS 873.1 |
| GvG | Gemeindevereinigungsgesetz vom 17. April 2007, sGS 151.3 |
| GVP | St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis |
| GWE | Gesetz über Wohnbau- und Eigentumsförderung vom 9. Januar 1992, sGS 737.1 |
| GWG | Gastwirtschaftsgesetz vom 26. November 1995, sGS 553.1 |
| GWV | Gastwirtschaftsverordnung vom 12. März 1996, sGS 553.11 |
| GZL | Gesetz über das Zentrum für Labormedizin vom 26. Januar 2010, sGS 320.22 |
| **H**G | Hundegesetz vom 5. Dezember 1985, sGS 456.1 |
| HMG | BG über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000, SR 812.21 |
| HO | Habilitationsordnung der Hochschule St.Gallen vom 29. Juni 1979, sGS 217.17 |
| HonO | Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994, sGS 963.75 |
| **I**VöB | Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, sGS 841.31 |
| IVTH | Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse vom 23. Oktober 1998, sGS 552.531 |
| **J**G | Jagdgesetz vom 17. November 1994, sGS 853.1 |
| JV | Jagdverordnung vom 31. Oktober 1995, sGS 853.11 |
| JStG | BG über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003 |
| JStPO | Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009, SR 312.1 |
| **K**BG | Kantonalbankgesetz vom 22. September 1996, sGS 861.2 |
| KGG | Kindergartengesetz vom 23. Juni 1974, sGS 212.1 |
| KGV | Kindergartenverordnung vom 3. Dezember 1974, sGS 212.11 |
| KJV | Verordnung über Kinder- und Jugendheime vom 21. September 1999, sGS 912.4 |
| KonfG | Gesetz über die Besorgung der Angelegenheiten des katholischen und des evangelischen Konfessionsteils vom 25. Juni 1923, sGS 171.1 |
| Konk | Konkordat |
| KRB | Kantonsratsbeschluss (des Kantons St.Gallen) |
| KRR | Kantonsratsreglement vom 24.Oktober 1979, sGS 131.11 (neu: GeschKR) |
| KV | Verfassung des Kantons St.Gallen vom 10. Juni 2001, sGS 111.1 |
| KVG | BG über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10 |
| KZG | Kinderzulagengesetz vom 11. April 1996, sGS 371.1 |
| KZV | Kinderzulagenverordnung vom 12. November 1996, sGS 371.11 |
| **L**aG | Landwirtschaftsgesetz vom 21. Juni 2002, sGS 610.1 |
| LaV | Landwirtschaftsverordnung vom 17. September 2002, sGS 610.11 |
| LBG | Gesetz über die Besoldung der Volksschullehrer vom 30. November 1971, sGS 213.51 |
| LMG | BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992, SR 817.0 |
| **M**AR | Maturitäts-Anerkennungsreglement vom 16. Januar 1995, sGS 230.311 |
| MelG | Meliorationsgesetz vom 31. März 1977, sGS 633.1 |
| MedBG | BG über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006, SR 811.11 |
| MSG | Mittelschulgesetz vom 12. Juni 1980, sGS 215.1 |
| MSV | Mittelschulverordnung vom 17. März 1981, sGS 215.11 |

| | |
|---|---|
| **N** | Note oder Neudruck |
| NG | Nachtragsgesetz (des Kantons St.Gallen) |
| nGS | Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Reihe, chronologische Ordnung (ab 1956) |
| NSV | Naturschutzverordnung vom 17. Juni 1975, sGS 671.1 |
| **O**HG | BG über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007, SR 312.5 |
| OR | BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220 |
| **P**BR | Prüfungs- und Bewilligungsreglement für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994, sGS 963.73 |
| PBV | eidg V über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978, SR 942.211 |
| PersG | Personalgesetz vom 25. Januar 2011, sGS 143.1 |
| PersV | Personalverordnung vom 13. Dezember 2011, sGS 143.11 |
| PFG | Gesetz über die Pflegefinanzierung vom 13. Februar 2011, sGS 331.2 |
| PFV | Verordnung über die Pflegefinanzierung vom 14. Dezember 2010, sGS 331.21 |
| PG | Polizeigesetz vom 10. April 1980, sGS 451.1 |
| PKV | Pflegekinderverordnung vom 28. Februar 1978, sGS 912.3 |
| PV | Polizeiverordnung vom 2. Dezember 1980, sGS 451.11 |
| **R** | Reglement |
| RhG | Rheingesetz vom 18. Juni 1987, sGS 734.21 |
| RIG | Gesetz über Referendum und Initiative vom 27. November 1967, sGS 125.1 |
| rIVöB | (revidierte) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, sGS 841.32 |
| RLG | Gesetz über Ruhetag und Ladenöffnung vom 29. Juni 2004, sGS 552.1 |
| R-NDS | Reglement für das Nachdiplomstudium am Neu-Technikum Buchs vom 6. Juli 1992, sGS 234.14 |
| RPG | BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700 |
| RRB | Regierungs(rats)beschluss (des Kantons St.Gallen) |
| RRB-LR | Regierungsratsbeschluss zum Grossratsbeschluss über Luftreinhaltemassnahmen vom 17. Mai 1994, sGS 672.351 |
| RRB-LS | Regierungsratsbeschluss zum Grossratsbeschluss über den Lärmschutz vom 17. Mai 1994, sGS 672.432 |
| RuSA | Regierungsratsbeschluss über umweltgefährdende Stoffe und Anlagen vom 3. Oktober 1989, sGS 672.531 |
| RZs | Regierungsbeschluss zur eidgenössischen Verordnung über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 22. Oktober 2002, sGS 331.112 |
| **S**chBl | Amtliches Schulblatt des Kantons St.Gallen |
| SchlT | Schlusstitel |
| SchKG | BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1 |
| sGS | Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Reihe, systematische Ordnung |
| SHG | Sozialhilfegesetz vom 27. September 1998, sGS 381.1 |
| SoG | Gesetz über Staatsbeiträge an private Sonderschulen vom 31. März 1977, sGS 213.95 |
| SpesV | Spesenverordnung vom 6. Dezember 2004, sGS 143.6 |
| SprstG | BG über explosionsgefährliche Stoffe vom 25. März 1977, SR 941.41 |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts |
| SSV | Statut der Spitalverbunde des Kantons St.Gallen vom 11. Mai 2006, sGS 320.30 |

| | |
|---|---|
| SSV | eidg Signalisationsverordnung vom 5. September 1979, SR 741.21 |
| StG | Steuergesetz vom 9. April 1998, sGS 811.1 |
| StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0 |
| StHG | BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14 |
| StipG | Stipendiengesetz vom 3. Dezember 1968, sGS 211.5 |
| StP | Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999, nGS 42–31 (nGS 45–102) |
| StPV | Strafprozessverordnung vom 13. Juni 2000, sGS 962.11 |
| StPO | Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0 |
| StrG | Strassengesetz vom 12. Juni 1988, sGS 732.1 |
| StrV | Strassenverordnung vom 22. November 1988, sGS 732.11 |
| StV | Steuerverordnung vom 20. Oktober 1998, sGS 811.11 |
| StVG | Staatsverwaltungsgesetz vom 16. Juni 1994, sGS 140.1 |
| SuG | Suchtgesetz vom 14. Januar 1999, sGS 311.2 |
| SVAG | Gesetz über die Strassenverkehrsabgaben vom 5. Januar 1978, sGS 711.70 |
| SVG | eidg Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01 |
| SZpV | Schulzahnpflegeverordnung vom 2. Februar 1982, sGS 213.13 |
| **T** | Tarif |
| TaxO | Taxordnung der Spitäler und der Psychiatrischen Kliniken vom 5. Dezember 1989, sGS 321.61 |
| TEGV | Tarif über Entschädigungen und Gebühren im Veterinärwesen vom 6. März 2001, sGS 643.72 |
| TSG | Tarif der Schulgelder und Gebühren der staatlichen Mittelschulen und der Pädagogischen Hochschule vom 6. Juli 1976, sGS 215.15 |
| **U**AG | Gesetz über die Urnenabstimmungen vom 4. Juli 1971, sGS 125.3 |
| UeStG | Übertretungsstrafgesetz vom 13. Dezember 1984, sGS 921.1 |
| UG | Gesetz über die Universität St.Gallen vom 26. Mai 1988, sGS 217.11 |
| URG | BG über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992, SR 231.1 |
| US | Universitätsstatut vom 25. Oktober 2010, sGS 217.15 |
| UVG | BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20 |
| UVV | eidg V über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, SR 832.202 |
| **V** | Verordnung (des Kantons St.Gallen) |
| VBetmG | Vollzugsverordnung zur Bundesgesetzgebung über die Betäubungsmittel vom 2. Juli 1985, sGS 314.5 |
| VBG | Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege vom 21. Juni 2011, sGS 312.1 |
| VBK | Verordnung über die Besoldung der Kaderärztinnen und Kaderärzte vom 19. September 2006, sGS 320.41 |
| VDL | Verordnung über das Dienstverhältnis der Volksschul-Lehrkräfte vom 23. Februar 1999, sGS 213.14 |
| VEG | Verordnung über den Betrieb privater Einrichtungen der Gesundheitspflege vom 2. November 1982, sGS 325.11 |
| VEnAe | Verordnung über die Entschädigung der Ärzte für amtliche Verrichtungen vom 10. Januar 1989, sGS 311.5 |
| VEpG | Vollzugsverordnung zur eidgenössischen Gesetzgebung über übertragbare Krankheiten vom 13. Mai 1986, sGS 313.1 |
| VERK | Verfassung der evangelisch-reformierten Kirche des Kantons St.Gallen vom 13. Januar 1974, sGS 175.1 |
| VermG | Gesetz über die amtliche Vermessung vom 26. November 1995, sGS 914.7 |
| VetG | Veterinärgesetz vom 15. Juni 1971, sGS 643.1 |
| VG | Verantwortlichkeitsgesetz vom 7. Dezember 1959, sGS 161.1 |

| | |
|---|---|
| VGS | Verordnung über die Durchführung der Grundstückschätzung vom 5. Dezember 2000, sGS 814.11 |
| VGT | Verkehrsgebührentarif vom 20. Dezember 2005, sGS 718.1 |
| VGV | Verwaltungsgebührenverordnung vom 27. April 1971, sGS 821.1 |
| VGWE | Verordnung zum Gesetz über Wohnbau- und Eigentumsförderung vom 18. Januar 1993, sGS 737.11 |
| VJP | Verordnung über die Jägerprüfung vom 28. Dezember 1966, sGS 853.15 |
| VKK | Verfassung des katholischen Konfessionsteils des Kantons St.Gallen vom 18. September 1979, sGS 173.5 |
| VKoG | Gesetz über die Verfahrenskoordination in Bausachen vom 18. Juni 1998, sGS 731.2 |
| VKoV | Verordnung über Verfahrenskoordination und Fristen in Bausachen vom 24. November 1998, sGS 731.21 |
| VLK | Verordnung über die Lebensmittelkontrolle vom 29. Mai 1996, sGS 315.11 |
| VLVK | Verordnung über die kantonale Lehrerversicherungskasse vom 13. November 1990, sGS 213.550 |
| VMB | Verordnung über die Ausübung der medizinischen Berufe vom 21. Juni 2011, sGS 312.0 |
| VöB | Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998, sGS 841.11 |
| VRP | Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965, sGS 951.1 |
| VRV | eidg Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962, SR 741.11 |
| VSäD | Verordnung über den Schulärztlichen Dienst vom 31. Mai 2005, sGS 211.21 |
| VSFK | eidg V über das Schlachten und die Fleischkontrolle vom 23. November 2005, SR 817.190 |
| VSG | Volksschulgesetz vom 13. Januar 1983, sGS 213.1 |
| VSP | Verordnung über den Schutz vor dem Passivrauchen vom 16. Februar 2010, sGS 311.12 |
| VSs | Vollzugsverordnung zur eidgenössischen Verordnung über den Strahlenschutz vom 8. Oktober 1963, sGS 313.5 |
| VStD | Verordnung über den Staatsdienst vom 5. März 1996, sGS 143.20 |
| VStrR | BG über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, SR 313.0 |
| VTG | Verordnung über die Tiergesundheit vom 6. März 2001, sGS 643.12 |
| VTN | Verordnung über die Zulassung von Tages- und Nachtstrukturen vom 14. Dezember 2010, sGS 331.22 |
| VTs | Vollzugsverordnung zur Bundesgesetzgebung über den Tierschutz vom 21. September 1982, sGS 645.1 |
| VV | Vollzugsverordnung |
| VVG | BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, SR 221.229.1 |
| VVK | Verordnung über die Versicherungskasse für das Staatspersonal vom 5. September 1989, sGS 143.7 |
| VVU | Verordnung über den Volksschulunterricht vom 11. Juni 1996, sGS 213.12 |
| VZV | V über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976, SR 741.51 |
| | |
| **W**BG | Wasserbaugesetz vom 17. Mai 2009, sGS 734.1 |
| WBV | Wasserbauverordnung vom 10. November 2009, sGS 734.11 |
| WPEG | BG über die Wehrpflichtersatzabgabe vom 12. Juni 1959, SR 661 |
| WPEV | eidg Verordnung über die Wehrpflichtersatzabgabe vom 30. August 1995, SR. 661.1 |
| | |
| **Z**GB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210 |
| ZPO | Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272 |
| ZStV | Zivilstandsverordnung vom 14. Juni 2005, sGS 912.1 |

# Sachregister zum Band 2012

(nach Rechtsquellen geordnet)

## Übersicht


I. Entscheide zum kantonalen Recht — Seite

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

II. Entscheide zum Bundesrecht

1. Staat, Volk, Behörden . . . . . Reg 10
2. Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung . . . . . Reg 12
3. Strafrecht, Strafrechtspflege, Strafvollzug . . . . . Reg 15
4. Schule, Wissenschaft, Kultur . . . . . Reg 18
5. Landesverteidigung . . . . . Reg 18
6. Finanzen. . . . . Reg 18
7. Öffentliche Werke, Energie, Verkehr . . . . . Reg 20
8. Gesundheit (einschliesslich Umweltschutz), Arbeit, Soziale Sicherheit . . . . . Reg 22
9. Wirtschaft, Technische Zusammenarbeit . . . . . Reg 23

III. Entscheide zum Internationalen Recht

Menschenrechte und Grundfreiheiten . . . . . Reg 25

## I. Entscheide zum kantonalen Recht[1]

### 1. Grundlagen und Organisation von Staat und Gemeinden

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

Art. 60 Abs. 1. Siehe Art. 6 EMRK (GVP 2012 Nr. 4).

**G über das St.Galler Bürgerrecht vom 3. August 2010 (BRG), sGS 121.1**

Art. 40 Siehe Art. 29 Abs. 2 BV (GVP 2012 Nr. 83).

Art. 13 Abs. 1 Bst. e. Bei der ordentlichen Einbürgerung im Allgemeinen prüft das Departement des Innern die Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs auf ihre Rechtmässigkeit, nicht aber auf ihre Angemessenheit hin. Verzichtet der Ehegatte der Einbürgerungskandidatin auf die Einreichung eines Einbürgerungsgesuchs, so kann der Einbürgerungskandidatin allein deswegen nicht vorgehalten werden, sie unterstütze und fördere ihren Ehegatten zu wenig bei der Integration in die Schweizer Verhältnisse.

Departement des Innern, 14. September 2012 GVP 2012 Nr. 84

---

### 2. Erziehung, Bildung, Kultur

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

Art. 52 f. Siehe Art. 19 BV (GVP 2012 Nr. 81).

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

Art. 16 Siehe Art. 19 BV (GVP 2012 Nr. 82).

---

### 3. Gesundheitspflege, Sozialversicherung, Fürsorge

**Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1979 (GesG), sGS 311.1**

Art. 46 Personen, die im Rahmen der Ausübung eines Berufes der Gesundheitspflege zahlreiche falsche Abrechnungen zulasten der Krankenkassen erstellen, ihre Patientinnen und Patienten mangelhaft betreuen und bei berechtigter Kritik an diesem Gebahren die kritikübenden Personen und Institutionen unter Druck setzen, erfüllen die für die Bewilligungserteilung notwendige Voraussetzung der Vertrauenswürdigkeit nicht mehr. Entsteht ein erheblicher Untersuchungsaufwand, weil das widerrechtliche Verhalten nach Eröffnung des aufsichtsrechtlichen Verfahrens fortgesetzt wird und auch aufgrund der Akten klar belegbare Vorwürfe umfassend bestritten werden, erweist sich die Erhebung der maximalen Entscheidgebühr als gerechtfertigt.

Gesundheitsdepartement, 10. April 2012 GVP 2012 Nr. 85

---

1 Gliederung nach dem Systematischen Register (Stand: 1. Januar 2012); Übersicht im Register 2012 der Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen.

**G über Mutterschaftsbeiträge vom 5. Dezember 1985 (GMB), sGS 372.1**

Art. 1 Anspruch auf Mutterschaftsbeiträge für eine Mutter mit Flüchtlingsstatus B bejaht. Die Anspruchsberechtigung auf Mutterschaftsbeiträge wird – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht nach dem fremdenpolizeilichen Aufenthaltsstatus der Mutter differenziert. Eine solche Regelung wäre denn auch mit Blick auf Art. 23 FK nicht zulässig, wonach die vertragsschliessenden Staaten den auf ihrem Gebiet rechtmässig sich aufhaltenden Flüchtlingen die gleiche Fürsorge und öffentliche Unterstützung wie den Einheimischen zu gewähren haben (zum Vorrang der FK vgl. Art. 58 AsylG). Nach Art. 59 AsylG gelten Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt hat, gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden als Flüchtlinge im Sinn des Asylgesetzes und der FK. Beim genannten Art. 23 FK handelt es sich um self-executing, mithin innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht, worauf sich ein anerkannter Flüchtling direkt ab Datum der Anerkennung als Flüchtling berufen kann. Unbehelflich war das Vorbringen der Vorinstanz, die Rekurrentin würde aufgrund der Verneinung des Anspruchs auf Mutterschaftsbeiträge nicht schlechter als Schweizerinnen gestellt. Denn sie sei in den fraglichen sechs Monaten nach der Geburt des Kindes sozialhilferechtlich unterstützt worden. Allfällige Mutterschaftsbeiträge hätten somit nach dem Grundsatz der Subsidiarität zu einer Reduktion der Sozialhilfeleistungen geführt. Bei dieser Sichtweise liess die Vorinstanz ausser Acht, dass geleistete Mutterschaftsbeiträge von der beziehenden Person im Gegensatz zu den finanziellen Leistungen nach dem kantonalen Sozialhilfegesetz (Art. 18 des Sozialhilfegesetzes) grundsätzlich nicht zurückzuerstatten sind. Ferner besteht beim Bezug von Mutterschaftsbeiträgen im Gegensatz zum Sozialhilfegesetz keine Pflicht zur Arbeit (Art. 12 SHG) bzw. eine Kürzung der Sozialhilfe bei Ablehnung einer Arbeit (Art. 17 Abs. 1 lit. d SHG). Allein schon aus diesen Gründen resultierte bei einer Verneinung des Anspruchs auf Mutterschaftsbeiträge eine nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung der Rekurrentin gegenüber Schweizerinnen, was mit Art. 23 FK nicht vereinbar wäre.

Versicherungsgericht, 19. September 2012 GVP 2012 Nr. 14

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

Art. 9 Siehe Art. 37 Abs. 2 WPEG (GVP 2012 Nr. 27).

---

## 4. Landesverteidigung, öffentliche Sicherheit und Ordnung

**V zur Bundesgesetzgebung über die Wehrpflichtersatzabgabe vom 25. April 1961, sGS 411.5**

Art. 17bis Siehe Art. 37 Abs. 2 WPEG (GVP 2012 Nr. 27).

**Polizeigesetz vom 10. April 1980 (PG), sGS 451.1**

Art. 3 Abs. 2. Polizeiliche Eingriffe dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zweckes erforderlich ist. Ein «erzieherischer» Zweck ist durch die Ausübung der Amtsgewalt nicht gedeckt. Im konkreten Fall waren sämtliche Voraussetzungen des Tatbestands des Amtsmissbrauchs erfüllt.

Kantonsgericht, Strafkammer, 11. Januar 2012 GVP 2012 Nr. 15

## 5. Arbeit und Gewerbe

keine Entscheide

## 6. Landwirtschaft, Tierhaltung, Waldwirtschaft, Umweltschutz

keine Entscheide

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

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

Art. 28 Siehe Art. 21 Abs. 2 RPG (GVP 2012 Nr. 21).

Art. 32 Abs. 1. Siehe Art. 21 Abs. 2 RPG (GVP 2012 Nr. 21).

Art. 49 Siehe Art. 19 RPG (GVP 2012 Nr. 20).

Art. 56 Abs. 4. Bestätigung der Praxis des Baudepartementes, wonach der gewachsene Boden grundsätzlich anhand des noch feststellbaren natürlich gewachsenen Geländes bestimmt wird und nicht anhand des künstlich geschaffenen im Zeitpunkt der Baueingabe.

Verwaltungsgericht, 20. März 2012 GVP 2012 Nr. 22

Art. 72 Abs. 1. Weder Art. 72 Abs. 1 BauG noch die einschlägigen VSS-Richtlinien (Normblatt SN 640 281) stellen für sich allein eine genügende gesetzliche Grundlage dar, von einem Bauherrn im Einzelfall die Erstellung von Parkplätzen zu verlangen.

Baudepartement, 17. Juli 2012 GVP 2012 Nr. 88

Art. 78 Abs. 2 Bst. m. Siehe Art. 22 Abs. 1 RPG (GVP 2012 Nr. 87).

Art. 82 Werden bewilligungspflichtige bauliche Massnahmen ohne Bewilligung ausgeführt, ist deren materielle Rechtsmässigkeit in erster Linie im Rahmen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu prüfen. Kann ein solches mangels Baugesuchs nicht durchgeführt werden, erfolgt die Prüfung der materiellen Rechtsmässigkeit bzw. die Verhältnismässigkeit der Anordnung von Beseitigungsmassnahmen im Rahmen eines Wiederherstellungsverfahrens. Ein solches endet nicht mit der Erteilung oder Verweigerung der Baubewilligung, sondern stets nur mit der Anordnung der oder dem Verzicht auf die Beseitigung der bereits ausgeführten baulichen Massnahmen.

Baudepartement, 4. Dezember 2012 GVP 2012 Nr. 89

Art. 87 Abs. 1. Die der Bewilligung eines Bauvorhabens entgegenstehenden Hindernisse müssen im öffentlichen Recht begründet sein. Dabei fallen nur solche öffentlichrechtlichen Vorschriften in Betracht, welche die Bewilligungsfähigkeit, den Umfang sowie die Gestaltung des Bauvorhabens selbst beeinflussen. Im öffentlichen Recht begründete finanzielle Ausstände des Baugesuchstellers gegenüber der Gemeinde stellen kein Hindernis dar, das die Verweigerung einer Baubewilligung rechtfertigt.

Baudepartement, 29. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 90

**Strassengesetz vom 12. Juni 1988 (StrG), sGS 732.1**

Art. 32 f. Siehe Art. 19 RPG (GVP 2012 Nr. 20).

Art. 38 Siehe Art. 19 RPG (GVP 2012 Nr. 20).

## 8. Öffentliche Finanzen, Regalien, staatliche Unternehmungen, Feuerschutz

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

Art. 34 Abs. 1 lit. a und b. Die Rekurrentin mit Wohnsitz in Graubünden ist Eigentümerin eines Hauses im Kanton St. Gallen mit drei Wohnungen, wobei sie die eine vermietet und ihre Eltern an den beiden anderen ein Wohnrecht haben. Wenn die Rekurrentin eine dieser beiden Wohnungen benutzen darf, tut sie dies nicht als Eigentümerin, sondern weil der Dienstbarkeitsvertrag den Eltern gestattet, in den Wohnungen Familienangehörige aufzunehmen. Daher kann der Mietwert dieser Wohnung nicht der Rekurrentin zugerechnet werden. Zu Recht wurde ihr aber der Ertrag der vermieteten Wohnung zugerechnet, obwohl dieser den Eltern zufliesst, weil der Ertrag zum Ausgleich eines Erbvorbezugs verwendet wird.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 17. April 2012 GVP 2012 Nr. 28

Art. 130 ff. Die Pflichtige veräusserte ihren Landwirtschaftsbetrieb mit Wohnhaus, Scheune und Remise sowie ca. 8,8 ha Boden und erwarb ein Einfamilienhaus. Den Landwirtschaftsbetrieb gaben sie und ihr Ehemann altershalber auf. Mit der Betriebsaufgabe fand eine Überführung von Geschäftsvermögen ins Privatvermögen statt, die mit der Grundstückgewinnsteuer erfasst wird. Einen Aufschub der Besteuerung verweigerte die Steuerbehörde zu Recht, da das Ersatzobjekt nicht gleichartig wie das veräusserte Objekt ist.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 22. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 29

Art. 177 Die Anfechtung einer Ermessensveranlagung setzt eine qualifizierte Begründung voraus, die den bisher ungewiss gebliebenen Sachverhalt erhellt. Dabei handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, deren Fehlen zur Folge hat, dass auf die Einsprache nicht eingetreten wird. Konkret genügt die Einsprache des Pflichtigen den Begründungserfordernissen nicht. Das Kantonale Steueramt trat deshalb zu Recht auf die Einsprache nicht ein.

Verwaltungsgericht, 23. August 2012 GVP 2012 Nr. 30

Art. 180 Abs. 2. Siehe Art. 177 StG (GVP 2012 Nr. 30).

Art. 197 Siehe Art. 51 StHG (GVP 2012 Nr. 26).

Art. 224 Abs. 1. Steuererlass bei einer Bezügerin von Invalidenrenten und Ergänzungsleistungen. Die wirksamen, zweckmässigen und wirtschaftlichen Gesundheitskosten sind durch die obligatorische Krankenversicherung gedeckt. Überdies werden bei Empfängern von Ergänzungsleistungen weitere, von der Grundversicherung nicht gedeckte Kosten vom Kanton vergütet, soweit sie medizinisch notwendig, wirtschaftlich und zweckmässig sind. Erhöhte Gesundheitskosten infolge Krankheit rechtfertigen folglich keine Erhöhung des Grundbedarfs, da die medizinische Versorgung gesichert ist. Ebenso wenig können die Prämien der Zusatzversicherung angerechnet werden. Der Einbezug des gesamten (also des steuerpflichtigen und steuerbefreiten) Einkommens zur Berechnung der freien Quote rechtfertigt sich aufgrund des Grundsatzes der Rechtsgleichheit.

Verwaltungsgericht, 3. Juli 2012 GVP 2012 Nr. 31

Art. 224 Abs. 3. Im Rahmen des vereinfachten Erlassverfahrens bei Bezügern von finanzieller Sozialhilfe verfügen die Gemeinden über erweiterte Kompetenzen, haben sich aber an die Vorgaben des Kantonalen Steueramtes zu halten (vgl. Kreisschreiben Nr. 1/2006 des Kantonalen Steueramtes). Das Sozialamt stellt das Erlassgesuch an die Erlassbehörde der Gemeinde, welche ohne weitere Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen entscheidet. Der Antrag des Sozialamtes ist so zu begründen, dass die Erlassbehörde über eine ausreichende Entscheidgrundlage verfügt. Fehlende Abklärungen können nicht im Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden, weshalb die Streitsache zur Sachverhaltsergänzung an die Erlassbehörde zurückzuweisen ist.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 8. März 2012 GVP 2012 Nr. 32

Art. 241 Abs. 2. Eine wirtschaftliche Handänderung liegt auch dann vor, wenn eine Mehrheitsbeteiligung an einer Immobilienholding übertragen wird, die ihrerseits (ausschliesslich) Beteiligungen an Immobiliengesellschaften hält. An der in GVP 1971 Nr. 13 geäusserten Ansicht ist nicht weiter festzuhalten.

Verwaltungsgericht, 14. Februar 2012 GVP 2012 Nr. 33

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

Art. 34 Abs. 3. Der Grundsatz der Transparenz ist nicht verletzt, wenn in den Vergabeunterlagen nur die Rangfolge, nicht aber die Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie die Preisspanne bekannt gegeben wird. Art. 34 Abs. 3 VöB lässt dies ausdrücklich zu, sodass es nicht an der Rechtsprechung liegen kann, diesbezüglich strengere Anforderungen aufzustellen. Das Ermessen der Vergabebehörde in der nachträglichen Festlegung der Gewichtung und Preisspanne ist aber nicht völlig frei.

Verwaltungsgericht, 13. November 2012 GVP 2012 Nr. 34

## 9. Zivilrecht, Strafrecht, Rechtspflege

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

Art. 10bis Abs. 1. Siehe Art. 20a Abs. 3 SchKG (GVP 2012 Nr. 77).

Art. 18 Abs. 1. Bei Verletzung der Berufspflichten kann die Aufsichtsbehörde gegenüber Medizinalpersonen Disziplinarmassnahmen anordnen. Die Aufsichtsbehörde kann zudem die Bewilligung zur Berufsausübung während eines Disziplinarverfahrens einschränken, mit Auflagen versehen oder entziehen.

Gesundheitsdepartement, 27. November 2012 GVP 2012 Nr. 91

Art. 25 Abs. 1. Siehe Art. 6 EMRK (GVP 2012 Nr. 4).

Art. 30 Die Beurteilung von Sistierungs- und Fristerstreckungsgesuchen liegt im Ermessen der Entscheidinstanz. Das Verwaltungsgericht hat sich bei der Überprüfung auf eine Rechtskontrolle zu beschränken. Wird ein fristgerecht gestelltes Fristerstreckungsgesuch abgelehnt, ist dem Gesuchsteller eine kurze Nachfrist anzusetzen, sofern das Gesuch nicht als trölerisch oder rechtsmissbräuchlich bewertet werden muss.

Verwaltungsgericht, 14. Februar 2012 GVP 2012 Nr. 43

Art. 44 Siehe Art. 51 VRP (GVP 2012 Nr. 44).

Art. 45 Abs. 1. Siehe Art. 6 EMRK (GVP 2012 Nr. 4).

Art. 47 Siehe Art. 51 VRP (GVP 2012 Nr. 44).

Art. 51 Das VRP unterscheidet strikt zwischen dem Entzug der aufschiebenden Wirkung und vorsorglichen Massnahmen. Deshalb ist für Beschwerden gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung das Gesamtgericht zuständig. Der Gerichtspräsident kann lediglich bei besonderer Dringlichkeit im Sinn von Art. 23 VRP über solche Beschwerden allein entscheiden. Aufgrund der erwähnten strikten Differenzierung ist für Beschwerden gegen Verfügungen über die aufschiebende Wirkung die vierzehntägige Frist gemäss Art. 47 Abs. 1 VRP massgebend.

Verwaltungsgericht, 19. Juni 2012 GVP 2012 Nr. 44

Art. 60 Siehe Art. 51 VRP (GVP 2012 Nr. 44).

Art. 94 Abs. 1. Siehe Art. 46 GesG (GVP 2012 Nr. 85).

**EG zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 15. Juni 2010 (EG-ZPO), sGS 961.2**

Art. 6 Abs. 1 lit. d. Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker. Ist nach kantonalem Recht eine gerichtliche Behörde zuständig, richtet sich das Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Der Entscheid der Aufsichtsbehörde kann mit Berufung angefochten werden. Der Willensvollstrecker ist verpflichtet, auf Verlangen jedem Erben einzeln und persönlich Auskunft zu erteilen. Nebst der Einsicht in Unterlagen kann der Erbe die Abgabe von Kopien beanspruchen.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 11. April 2012 GVP 2012 Nr. 55

Art. 9 Siehe Art. 7 ZPO (GVP 2012 Nr. 45).

Art. 15 Abs. 2. Für Rechtsmittelverfahren gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes gelten die zivilprozessualen Bestimmungen.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 5. Juni 2012 GVP 2012 Nr. 56

Art. 22 Siehe Art. 15 Abs. 2 EG-ZPO (GVP 2012 Nr. 56).

**EG zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung vom 3. August 2010 (EG-StPO), sGS 962.1**

Art. 17 Abs. 2 lit. b. Kein Ermächtigungsentscheid erforderlich für Mitarbeitende der öffentlichen Spitäler des Kantons St.Gallen im Rahmen ihrer dortigen normalen ärztlichen Verrichtungen. Ausnahmen. (Praxisänderung)
Anklagekammer, 28. November 2012 GVP 2012 Nr. 73

**Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999 (StP)**

Art. 55a Unter dem bis am 31. Dezember 2010 in Kraft gewesenen Strafprozessgesetz des Kantons St.Gallen bestand kein Anlass, neben den in Art. 248 Abs. 1 aStP/SG aufgeführten noch weitere Wiederaufnahmegründe zuzulassen. Das alte st.gallische Strafprozessgesetz kannte keine mit der notwendigen Verteidigung nach Art. 130 StPO vergleichbare Regelung. Jedoch konnten es die konkreten Umstände eines Falles gebieten, einem Beschuldigten aufgrund des aus der Verfassung und der EMRK fliessenden Rechts auf ein faires Verfahren auch ohne entsprechendes Ersuchen von Amtes wegen einen Rechtsvertreter beizugeben. Im zu beurteilenden Fall fehlte es an solchen konkreten Umständen.
Kantonsgericht, Strafkammer, 9. Januar 2012 GVP 2012 Nr. 74

Art. 248 Abs. 1. Siehe Art. 55a StP (GVP 2012 Nr. 74).

**EG zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 10. April 1980 (EG-SchKG), sGS 971.1**

Art. 27 Abs. 3. Siehe Art. 20a Abs. 3 SchKG (GVP 2012 Nr. 77).

## II. Entscheide zum Bundesrecht[2]

### 1. Staat, Volk, Behörden

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

Art. 12 Ein rechtskräftig abgewiesener Asylbewerber hat keinen Anspruch auf Bezug von Nothilfe am (bisherigen) Aufenthaltsort. Gegenüber der Umteilung in eine andere Gemeinde kann er nur den Grundsatz der Einheit der Familie anführen. Wurde indes die Familiengemeinschaft aufgelöst, entfällt eine Anfechtungsmöglichkeit von Vornherein; entsprechend muss die Umteilung des Asylbewerbers zum Bezug der Nothilfe in eine andere Gemeinde auch nicht in Verfügungsform ergehen.

Verwaltungsgericht, 23. August 2012 GVP 2012 Nr. 1

Art. 13 Siehe Art. 8 EMRK (GVP 2012 Nr. 7).

Art. 19 Die Schülerin oder der Schüler hat grundsätzlich die öffentliche Schule am Ort zu besuchen, wo sie oder er sich aufhält. Ausnahmsweise kann der Schulrat den auswärtigen Schulbesuch bewilligen, wenn besondere Gründe, wie unzumutbare Schulwege oder eine sinnvolle Klassenbildung es rechtfertigen. Dem aufnehmenden Schulträger ist dafür ein angemessenes Schulgeld zu zahlen. Die Angemessenheit des Schulgeldes für einen auswärtigen Schulbesuch richtet sich grundsätzlich nach den Vollkosten der Beschulung in der auswärtigen Gemeinde. Ob ein Schulweg als zumutbar gilt, ist gestützt auf die Würdigung der konkreten Umstände zu beurteilen. Einer Oberstufenschülerin ist ein Schulweg, der in 45 Minuten zu Fuss und mit dem Bus zurückgelegt werden kann, zumutbar. Daran ändert die Tatsache nichts, dass der Schulweg an einem näher gelegenen Oberstufenschulhaus eines anderen Schulträgers vorbeiführt.

Erziehungsrat, 21. November 2012 GVP 2012 Nr. 81

Art. 19 Über Urlaubsgesuche entscheidet der Schulrat nach pflichtgemässem Ermessen. Mit Rücksicht auf die verfassungsmässige Schulpflicht ist bei der Bewilligung von Abwesenheiten aber Zurückhaltung zu üben. Urlaub setzt einen triftigen Grund und eine formelle Bewilligung voraus.

Erziehungsrat, 27. Juni 2012 GVP 2012 Nr. 82

Art. 29 Abs. 1. Siehe Art. 6 Ziff. 1 EMRK (GVP 2012 Nr. 6).

Art. 29 Abs. 2. Kommt im Schlichtungsverfahren keine Einigung zustande und führt die Schlichtungsbehörde auf Antrag des Klägers anschliessend ein Entscheidverfahren durch, so kann für das dort zu erstellende Verhandlungsprotokoll auf schon im Schlichtungsverfahren gemachte Notizen abgestellt werden, welche im Verfahrensprotokoll nicht hätten verwendet werden dürfen. Anleitung zur Protokollierung.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 26. September 2012 GVP 2012 Nr. 2

2 Gliederung nach der Allgemeinen Systematik des Landesrechts im Inhaltsverzeichnis 2012 der Systematischen Sammlung des Bundesrecht (www.admin.ch/ch/d/sr/index).

Art. 29 Abs. 2. Anspruch auf rechtliches Gehör; Charakterisierung einer Eingabe als Beschwerde (und nicht als Bestreitung des Lastenverzeichnisses). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Er wird verletzt, wenn der Entscheid vor Ablauf der Frist zur Vernehmlassung gefällt wird, wenn Eingaben der Gegenparteien nicht zugestellt werden und wenn die Frist zur Vernehmlassung nicht einmal zwei Tage beträgt. Wird eine Eingabe von einem Rechtsanwalt als Beschwerde betitelt, bei der unteren Aufsichtsbehörde eingereicht und geht aus dem Antrag sowie der Begründung die Rüge eines formellen Fehlers des Betreibungsamtes und nicht die materielle Bestreitung der Last hervor, ist eine nachträgliche Entgegennahme der Eingabe als materielle Bestreitung nicht zulässig.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 11. Dezember 2012 GVP 2012 Nr. 3

Art. 29 Abs. 2. Wirkt eine einbürgerungswillige Person bei der Abklärung ihrer Einbürgerungseignung nicht mit, so hat der Einbürgerungsrat sie zunächst unter Ansetzung einer Nachfrist auf die Folgen der fehlenden Mitwirkung hinzuweisen. Zeitigt der Hinweis keinen Erfolg, so ist das Einbürgerungsgesuch abzuweisen. Ein Verfahrensabbruch kommt mangels entsprechender Rechtsgrundlage nicht in Betracht. Der Einbürgerungsrat entscheidet nach pflichtgemässem Ermessen, ob im Verfahren der Besonderen Einbürgerung ein Einbürgerungsgespräch stattfindet und sich die einbürgerungswillige Person hierbei durch eine Drittperson begleiten lassen kann.

Departement des Innern, 28. November 2012 GVP 2012 Nr. 83

Art. 29 Abs. 2. Siehe Art. 6 EMRK (GVP 2012 Nr. 4).

Art. 30 Abs. 1. Siehe Art. 6 Ziff. 1 EMRK (GVP 2012 Nr. 6).

Art. 30 Abs. 3. Siehe Art. 6 EMRK (GVP 2012 Nr. 4).

Art. 31 Siehe Art. 55a StP (GVP 2012 Nr. 74).

Art. 32 Siehe Art. 55a StP (GVP 2012 Nr. 74).

Art. 62 Siehe Art. 19 BV (GVP 2012 Nr. 81 und 82).

**BG über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG), SR 142.20**

Art. 62 lit. e. Siehe Art. 8 EMRK (GVP 2012 Nr. 7).

Art. 115 Abs. 1 lit. a. Visumpflichtige Ausländer können sich nicht nur bei einer Einreise über eine Schengenaussengrenze, sondern auch bei einem Grenzübertritt über eine Schengenbinnengrenze in objektiver Hinsicht der rechtswidrigen Einreise schuldig machen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 20. August 2012 GVP 2012 Nr. 8

**eidg Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG), SR 142.31**

Art. 82 Abs. 1 und 4. Siehe Art. 12 BV (GVP 2012 Nr. 1).

**BG über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG), SR 173.110**

Art. 92 Abs. 1. Siehe Art. 6 Ziff. 1 EMRK (GVP 2012 Nr. 6).

## 2. Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung

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

Art. 23 ff. Siehe Art. 25a Abs. 5 KVG (GVP 2012 Nr. 13).

Art. 163 Vorsorglicher Unterhalt bei sehr guten finanziellen Verhältnissen: Anrechnung von Einkommen aus Nebenerwerb und Anwendung der Methode der erweiterten Existenzminimumberechnung mit Überschussbeteiligung, wenn die vor der Trennung durchschnittlich erzielten Ersparnisse für die trennungsbedingten Mehrkosten verwendet werden müssen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 30. November 2012 GVP 2012 Nr. 35

Art. 518 Art. 6 Abs. 1 lit. d EG-ZPO (GVP 2012 Nr. 55).

Art. 522 Siehe Art. 90 ZPO (GVP 2012 Nr. 46).

Art. 604 Siehe Art. 90 ZPO (GVP 2012 Nr. 46).

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

Art. 321a Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots: Verbindlichkeit, zulässiger Inhalt, insbesondere Abrede einer Konventionalstrafe; Voraussetzungen für den Wegfall des Verbots. Das sich für die Dauer des Arbeitsverhältnisses aus Art. 321a OR ergebende Konkurrenz- und Abwerbeverbot kann vertraglich erweitert werden; die Vereinbarung einer Konventionalstrafe ist aber im Lichte von Art. 321e OR insoweit ausgeschlossen, als diese nicht nur Vorteilsausgleichs-, Straf- und/oder Disziplinarcharakter hat, sondern auch den Schaden der Arbeitgeberin ausgleichen soll. Auch bei Wegfall des nachvertraglichen Konkurrenzverbots ist der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist noch an das aus Art. 321a OR fliessende Konkurrenzverbot gebunden.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 26. September 2012 GVP 2012 Nr. 36

Art. 321e Siehe Art. 321a OR (GVP 2012 Nr. 36).

Art. 340 ff. Siehe Art. 321a OR (GVP 2012 Nr. 36).

**Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO), SR 272**

Art. 7 Sachliche Zuständigkeit des Versicherungsgerichts zur Beurteilung von Streitigkeiten aus privatrechtlichen Krankentaggeldversicherungen nach VVG (SR 221.229.1). Das Versicherungsgericht entscheidet gemäss Art. 9 EG-ZPO in Verbindung mit Art. 7 ZPO als einzige kantonale Instanz über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG (SR 832.10). Privatrechtliche Krankentaggeldversicherungen nach VVG wurden seit jeher ungeachtet ihrer Begründung im Privatrecht als Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung betrachtet. Die sachliche Zuständigkeit des Versicherungsgerichts für die vorliegende Streitigkeit ist zu bejahen.

Versicherungsgericht, 24. Februar 2012 GVP 2012 Nr. 45

Art. 53 Siehe Art. 29 Abs. 2 BV (GVP 2012 Nr. 2).

Art. 90 Im Sinn der objektiven Klagenhäufung ist es grundsätzlich zulässig – und aus Gründen der Prozessökonomie sogar zwingend –, die Herabsetzungs- mit der Erbteilungsklage zu kombinieren.
Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 6. Dezember 2012 GVP 2012 Nr. 46

Art. 91 Abs. 1 Satz 2. Siehe Art. 86 SchKG (GVP 2012 Nr. 79).

Art. 95 Abs. 3 lit. c. Umtriebsentschädigung bei Prozessführung durch internen Rechtsdienst.
Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. September 2012 GVP 2012 Nr. 47

Art. 106 Abs. 2. Massgeblich für die Kostenverlegung nach dem Verfahrensausgang ist grundsätzlich das sich aus dem Vergleich der Rechtsbegehren ergebende quantitative Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen. Wer überklagt, hat eine Kostenverlegung nach dem Verfahrensausgang auch dann hinzunehmen, wenn er wegen der Weigerung des Schuldners, überhaupt etwas zu bezahlen, zum Beschreiten des Klagewegs gezwungen war.
Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 22. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 48

Art. 107 Abs. 2 lit. b. Siehe Art. 106 Abs. 2 ZPO (GVP 2012 Nr. 48).

Art. 117 lit. b. Siehe Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO (GVP 2012 Nr. 50).

Art. 144 Siehe Art. 30 VRP (GVP 2012 Nr. 43).

Art. 145 Abs. 2 lit. b. Bei der Prosequierung von vorsorglichen Massnahmen gelten die Gerichtsferien nicht. Der entsprechende Hinweis ist im Urteil anzubringen.
Handelsgerichtspräsident, 13. Februar 2013 GVP 2012 Nr. 49

Art. 158 Abs. 1 lit. b. Dem Begehren um vorsorgliche Beweisführung zwecks Abklärung der Prozessaussichten, die auf Kosten des Gesuchstellers geht, ist grundsätzlich immer zu entsprechen, es sei denn es liege ein offenbarer Rechtsmissbrauch, z. B. ein Fall unnützer Rechtsausübung, vor. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für dieses Verfahren setzt jedoch die Glaubhaftmachung eines substantiiert begründeten materiellen Anspruchs gegen den Gesuchsgegner voraus.
Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 20. Juni 2012 GVP 2012 Nr. 50

Art. 205 Abs. 1 und Abs. 2. Siehe Art. 29 Abs. 2 BV (GVP 2012 Nr. 2).

Art. 212 Siehe Art. 29 Abs. 2 BV (GVP 2012 Nr. 2).

Art. 229 Abs. 3. In Fällen, in denen der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt, ist Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren nicht anwendbar. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind daher nur unter den restriktiven Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Der Berufungskläger kann aber im Berufungsverfahren geltend machen, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt und ohne diese Verletzung wären die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel schon erstinstanzlich berücksichtigt worden. Zudem steht es der Berufungsinstanz auch ohne eine dahingehende Rüge offen, erst im Berufungsverfahren vorgebrachte Behauptungen und Beweismittel zuzulassen, wenn sie zum Schluss kommt, diese wären aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes schon im erstinstanzlichen Verfahren zu erfragen respektive einzuholen gewesen; in diesem relativierten Sinn kommt denn auch der beschränkte Untersuchungsgrundsatz im Berufungsverfahren ungeachtet dessen zur Anwendung, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO nicht anwendbar ist.

Kantonsgericht St.Gallen, III. Zivilkammer, 19. Dezember 2012 GVP 2012 Nr. 51

Art. 261 Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren sind zulässig, wenn eine zeitliche Dringlichkeit und eine gute Hauptsachenprognose bestehen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 15. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 52

Art. 263 Siehe Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO (GVP 2012 Nr. 49).

Art. 276 Abs. 1. Siehe Art. 163 ZGB (GVP 2012 Nr. 35).

Art. 308 Die Konversion eines unzulässigen in ein zulässiges Rechtsmittel ist nur in Ausnahmefällen möglich. Zuständig für den betreffenden Entscheid ist nicht der fälschlicherweise angerufene, sondern der für die Beurteilung unter dem Aspekt des zulässigen Rechtsmittels zuständige Richter.

Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 20. März 2012 GVP 2012 Nr. 53

Art. 308 Art. 6 Abs. 1 lit. d EG-ZPO (GVP 2012 Nr. 55).

Art. 308 Abs. 2. Siehe Art. 86 SchKG (GVP 2012 Nr. 79).

Art. 317 Abs. 1. Siehe Art. 229 Abs. 3 ZPO (GVP 2012 Nr. 51).

Art. 319 Siehe Art. 308 ZPO (GVP 2012 Nr. 53).

Art. 321 Die Frist zur Kostenbeschwerde beträgt nur im summarischen Verfahren zehn Tage.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 27. September 2012 GVP 2012 Nr. 54

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

Art. 17 Siehe Art. 29 Abs. 2 BV (GVP 2012 Nr. 3).

Art. 20a Abs. 3. Anforderung an die Bezeichnung einer Zustelladresse in der Schweiz. Die Aufforderung zur Bezeichnung einer Zustelladresse in der Schweiz hat auf dem ordentlichen Rechtshilfeweg zu erfolgen. Eine telefonische Anfrage an den Ehemann der Beschwerdeführerin ist ungenügend.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 15. August 2012 GVP 2012 Nr. 77

Art. 22 Nichtigkeit einer Pfändungsankündigung bei einer Betreibung am Spezialdomizil. Nichtigkeitsbegründend ist die Verletzung von Normen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse der nicht am Verfahren beteiligten Personen erlassen worden sind. Die Verletzung von Normen, die nur im Interesse von Verfahrensbeteiligten erlassen worden sind, gilt als einfache Rechtsverletzung, welche nur mit Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG geltend gemacht werden kann. Der Zahlungsbefehl und die Mitteilung des Verwertungsbegehrens stellen Verfügungen dar, welche im Interesse der Verfahrensbeteiligten stehen; werden Vorschriften im Zusammenhang mit diesen Verfügungen verletzt, liegt keine Nichtigkeit vor. Aufgrund der Möglichkeit des Pfändungsanschlusses und der damit denkbaren Beeinträchtigung von Interessen Dritter ist eine nicht am Wohnsitz des Schuldners erlassene Pfändungsankündigung und eine nicht am Wohnsitz vorgenommene Pfändung grundsätzlich nichtig. Bei einer Betreibung am Spezialdomizil nach Art. 50 Abs. 2 SchKG ist ein Pfändungsanschluss hingegen nicht möglich. Entsprechend können keine Drittinteressen beeinträchtigt werden, so dass eine solche Pfändungsankündigung bzw. eine nicht am Wohnsitz vorgenommene Pfändung bei einer Betreibung an einem Spezialdomizil nach Art. 50 Abs. 2 SchKG nicht nichtig ist.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 11. Dezember 2012 GVP 2012 Nr. 78

Art. 50 Abs. 2. Siehe Art. 22 SchKG (GVP 2012 Nr. 78).

Art. 86 Bei der Rückforderungsklage gehören auch die vom Betreibungsschuldner bezahlten Betreibungskosten und Inkassogebühren zum Streitwert.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 24. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 79

**Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG), SR 281.35**

Art. 1 Abs. 2. Ablehnung der Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist, Kostenfolgen. Die Inanspruchnahme der unteren Aufsichtsbehörde bei der Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags unterliegt einer Gebühren- und Entschädigungspflicht. Die Gebühr ist auf Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG abzustützen.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 6. Juli 2012 GVP 2012 Nr. 80

## 3. Strafrecht, Strafrechtspflege, Strafvollzug

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

Art. 21 Wer der Ansicht ist, es bestehe keine Pflicht, eine Verletzung, die die Qualität des Fleisches eines Schlachttieres nicht beeinträchtigt, nach Art. 23 Abs. 4 LMG (SR 817.0) und Art. 24 VSFK (SR 817.190) zu melden, irrt sich über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens. In aller Regel ist dieser Irrtum vermeidbar, denn aus dem Begleitdokument für Klauentiere ergibt sich, dass die Tiergesundheit Gegenstand einer rechtlich geregelten Meldepflicht ist und Letztere Krankheiten sowie Unfälle der Schlachttiere erfasst.

Kantonsgericht, Strafkammer, 7. Juni 2012 GVP 2012 Nr. 37

Art. 69 Abs. 1. Ein Mobiltelefon, das zur Abwicklung von Händeln mit Betäubungsmitteln verwendet wurde, gefährdet in der Zukunft die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung, sofern es sich in der Hand des Täters befindet. Die Sicherungseinziehung erweist sich daher als rechtmässig.
Kantonsgericht, Strafkammer, 23. Januar 2012 GVP 2012 Nr. 38

Art. 139 Ziff. 3 Abs. 2. Bandenmässiger Diebstahl; Der Zusammenschluss der Täter und ihre damit verbundene Aufgabenteilung ermöglichten die Diebstähle. Daraus ergab sich auch die besondere Gefährlichkeit der Täter. Spätestens mit dem Beginn der Planungen für den zweiten Diebstahl brachten sie konkludent zum Ausdruck, gemeinsam weitere Delikte begehen zu wollen.
Kantonsgericht, Strafkammer, 6. März 2012 GVP 2012 Nr. 39

Art. 146 Abs. 1. Die Verwendung eines fremden Versicherungsausweises zur Bestärkung der falschen Namensangabe stellt eine besondere Machenschaft dar. Das Betrugsmittel besteht in der Vorlage des Versicherungsausweises als Legitimationspapier. Wer eine echte Urkunde missbräuchlich einsetzt, um die tatbestandsmässige Täuschung und die schädigende Vermögensdisposition zu erreichen, handelt arglistig.
Kantonsgericht, Strafkammer, 3. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 40

Art. 312 Siehe Art. 3 Abs. 2 PolG (GVP 2012 Nr. 15).

Art. 320 Amtsgeheimnisverletzung. Rechtfertigungsgründe.
Anklagekammer, 23. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 41

**Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO), SR 312.0**

Art. 9 Siehe Art. 353 StPO (GVP 2012 Nr. 69).

Art. 56 lit. b und f. Mehrmalige Haftprüfung bei andauernder Inhaftierung ist für sich allein kein Ausstandsgrund für einen Zwangsmassnahmenrichter.
Anklagekammer, 27. März 2012 GVP 2012 Nr. 57

Art. 113 Abs. 1. Eine beschuldigte Person, die der Verfahrenssprache offensichtlich mächtig ist, muss nicht ausdrücklich auf das Recht auf einen Übersetzer hingewiesen werden. Sie ist im Übrigen vor Einvernahmen unter anderem auf ihr Aussage- bzw. Mitwirkungsverweigerungsrecht hinzuweisen, nicht aber – etwa im Gegensatz zu Auskunftspersonen – auf die möglichen Straffolgen einer Irreführung der Rechtspflege oder einer Begünstigung.
Kantonsgericht, Strafkammer, 4. Juni 2012 GVP 2012 Nr. 58

Art. 126 Abs. 2 lit. a. Siehe Art. 353 StPO (GVP 2012 Nr. 69).

Art. 132 f. Im Regelfall wirkt die Gewährung der amtlichen Verteidigung auf den Zeitpunkt der Gesuchstellung zurück. Eine weitere Rückwirkung besteht nur ausnahmsweise.
Anklagekammer, 1. Februar 2012 GVP 2012 Nr. 59

Art. 134 Abs. 2. Voraussetzungen für einen Wechsel der amtlichen Verteidigung. Begründungsanforderungen an ein solches Gesuch.
Anklagekammer, 6. März 2012 GVP 2012 Nr. 60

Art. 135 Abs. 1. Entschädigung für die amtliche Verteidigung: unnötiger Aufwand ist nicht zu entschädigen.

| | | |
|---|---|---|
| | Anklagekammer, 23. Februar 2012 | GVP 2012 Nr. 61 |
| Art. 135 | Abs. 1. Bemessung des Honorars für die amtliche Verteidigung. | |
| | Präsident der Anklagekammer, 19. März 2012 | GVP 2012 Nr. 62 |
| Art. 136 | Juristische Personen können in der Regel keine unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen. Ausnahmen. | |
| | Präsident der Anklagekammer, 2. Mai 2012 | GVP 2012 Nr. 63 |
| Art. 141 | Abs. 2. Beweise, welche ohne einen konkreten Tatverdacht ausserhalb des örtlichen Zuständigkeitsbereichs der Strafverfolgungsbehörde erhoben wurden, sind unverwertbar. | |
| | Kantonsgericht, Strafkammer, 6. September 2012 | GVP 2012 Nr. 64 |
| Art. 158 | Abs. 1 lit. b und d. Siehe Art. 113 Abs. 1 StPO (GVP 2012 Nr. 58). | |
| Art. 182 | Ein Sachverständigengutachten zur Glaubhaftigkeit von Aussagen ist bloss bei Vorliegen besonderer Umstände (insb. bei der Beurteilung schwer interpretierbarer Äusserungen eines Kleinkindes, bei Anzeichen ernsthafter geistiger Störungen der aussagenden Person oder bei Anzeichen deren Beeinflussung durch Drittpersonen) einzuholen. Dem Gericht steht bei der Beantwortung der Frage, ob solche Umstände gegeben sind, ein Ermessensspielraum zu. | |
| | Kantonsgericht, Strafkammer, 24. Januar 2012 | GVP 2012 Nr. 65 |
| Art. 235 | Abs. 3. Kontrollierte Postsendungen von Personen in Untersuchungs- und Sicherheitshaft dürfen grundsätzlich im Strafverfahren nicht verwendet werden. Im Ausnahmefall ist auf dem strafprozessual vorgesehenen Zwangsmassnahmenweg vorzugehen. | |
| | Anklagekammer, 12. Dezember 2012 | GVP 2012 Nr. 66 |
| Art. 236 | Abs. 1. Bei Weiterzug eines Strafurteils ans Bundesgericht verbleibt die Zuständigkeit zur Anordnung der Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug bei den kantonalen Behörden. Mangels gesetzlicher Grundlage ist dafür nach Abschluss des Berufungsverfahrens allerdings nicht die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts, sondern die für den Strafvollzug verantwortliche Behörde zuständig. | |
| | Kantonsgericht, Präsident der Strafkammer, 13. Juni 2012 | GVP 2012 Nr. 67 |
| Art. 304 | Minimale inhaltliche Begründungsanforderungen von Strafanzeigen. | |
| | Anklagekammer, 4. April 2012 | GVP 2012 Nr. 68 |
| Art. 353 | Wird ein Strafbefehl nach erfolgter Einsprache zur Anklageschrift, müssen sowohl die Sachverhaltsumschreibung als auch die Substantiierung der erfüllten Straftatbestände den Anforderungen an eine Anklage genügen. Mit der Überweisung des Strafbefehls an das Gericht wird sodann das ordentliche Gerichtsverfahren eingeleitet, womit das Gericht grundsätzlich auch über adhäsionsweise geltend gemachte Zivilklagen entscheiden kann. | |
| | Kantonsgericht, Strafkammer, 22. Oktober 2012 | GVP 2012 Nr. 69 |
| Art. 382 | Wer bei einem Verkehrsunfall nur einen Sachschaden erleidet, ist nicht Geschädigter im Sinn von Art. 115 StPO und kann deshalb auch keine Beschwerde gegen die im Strafverfahren gegen den Unfallgegner erlassene Nichtanhandnahmeverfügung erheben. | |
| | Anklagekammer, 31. Oktober 2012 | GVP 2012 Nr. 70 |

Art. 383 Zulässigkeit der Auferlegung einer Sicherheitsleistung im Beschwerdeverfahren betreffend Nichtanhandnahme. Eine Nachfristansetzung bei versäumter Leistung ist gesetzlich nicht vorgesehen.
Anklagekammer, 24. Januar 2012 GVP 2012 Nr. 71

Art. 402 Für die Bestätigung der Teilrechtskraft eines erstinstanzlichen Entscheids ist das Berufungsgericht in corpore zuständig.
Kantonsgericht, Strafkammer, 5. September 2012 GVP 2012 Nr. 72

Art. 404 Siehe Art. 402 StPO (GVP 2012 Nr. 72).

Art. 438 Siehe Art. 402 StPO (GVP 2012 Nr. 72).

## 4. Schule, Wissenschaft, Kultur

**BG über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002 (BBG), SR 412.10**

Art.30 ff. Der gestalterische Vorkurs für Erwachsene (Propädeutikum) wird nicht vom BBG erfasst, sondern stützt sich auf das FHSG ab. Dabei handelt es sich um eine Ausbildung; dies gilt jedenfalls dann, wenn der Vorkurs im Anschluss an die Matura absolviert wird. Eine gesetzliche Grundlage, welche es erlauben würde, hierfür eine Gebühr von Fr.13800.– zu verlangen, fehlt im Kanton St.Gallen.
Verwaltungsgericht, 1. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 9

**BG über die Fachhochschulen vom 6. Oktober 1995 (FHSG), SR 414.71**

Art. 5 Siehe Art. 30 ff. BBG (GVP 2012 Nr. 9).

## 5. Landesverteidigung

keine Entscheide

## 6. Finanzen

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

Art. 4 Der Pflichtige ist internationaler Wochenaufenthalter mit Wohnsitz in Deutschland. Er hält sich während der Woche in St.Gallen auf und ist hier sowohl unselbständig als auch selbständig tätig. Sein Einkommen in der Schweiz aus unselbständiger Tätigkeit wird an der Quelle besteuert, jenes aus selbständiger Tätigkeit im ordentlichen Verfahren. Da die Quellensteuer vollumfänglichen Abgeltungscharakter hat, wird das Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit auch nicht bei der Satzbestimmung für die Besteuerung des selbständigen Einkommens berücksichtigt.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 13. November 2012 GVP 2012 Nr. 23

Art. 5 Siehe Art. 4 DBG (GVP 2012 Nr. 23).

Art. 6 Siehe Art. 4 DBG (GVP 2012 Nr. 23).

Art. 7 Siehe Art. 4 DBG (GVP 2012 Nr. 23).

Art. 10 Abs. 1. Die Steuerpflichtigen hatten ein Grundstück geerbt, worauf einzelne Erben ihre Anteile an die Miterben abtraten. Es ist weiterhin vom Bestand einer Erbengemeinschaft und nicht von einer einfachen Gesellschaft auszugehen, da die Gründung einer solchen nicht nachgewiesen ist und die Gemeinschaft der Eigentümer in allen Unterlagen als Erbengemeinschaft bezeichnet wird. Die Anteile wurden daher von der Veranlagungsbehörde zu Recht nach erbrechtlichen Grundsätzen festgelegt.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 25. September 2012
GVP 2012 Nr. 24

Art. 17 Abs. 2. Kapitalleistung des Arbeitgebers. Der Pflichtige war Bankangestellter und wurde mit 61Jahren vorzeitig pensioniert, wobei ihm die Arbeitgeberin bei diesem Anlass eine Kapitalleistung ausrichtete. Da diese nach dem Dienstalter und nicht nach einer allfälligen Vorsorgelücke bemessen wurde und sich nicht auf das Vorsorgereglement, sondern auf das Personalreglement stützte, hat die Veranlagungsbehörde das Merkmal des Vorsorgecharakters der Kapitalleistung zu Recht verneint.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 25. September 2012
GVP 2012 Nr. 25

Art. 38 Siehe Art. 17 Abs. 2 DBG (GVP 2012 Nr. 25).

Art. 91 ff. Siehe Art. 4 DBG (GVP 2012 Nr. 23).

Art. 130 Abs. 2. Siehe Art. 177 StG (GVP 2012 Nr. 30).

Art. 132 Abs. 3. Siehe Art. 177 StG (GVP 2012 Nr. 30).

Art. 167 Siehe Art. 37 Abs. 2 WPEG (GVP 2012 Nr. 27).

Art. 167 Abs. 2. Siehe Art. 224 Abs. 3 StG (GVP 2012 Nr. 32).

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

Art. 51 Ein Revisionsbegehren muss grundsätzlich schriftlich und innert einer Frist von 90 Tagen gestellt werden. Eine Revision von Amtes wegen hat nur dann stattzufinden, wenn die Steuerbehörde den Revisionsgrund selbst entdeckt und ein solcher offensichtlich gegeben ist.

Verwaltungsgericht, 11. Dezember 2012 GVP 2012 Nr. 26

**BG über die Wehrpflichtersatzabgabe vom 12. Juni 1959 (WPEG), SR 661**

Art. 37 Abs. 2. Die Wehrpflichtersatzabgabe im Minimalbetrag von Fr. 400.– kann nicht von einem Abgabepflichtigen verlangt werden, der ausgesteuert ist, ausschliesslich von der finanziellen Sozialhilfe lebt und sich in einer Notlage befindet bzw. durch die Bezahlung der Ersatzabgabe in eine solche geriete. Von einer Überschuldung kann nicht gesprochen werden, wenn dem Ersatzabgabepflichtigen für die fragliche Abgabeperiode ein Steuererlass gewährt wurde.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 22. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 27

**V über die Wehrpflichtersatzabgabe vom 30. August 1995 (WPEV), SR 661.1**

Art. 52 Abs. 2. Siehe Art. 37 Abs. 2 WPEG (GVP 2012 Nr. 27).

## 7. Öffentliche Werke, Energie, Verkehr

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

Art. 16a Fehlende Zonenkonformität eines Betriebsleiterwohnhauses für einen Betrieb mit Mutterkuhhaltung mangels Betriebsnotwendigkeit. Wohnraum für die abtretende Generation ist in erster Linie im bestehenden Gebäudevolumen zu realisieren und setzt einen aktuellen Wohnraumbedarf voraus. Für die Bemessung der objektiv gesehen für die Bewirtschaftung erforderlichen Wohnraumgrösse wird auf die kantonalen Richtwerte abgestellt.

Baudepartement, 3. September 2012 GVP 2012 Nr. 86

Art. 19 Auch Grundstücke im Nichtbaugebiet müssen eine genügende Erschliessung gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG und Art. 49 Abs. 2 BauG aufweisen. Die Gemeinde verfügt bei der Beurteilung des hinreichenden öffentlichen Interesses am Bau von Gemeindestrassen über Autonomie, die indessen durch Art. 32 StrG eingeschränkt wird. Eine Strasse mit bis zum 22 Prozent Gefälle, mit einer Breite von 2,50 bis 2,80 m, deren Einfahrt nicht genügende Radien aufweist und die von Motorfahrzeugen und Wanderer benutzt wird sowie in einem baulich schlechten Zustand ist, stellt keine genügende Erschliessung dar. Es liegt daher kein Ermessensmissbrauch vor, wenn das zuständige Gemeinwesen sowohl das hinreichende öffentliche Interesse wie auch die Notwendigkeit für den Bau einer neuen Erschliessungsstrasse annimmt.

Verwaltungsgericht, 20. März 2012 GVP 2012 Nr. 20

Art. 21 Abs. 2. Die Planungsbehörde und der durch einen Gestaltungsplan belastete Grundeigentümer haben unabhängig vom Quorum für den Erlass eines Gestaltungsplans nach Art. 28 Abs. 2 BauG das Recht, den Planerlass zu überprüfen bzw. überprüfen zu lassen, sofern sich die Verhältnisse seit Planerlass derart geändert haben, dass sich die Eigentumsbeschränkungen aus Gründen des öffentlichen Rechts nicht mehr rechtfertigen lassen.

Verwaltungsgericht, 3. Juli 2012 GVP 2012 Nr. 21

Art. 22 Siehe Art. 19 RPG (GVP 2012 Nr. 20).

Art. 22 Abs. 1. Ein rund 20 m langer, mit farblich abgesetzten Ziegeln in eine Dachfläche eingebauter Reklameschriftzug ist baubewilligungspflichtig.

Baudepartement, 19. Juni 2012 GVP 2012 Nr. 87

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

Art. 14 Abs. 2 lit. c. Im Blut des Fahrzeuglenkers wurde das Kokain-Abbauprodukt Benzoylecgonin nachgewiesen. Eine Beeinträchtigung der Fahrfähigkeit lag nicht vor. Aufgrund der Aussagen des Fahrzeuglenkers bestehen indessen ernsthafte Zweifel an der Fahreignung, weshalb die Anordnung einer verkehrsmedizinischen Untersuchung nicht zu beanstanden ist.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 30. August 2012 GVP 2012 Nr. 16

Art. 14 Abs. 2 lit. c. Der Fahrzeuglenker wurde von der Polizei nach dem Überfahren einer Sperrfläche angehalten. Starker Marihuanageruch im Fahrzeuginnern, eine mitgeführte Dose mit rund 10 Gramm Marihuana, ein zugegebener regelmässiger und langjähriger Cannabiskonsum und eine hohe THC-Carbonsäure-Konzentration im Blut sind Hinweise darauf, dass der Fahrzeuglenker unter dem Einfluss von regelmässigem Cannabiskonsum gesetzliche Vorschriften, welche der Verkehrssicherheit dienen, missachten könnte. Bestätigung der Anordnung einer verkehrsmedizinischen Untersuchung.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 30. August 2012 GVP 2012 Nr. 17

Art. 14 Abs. 3. Anforderungen an die korrekte Durchführung einer Kontrollfahrt und die Aufgabe des begleitenden Arztes. Verneinung der Fahreignung wegen zahlreicher Fehler während der Kontrollfahrt.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 23. Februar 2012 GVP 2012 Nr. 18

Art. 14 Abs. 3. Siehe Art. 14 Abs. 2 lit. c SVG (GVP 2012 Nr. 16).

Art. 16 Abs. 1. Siehe Art. 14 Abs. 2 lit. c SVG (GVP 2012 Nr. 17).

Art. 16b Abs. 1 lit. a. Wer einem Stadtbus bei einer Geschwindigkeit von 30 bis 40 km/h während rund 350 Metern in einem Abstand von zwei bis drei Metern folgt, begeht eine mittelschwere Widerhandlung gegen Strassenverkehrsvorschriften. Bestätigung eines Sicherungsentzugs, nachdem dem Fahrzeugführer der Führerausweis in den letzten fünf Jahren bereits dreimal wegen mindestens einer mittelschweren Widerhandlung entzogen war.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 6. Januar 2012 GVP 2012 Nr. 19

Art. 16b Abs. 2 lit. e. Siehe Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG (GVP 2012 Nr. 19).

Art. 16d Abs. 1 lit. b. Siehe Art. 14 Abs. 2 lit. c SVG (GVP 2012 Nr. 17).

Art. 34 Abs. 4. Siehe Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG (GVP 2012 Nr. 19).

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

Art. 4 Abs. 5. Siehe Art. 14 Abs. 3 SVG (GVP 2012 Nr. 18).

Art. 12 Abs. 1. Siehe Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG (GVP 2012 Nr. 19).

Art. 47 Abs. 3. Siehe Art. 14 Abs. 3 SVG (GVP 2012 Nr. 18).

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

Art. 2 Abs. 2. Siehe Art. 14 Abs. 2 lit. c SVG (GVP 2012 Nr. 16).

Art. 12a Siehe Art. 14 Abs. 3 SVG (GVP 2012 Nr. 18).

Art. 29 Abs. 2 lit. a. Siehe Art. 14 Abs. 3 SVG (GVP 2012 Nr. 18).

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

Art. 90 Abs. 2. Siehe Art. 14 Abs. 3 SVG (GVP 2012 Nr. 18).

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

**BG über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (MedBG), SR 811.11**

Art. 36 Siehe Art. 18 Abs. 1 VRP (GVP 2012 Nr. 91).

Art. 38 Siehe Art. 18 Abs. 1 VRP (GVP 2012 Nr. 91).

Art. 40 Siehe Art. 18 Abs. 1 VRP (GVP 2012 Nr. 91).

Art. 43 Siehe Art. 18 Abs. 1 VRP (GVP 2012 Nr. 91).

**BG über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (HMG), SR 812.21**

Art. 4 Abs. 1 lit. a. Begriff des Arzneimittels. Ein Präparat ist nicht schon deshalb ein Arzneimittel im Sinne der Heilmittelgesetzgebung, wenn es einen Wirkstoff enthält, der in den Stofflisten aufgeführt wird, welche Swissmedic gestützt auf Art. 20 der Arzneimittelverordnung (SR 812.212.21) erstellt. Zu den für die Abgrenzung massgebenden Umständen gehören die Zusammensetzung des Produkts, die pharmakologischen Wirkungen einschliesslich der unerwünschten Nebenwirkungen sowie der Verwendungszweck nach dem Eindruck des durchschnittlichen Konsumenten.

Kantonsgericht, Strafkammer, 3. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 10

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

Art. 13 Siehe Art. 25a Abs. 5 KVG (GVP 2012 Nr. 13).

Art. 43 Im Verwaltungsverfahrensrecht gilt ebenso wie im Strafprozessrecht der Grundsatz, dass unrechtmässig erlangte Beweise unter bestimmten Voraussetzungen nicht verwertet werden dürfen, wobei allerdings die im Strafprozessrecht entwickelten Grundsätze nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren zu übertragen sind. Wird eine versicherte Person im Rahmen eines «Standort- und Konfrontationsgesprächs» mittels Überrumpelung und Druck (Hinweise auf straf- und zivilrechtliche Folgen) in eine Situation versetzt, in der es ihr nicht mehr möglich ist, nach freiem Willen zu antworten, ist dem entsprechenden Protokoll nicht nur der Beweiswert abzusprechen, sondern es ist auch als unverwertbar zu qualifizieren. Das bedeutet, dass weitere Beweismittel, die wesentlich auf dem Protokoll beruhen, insbesondere etwa ein medizinisches Gutachten, dessen Schlussfolgerungen sich wesentlich auf die im Protokoll enthaltenen Aussagen der versicherten Person stützen, diesbezüglich ebenfalls als unverwertbar zu qualifizieren sind bzw. ihnen der Beweiswert abzusprechen ist. In der Regel wird es nicht notwendig sein, ein solches Protokoll zusätzlich förmlich aus dem Recht zu weisen.

Versicherungsgericht, 22. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 11

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

Art. 49 Berechnungsgrundlagen einer reglementarischen Rente. Frage des Einbezugs einer Freizügigkeitsleistung in die Rentenberechnung, wenn diese wegen Konkurses der Freizügigkeitsstiftung nicht mehr erhältlich gemacht werden kann. Es war allein Sache des Versicherten, für die Sicherheit der Anlage seines Freizügigkeitsguthabens zu sorgen und nötigenfalls das Guthaben rechtzeitig auf eine andere (solvente) Freizügigkeitseinrichtung zu übertragen. Der Vorsorgeeinrichtung kann diesbezüglich umso weniger ein Vorwurf gemacht werden, als sie nicht voraussehen konnte, dass die Freizügigkeitseinrichtung einige Monate nach Zustellung der erwähnten Beschluss-Mitteilung bzw. der Rentenverfügung in Konkurs geraten würde. Ihr Verhalten war insofern nicht adäquat-kausal für die Unmöglichkeit der Rückerstattung, als sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens nicht mit einem zwischenzeitlichen Konkurs der Freizügigkeitseinrichtung rechnen musste. Für den Fall einer allfällig verzögerten Gesuchsbearbeitung bzw. Leistungsausrichtung durch eine Vorsorgeeinrichtung ist im Übrigen die Verzinsung des Leistungsausstands vorgesehen. Für die Insolvenz einer von ihr unabhängigen Freizügigkeitsstiftung hat die Vorsorgeeinrichtung nicht einzustehen.

Versicherungsgericht, 8. November 2012 GVP 2012 Nr. 12

**BG über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG), SR 832.10**

Art. 25a Abs. 5. Pflegefinanzierung. Für Leistungen aus Pflegefinanzierung ist das ATSG als Bundesgesetz direkt anwendbar. Für die Bestimmung des Wohnsitzes verweist das ATSG auf die zivilrechtlichen Normen, die damit auch im Rahmen der Pflegefinanzierung bei der Bestimmung der interkantonalen Zuständigkeit zu beachten sind. Da das ATSG den Wohnsitzbegriff unter Hinweis auf Art. 23 bis 26 ZGB ausdrücklich regelt (Art. 13 Abs. 1 ATSG), ist eine zu füllende Gesetzeslücke zu verneinen und die Frage des Wohnsitzes einzig nach zivilrechtlichen Bestimmungen zu beantworten. Es besteht kein Raum für eine lückenfüllende Anwendung der Wohnsitznorm von Art. 21 Abs. 1 ELG (SR 831.39).

Versicherungsgericht, 30. Oktober 2012 GVP 2012 Nr. 13

## 9. Wirtschaft, Technische Zusammenarbeit

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

Art. 12 lit. a. Voraussetzungen für eine zulässige Kontaktaufnahme eines Rechtsanwalts mit einem Zeugen bzw. einer Auskunftsperson im Rahmen eines Strafverfahrens.

Anwaltskammer, 11. Januar 2012 GVP 2012 Nr. 75

Art. 12 lit. c und lit. d. Interessenkollision und Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts. Ein Rechtsanwalt, der neben seiner (nebenberuflichen) Anwaltstätigkeit als Staatsanwalt tätig ist, kann keine anwaltliche Vertretung der Privatklägerschaft in einem von seinem Amt geführten Strafverfahren übernehmen.

Anwaltskammer, 11. Januar 2012 GVP 2012 Nr. 76

**V über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978 (PBV), SR 942.211**

Art. 10 Abs. 1 lit. q. Begriff des «Mehrwertdienstes» gemäss PBV. Mehrwertdienste über geografische Rufnummern werden von Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV erfasst.
Kantonsgericht, Strafkammer, 14. Mai 2012 GVP 2012 Nr. 42

## III. Entscheide zum Internationalen Recht[3]

### Menschenrechte und Grundfreiheiten

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

Art. 6 Der Anzeiger hat kein rechtlich geschütztes Informationsinteresse an der Offenlegung des Ausgangs eines Disziplinarverfahrens.
Verwaltungsgericht, 29. August 2012 GVP 2012 Nr. 4

Art. 6 Siehe Art. 113 Abs. 1 StPO (GVP 2012 Nr. 58).

Art. 6 Siehe Art. 55a StP (GVP 2012 Nr. 74).

Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. d. Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt absoluter Charakter zu; er gehört zu den Grundzügen des fair trial. Eine ordnungsgemässe Untersuchung und ein faires Gerichtsverfahren bedingen die Abnahme von berechtigten Beweisanträgen in jenem Verfahrensstadium, in welchem sie gestellt werden.
Kantonsgericht, Strafkammer, 5. Juni 2012 GVP 2012 Nr. 5

Art. 6 Ziff. 1. Der Entscheid einer Rekursinstanz, mit welchem ein Ausstandsbegehren abgewiesen worden ist, ist beim Verwaltungsgericht selbständig mit Beschwerde anfechtbar.
Verwaltungsgericht, 11. Dezember 2012 GVP 2012 Nr. 6

Art. 8 Einem anerkannten Flüchtling, dessen Ehefrau nach den asylrechtlichen Vorgaben nicht nachgezogen werden kann, muss der Familiennachzug nicht bewilligt werden, wenn die konkrete Gefahr der Fürsorgeabhängigkeit besteht.
Verwaltungsgericht, 15. Oktober 2012 GVP 2012 Nr. 7

**Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (FK), SR 0.142.30**

Art. 23 Abs. 1. Siehe Art. 1 GMB (GVP 2012 Nr. 14).

3 Gliederung nach der Allgemeinen Systematik des Internationalen Rechts im Inhaltsverzeichnis 2012 der Systematischen Sammlung des Bundesrecht (www.admin.ch/ch/d/sr/iindex).

# I. Staats- und Verwaltungsrecht

## 1. Verfassung

### 1

*Art. 12 BV (SR 101); Art. 82 Abs. 1 und 4 AsylG (SR 142.31).* Ein rechtskräftig abgewiesener Asylbewerber hat keinen Anspruch auf Bezug von Nothilfe am (bisherigen) Aufenthaltsort. Gegenüber der Umteilung in eine andere Gemeinde kann er nur den Grundsatz der Einheit der Familie anführen. Wurde indes die Familiengemeinschaft aufgelöst, entfällt eine Anfechtungsmöglichkeit von Vornherein; entsprechend muss die Umteilung des Asylbewerbers zum Bezug der Nothilfe in eine andere Gemeinde auch nicht in Verfügungsform ergehen.

*Verwaltungsgericht, 23. August 2012*
*–> Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Bundesgericht erhoben.*

Der rechtskräftig abgewiesene Asylbewerber P. L. lebt seit November 2009 getrennt von seiner Frau und seinen Kindern. In der Folge bezog er Nothilfe in der Gemeinde J. Im Juli 2010 wurde er zum Bezug der Nothilfe der Gemeinde M. zugewiesen. Die Umteilung erfolgte formlos. Damit war P. L. nicht einverstanden. Er wandte sich an die Gemeinde J. mit dem Ersuchen, es sei ihm weiterhin Nothilfe in der Gemeinde J. auszurichten. Auf dieses Gesuch trat deren Sozial- und Vormundschaftsamt nicht ein. Die dagegen erhobenen Rekurse blieben erfolglos. Auch das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Sicherheits- und Justizdepartements ab.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer erhebt gegenüber der Weigerung der Gemeinde J., ihm weiterhin Nothilfe zu gewähren, im Wesentlichen folgende Einwände: Zum einen macht er geltend, er habe Aufenthalt in J. gehabt und der Aufenthaltsort sei zur Erbringung von Nothilfe zuständig; zum anderen bringt er vor, die erfolgte Um-

teilung nach M. sei nicht in Verfügungsform ergangen und beruhe ausserdem nicht auf einer gesetzlichen Grundlage.

2.1. Gemäss Art. 82 Abs. 1 des Asylgesetzes (SR 142.31, abgekürzt AsylG) gilt für die Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen und Nothilfe kantonales Recht (Satz 1). Personen mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid, denen eine Ausreisefrist angesetzt worden ist, können von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden (Satz 2).

Beim Beschwerdeführer handelt es sich unbestrittenermassen um einen rechtskräftig abgewiesenen Ayslbewerber, der nicht mehr Sozialhilfe, sondern nur noch Nothilfe im Sinn von Art. 12 der Bundesverfassung (SR 101) beanspruchen kann. Die bundesrechtliche Zuständigkeitsordnung betreffend der Unterstützung Bedürftiger (SR 851.1) sowie das kantonale Sozialhilfegesetz (sGS 381.1) gelten für ihn deshalb nicht. Dementsprechend verfügt der Beschwerdeführer auch über keinen Anspruch auf Bezug der Nothilfe am (bisherigen) Aufenthaltsort. Dies hielt denn auch das Bundesgericht in einem den Beschwerdeführer betreffenden Urteil (8C_856/2011 vom 7. Februar 2012, E. 3.3) fest.

2.2. Gemäss Art. 27 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 1bis AsylG werden Asylsuchende sowie rechtskräftig abgewiesene Asylbewerber, die noch keinem Kanton zugewiesen wurden, nach einem bestimmten Verteilschlüssel auf die Kantone verteilt. Die Verteilung auf die Kantone erfolgt anhand der in Art. 21 der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (SR 142.311, abgekürzt AsylV 1) festgelegten Prozentzahlen. Der Zuweisungsentscheid kann gemäss Art. 27 Abs. 3 und Art 44 Abs. 1 AslyG nur mit der Begründung angefochten werden, er verletze den Grundsatz der Einheit der Familie.

Die gleichen Grundsätze gelten innerkantonal nach erfolgter Zuweisung durch den Bund. Die Kantone sind frei in der Verteilung von rechtskräftig abgewiesenen Asylbewerbern auf die einzelnen Gemeinden. Dies ergibt sich aus Art. 82 Abs. 4 AsylG, wonach Nothilfe in Form von Sachleistungen oder täglichen Geldleistungen an den von den Kantonen bezeichneten Orten auszurichten ist. Ist ein Kanton frei in der erstmaligen Zuweisung von Asylbewerbern an eine Gemeinde, so gilt dies gleichermassen auch für eine spätere Umteilung von einer Gemeinde in eine andere. Auch die Umteilung wird von Art. 82 Abs. 4 AsylG erfasst. Gegenüber einer Zu- oder Umteilung kann einzig der Grundsatz der Einheit der Familie ins Feld geführt werden. Wurde jedoch die Familiengemeinschaft aufgelöst, entfällt eine Anfechtungsmöglichkeit. In einem solchen Fall entfaltet eine Zu- oder Umteilung von Nothilfebezügern keinerlei Aussenwirkungen, sondern es liegt eine nur die beteiligte(n) Gemeinde(n) betreffende organisatorische Anordnung vor. Dies hat zur Folge, dass sie ein legitimes Rechtsschutzinteresse der Nothilfebezüger nicht hervorruft und somit auch nicht dem Rechtsschutz geöffnet werden muss (vgl. dazu M. Müller, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St.Gallen 2008, N 41 zu Art. 5; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 867 ff.). Ob die

Vereinbarung vom 22. Juli 2005 über die Zusammenarbeit im Asylwesen (Vorakten, act. 14a) genügend bestimmt ist, sodass sich ein Zu- oder Umteilungsentscheid darauf abstützen lässt, kann hier offen bleiben. Solche Entscheide zeitigen einzig Wirkungen für die jeweiligen Gemeinden. Entsprechend wäre es auch nur einer Gemeinde möglich, sich gegen eine Zu- oder Umteilung zur Wehr zu setzen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass keine Veranlassung bestand, die Umteilung von J. nach M. in Verfügungsform vorzunehmen. Der Beschwerdeführer lebt seit November 2009 von seiner Ehefrau und seinen Kindern getrennt. Auch sonst macht er keine besonderen Nachteile als Folge der Umteilung geltend. Solche sind denn auch nicht erkennbar. Der Umstand allein, dass die Nothilfe in M. anders als in J. ausgestaltet ist, stellt jedenfalls kein legitimes Rechtsschutzinteresse dar, zumal sich auch die Nothilfe in M. als verfassungskonform erweist (vgl. Verfahren B 2011/181 und BGer 8C_856/2011 vom 7. Februar 2012). Dementsprechend war die Massnahme auch nicht mit einer Rechtsmittelmöglichkeit zu versehen. Vielmehr war eine formlose Umteilung zulässig. Ab dem 6. Juli 2010 war daher die Gemeinde J. zur Gewährung der Nothilfe nicht mehr zuständig. Der Nichteintretensentscheid durch das Sozialhilfe- und Vormundschaftsamt O.-J. erging damit zu Recht.

## 2

*Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101), Art. 53 Abs. 1, Art. 205 Abs. 1, Art. 205 Abs. 2, Art. 212 ZPO (SR 272).* Kommt im Schlichtungsverfahren keine Einigung zustande und führt die Schlichtungsbehörde auf Antrag des Klägers anschliessend ein Entscheidverfahren durch, so kann für das dort zu erstellende Verhandlungsprotokoll auf schon im Schlichtungsverfahren gemachte Notizen abgestellt werden, welche im Verfahrensprotokoll nicht hätten verwendet werden dürfen. Anleitung zur Protokollierung.

*Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Obligationenrecht, 26. September 2012*

Aus den Erwägungen:

2. Die Schlichtungsbehörde kann in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 2000.– einen Entscheid fällen, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt (Art. 212 Abs. 1 ZPO). Die Zustimmung der Schlichtungsbehörde, nach gescheitertem Versuch einer gütlichen Einigung einen Entscheid zu treffen, schliesst das Schlichtungsverfahren ab. Es beginnt das Entscheidverfahren; die Bestimmungen über das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) sind sachgemäss anwendbar (Handbuch N 247; Rickli, DIKE-Komm-ZPO, N 8

zu Art. 212 ZPO). Sodann sind die allgemeinen Verfahrensgrundsätze und Verfahrensgarantien (Art. 52 ff. ZPO) zu beachten. Dazu gehört u. a. der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 Abs. 1 ZPO), der diesen unter anderem das Recht auf Entscheidbegründung einräumt (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N. 4.63).

a) Im Schlichtungsverfahren darf nur ein sogenanntes Verfahrensprotokoll über Ort und Zeit der Verhandlung, die Zusammensetzung der Behörde, die auf Seite der Parteien Anwesenden und die Rechtsbegehren geführt und dürfen die Aussagen der Parteien nicht protokolliert werden, um die Vertraulichkeit zu wahren und damit eine Einigung zu begünstigen (Art. 205 Abs. 1 ZPO; Honegger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., N 1 zu Art. 205 ZPO). Vorbehalten bleibt allerdings die Verwendung von Aussagen im Falle eines Urteilsvorschlags oder eines Entscheides der Schlichtungsbehörde (Art. 205 Abs. 2 ZPO). Wegen der Anfechtbarkeit des Entscheids der Schlichtungsbehörde ist die Führung eines Verhandlungsprotokolls ab Beginn des – in der Regel unmittelbar an die Schlichtungsverhandlung anschliessenden – Entscheidverfahrens im Gegenteil sogar unerlässlich. Denn die Beschwerdeinstanz ist darauf angewiesen zu wissen, welche Tatsachen und Beweismittel die Parteien an der im Entscheidverfahren durchgeführten Verhandlung vorgebracht und beantragt haben, damit sie die Beschwerde beurteilen und vorab feststellen kann, ob im Beschwerdeverfahren allenfalls unzulässigerweise neue Tatsachen und Beweismittel in den Prozess eingebracht wurden (vgl. Egli, DIKE-Komm-ZPO, N 6 zu Art. 205 ZPO; Püntener, Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren in der Zivilprozessordnung, mp 4/2011, S. 243 ff., N 6.4 sowie Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 8. August 2011, in: ZR 110 [2011] Nr. 68 E. 2; Art. 326 ZPO; zum Verhandlungsprotokoll im Allgemeinen vgl. auch Ziff. II/2 der Richtlinien des Kantonsgerichts zur Protokollierung im Zivilprozess vom 9. Dezember 2010).

b) Mit dem Vorbehalt von Art. 205 Abs. 2 ZPO besteht notgedrungen insoweit eine Ausnahme vom Grundsatz der Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens, als die Schlichtungsbehörde mit Hinblick auf ein allfälliges Entscheidverfahren aus prozessökonomischen Gründen (d. h. um unnötige Wiederholungen zu vermeiden) zwecks Verwendung im später zu erstellenden Verhandlungsprotokoll bereits während der Schlichtungsverhandlung Notizen von – für eine gehörige Begründung eines Entscheides potentiell wesentlichen – Ausführungen der Parteien machen darf (BSK ZPO – Infanger, N 8 zu Art. 205 ZPO; Püntener, a. a. O., N 5.3).

Diese Ausführungen hat die Schlichtungsbehörde in jedem Fall zu Beginn der Verhandlung zusammenzufassen und dann – soweit die Parteien diese bestätigen können und damit einverstanden sind – samt allfälliger Ergänzung mit weiteren Ausführungen und Beweisanträgen zu protokollieren. Nicht protokolliert werden dürfen dagegen insbesondere Einlassungen und Zugeständnisse, welche eine Partei mit Hinblick auf eine gütliche Einigung zwar gemacht hat, nach Scheitern der Vergleichsbemühungen aber nicht mehr gelten lassen will.

3. Im vorliegenden Fall führte die Schlichtungsbehörde ein als «Verhandlungsprotokoll» bezeichnetes, vom 11. Januar 2011 datiertes Protokoll, aus dem Ort und Zeit der Schlichtungsverhandlung, die anwesenden Parteien, der Streitgegenstand und die jeweiligen Rechtsbegehren ersichtlich sind. Ferner geht daraus hervor, dass dem klägerischen Antrag auf Erlass eines Entscheids stattgegeben wurde. Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge sind darin jedoch nicht enthalten. Es handelt sich inhaltlich lediglich um ein Verfahrensprotokoll im vorgängig beschriebenen Sinn. Die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids sodann bezieht sich auf Ausführungen der Parteien an der Schlichtungsverhandlung, ohne dass diese im Verhandlungsprotokoll des Entscheidverfahrens festgehalten worden wären. Der Beschwerdeinstanz ist es daher nicht möglich, die Begründetheit der Beschwerde umfassend zu beurteilen. Überhaupt wird dem Beklagten, der sich zum Klagebegehren nicht vorab schriftlich geäussert hat – und dazu auch nicht gehalten war –, dadurch verunmöglicht, einschlägige Beschwerdegründe (unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) substantiiert geltend zu machen, zumal auch das von ihm in der Beschwerdeschrift in tatsächlicher Hinsicht Vorgebrachte, wie gesehen, neu und damit unzulässig ist.

a) Unter diesen Umständen ist die Rechtsanwendung/Beweiswürdigung der Vorinstanz bzw. deren aus den «Akten» und den «Ausführungen der Parteien an der Schlussverhandlung» gezogene Erkenntnis im Entscheid vom 31. Mai 2012, zwischen den Parteien sei ein Auftrag zustande gekommen (sh. vorne E. I/2), nicht nachvollziehbar und stellt damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. der Pflicht, den Entscheid gehörig zu begründen, dar.

**3**

*Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101); Art. 17 SchKG (SR 281.1).* Anspruch auf rechtliches Gehör; Charakterisierung einer Eingabe als Beschwerde (und nicht als Bestreitung des Lastenverzeichnisses). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Er wird verletzt, wenn der Entscheid vor Ablauf der Frist zur Vernehmlassung gefällt wird, wenn Eingaben der Gegenparteien nicht zugestellt werden und wenn die Frist zur Vernehmlassung nicht einmal zwei Tage beträgt. Wird eine Eingabe von einem Rechtsanwalt als Beschwerde betitelt, bei der unteren Aufsichtsbehörde eingereicht und geht aus dem Antrag sowie der Begründung die Rüge eines formellen Fehlers des Betreibungsamtes und nicht die materielle Bestreitung der Last hervor, ist eine nachträgliche Entgegennahme der Eingabe als materielle Bestreitung nicht zulässig.

*Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 11. Dezember 2012*

Am 27. Dezember 2010 wurde die Ehe von A. (Schuldner) und B. (Gläubigerin) geschieden und u. a. entschieden, dass der Schuldner der Gläubigerin eine güterrechtliche Ausgleichszahlung schuldet. Die Gläubigerin erwirkte auf der Liegenschaft M. einen Arrest. Sie prosequierte diesen und ihre Forderung wurde in das Lastenverzeichnis aufgenommen. Mit Eingabe vom 20. September 2012 erhob die Gläubigerin bei der unteren Aufsichtsbehörde Beschwerde gegen das Lastenverzeichnis und beantragte, das vertragliche Pfandrecht von Z. sei aus dem Lastenverzeichnis zu entfernen. Das Betreibungsamt warf anlässlich der Stellungnahme die Frage auf, ob die Beschwerdeschrift als Bestreitung des Lastenverzeichnisses anzusehen sei. Die Gläubigerin teilte daraufhin der unteren Aufsichtsbehörde mit, dass die Beschwerde vom 20. September 2012 als Bestreitung des Lastenverzeichnisses gemäss Art. 140 SchKG zu verstehen sei und das Betreibungsamt die Fristansetzung zur Klage auf Aberkennung eines Anspruchs im Lastenverzeichnis vornehmen könne. An der Beschwerde werde nicht festgehalten, das Verfahren könne abgeschrieben werden. Mit Entscheid vom 5. Oktober 2012 schrieb die untere Aufsichtsbehörde das Verfahren infolge Beschwerderückzugs bzw. Gegenstandslosigkeit als erledigt ab und stellte fest, dass mit der klägerischen Eingabe vom 20. September 2012 das Lastenverzeichnis bestritten werde. Das beschwerdebeklagte Amt wurde angewiesen, die Frist zur Klage auf Aberkennung eines Anspruchs im Lastenverzeichnis anzusetzen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Die Vorinstanz forderte mit Schreiben vom 21. September 2012 das Betreibungsamt und den Schuldner zur Stellungnahme zur Beschwerdeschrift der Gläubigerin auf. Die Vernehmlassung des Betreibungsamtes vom 25. September 2012 stellte die Vorinstanz am 27. September 2012 dem Schuldner wie auch der Gläubigerin zu und forderte die Gläubigerin auf, innert sieben Tagen dazu Stellung zu beziehen. Zudem hielt die Vorinstanz in diesem Schreiben fest, dass die dem Schuldner mit Schreiben vom 21. September 2012 angesetzte Frist zur Vernehmlassung noch nicht abgelaufen und das Verfahren daher noch nicht spruchreif sei. Mit Eingabe vom 3. Oktober 2012 liess sich die Gläubigerin vernehmen, am 5. Oktober 2012 fällte die Vorinstanz ihren Entscheid.

b) Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Dieses auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Replikrecht gilt für alle gerichtlichen Verfahren, auch solche, die nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen. Die Verfahrensbeteiligten haben Anspruch auf Zustellung von Vernehmlassungen, unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten. Das Gericht muss vor Erlass seines Entscheids eingegangene Stellungnahmen den Beteiligten zustellen, damit sich diese darüber schlüssig werden können, ob sie sich dazu äussern wollen oder nicht (BGer 1B_281/2012 E. 2.2. m.w.H.).

c) Die Vorinstanz hat das rechtliche Gehör des Schuldners in doppelter Hinsicht verletzt:

Einerseits hat sie unterlassen, die mit Schreiben vom 21. September 2012 angesetzte Frist zur Stellungnahme abzuwarten, obwohl sie selbst am 27. September 2012 darauf hinwies, dass diese Frist noch nicht verstrichen und das Verfahren daher noch nicht spruchreif sei. Der Schuldner hat das Schreiben vom 21. September 2012 nachweislich am 25. September 2012 in Empfang genommen. Die zehntägige Frist lief demnach bis zum 5. Oktober 2012. Der Schuldner hat sich denn auch am 5. Oktober 2012 fristgemäss vernehmen lassen, die Eingabe ging am 8. Oktober 2012 bei der Vorinstanz ein. Indem die Vorinstanz die Frist zur Vernehmlassung des Schuldners nicht abwartete und seine Stellungnahme nicht zur Kenntnis nahm, sondern ihren Entscheid am 5. Oktober 2012 fällte, hat sie sein Recht auf rechtliches Gehör verletzt.

Andererseits hat sie offenbar unterlassen, dem Schuldner das Schreiben der Gläubigerin vom 3. Oktober 2012 zuzustellen; den vorinstanzlichen Akten ist eine solche Zustellung jedenfalls nicht zu entnehmen. Der Schuldner konnte damit von dieser Eingabe, auf welche die Vorinstanz in ihrem Entscheid ausdrücklich Bezug genommen hat, weder Kenntnis erlangen, noch wurde ihm Gelegenheit eingeräumt, sich dazu allenfalls zu äussern. Auch dieses Vorgehen der Vorinstanz ist als Verletzung des rechtlichen Gehörs zu qualifizieren. Eine solche Verletzung wäre im Übrigen auch dann zu bejahen, wenn die Vorinstanz dem Schuldner die Eingabe

der Gläubigerin vom 3. Oktober 2012 zugestellt hätte. Da die Vorinstanz wie erwähnt am 5. Oktober 2012 entschieden hat, wären dem Schuldner nicht einmal zwei Tage verblieben, um auf die Eingabe zu reagieren. Dies wäre ohnehin unzureichend (BGE 137 I 195 E. 2.6 m.w.H.).

Damit liegt eine mehrfache und grobe Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor. Der angefochtene Entscheid ist daher bereits aus formellen Gründen aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine Heilung dieser Mängel im Verfahren vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde ist nicht angezeigt. Sofern der Vorinstanz eine Missachtung formeller Verfahrensgarantien vorgeworfen werden muss, bildet die Kassation ihres Entscheids die Regel, zumal die Rechtsunterworfenen grundsätzlich Anspruch auf Einhaltung des Instanzenzuges haben (BGE 137 I 195 E. 7 m.w.H.).

4. a) Die Beschwerde ist – wie in den nachfolgenden Erwägungen aufgezeigt wird – aber auch aus materiellen Gründen zu schützen:

Die in einem Lastenverzeichnis bezeichneten Lasten gelten nach Bestand, Fälligkeit, Umfang und Rang als anerkannt, soweit sie nicht innerhalb von zehn Tagen schriftlich beim Betreibungsamt bestritten werden (vgl. Art. 37 Abs. 2 VZG, Art. 140 Abs. 2 SchKG; RM-Belehrung im Lastenverzeichnis). Im Rahmen der Bestreitung erklärt ein Berechtigter, eine im Lastenverzeichnis aufgeführte Last materiell nicht anzuerkennen. Die Bereinigung des bestrittenen Lastenverzeichnisses erfolgt nach den Grundsätzen des Widerspruchsverfahrens. Das Betreibungsamt hat mit einer Verfügung die Klägerrolle zuzuteilen und eine Frist von zwanzig Tagen zur Klageeinleitung festzulegen. Der Richter entscheidet damit über die materielle Begründetheit eines Anspruchs (KUKO SchKG – Bernheim/Känzig, Art. 140 N 32, N 36, N 38; BSK SchKG I – Feuz, Art. 140 N123, N126). Gegen das Lastenverzeichnis ist aber auch Beschwerde nach Art. 17 SchKG möglich, wenn – in Abgrenzung zur Lastenbereinigungsklage – formelle Fehler des Amtes gerügt werden, so etwa wenn eine in den öffentlichen Büchern eingetragene oder angemeldete Last vom Betreibungsamt nicht oder nicht richtig ins Lastenverzeichnis aufgenommen wird oder wenn das Betreibungsamt nicht eingegebene oder in den öffentlichen Büchern nicht eingetragene Lasten aufnimmt. Ebenso ist Beschwerde möglich, wenn das Verzeichnis über eine Last keine eindeutige Auskunft gibt (KUKO SchKG – Bernheim/Känzig, Art. 140 N10; BSK SchKG I – Feuz, Art. 140 N117a, N126).

b) Mit Eingabe vom 20. September 2012 reichte die Gläubigerin bei der unteren Aufsichtsbehörde Beschwerde ein und beantragte die Entfernung des vertraglichen Pfandrechts von Z. aus dem Lastenverzeichnis. Sie begründete dies damit, dass der Schuldner auf der Liegenschaft M. einen zusätzlichen Inhaberschuldbrief errichtet habe, welcher im Scheidungsurteil nicht berücksichtigt worden sei. Damit habe er die güterrechtliche Auseinandersetzung verfälscht. Da der Inhaberschuldbrief damals nicht geltend gemacht worden sei, dürfe er auch vorliegend nicht berücksichtigt werden. Der Betrag, welcher bei der Versteigerung der Liegenschaft über den Hypotheken zur Verfügung stehe, stehe der Gläubigerin zu.

c) Diese vom Rechtsanwalt der Gläubigerin, mithin einem Fachmann verfasste Eingabe ist ausdrücklich als «Beschwerde» betitelt und wurde bei der dafür zuständigen unteren Aufsichtsbehörde innert der gesetzlich vorgeschriebenen Frist eingereicht. Dabei weist der Rechtsvertreter der Gläubigerin auch ausdrücklich darauf hin, dass mit der «vorliegenden Beschwerde [. . .] die zehntägige Frist gewahrt» ist. Auch diese Formulierung weist darauf hin, dass die Gläubigerin das Rechtsmittel der Beschwerde erheben wollte. In der Begründung der Eingabe vom 20. September 2012 bestreitet die Gläubigerin folgerichtig nicht den Bestand oder die Gültigkeit des Inhaberschuldbriefs, sie macht vielmehr geltend, dass dieser Schuldbrief im vorliegenden Betreibungsverfahren nicht berücksichtigt werden dürfe, weil er im Scheidungsverfahren auch nicht berücksichtigt worden sei. Die Rüge einer nicht richtigen Berücksichtigung einer Last im Lastenverzeichnis stellt jedoch einen typischen Beschwerdegrund dar, wird doch damit ein formeller Fehler des Betreibungsamtes geltend gemacht (vgl. oben E. 4.a). Überdies lautet auch der gestellte Antrag auf «Entfernung» des Pfandrechtes aus dem Lastenverzeichnisses und zielt damit ebenfalls nicht auf den Bestand bzw. auf die Feststellung des «Nichtbestehens» oder der Ungültigkeit des Inhaberschuldbriefes ab; es liegt mithin keine materielle Bestreitung des Bestands der Last bzw. der Forderung vor.

Entgegen der Auffassung der Gläubigerin geht damit aus dem Antrag und der Begründung der Eingabe vom 20. September 2012 gerade nicht die materielle Bestreitung der Last hervor; vielmehr kann die Eingabe nicht anders als die Rüge eines formellen Fehlers des Betreibungsamtes verstanden werden. Eine nachträgliche Entgegennahme der Eingabe als materielle Bestreitung, wie dies die Gläubigerin mit dem Schreiben vom 3. Oktober 2012 an die Vorinstanz anstrebte, ist bei dieser Ausgangslage nicht zulässig. Die Eingabe vom 20. September 2012 ist daher als Beschwerde zu behandeln.

**4**

*Art. 6 EMRK (SR 0.101); Art. 29 Abs. 2 und Art. 30 Abs. 3 BV (SR 101); Art. 60 Abs. 1 KV (sGS 111.1); Art. 25 Abs. 1 und Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1).* Der Anzeiger hat kein rechtlich geschütztes Informationsinteresse an der Offenlegung des Ausgangs eines Disziplinarverfahrens.

*Verwaltungsgericht, 29. August 2012*

Aus den Erwägungen:

4.1. Der Beschwerdeführer verlangt als Erstatter der Anzeige Einsicht in das Dispositiv der Verfügung vom 29. Oktober 2010, mit welcher das Disziplinarverfahren abgeschlossen worden ist, mithin partielle Akteneinsicht.

4.1.1. Nach Art. 24 des Disziplinargesetzes (sGS 161.3, abgekürzt DG) wird das VRP sachgemäss angewendet, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt. Als Verwaltungsverfahren ist die Disziplinarrechtspflege nicht publikums-, sondern insofern parteiöffentlich, als die Verfahrensbeteiligten Anspruch auf Akteneinsicht und Gewährung der übrigen Elemente des rechtlichen Gehörs haben (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 1012). Der Beschwerdeführer erklärt, dass er im Rahmen des zur Diskussion stehenden Disziplinarverfahrens nie Parteistellung und umfassende Akteneinsicht beansprucht habe. Als Betroffener im Sinne eines Dritten mit überwiegenden schutzwürdigen Interessen habe er aber Anspruch darauf, über den Ausgang des Disziplinarverfahrens ins Bild gesetzt zu werden.

4.1.2. Nach Art. 25 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, abgekürzt VRP) ist die Verfügung den Betroffenen zu eröffnen, wobei als Betroffene auch Dritte gelten, deren eigene schutzwürdige Interessen durch die Verfügung berührt werden. Nach Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung eines Rekurses sodann nur berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Gegen behördliches Handeln soll deshalb grundsätzlich nur einschreiten können, wer selbst davon betroffen ist. Die Rechtsmittelbefugnis wird verneint, wenn jemand mit der Prozessführung nicht eigene, sondern Interessen Dritter oder Allgemeininteressen verfolgt (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 387/388). Voraussetzung für den Zugang zum Verfahren ist sodann der Nachweis eines materiellen oder ideellen Nachteils. Damit soll die Popularbeschwerde ausgeschlossen werden (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 390).

4.1.3. Aus Art. 29 Abs. 2 BV wird ein Anspruch auf Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens hergeleitet. Er ist von einem besonders schutzwürdigen Interesse abhängig. Dieses kann sich aus der Betroffenheit in einem spezifischen Freiheitsrecht, aus einer speziellen Sachnähe oder im Hinblick auf ein Verfahren ergeben. Sodann findet das Einsichtsrecht seine Grenzen an entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen (G.Steinmann, in: Ehrenzeller/Mastronardi. Schweizer/Vallender (Hrsg.), St.Galler Kommentar BV, 2. Aufl., St.Gallen/Zürich 2008, N 29 zu Art. 29 BV, Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 132). Ein schutzwürdiges Interesse kann namentlich vorliegen, wenn die Einsichtnahme in die Akten der eigenen Person beantragt wird oder ein in Aussicht genommenes Verfahren nur in Kenntnis der Akten eingeleitet werden kann (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1137).

4.1.4. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) und Art. 89 des

Bundesgerichtsgesetzes (SR 173.110) setzt die Beschwerdelegitimation eines Dritten, der nicht Verfügungsadressat ist, voraus, dass er durch den erlassenen Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht. Neben der spezifischen Nähe zur Streitsache muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d. h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne Beziehungsnähe zur Streitsache – keine Parteistellung. Dies schliesst aber nicht aus, dass Private an der Durchsetzung des objektiven Rechts ein besonderes schutzwürdiges Interesse haben, das über das Allgemeininteresse an der richtigen Rechtsanwendung hinausgeht und eine Parteistellung begründen kann (BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011, E. 4.1 mit zahlreichen Hinweisen und E. 4.2.3). Derjenige, der bei einer Aufsichtsbehörde Anzeige einreicht, erwirkt aber allein hierdurch noch kein schutzwürdiges Interesse im Sinn von Art. 48 Abs. 1 VwVG und Art. 89 Abs. 1 BGG (BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011, E. 4.3.2 mit zahlreichen Hinweisen). Das gilt jedenfalls dann, wenn es dem Anzeiger nur darum geht, dass ein Disziplinarverfahren eröffnet oder eine Disziplinarsanktion ausgefällt wird. Auch der Dritte, der mittelbar durch eine Disziplinarmassnahme einen faktischen Nachteil erleidet, ist nicht legitimiert, so der Klient eines Anwalts, wenn er infolge einer gegen den Anwalt ausgesprochenen Disziplinarmassnahme einen anderen Vertreter suchen muss (BGE 135 II 151 E. 6.2).

4.1.5. Um sein Informationsinteresse zu begründen, bringt der Beschwerdeführer keine eigenen schutzwürdigen Interessen, sondern nur allgemeine Interessen vor. Er macht geltend, es entspreche einem fundamentalen öffentlichen Interesse, dass sich Polizeifunktionäre an die Rechtsordnung halten würden. Sodann sei ein Disziplinarverfahren nicht nur ein polizeiinterner Reinigungsvorgang. Es gehe auch darum, durch schuldhaftes Verhalten von Polizeifunktionären eingetretene Funktionsstörungen im täglichen Integrationsprozess der staatlichen Gemeinschaft zu beseitigen und den Betroffenen eine faire und zügige Klärung der ihnen angelasteten Vorwürfe zu verschaffen. Deshalb habe die Öffentlichkeit ein besonderes Interesse an der Offenlegung des Ausgangs von Disziplinarverfahren die im Zusammenhang mit Polizeifunktionären geführt werden.

Disziplinarische Massnahmen sind administrative Massnahmen und somit keine Strafen im Rechtssinn. Sie dienen der Aufrechterhaltung der Ordnung sowie der Wahrung des Ansehens und der Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung und der Justiz. Sie sollen bewirken, dass diejenigen Personen, die dem Disziplinarrecht unterstehen, ihre Pflichten erfüllen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 1192; vgl. auch ABl *1972,* S. 1397). Das Disziplinarrecht ist somit nicht darauf ausgerichtet, einem gegebenenfalls vorhandenen Interesse der Öffentlichkeit, darüber ins Bild gesetzt zu werden, wie die Disziplinar-

gewalt in einem konkreten Fall ausgeübt wird, Rechnung zu tragen. Im konkreten Fall vermag der Beschwerdeführer jedenfalls kein besonders schutzwürdiges individuelles Interesse daran nachzuweisen, über den Ausgang des Disziplinarverfahrens informiert zu werden. In Betracht fällt weiter, dass ihm bekannt ist, dass die Anklagekammer das Verhalten des Beamten der Kantonspolizei als rechtswidrig qualifiziert hat und dass das Disziplinarverfahren mit einer Verfügung abgeschlossen worden ist. Hinzu kommt, dass Disziplinarmassnahmen strafähnlichen Charakter haben. Sie tangieren die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen in besonderem Mass. Dementsprechend gehören Angaben über disziplinarische Verfahren und Sanktionen zu den besonders schützenswerten Personendaten (Art. 1 lit. b Ziff. 4 des Datenschutzgesetzes, sGS 142.1, abgekürzt DSG). Die Bekanntgabe derartiger Daten ist an strenge Voraussetzungen geknüpft. Sie ist nur zulässig, wenn das Gesetz die Bekanntgabe vorsieht oder die betroffene Person eingewilligt hat oder die Bekanntgabe im Interesse der betroffenen Person liegt und deren Einwilligung nicht eingeholt werden kann (Art. 13 Abs. 1 DSG). Selbst wenn der Beschwerdeführer ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Kenntnisnahme des Inhalts der Verfügung vom 29. Oktober 2010 hätte, würde das persönliche Interesse des Beamten der Kantonspolizei an der Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte gegenüber dem Informationsinteresse des Beschwerdeführers somit überwiegen.

4.1.6. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass der Beschwerdeführer geltend macht, die st.gallische Anwaltskammer gewichte das Interesse desjenigen, der eine Anzeige eingereicht habe, an der Kenntnisnahme des Ausgangs des Disziplinarverfahrens höher als das Interesse des betroffenen Rechtsanwalts. In Betracht fällt vorab, dass die st.gallische Anwaltskammer kein Organ der Vorinstanz ist, weshalb keine rechtsungleiche Behandlung des Beschwerdeführers vorliegen kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 508 mit Hinweisen). Sodann beruht das Disziplinarrecht bezüglich einer Anwältin oder eines Anwalts auf einer anderen Rechtsgrundlage als dasjenige bezüglich eines Mitarbeiters der Staatsverwaltung, und es werden damit unterschiedliche Zwecke verfolgt. Bei der Disziplinaraufsicht nach dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61) steht der Schutz des rechtsuchenden Publikums im Vordergrund, während das Disziplinarverfahren gemäss DG, wie ausgeführt, in erster Linie der Sicherstellung des ordnungsgemässen Verwaltungsbetriebs dient. Das Publikumsinteresse bei Disziplinarmassnahmen gegen Anwältinnen und Anwälte ist zufolge des Schutzes des Publikums somit weit höher zu gewichten als im Fall eines Disziplinarverfahrens gegenüber einem Mitarbeiter der Staatsverwaltung. Dementsprechend begründet die Einreichung einer Anzeige, wie ausgeführt, für sich allein kein eigenes schutzwürdiges Interesse daran, von der Art und Weise, wie das Verfahren abgeschlossen worden ist, in Kenntnis gesetzt zu werden.

4.2. Mit der Replik vom 5. April 2010 macht der Beschwerdeführer sodann geltend, die Vorinstanz räume in ihrer Vernehmlassung ein, dass das zur Diskussion stehende Disziplinarverfahren strafrechtlichen Charakter habe. Aus diesem Grund

habe er gestützt auf den in Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101, abgekürzt EMRK) verankerten Öffentlichkeitsgrundsatz Anspruch darauf, über den Ausgang des Disziplinarverfahrens orientiert zu werden.

Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind Urteile in Verfahren, in denen über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage entschieden wird, öffentlich zu verhandeln. Auch Art. 14 Abs. 1 des UNO-Pakts II (SR 0.103.3) verlangt im Grundsatz, dass jedes Urteil in einer Strafsache öffentlich zu verkünden sei. Schliesslich ist der Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen in Art. 30 Abs. 3 BV und in Art. 60 Abs. 1 der Kantonsverfassung (sGS 111.1, abgekürzt KV) verankert. Der Öffentlichkeitsgrundsatz bedeutet eine Absage an jegliche Form der Kabinettsjustiz. Er soll den Personen, die am Prozess beteiligt sind, eine korrekte Behandlung gewährleisten. Der Öffentlichkeitsgrundsatz will der Allgemeinheit aber auch ermöglichen, festzustellen, wie das Recht verwaltet und die Rechtspflege ausgeübt wird, und liegt insoweit im öffentlichen Interesse (BGE 133 I 107 E. 8.1 mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall steht nicht der Ausgang eines Strafverfahrens, sondern derjenige eines Disziplinarverfahren zur Diskussion. Daran ändert nichts, dass Disziplinarmassnahmen strafähnlichen Charakter haben. Art. 6 Ziff. 1 EMRK gilt in der Regel aber nicht für Disziplinarverfahren, weil es einem Staat freisteht, einen bestimmten Sachverhalt auch disziplinarisch zu würdigen. Insbesondere können Mitglieder besonderer Institutionen (Schulen, Gefängnisse) oder Berufsgattungen (Rechtsanwälte, Ärzte, Beamte) bestimmten Verhaltensregeln unterstellt werden, ohne dass Disziplinarsanktionen die Anwendung der Garantien des Art. 6 EMRK bedingen (M. E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 400). In Betracht fällt weiter, dass es sich bei der Disziplinarkommission bzw. bei der Vorinstanz nicht um eine richterliche Behörde im Sinn der EMRK bzw. von Art. 30 Abs. 1 BV handelt (vgl. dazu BGE 126 I 230 ff.).

Es ergibt sich somit, dass sich der Beschwerdeführer bezüglich seines Anliegens nicht auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen kann.

**5**

*Art. 6 Ziff. 1, Ziff. 3 lit. d EMRK (SR 0.101).* Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt absoluter Charakter zu; er gehört zu den Grundzügen des fair trial. Eine ordnungsgemässe Untersuchung und ein faires Gerichtsverfahren bedingen die Abnahme von berechtigten Beweisanträgen in jenem Verfahrensstadium, in welchem sie gestellt werden.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 5. Juni 2012*

Aus den Erwägungen:

II. 2. a) Die Verteidigung beantragt die Einvernahme von A. und B.

b) Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt absoluter Charakter zu. Es soll garantiert werden, dass keine Verurteilung sich auf Aussagen stützt, zu denen sich der Beschuldigte nicht hat äussern und deren Urheber er nicht hat befragen können. Dies gehört zu den Grundzügen des fair trial und des rechtsstaatlichen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 125 I 127 E. 6.c/bb). Eine gewisse Abschwächung erfährt dieses strenge Erfordernis in der Praxis nur in jenen Fällen, in denen dem streitigen Zeugnis keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt, das Zeugnis also nicht den einzigen oder keinen wesentlichen Beweis darstellt (vgl. BGE 125 I 127 E. 6.c/dd m.w.H.).

c) Die der Anklage zugrundeliegenden Aussagen von A. und B. wurden im Rahmen des von der Staatsanwaltschaft Zürich gegen A. geführten Verfahrens wegen Raufhandels aufgenommen. Der Beschuldigte war an besagtem Verfahren nicht beteiligt; aus den Akten ergibt sich zudem, dass er über die Einvernahmen auch nicht informiert worden war. Zwar wurden ihm anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 29. April 2008 die belastenden Aussagen von A. und B. nachträglich vorgehalten. Dies genügt dem Anspruch auf rechtliches Gehör und insbesondere dem Recht auf kontradiktorische Fragestellung indessen nicht. Nachdem die Aussagen von A. und B. den Beschuldigten entscheidend belasten, ist eine Konfrontation im Lichte der oben dargelegten Rechtsprechung zwingend. Das Kantonsgericht hat die entsprechenden Anträge der Verteidigung deshalb gutheissen müssen.

d) An die Adresse der Staatsanwaltschaft und des Kreisgerichts bleibt Folgendes zu bemerken: Die Konfrontation des Beschuldigten mit A. und B. war von der Verteidigung bereits während des Untersuchungs- und des erstinstanzlichen Verfahrens mehrfach (erfolglos) beantragt worden. Eine ordnungsgemässe Untersuchung und ein faires Gerichtsverfahren bedingen die Abnahme von berechtigten Beweisanträgen in jenem Verfahrensstadium, in welchem sie gestellt werden. Es ist und kann nicht Aufgabe des Berufungsgerichts sein, ordnungsgemäss beantragte und offensichtlich angezeigte Konfrontationseinvernahmen aufgrund der Versäumnisse von Staatsanwaltschaft und Kreisgericht im Berufungsverfahren nachholen zu müssen. Eine zeitnahe Einvernahme von Belastungszeugen ist sodann auch aufgrund des Umstands angezeigt, dass sich die Erinnerung an konkrete Tatumstände mit fortschreitendem Zeitablauf erfahrungsgemäss verringert. Schliesslich ist auch auf die Gefahr des Beweisverlustes hinzuweisen. Letzterer liess sich vorliegend nur dadurch bannen, dass das Berufungsgericht mit Blick auf die bevorstehende Ausschaffung von A. innert weniger Tage eine separate Konfrontationseinvernahme anberaumt hat.

## 6

*Art. 6 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101); Art. 29 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 BV (SR 101); Art. 92 Abs. 1 BGG (SR 173.110).* Der Entscheid einer Rekursinstanz, mit welchem ein Ausstandsbegehren abgewiesen worden ist, ist beim Verwaltungsgericht selbständig mit Beschwerde anfechtbar.

*Verwaltungsgericht, 11. Dezember 2012*

Aus den Erwägungen:

1.2. Zu prüfen ist, ob ein selbständig mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht anfechtbarer Entscheid vorliegt. Das Baudepartement verneint dies unter Berufung auf Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 565, und hält fest, es handle sich um eine Zwischenverfügung, die nach st.gallischem Recht nur mit der Hauptsache angefochten werden könne.

Zwischenverfügungen der zur Diskussion stehenden Art sind nach innerkantonalem Recht nicht selbständig anfechtbar. Aus Sicht von Cavelti/Vögeli handelt es sich dabei um eine unbefriedigende Ordnung, weshalb prüfenswert sei, ob die Anfechtung nicht analog der bundesrechtlichen Regelung zugelassen werden müsste (Cavelti/Vögeli, a.a.O, Rz. 566).

Nach Art. 92 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (SR 173.110) ist die Beschwerde gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren zulässig, auch wenn sie ein Verfahren nicht im Sinn eines Endentscheids abschliessen (F. Uhlmann, in: Niggli/Übersax/Wiprächtiger, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Rz. 9 zu Art. 92). Die Garantie eines durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gerichts ergibt sich aus Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101) und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II sowie für Verwaltungsbehörden aus Art. 29 Abs. 1 BV (Uhlmann, a. a. O., Rz. 10 zu Art. 92). Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person auch in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Auch wenn die Grundsätze der richterlichen Unabhängigkeit nicht unbesehen auf nicht richterliche Behörden bzw. auf Art. 29 Abs. 1 BV übertragen werden dürfen (BGE 127 I 198 E. 2b mit Hinweisen, G. Steinmann, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), St.Galler Kommentar BV, 2. Aufl. 2008, N18 zu Art. 29 BV), ist es sachgerecht, einen Entscheid einer Rekursinstanz, mit welchem ein Ausstandsbegehren abgewiesen worden ist, als selbständig mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht anfechtbaren Entscheid entgegenzunehmen. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt.

## 7

*Art. 8 EMRK (SR 0.101); Art. 13 BV (SR 101); Art. 62 lit. e AuG (SR 142.20).* Einem anerkannten Flüchtling, dessen Ehefrau nach den asylrechtlichen Vorgaben nicht nachgezogen werden kann, muss der Familiennachzug nicht bewilligt werden, wenn die konkrete Gefahr der Fürsorgeabhängigkeit besteht.

*Verwaltungsgericht, 15. Oktober 2012*
*–> Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Bundesgericht erhoben.*

X. Y., Staatsangehöriger von Eritrea, reiste am 22. Dezember 2006 illegal in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylgesuch. Er wurde dem Kanton St. Gallen zugewiesen. Am 27. August 2008 entsprach das Bundesamt für Migration (BFM) dem Gesuch von X. Y. und anerkannte ihn als Flüchtling im Sinn von Art. 3 Abs. 1 und 2 des Asylgesetzes (SR 142.31, abgekürzt AsylG). Das Ausländeramt (heute: Migrationsamt) erteilt ihm in der Folge eine Aufenthaltsbewilligung.

Am 25. August 2009 stellte X. Y. das Gesuch um Familienzusammenführung mit S. W., geboren am 28. August 1990, Staatsangehörige von Eritrea. Am 3. September 2009 wies das BFM das Gesuch mit der Begründung ab, nach Art. 51 Abs. 4 AsylG setze die Familienzusammenführung voraus, dass eine Familienverbindung bereits vor der Flucht bestanden habe. Am 30. Januar 2010 heiratete X. Y. im Sudan S. W., die dort seit dem 26. Mai 2009 den Status eines Flüchtlings hatte. Am 18. Mai 2010 reichte er beim BFM ein zweites Gesuch um Familienzusammenführung ein, das abgewiesen wurde. Eine dagegen erhobene Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht blieb erfolglos.

Am 8. Februar 2011 reichte X. Y. ein Gesuch um Familiennachzug von S. W. ein. Nachdem das Migrationsamt dem Gesuch nicht entsprochen hatte, wies das Sicherheits- und Justizdepartement den gegen diese Verfügung erhobenen Rekurs ab. Das Verwaltungsgericht hat eine gegen den Rekursentscheid erhobene Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 44 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20, abgekürzt AuG) kann ausländischen Ehegatten von Personen mit Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (lit. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (lit. b) und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (lit. c). Somit besteht gestützt auf Art. 44 AuG kein Nachzugsanspruch. Vielmehr liegt die Bewilligung des Familiennachzugs im behördlichen Ermessen, das aber pflichtgemäss auszuüben ist, weshalb Gesuchen rechtsgleich und willkürfrei zu entsprechen ist, sofern die gesetz-

lichen Voraussetzungen erfüllt sind (M. Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Kommentar zum Migrationsrecht, 3. Aufl., N1 zu Art. 44 AuG).

3. Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, abgekürzt EMRK) gewährleistet den Schutz des Familienlebens. Die EMRK verschafft an sich kein Recht auf Aufenthalt in einem bestimmten Konventionsstaat. Hat ein Ausländer nahe Verwandte in der Schweiz und ist diese familiäre Beziehung intakt und wird sie tatsächlich gelebt, kann es hingegen das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen, wenn ihm die Anwesenheit in der Schweiz untersagt wird. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer, der eine Aufenthaltsbewilligung besitzt, über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt (vgl. Art. 2 in Verbindung mit Art. 60 AsylG; BGE 130 II 285 E. 3.1), weshalb er grundsätzlich Anspruch auf Nachzug seiner Ehefrau hat.

Nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Die Konvention verlangt eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen an der Erteilung der Bewilligung einerseits und an deren Verweigerung andererseits, wobei letztere in dem Sinn überwiegen müssen, als sich der Eingriff als notwendig erweist (BGE 137 I 249 E. 4.1.1 mit Hinweisen). Bei der Interessenabwägung sind die gesamten persönlichen Verhältnisse des Ausländers zu würdigen, namentlich die Dauer des Aufenthalts, die Integration in der Schweiz, die verbleibende Beziehung zum Heimatstaat und straf- und fremdenpolizeilich verpöntes Verhalten (VerwGE B 2011/266 E. 2.2. mit Hinweisen, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

4.

4.1. Nach Art. 62 lit. e AuG kann die Behörde auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verzichten, wenn die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist bzw. wenn im Fall des Familiennachzugs die Gefahr einer Sozialhilfeabhängigkeit besteht. Bloss finanzielle Bedenken genügen für die Abweisung des Nachzugsgesuchs nicht, wenn gestützt auf Art. 8 EMRK ein Anspruch auf Familiennachzug besteht. Es muss konkret die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit gegeben sein. Dabei ist von den aktuellen Verhältnissen auszugehen und die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung ist auf längere Sicht abzuwägen. Sodann darf nicht einzig auf das Einkommen des hier anwesenden Familienangehörigen abgestellt werden, sondern es sind die finanziellen Möglichkeiten aller Familienmitglieder über längere Sicht in die Beurteilung miteinzubeziehen. Das Einkommen des Angehörigen, der an die Lebenshaltungskosten beitragen soll, ist daran zu messen, ob und in welchem Umfang es tatsächlich realisierbar ist. In diesem Sinn müssen die Er-

werbsmöglichkeiten und das damit verbundene Einkommen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf mehr als nur kurze Frist hin gesichert erscheinen (BGer 2C_31/2012 vom 15. März 2012, E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 122 II 8 E. 3c und BGer 2C_452/2008 vom 13. Februar 2009, E. 2; vgl. auch VerwGE B 2011/266 vom 3. Juli 2012, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

4.2. Das Bundesgericht zieht mit dem Urteil vom 15. März 2012 (BGer 2C_31/2012, E. 2.2) betreffend unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung in Zweifel, ob Art. 62 lit. e AuG auf anerkannte Flüchtlinge angewendet werden könne.

Der anerkannte Flüchtling hat eine bevorzugte Rechtsstellung (W. Stöckli, in: Übersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2008, Rz. 11.46). Sie richtet sich nach dem für Ausländerinnen und Ausländer geltenden Recht, soweit nicht besondere Bestimmungen, namentlich des AsylG und des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.20) anwendbar sind. So haben Personen, denen Asyl gewährt wurde, gestützt auf Art. 60 Abs. 1 AsylG Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton, in dem sie sich rechtmässig aufhalten. Nach fünfjährigem rechtmässigem Aufenthalt in der Schweiz haben sie, Ausnahmen vorbehalten, Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung (Art. 60 Abs. 2 AsylG). Weil Art. 60 AsylG den allgemeinen ausländerrechtlichen Bestimmungen des AuG vorgeht, stellt die Sozialhilfeabhängigkeit keinen Grund zur Verweigerung der Niederlassungsbewilligung dar (Spescha/Kerland/Bolzli, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010, Ziff. 5.2.1). Nach Art. 51 AsylG können Flüchtlinge mit Asyl ihre engen Familienangehörigen sodann zu sich in die Schweiz kommen lassen. Die Ehegatten, minderjährige Kinder und bei besonderen Gründen weitere Familienangehörige erhalten Familienasyl. Sie werden in die Flüchtlingseigenschaft des originär Verfolgten miteinbezogen (Spescha/Kerland/Bolzli, a. a. O., Ziff. 5.2.4). Sodann besteht die Möglichkeit des Familiennachzugs gemäss den allgemeinen ausländerrechtlichen Bestimmungen über den Familiennachzug von Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung (Art. 43 ff. AuG; Schweizerische Flüchtlingshilfe, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern 2009, S. 302).

Der Beschwerdeführer verfügt als anerkannter Flüchtling über eine Aufenthaltsbewilligung. Sodann hat er beim BFM zweimal das Gesuch um Familienzusammenführung mit S. W. gemäss Art. 51 AsylG gestellt. Beide Gesuche sind abgewiesen worden, und eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung des BFM vom 10. Juni 2010 blieb erfolglos. Das Bundesverwaltungsgericht führte in seinem Entscheid u. a. aus, die Voraussetzung der eheähnlichen Gemeinschaft sei nicht erfüllt und es seien weder flüchtlingsrechtlich relevante Gründe der Ehefrau des Beschwerdeführers vorgebracht worden noch seien solche aus den Akten ersichtlich. Fest steht somit, dass ein Familiennachzug der Ehefrau des Beschwerdeführers nach den asylrechtlichen Vorgaben nicht möglich ist, weil die Voraussetzungen dazu nicht erfüllt sind. Demzufolge kommen die allgemeinen ausländerrechtlichen Bestimmungen des AuG betreffend dem Familien-

nachzug zur Anwendung, und es gibt keinen Grund zur Annahme, der Familiennachzug müsse einem Flüchtling mit Aufenthaltsbewilligung auch dann bewilligt werden, wenn die konkrete Gefahr der Fürsorgeabhängigkeit im Sinn von Art. 62 lit. e AuG besteht (vgl. BGE 122 II 8 E. 3c). Daran ändert nichts, dass Personen, denen, wie dem Beschwerdeführer, Asyl gewährt worden ist, nach fünf Jahren rechtmässigem Aufenthalt in der Schweiz grundsätzlich Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung haben und dass ausländische Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung haben, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 43 Abs. 1 AuG). Dieser Anspruch erlischt nach Art. 51 Abs. 2 lit. b AuG, wenn Widerrufsgründe nach Artikel 62 vorliegen. Dazu gehört auch der Widerrufsgrund von Art. 62 lit. e AuG, der vorliegt, wenn die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist.

## 2. Aufenthalt und Niederlassung

### 8

*Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG (SR 142.20).* Visumpflichtige Ausländer können sich nicht nur bei einer Einreise über eine Schengenaussengrenze, sondern auch bei einem Grenzübertritt über eine Schengenbinnengrenze in objektiver Hinsicht der rechtswidrigen Einreise schuldig machen (E.III.1)

*Kantonsgericht, Strafkammer, 20. August 2012*

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, Ende Juni 2010 aus Österreich zu Fuss in die Schweiz eingereist zu sein, ohne im Besitze des dafür erforderlichen Visums gewesen zu sein.

Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten vom Vorwurf der rechtswidrigen Einreise frei; die Strafkammer hob diesen Freispruch auf, nachdem es den Tatbestand in objektiver und subjektiver Hinsicht als erfüllt ansah.

Aus den Erwägungen:

III. 1. a) Die Staatsanwaltschaft wendet sich gegen den Freispruch des Beschuldigten vom Vorwurf der rechtswidrigen Einreise. Die Auffassung des Kreisgerichts, wonach eine rechtswidrige Einreise in die Schweiz für visumpflichtige Personen nur über eine Schengenaussengrenze möglich sei (also faktisch nur per Flug; auf dem Landweg gebe es keine Schengenaussengrenze), könne nicht rich-

tig sein bzw. sei schlichtweg nicht nachzuvollziehen. Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG enthalte diese Einschränkung nicht. Die von der Vorinstanz geäusserte Ansicht von Zanga/Guhl/Konrad halte die Staatsanwaltschaft nicht für zutreffend. Der Verteidiger entgegnet, wer nicht über eine Schengenaussengrenze – der vom Beschuldigten benutzte Grenzübergang A sei keine solche – in die Schweiz einreise, könne auch nicht wegen rechtswidriger Einreise schuldig gesprochen werden.

b/aa) Gemäss Art. 115 Abs. 1 des Ausländergesetzes (AuG; SR 142.20) wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer (lit. a) Einreisevorschriften nach Artikel 5 verletzt; wer (lit. b) sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält; wer (lit. c) eine nicht bewilligte Erwerbstätigkeit ausübt oder wer (lit. d) nicht über eine vorgeschriebene Grenzübergangsstelle ein- oder ausreist (Art. 7). Nach Art. 5 Abs. 1 AuG müssen Ausländerinnen und Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen, (lit. a) über ein für den Grenzübertritt anerkanntes Ausweispapier und über ein Visum verfügen, sofern dieses erforderlich ist; (lit. b) die für den Aufenthalt notwendigen finanziellen Mittel besitzen; dürfen (lit. c) keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen der Schweiz darstellen und (lit. d) nicht von einer Fernhaltemassnahme betroffen sein. Der Beschuldigte ist kosovarischer Staatsangehöriger. Solche benötigen – unabhängig von der Aufenthaltsdauer – ein Visum für die Einreise in die Schweiz (vgl. www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/visa/liste1_staatsangehoerigkeit.html; d. h. Anhang 1, Liste 1: Staatsangehörigkeit).

bb) Vorliegend wurde vom Beschuldigten eingestanden, dass er Ende Juni 2010 beim Zoll in A ohne Visum zu Fuss in die Schweiz eingereist ist. [. . .]

Die Vorinstanz begründet nicht, weshalb eine Bestrafung wegen rechtswidriger Einreise nicht möglich sein soll. Sie gibt in ihrem Entscheid einzig die Auffassung von Zanga/Guhl/Konrad (richtig: Zanga/Guhl/Kellenberger, nachfolgend: Zanga et al.) wieder, welche diese in ihrem Dokument «Kommentierte Übersicht der Strafbestimmungen im Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer» (vgl. www.sg.ch/home/sicherheit/Ausländerwesen/Ausbildungsunterlagen) vertreten. Auch bei Zanga et al. fehlt eine eigentliche Begründung, bzw. es wird lediglich auf die Einführung des Schengener Abkommens verwiesen, in deren Folge eine illegale Einreise nur noch bei den Schengenaussengrenzen (z. B. Flughafen) in Frage komme.

cc) Die Tathandlung bei einer rechtswidrigen Einreise gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. a und d AuG besteht im Verletzen der Einreisevorschriften nach Art. 5 AuG (Vetterli/D'Addario di Paolo, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 115 N 4). Nach Inkrafttreten der Schengen Abkommen dürfen die Schengener Binnengrenzen unabhängig von der Staatsangehörigkeit an jeder Stelle überschritten werden, sofern

die übrigen Einreisevoraussetzungen erfüllt sind (Zünd, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Kommentar Migrationsrecht, AuG 115 N 3; vgl. insbesondere Art. 1 und 20 Schengener Grenzkodex [Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen]). Nach Art. 20 Grenzkodex (SGK) dürfen die Binnengrenzen unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden. Wegleitend für das Schengener Grenzpolizeirecht ist die Unterscheidung zwischen Aussen- und Binnengrenzen. In ihr kommt das Grundanliegen von «Schengen» zum Ausdruck: der Abbau der Grenzkontrollen an den gemeinsamen Grenzen der Schengen-Staaten (Binnengrenzen) und – als Ausgleichsmassnahme – eine Verstärkung der Kontrollen an den Grenzen zu Nicht-Schengen-Staaten (Aussengrenzen; Egli/Meyer, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 7 N 5). Die Binnengrenzen können jederzeit an einer beliebigen Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden. Dagegen dürfen die Aussengrenzen grundsätzlich nur an offiziellen Grenzübergangsstellen und während der festgesetzten Verkehrsstunden passiert werden (Egli/Meyer, a. a. O., Art. 7 N 6). Das Verbot von Personenkontrollen an den Binnengrenzen bedeutet, dass verdachtsunabhängige Personenkontrollen, die einzig aufgrund des Grenzübertritts erfolgen, unzulässig sind. Das Überschreiten der Binnengrenzen darf nicht für sich Anlass für Kontrollen oder Formalitäten sein. Abzustellen ist auf Zweck und Wirkung einer polizeilichen Massnahme. Sie darf weder einzig aus Anlass des Grenzübertritts vorgenommen werden noch faktisch einer verdachtsunabhängigen Kontrolle gleichkommen (Egli/Meyer, a. a. O., Art. 7 N 7). Erlaubt sind namentlich Kontrollen bei polizeilichem Anfangsverdacht auf eine rechtswidrige Handlung und verdachtsunabhängige Kontrollen, die der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität dienen und nicht ganz überwiegend auf den Grenzverkehr ausgerichtet sind (Egli/Meyer, a. a. O., Art. 7 N 8). Da die Assoziierung an «Schengen» den Warenverkehr nicht berührt und Zollkontrollen zulässig bleiben, dürfen die damit verbundenen Identitätskontrollen grundsätzlich weiterhin durchgeführt werden, wobei die diesbezüglichen Kompetenzen der Zollverwaltung zur Personenkontrolle im Lichte des Schengen-Rechts restriktiv zu interpretieren sind (Egli/Meyer, a. a. O., Art. 7 N 9). Der Beschuldigte reiste – aus Österreich kommend – bei A und daher unbestrittenermassen über eine Schengen-Binnengrenze in die Schweiz ein.

Die Regeln des Schengenassoziierungsabkommens gehen dem nationalen Recht vor. Die gesetzlichen Bestimmungen über das Visumverfahren sowie die Ein- und Ausreise gelten daher nur, soweit das Schengenassoziierungsabkommen keine abweichenden Regeln enthält (Übersax, in: Übersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht) [Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII], 2. Aufl., Basel 2009, § 7 Rz. 7.18; Art. 2 Abs. 4 AuG). Art. 5

Abs. 1 SGK enthält eine Regelung, die im Wesentlichen analog zu Art. 5 Abs. 1 AuG ist. Die allgemeinen Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 SGK und Art. 5 AuG stimmen weitgehend überein und sind bei Einreisen zu Kurzaufenthalten von besonderer Praxisrelevanz (Egli/Meyer, a. a. O., Art. 5 N14). Art. 5 SGK geht Art. 5 AuG bei Einreisen zu Kurzaufenthalten vor. Kurzaufenthalte sind Aufenthalte im Schengen-Raum von bis zu drei Monaten pro Halbjahr (Egli/Meyer, a. a. O., Art. 5 N11).

dd) Damit steht fest, dass, auch wer über die sog. grüne Grenze, d. h. das Überschreiten der politischen Landesgrenze, ohne sich an einer offiziellen Grenzübergangsstelle auszuweisen, einreist, sich nicht strafbar macht (ausser bei einer, vorliegend nicht zur Diskussion stehenden vorübergehenden Wiedereinführung der Grenzkontrollen; vgl. Vetterli/D'Addario di Paolo, a. a. O., Art. 115 N 3 und 10). Die Reisedokumentenpflicht bleibt sowohl für den Übertritt über die Schengener Aussengrenze (Flughäfen) wie auch für das Überschreiten der Binnengrenzen bestehen (Zünd, a. a. O., AuG 115 N 3a). Denn gemäss Art. 21 lit. c SGK berührt die Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, in ihren Rechtsvorschriften die Verpflichtung zum Besitz oder Mitführen von Urkunden und Bescheinigungen vorzusehen, nicht (so auch Bger. 6B_212/2011 E. 3). Dies macht insofern Sinn, als (Identitäts-)Kontrollen bei Verdacht auf kriminelle Handlungen sowie Zoll(Waren-)kontrollen zulässig bleiben. So bleibt denn auch die Einreise eines Asylsuchenden, welcher selbstverständlich ebenfalls die Schengener Binnengrenzen an jeder Stelle überschreiten darf, illegal, wenn er ohne die erforderlichen Ausweisschriften und das Visum über die «grüne Grenze» einreist, es sei denn, Art und Schwere der Verfolgung bzw. die Eigenschaft als Flüchtling würden die (illegale) Einreise rechtfertigen (Zünd, a. a. O., AuG 115 N 4 mit weiteren Ausführungen und Hinweisen). Auch wird in der Lehre bezüglich des Passes die Auffassung vertreten, dass beim Überschreiten der Schengen-Binnengrenze zwar grundsätzlich die Vorlagepflicht entfalle, dass jedoch das Mittragen eines gültigen Grenzübertrittpapiers (insbesondere Reisepass oder Laissezpasser bzw. Identitätskarte oder Personalausweis) erforderlich sei. Denn auch nach Inkrafttreten des Schengenassoziierungsabkommens bleibe die Passpflicht bestehen (Übersax, a. a. O., § 7 Rz. 7.25). Im Übrigen kann die Einreise verweigert werden, wenn es an einem erforderlichen Ausweispapier oder Visum oder an einer sonstigen Voraussetzung fehlt. Beim Übertritt der Schengen-Innengrenze, d. h. der schweizerischen Landesgrenzen mit Ausnahme der internationalen Flughäfen, kommt es im Normalfall mangels unmittelbarer Personenkontrolle nicht zu einer Einreiseverweigerung. Es kann jedoch nachträglich festgestellt werden, dass die Einreise unrechtmässig erfolgte (Übersax, a. a. O., § 7 Rz. 7.299). Schliesslich hält Art. 24 der (totalrevidierten) CH-Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV; SR 142.204), welche die Voraussetzungen gemäss dem Schengener Grenzkodex detailliert umsetzt (Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/ Bolzli, Kommentar Migrationsrecht, AuG 5 N 8), unter dem Titel «Rechtmässige Einreise» fest, dass die Einreise von Ausländern im Sinne von Art. 17 Abs. 1 AuG dann rechtmässig ist,

wenn (unter anderem) die Vorschriften über den Besitz von Ausweisschriften und das Visum eingehalten wurden. Entsprechend heisst es im Bericht des Bundesamtes für Migration zum Vernehmlassungsentwurf der Verordnung über das Einreise- und Visumverfahren (S. 17), dass die Binnengrenzen überall ohne Personenkontrollen überschritten werden dürfen, wenn die für die betreffende Person geltenden Einreisevoraussetzungen erfüllt sind. Bei dieser gesamthaften Sachlage kann – entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Verteidigung – nicht angenommen werden, dass Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V. m. Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG bei einem Grenzübertritt über eine Binnengrenze unter dem Schengener Recht keine Bedeutung mehr zukomme, zumal die blosse Mitführungspflicht eines Visums Art. 5 Abs. 1 SGK inhaltlich nicht widerspricht. Das Bundesgericht bestätigte denn auch gestützt auf Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V. m. Art. 5 AuG einen Schuldspruch betreffend einen ausländischen Staatsangehörigen wegen rechtswidriger Einreise, welcher bei seiner Einreise in die Schweiz anstelle eines anerkannten Ausweispapiers nur über einen gefälschten niederländischen Reisepass verfügte (vgl. Bger. 6B_212/2011 E. 3).

ee) Der zugegebenermassen ohne Visum in die Schweiz eingereiste, aber als kosovarischer Staatsangehöriger visumpflichtige Beschuldigte hat sich daher in objektiver Hinsicht der rechtswidrigen Einreise schuldig gemacht.

## 3. Erziehung, Bildung und Kultur

### 9

*Art. 30 ff. BBG (SR 412.10); Art. 5 FHSG (SR 414.71).* Der gestalterische Vorkurs für Erwachsene (Propädeutikum) wird nicht vom BBG erfasst, sondern stützt sich auf das FHSG ab. Dabei handelt es sich um eine Ausbildung; dies gilt jedenfalls dann, wenn der Vorkurs im Anschluss an die Matura absolviert wird. Eine gesetzliche Grundlage, welche es erlauben würde, hierfür eine Gebühr von Fr. 13 800.– zu verlangen, fehlt im Kanton St.Gallen.

*Verwaltungsgericht, 1. Mai 2012*

C. E. besuchte nach dem Erwerb der Matura ab August 2011 den acht Monate dauernden gestalterischen Vorkurs am Gewerblichen Berufs- und Weiterbildungszentrum in St.Gallen. Er dient als Vorbereitung (Propädeutikum) für ein Studium an einer Hochschule für Gestaltung und Kunst. Die Eltern von C. E. ersuchten das Amt für Berufsbildung um eine Beteiligung an den Kurskosten, welche mit Fr. 13 800.–

veranschlagt wurden. Das Amt für Berufsbildung lehnte das Gesuch der Eltern ab. Einen dagegen erhobenen Rekurs wies das Bildungsdepartement ab. Das Verwaltungsgericht hiess demgegenüber die Beschwerde der Eltern gut.

Aus den Erwägungen:

2.5. Die Beschwerdeführer monieren weiter, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für die Gebührenerhebung im vorliegenden Fall. Die Vorinstanz hält dem im angefochtenen Entscheid entgegen, der gestalterische Vorkurs im Anschluss zur Matura stelle eine Weiterbildung dar, wofür gemäss Art. 13 EG-BB eine kostendeckende Gebühr erhoben werden könne. Sie macht damit (sinngemäss) geltend, der gestalterische Vorkurs sei eine Weiterbildung im Sinn des BBG beziehungsweise des EG-BB.

2.5.1. Gebühren, die von der öffentlichen Hand für Aus- oder Weiterbildungen verlangt werden, stellen öffentliche Abgaben dar. Gemäss Art. 127 Abs. 1 der Bundesverfassung (SR 101) – dessen Wortlaut sich zwar nur auf Steuern des Bundes bezieht, der aber einem für alle Abgaben gültigen Verfassungsprinzip Ausdruck gibt – sind die wesentlichen Elemente einer Abgabe in einem Gesetz im formellen Sinn festzulegen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Rz. 2695 mit Hinweisen). Dazu gehören der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe sowie die Höhe der Abgabe. Das Erfordernis der Gesetzesform unterliegt bei den Kausalabgaben zwar gewissen Einschränkungen. Dies ändert aber nichts daran, dass sie einer Grundlage in einem formellen Gesetz bedürfen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 2701 ff.).

2.5.2. Gemäss Art. 11 Abs. 2 BBG haben öffentliche Anbieter, die in Konkurrenz zu nicht subventionierten privaten Anbietern stehen, für ihre Angebote der berufsorientierten Weiterbildung Marktpreise zu verlangen. Entsprechend dieser Vorgabe sieht Art. 13 Abs. 1 EG-BB vor, dass die kantonalen Berufsfachschulen für die Weiterbildung eine eigene Rechnung auf Vollkostenbasis führen. Gemäss dieser Bestimmung sind die kantonalen Berufsfachschulen nicht nur ermächtigt, sondern sogar verpflichtet, kostendeckende Gebühren für Weiterbildungen zu verlangen, die sich auf das BBG stützen.

2.5.3. Entgegen der Meinung der Vorinstanzen handelt es sich jedoch beim gestalterischen Vorkurs nicht um eine berufsorientierte Weiterbildung im Sinn von Art. 30 ff. BBG. Er kann auch nicht der beruflichen Grundbildung gemäss Art. 12 ff. BBG oder der höheren Berufsbildung gemäss Art. 26 ff. BBG zugeordnet werden. Somit wird er nicht vom BBG erfasst. Rechtsgrundlage für den gestalterischen Vorkurs bildet vielmehr Art. 5 des Fachhochschulgesetzes (SR 414.71), der die Zulassung zum Fachhochschulstudium regelt. Dessen Abs. 2 lit. c sieht (unter anderem) vor, dass für die Zulassung zu den Hochschulen für Gestaltung und Kunst die massgeblichen Beschlüsse der Plenarversammlung der Erziehungsdirektorenkonferenz (EDK) gelten. Im Profil der EDK vom 10. Juni 1999 über die Hochschulen für Gestaltung und Kunst sind unter Ziff. 4.4 die Zulassungsbedingungen für die einzel-

nen Studiengänge festgelegt. Danach wird für den Bereich Gestaltung unter anderem der Besuch eines einjährigen gestalterischen Vorkurses verlangt. Dieser stellt ein Äquivalent dar zum Praxisjahr, welches gewöhnlich von Maturanden für ein Studium an Fachhochschulen verlangt wird (vgl. auch die Grafik in ABl *2006,* S. 2739, wonach der direkte Zugang an eine Fachhochschule nach der Matura ausgeschlossen ist). Der gestalterische Vorkurs bildet somit Bestandteil der Fachhochschulreife. Diese kann zwar auch auf anderem Weg erlangt werden. Offenbar absolvieren jedoch die weitaus meisten Studierenden der Hochschulen für Gestaltung und Kunst vor dem Studium einen gestalterischen Vorkurs (vgl. act. 2 der Beschwerdeführer, S. 6).

2.5.4. Aus dem Gesagten folgt, dass Art. 11 Abs. 2 BBG beziehungsweise Art. 13 Abs. 1 EG-BB als Grundlage für die Gebührenerhebung ausscheidet, da der gestalterische Vorkurs (Propädeutikum) nicht vom BBG erfasst wird. Daran ändert auch nichts, dass er im Kanton St.Gallen vom Gewerblichen Berufs- und Weiterbildungszentrum angeboten und durchgeführt wird. Auch wenn es sich nicht um einen eigenständigen Berufsabschluss handelt, kann der gestalterische Vorkurs nicht als Weiterbildung qualifiziert werden. Er wird absolviert, um die Fachhochschulreife zu erlangen. Er ermöglicht somit den Zugang zum Fachhochschulstudium, das vorliegend unbestrittenermassen als Ausbildung gilt. Zudem wird er im Anschluss an eine Ausbildung (z. B. Matura oder Lehre mit Berufsmatura) absolviert. Mit den Beschwerdeführern ist daher einig zu gehen, dass es sich um eine Bildungsmassnahme im Rahmen der (Erst-)Ausbildung handelt. Eine gesetzliche Grundlage, welche es erlauben würde, hierfür eine Gebühr in Höhe von Fr. 13 800.– zu verlangen, fehlt jedoch offensichtlich. Dementsprechend darf die Gebühr nicht erhoben werden.

## 4. Gesundheit und Soziales

### 10

*Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG (SR 812.21).* Begriff des Arzneimittels. Ein Präparat ist nicht schon deshalb ein Arzneimittel im Sinne der Heilmittelgesetzgebung, wenn es einen Wirkstoff enthält, der in den Stofflisten aufgeführt wird, welche Swissmedic gestützt auf Art. 20 der Arzneimittelverordnung (SR 812.212.21) erstellt. Zu den für die Abgrenzung massgebenden Umständen gehören die Zusammensetzung des Produkts, die pharmakologischen Wirkungen einschliesslich der unerwünschten Nebenwirkungen sowie der Verwendungszweck nach dem Eindruck des durchschnittlichen Konsumenten.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 3. Mai 2012*

Aus den Erwägungen:

II. 3. a) Arzneimittel sind gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen; zu den Arzneimitteln gehören auch Blut und Blutprodukte. Damit verwendungsfertige Arzneimittel in Verkehr gebracht werden können, bedarf es einer Zulassung durch Swissmedic (Art. 9 Abs. 1 HMG; Ausnahmen von der Zulassungspflicht gemäss Abs. 2). Zur Einnahme bestimmte und geeignete Produkte fallen entweder unter den Begriff des Lebens- oder des Arzneimittels. Dazwischen besteht kein rechtsfreier Raum (BGE 138 IV 57 E. 3.1; BGE 127 II 91 E. 3.a.aa).

Ob ein Produkt im Sinne des Arzneimittelbegriffs gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen Organismus bestimmt ist, beurteilt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach objektiven Kriterien. Die Zusammensetzung des Produkts ist dabei ein Kriterium neben anderen. Ein Präparat ist daher nicht schon dann und deshalb ein Arzneimittel im Sinne der Heilmittelgesetzgebung, wenn es einen Wirkstoff enthält, der in den Stofflisten (vgl. insb. Liste «Einstufung pflanzlicher Stoffe und Zubereitungen als Arzneimittel oder als Lebensmittel» sowie die dazu gehörende Erläuterung; http://www.bag.admin.ch/themen/lebensmittel/04861/04976/index.html?lang=de; nachfolgend «Liste Swissmedic/BAG») aufgeführt wird, welche Swissmedic gestützt auf Art. 20 der Arzneimittelverordnung (VAM; SR 812.212.21) erstellt. Die Arzneimittelverordnung regelt die Einteilung der Arzneimittel in verschiedene Abgabekategorien unter anderem nach Massgabe der in den Arzneimitteln enthaltenen Stoffe, doch ergibt sich daraus nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Produkt ein Arzneimittel ist.

Da insoweit die gesamten Umstände des Einzelfalles massgebend sind, ist es möglich, dass von zwei verschiedenen Produkten mit inhaltlich gleicher Zusammensetzung in Anbetracht der übrigen Umstände das eine Produkt als Lebensmittel und das andere als Arzneimittel zu qualifizieren ist. Zu den für die Abgrenzung massgebenden Umständen gehören die Zusammensetzung des Produkts, die pharmakologischen Wirkungen einschliesslich der unerwünschten Nebenwirkungen sowie der Verwendungszweck nach dem Eindruck des durchschnittlichen Konsumenten. Welchen Eindruck der Konsument in Bezug auf den Verwendungszweck gewinnt, hängt von verschiedenen Umständen ab. Von Bedeutung sind unter anderem die Art und Weise der Präsentation des Produkts, die Aufmachung, die Darreichungsform und die Vertriebskanäle (Bger. 6B_979/2009 E. 4.2 mit Verweis auf den Bericht «Abgrenzungskriterien Arzneimittel-Lebensmittel bzw. Gebrauchsgegenstände» des Bundesamtes für Gesundheit und Swissmedic [http://www.bag.admin.ch/themen/lebensmittel/04858/04862/04875/05411/index.html, mittlerweile in einer aktualisierten Version; nachfolgend «Bericht Swissmedic/BAG»]; vgl. ebenfalls BGE 138 IV 57 E. 3.1 und Bger. 2A.565/2000 E. 4.b.cc).

## 11

*Art. 43 ATSG (SR 830.1).* Im Verwaltungsverfahrensrecht gilt ebenso wie im Strafprozessrecht der Grundsatz, dass unrechtmässig erlangte Beweise unter bestimmten Voraussetzungen nicht verwertet werden dürfen, wobei allerdings die im Strafprozessrecht entwickelten Grundsätze nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren zu übertragen sind. Wird eine versicherte Person im Rahmen eines «Standort- und Konfrontationsgesprächs» mittels Überrumpelung und Druck (Hinweise auf straf- und zivilrechtliche Folgen) in eine Situation versetzt, in der es ihr nicht mehr möglich ist, nach freiem Willen zu antworten, ist dem entsprechenden Protokoll nicht nur der Beweiswert abzusprechen, sondern es ist auch als unverwertbar zu qualifizieren. Das bedeutet, dass weitere Beweismittel, die wesentlich auf dem Protokoll beruhen, insbesondere etwa ein medizinisches Gutachten, dessen Schlussfolgerungen sich wesentlich auf die im Protokoll enthaltenen Aussagen der versicherten Person stützen, diesbezüglich ebenfalls als unverwertbar zu qualifizieren sind bzw. ihnen der Beweiswert abzusprechen ist. In der Regel wird es nicht notwendig sein, ein solches Protokoll zusätzlich förmlich aus dem Recht zu weisen (aus E. 4.3).

*Versicherungsgericht, 22. Mai 2012 (IV 2011/142; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)*

**12**

*Art. 49 BVG (SR 831.40).* Berechnungsgrundlagen einer reglementarischen Rente. Frage des Einbezugs einer Freizügigkeitsleistung in die Rentenberechnung, wenn diese wegen Konkurses der Freizügigkeitsstiftung nicht mehr erhältlich gemacht werden kann.

Es war allein Sache des Versicherten, für die Sicherheit der Anlage seines Freizügigkeitsguthabens zu sorgen und nötigenfalls das Guthaben rechtzeitig auf eine andere (solvente) Freizügigkeitseinrichtung zu übertragen. Der Vorsorgeeinrichtung kann diesbezüglich umso weniger ein Vorwurf gemacht werden, als sie nicht voraussehen konnte, dass die Freizügigkeitseinrichtung einige Monate nach Zustellung der Beschluss-Mitteilung bzw. der Rentenverfügung in Konkurs geraten würde. Ihr Verhalten war insofern nicht adäquatkausal für die Unmöglichkeit der Rückerstattung, als sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens nicht mit einem zwischenzeitlichen Konkurs der Freizügigkeitseinrichtung rechnen musste. Für den Fall einer allfällig verzögerten Gesuchsbearbeitung bzw. Leistungsausrichtung durch eine Vorsorgeeinrichtung ist im Übrigen die Verzinsung des Leistungsausstands vorgesehen. Für die Insolvenz einer von ihr unabhängigen Freizügigkeitsstiftung hat die Vorsorgeeinrichtung nicht einzustehen.

*Versicherungsgericht, 8. November 2012 (BV 2011/9; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)*

**13**

*Art. 25a Abs. 5 KVG (SR 832.10); Art. 13 ATSG (SR 830.1); Art. 23 ff. ZGB (SR 210).* Pflegefinanzierung. Für Leistungen aus Pflegefinanzierung ist das ATSG als Bundesgesetz direkt anwendbar. Für die Bestimmung des Wohnsitzes verweist das ATSG auf die zivilrechtlichen Normen, die damit auch im Rahmen der Pflegefinanzierung bei der Bestimmung der interkantonalen Zuständigkeit zu beachten sind. Da das ATSG den Wohnsitzbegriff unter Hinweis auf Art. 23 bis 26 ZGB ausdrücklich regelt (Art. 13 Abs. 1 ATSG), ist eine zu füllende Gesetzeslücke zu verneinen und die Frage des Wohnsitzes einzig nach zivilrechtlichen Bestimmungen zu beantworten. Es besteht kein Raum für eine lückenfüllende Anwendung der Wohnsitznorm von Art. 21 Abs. 1 ELG (SR 831.39).

*Versicherungsgericht, 30. Oktober 2012 (KV 2012/13, KV 2012/14; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)*

**14**

*Art. 1 GMB (sGS 372.1); Art. 23 Abs. 1 FK (SR 0.142.30).* Anspruch auf Mutterschaftsbeiträge für eine Mutter mit Flüchtlingsstatus B bejaht. Die Anspruchsberechtigung auf Mutterschaftsbeiträge wird – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht nach dem fremdenpolizeilichen Aufenthaltsstatus der Mutter differenziert. Eine solche Regelung wäre denn auch mit Blick auf Art. 23 FK nicht zulässig, wonach die vertragsschliessenden Staaten den auf ihrem Gebiet rechtmässig sich aufhaltenden Flüchtlingen die gleiche Fürsorge und öffentliche Unterstützung wie den Einheimischen zu gewähren haben (zum Vorrang der FK vgl. Art. 58 AsylG). Nach Art. 59 AsylG gelten Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt hat, gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden als Flüchtlinge im Sinn des Asylgesetzes und der FK. Beim genannten Art. 23 FK handelt es sich um selfexecuting, mithin innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht, worauf sich ein anerkannter Flüchtling direkt ab Datum der Anerkennung als Flüchtling berufen kann. Unbehelflich war das Vorbringen der Vorinstanz, die Rekurrentin würde aufgrund der Verneinung des Anspruchs auf Mutterschaftsbeiträge nicht schlechter als Schweizerinnen gestellt. Denn sie sei in den fraglichen sechs Monaten nach der Geburt des Kindes sozialhilferechtlich unterstützt worden. Allfällige Mutterschaftsbeiträge hätten somit nach dem Grundsatz der Subsidiarität zu einer Reduktion der Sozialhilfeleistungen geführt. Bei dieser Sichtweise liess die Vorinstanz ausser Acht, dass geleistete Mutterschaftsbeiträge von der beziehenden Person im Gegensatz zu den finanziellen Leistungen nach dem kantonalen Sozialhilfegesetz (Art. 18 des Sozialhilfegesetzes) grundsätzlich nicht zurückzuerstatten sind. Ferner besteht beim Bezug von Mutterschaftsbeiträgen im Gegensatz zum Sozialhilfegesetz keine Pflicht zur Arbeit (Art. 12 SHG) bzw. eine Kürzung der Sozialhilfe bei Ablehnung einer Arbeit (Art. 17 Abs. 1 lit. d SHG). Allein schon aus diesen Gründen resultierte bei einer Verneinung des Anspruchs auf Mutterschaftsbeiträge eine nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung der Rekurrentin gegenüber Schweizerinnen, was mit Art. 23 FK nicht vereinbar wäre.

*Versicherungsgericht, 19. September 2012 (MB 2012/1; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)*

## 5. Öffentliche Sicherheit und Ordnung

### 15

*Art. 3 Abs. 2 PolG (sGS 451.1); Art. 312 StGB (SR 311.0).* Polizeiliche Eingriffe dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zweckes erforderlich ist. Ein «erzieherischer» Zweck ist durch die Ausübung der Amtsgewalt nicht gedeckt (E. III.1b.cc). Im konkreten Fall waren sämtliche Voraussetzungen des Tatbestands des Amtsmissbrauchs erfüllt.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 11. Januar 2012*

Dem beschuldigten Polizeibeamten wird vorgeworfen, dem auf dem Rücksitz des Polizeifahrzeugs sitzenden und an den Händen gefesselten A, welcher sich zuvor einer Kontrolle zu entziehen versuchte, als Reaktion auf dessen Beschimpfungen mit der linken Hand die Stirn fixiert und mit der rechten Hand im Gesicht rund 10 bis 15 Sekunden festgehalten und dabei mit den Fingern so fest zugedrückt zu haben, dass A auf beiden Wangen kleinere blutende Hautverletzungen in der Grösse von ca. 0,5 x 0,3 cm, gerötete Druckstellen sowie Kratzer mit einer Länge von ca. 3 bis 4 cm erlitten habe.

Aus den Erwägungen:

III. 1. Mitglieder einer Behörde oder Beamte, die ihre Amtsgewalt missbrauchen, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem andern einen Nachteil zuzufügen, machen sich des Amtsmissbrauchs schuldig (Art. 312 StGB).

a) Beim Tatbestand des Amtsmissbrauchs handelt es sich um ein echtes Sonderdelikt, bei dem nur «Beamte» und «Mitglieder von Behörden» als Täter in Frage kommen (BSK Strafrecht II-Heimgartner, Art. 312 N 5). Als Wachtmeister der Stadtpolizei St.Gallen ist der Beschuldigte offenkundig Beamter im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB. Er fällt daher unter die Bestimmung von Art. 312 StGB.

b) Ein Missbrauch der Amtsgewalt liegt vor, wenn der Täter die verliehenen Machtbefugnisse unrechtmässig anwendet, indem er kraft seines Amtes hoheitliche Verfügungen trifft oder auf andere Art Zwang ausübt, wo dies nicht geschehen dürfte (BSK Strafrecht II-Heimgartner, Art. 312 N7 mit Hinweisen). Entgegen der älteren Rechtsprechung (BGE 108 IV 48 E. 2) ist nicht erforderlich, dass der Missbrauch der Amtsgewalt zu einem amtlichen Zweck erfolgt. Es genügt, dass der Zwang ein Missbrauch amtlicher Machtstellung beinhaltet, d. h., durch amtliche Machtbefugnisse ermöglicht wurde und als deren Ausübung erscheint (BSK Strafrecht II-Heimgartner, Art. 312 N14 mit Hinweisen). Misshandlungen von inhaftierten Personen durch Beamte sind demzufolge unabhängig vom verfolgten Zweck als Amtsmissbrauch zu qualifizieren (BGE 127 IV 209 E. 1b).

aa) Vorliegend ist unbestritten, dass der Privatkläger A am 7. Juni 2008 im Verlauf einer Polizeikontrolle versuchte, sich der Kontrolle zu entziehen und dabei einen Gegenstand wegwarf, den die Polizeibeamten im Gebüsch nicht mehr finden konnten. Auch steht fest, dass A in der Folge verhaftet und mit auf den Rücken gefesselten Händen ins Polizeiauto gesetzt wurde sowie dass der Beschuldigte sich zu A ins Auto lehnte und ihn am Kopf bzw. im Gesicht anfasste. Uneinigkeit besteht hingegen über die Art und Weise sowie die Folgen des Griffs an den Kopf. A macht geltend, der Beschuldigte habe ihn mit der rechten Hand im Gesicht gepackt und seine Wangen derart stark zusammengedrückt, dass sich blutunterlaufene Kratzer gebildet hätten. Der Beschuldigte will lediglich versucht haben, A zu beruhigen und habe zum eigenen Schutz dessen Kopf mit der Hand fixiert, sich mit seinem Gesicht bis auf 20 cm dem Gesicht von A genähert und ihm in die Augen geschaut.

bb) Das Gericht würdigt die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung (Art. 10 Abs. 2 StPO). Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, so geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus (Art. 10 Abs. 3 StPO). Für die Beweiswürdigung entscheidend ist eine Kombination objektiver und subjektiver Faktoren. In objektiver Hinsicht wird eine Beweislage verlangt, welche die Annahme der umstrittenen Tatsache zu einer unabweisbaren Notwendigkeit macht. In subjektiver Hinsicht wird gefordert, dass sich der Richter von der Richtigkeit dieser Annahme eine persönliche Überzeugung bildet. Dieses doppelte Erfordernis beruht auf der Erkenntnis, dass die unabweisbare Notwendigkeit keine mathematische Gewissheit, sondern lediglich eine solche historischempirischer Natur sein kann. Zusätzlich zur objektiven Beweislage wird deshalb die subjektive Überzeugung des Richters verlangt (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 687 mit Hinweis). Allerdings darf sich das Gericht nicht nach Gutdünken und rein subjektivem Empfinden von der Schuld der beschuldigten Person überzeugt erklären. Vielmehr muss die Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung gestützt auf alle vorhandenen und verwertbaren Beweise begründbar und für einen verständigen Menschen objektiv nachvollziehbar sein. Eine Verurteilung darf nur ergehen, wenn das Gericht über jeden vernünftigen Zweifel hinaus überzeugt ist, dass sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht gegeben sind (BSK StPO-Tophinke, Art. 10 N 83; BGE 124 IV 86 E. 2a).

Bereits die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass die Aussagen von A über die ganze Verfahrensdauer hinweg konsistent, widerspruchsfrei und präzise waren. Der von A geschilderte Tatablauf passt zudem zu den Feststellungen im Arztbericht vom 8. Juni 2008 und zu den am Abend des 7. Juni 2008 von A bzw. seiner Schwester aufgenommenen Fotos. Aus den Fotos ist ersichtlich, dass A an seiner rechten Wange eine gerötete breite Druckstelle und an der linken Wange zwei leicht blutige Kratzer aufwies. Diese Spuren stimmen genau mit dem von A be-

haupteten Tatablauf überein. Der Beschuldigte fasste mit seiner rechten Hand frontal in das Gesicht von A und hinterliess auf dessen rechten Wange einen Abdruck seines Daumens und auf der linken Wange zwei Kratzer, herrührend von seinen übrigen Fingern. Der Beschuldigte mutmasst, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass sich A diese Spuren im Gesicht selber beigebracht habe oder sich durch einen Dritten habe beibringen lassen. Hierfür bestehen jedoch keinerlei Anhaltspunkte. Zum einen dokumentierte A seine Verletzungen bereits rund eine Stunde nach dem Vorfall mittels Fotos. Zudem geht aus dem Anzeigerapport des Beschuldigten vom 23. Juni 2008 hervor, dass sich A bereits am Abend des 7. Juni 2008 bei der Stadtpolizei über seine Behandlung beschwerte und die Namen der beiden Polizeibeamten in Erfahrung bringen wollte. Bezüglich der von A am 7. Juni 2008 aufgenommenen Fotos bringt der Beschuldigte vor, es sei nicht möglich, dass A die Fotos vom 7. Juni 2008 zwischen 18.20 Uhr und 18.40 Uhr habe aufnehmen können, sei er doch erst etwa um diese Zeit bei der Stadtpolizei entlassen worden. Die Vorinstanz wies jedoch zutreffend darauf hin, dass die Fotos am 7. Juni 2008 in der Zeit von 19.22 Uhr bis 19.41 Uhr aufgenommen wurden. Lediglich während der Winterzeit wird die Zeitangabe in der Fotodatei durch den Computer um eine Stunde vorverschoben. Diese Ausführungen überzeugen. Schliesslich bestehen auch nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass die Fotos nachträglich retuschiert wurden. Der Beschuldigte wendet weiter sinngemäss ein, auch die übrigen beteiligten Polizeibeamten hätten bei A keinerlei Verletzungen im Gesicht festgestellt. Diesbezüglich trifft es zwar zu, dass die weiteren beteiligten Polizeibeamten im Nachhinein schriftlich bestätigten, keine Verletzungen im Gesicht von A gesehen zu haben. Dies ist jedoch auch nicht weiter verwunderlich. Die Rötungen und Kratzer im Gesicht von A sind nicht derart gravierend, dass sie ohne Weiteres auffallen mussten. Zudem geht aus den Berichten hervor, dass die Polizeibeamten offenbar in erster Linie auf das unbotmässige und renitente Verhalten von A fixiert waren; ihr Hauptaugenmerk war nicht auf mögliche Verletzungen im Gesicht von A gerichtet.

Im Ergebnis ist rechtsgenüglich nachgewiesen, dass der Beschuldigte bei der polizeilichen Anhaltung von A am 7. Juni 2008 mit der rechten Hand in dessen Gesicht griff und derart massiv zudrückte, dass dieser auf beiden Wangen Druck- bzw. Kratzmale davontrug. Zu prüfen bleibt, ob diese physische Kraftanwendung missbräuchlich erfolgte oder ob sie von den Amtspflichten des Beschuldigten gedeckt war.

cc) Nach Art. 44 des kantonalen Polizeigesetzes (PolG [sGS 451.1]) darf körperlicher Zwang nur angewendet werden, wenn er unmittelbar geboten ist und weniger schwerwiegende Mittel sich nicht eignen. Nach Art. 3 Abs. 2 PolG müssen sodann polizeiliche Eingriffe verhältnismässig sein. Sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zweckes erforderlich ist. Vorliegend steht fest, dass A im Zeitpunkt, als ihm der Beschuldigte ins Gesicht griff, mit auf den Rücken gebundenen Händen auf dem Rücksitz des Polizeifahrzeugs sass. Er

war damit gesichert. Fluchtgefahr bestand keine mehr, ist doch ein unvermitteltes Aussteigen aus dem Polizeifahrzeug und schnelles Weglaufen mit gebundenen Händen ausgeschlossen. Unter diesen Umständen drängte sich die Anwendung von körperlicher Gewalt in keiner Weise auf. Der Beschuldigte macht zwar geltend, A habe im Polizeifahrzeug weiter getobt, und dies nicht nur verbal. Mit auf den Rücken gebundenen Händen und auf dem Rücksitz eines Personenwagens sitzend lässt sich allerdings nur noch ein verbales Toben nachvollziehen. Dieses berechtigte den Beschuldigten nicht, gegen A tätlich zu werden. Als Rechtfertigung seines Griffs in das Gesicht von A macht der Beschuldigte im Übrigen geltend, er habe sich ins Auto gebückt, weil er auf Augenhöhe mit A reden und ihn habe beruhigen wollen. Um einen Kopfstoss («Schwedenkuss») zu verhindern, habe er zu seiner eigenen Sicherheit mit seinen Händen den Kopf von A fixiert. Die Erklärung des «Beruhigen» vermag jedoch nicht zu überzeugen. Es ist nicht nachvollziehbar, dass eine Annährung auf beidseitiger Kopfhöhe auf rund 20 cm beruhigend wirken soll. Nach allgemeiner Lebenserfahrung ruft ein solches Verhalten beim Durchschnittsbürger lediglich Aggressivität hervor. Hinzu kommt, dass selbst der Beschuldigte zugeben musste, nicht einen gelernten Polizeigriff angewandt zu haben. Das Verhalten des Beschuldigten nach der Fesselung von A lässt sich besser und nachvollziehbarer mit seiner Aussage an der Berufungsverhandlung erklären, wonach die Annäherung mit dem eigenen Kopf bis auf 20 cm unter gleichzeitiger Fixierung des Kopfes von A «einen erzieherischen Zweck» haben sollte. Dies ist jedoch nicht durch die Ausübung der Amtsgewalt gedeckt.

dd) Insgesamt ergibt sich, dass der Beschuldigte mit seinem Griff in das Gesicht von A seine Amtsgewalt missbräuchlich ausübte. Der objektive Tatbestand des Amtsmissbrauchs gemäss Art. 312 StGB ist damit erfüllt.

c/aa) In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 312 StGB Vorsatz, wobei Eventualvorsatz ausreicht. Beim Täter muss das Bewusstsein über seine Sondereigenschaft vorliegen. Zudem muss er wissen, dass er möglicherweise seine Amtsgewalt missbraucht und dies zumindest in Kauf nehmen. An diesen Voraussetzungen fehlt es, wenn der Amtsträger im Glauben handelt, er übe seine Machtbefugnisse pflichtgemäss aus (BSK Strafrecht II-Heimgartner, Art. 312 N 21).

bb) Als Polizeiwachtmeister war sich der Beschuldigte seiner Beamteneigenschaft und seiner damit verbundenen Amtsgewalt zweifellos bewusst. Des Weiteren spricht nichts dafür, dass sich der Beschuldigte, als er sich in das Polizeiauto bückte und in das Gesicht von A griff, nicht eines möglichen Missbrauchs seiner Amtsgewalt bewusst gewesen wäre. Es bestanden in diesem Zeitpunkt für den Beschuldigten keinerlei Anhaltspunkte für eine drohende Gefahr, die den massiven Griff ins Gesicht von A gerechtfertigt hätten. Es ist daher vorsätzliches Handeln anzunehmen.

d/aa) Sodann muss der Amtsträger in der Absicht handeln, sich oder einem Dritten einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem anderen einen Nachteil zuzufügen, der auch unrechtmässig sein muss. Dabei können die Vor- oder

Nachteile materieller oder immaterieller Natur sein. Bereits die Absicht, beim Betroffenen einen massiven Ärger auszulösen, reicht als Nachteilsabsicht aus. Der Nachteil kann auch in der Zwangshandlung selbst liegen, wären doch sonst physische Missbräuche, die keine weiteren Folgen zeitigen, nicht strafbar. Schliesslich ist Eventualabsicht ausreichend (BSK Strafrecht II-Heimgartner, Art. 312 N 22 mit Hinweisen).

bb) Der Beschuldigte macht zwar geltend, er habe mit seinem Vorgehen A lediglich beruhigen wollen. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte mit der unbestrittenen Fixierung von A und dem gleichzeitigen Griff ins Gesicht diesen auch dazu bringen wollte, mehr Respekt gegenüber den Polizeibeamten an den Tag zu legen bzw. die fortdauernden Beschimpfungen einzustellen. So gab der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung ausdrücklich zu Protokoll, dass er «entsetzt» gewesen sei, «[s]owas ... noch nie erlebt» habe, und sein Handeln «auch ein wenig einen erzieherischen Effekt haben [sollte]»; er selbst sei «auch anders erzogen» worden. Damit steht auch fest, dass – entgegen den Ausführungen der Verteidigung und anders als der Sachverhalt in BGE 108 IV 48 – im konkreten Fall keine reine Retorsionssituation vorlag, welche einen Schuldspruch wegen Amtsmissbrauchs ausschliessen würde. Mit seinem Vorgehen wollte der Beschuldigte den renitenten A nicht zuletzt durch physischen Zwang von vornherein zu mehr Respekt bewegen. Dies war unzulässig. Eine solche Vorgehensweise verstösst gegen das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität (Art. 10 BV; Schweizer, St.Galler Kommentar zu Art. 10 BV, Rz 17).

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschuldigte mit seinem Vorgehen vom 7. Juni 2008 alle Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 312 StGB erfüllt hat. Damit ist der Schuldspruch der Vorinstanz wegen Amtsmissbrauchs zu bestätigen und die Berufung dagegen abzuweisen.

## 6. Strassenverkehr

### 16

*Art. 14 Abs. 2 lit. c, Art. 14 Abs. 3 SVG (SR 741.01); Art. 2 Abs. 2 VRV (SR 741.11).* Im Blut des Fahrzeuglenkers wurde das Kokain-Abbauprodukt Benzoylecgonin nachgewiesen. Eine Beeinträchtigung der Fahrfähigkeit lag nicht vor. Aufgrund der Aussagen des Fahrzeuglenkers bestehen indessen ernsthafte Zweifel an der Fahreignung, weshalb die Anordnung einer verkehrsmedizinischen Untersuchung nicht zu beanstanden ist.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 30. August 2012*

Am Montag, 27. Februar 2012, war X mit seinem Personenwagen in W unterwegs. Um 23.55 Uhr wurde er von der Kantonspolizei angehalten und kontrolliert. Aufgrund des festgestellten Alkoholmundgeruchs wurde ein Alkoholtest durchgeführt, der entlastend ausfiel (0,15 Gew.-‰). Ein Urindrogenschnelltest liess jedoch auf Kokainkonsum schliessen. Der Führerausweis wurde X deshalb auf der Stelle entzogen und eine Blutprobe angeordnet. Deren Auswertung ergab einen Trinkalkoholkonzentrationswert (Mittelwert: 0,13 Gew.-‰), der eine Rückrechnung der ereignisbezogenen Blutalkoholkonzentration nicht zuliess. Im Blut wurde das Kokain-Abbauprodukt Benzoylecgonin nachgewiesen. Für den Zeitpunkt der Blutentnahme bzw. des Ereignisses konnte jedoch keine durch Kokain verursachte Beeinträchtigung der Fahrfähigkeit nachgewiesen werden. Hingegen wurde festgehalten, ein dem Ereignis vorangegangener Kokainkonsum sei bewiesen. Gestützt darauf ordnete das Strassenverkehrsamt eine verkehrsmedizinische Untersuchung an.
Aus den Erwägungen:

2. Im Rekurs wird bestritten, dass die Anordnung einer verkehrsmedizinischen Untersuchung zulässig sei.

a) Führerausweise dürfen nicht erteilt werden, wenn der Bewerber an einer die Fahreignung ausschliessenden Sucht leidet (Art. 14 Abs. 2 lit. c des Strassenverkehrsgesetzes; SR 741.01, abgekürzt SVG). Sie sind zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr bestehen (Art. 16 Abs. 1 SVG). Wegen fehlender Fahreignung wird einer Person der Führerausweis auf unbestimmte Zeit entzogen, wenn sie an einer Sucht leidet, welche die Fahreignung ausschliesst (Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG), wie beispielsweise Alkohol-, Betäubungs- und Arzneimittelabhängigkeit (vgl. Botschaft zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes vom 31. März 1999, in: BBl *1999,* S. 4462 ff., S. 4491). Trunksucht ist anzunehmen, wenn die betroffene Person regelmässig so viel Alkohol konsumiert, dass ihre Fahrfähigkeit vermindert wird und sie diese Neigung zum übermässigen Alkoholgenuss durch den eigenen Willen nicht zu überwinden vermag. Drogensucht wird nach der Rechtsprechung bejaht,

wenn die Abhängigkeit von der Droge derart ist, dass der Betroffene mehr als jede andere Person der Gefahr ausgesetzt ist, sich ans Steuer eines Fahrzeugs in einem – dauernden oder zeitweiligen – Zustand zu setzen, der das sichere Führen nicht mehr gewährleistet (vgl. BGE 127 II 122 E. 3c; 124 II 559 E. 3d, je mit Hinweisen). Im Interesse der Verkehrssicherheit setzt die Rechtsprechung den regelmässigen Konsum von Drogen der Drogenabhängigkeit gleich, sofern dieser seiner Häufigkeit und Menge nach geeignet ist, die Fahreignung zu beeinträchtigen (vgl. BGE 127 II 122 E. 3a und c mit Hinweisen).

b) Bestehen Bedenken über die Eignung eines Fahrzeugführers, so ist er gemäss Art. 14 Abs. 3 SVG einer neuen Prüfung zu unterwerfen. Allerdings darf eine verkehrsmedizinische Anordnung nur angeordnet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die ernsthafte Zweifel an der Fahreignung des Betroffenen wecken (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C_327/2011 vom 19. Oktober 2011, E. 2.2 und 1C_356/2011 vom 17. Januar 2012, E. 2.1). Nach der Rechtsprechung sind in jedem Fall und von Amtes wegen die persönlichen Verhältnisse und insbesondere die Trink- bzw. Konsumgewohnheiten bezüglich anderer Drogen genau abzuklären. Das Ausmass der notwendigen behördlichen Nachforschungen, namentlich die Frage, ob ein medizinisches Gutachten eingeholt werden soll, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles und liegt im pflichtgemässen Ermessen der Entzugsbehörde (BGE 126 II 361 E. 3a).

Die Expertengruppe Verkehrssicherheit des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation hält im Leitfaden «Verdachtsgründe fehlender Fahreignung, Massnahmen, Wiederherstellung der Fahreignung» für die Administrativ-, Justiz- und Polizeibehörden vom 26. April 2000 (nachfolgend: Leitfaden für die Abklärung der Fahreignung, in: www.astra.admin.ch/Dokumentation/Downloads/Richtlinien) fest, Kokain sei im Strassenverkehr auf Grund seiner enthemmenden Wirkung gefährlicher als Heroin. Die Art des Konsums (Fixen, Folienrauchen, Sniffen usw.) spiele in diesem Zusammenhang keine Rolle. Abklärungsbedarf bestehe bereits bei der erstmaligen Mitteilung der Polizei oder des Arztes, dass ein Konsum einer dieser Substanzen festgestellt worden sei (Ziff. II/4.1). Dieser Leitfaden ist für Verwaltungs- und Gerichtsbehörden nicht verbindlich, gibt jedoch Hinweise auf allfällige Verhaltensweisen, die im Hinblick auf die Fahreignungsprüfung dienlich sein könnten (Urteile des Bundesgerichts 1C_140/2007 vom 7. Januar 2008, E. 2.4 und 6A.38/2003, vom 12. August 2003, E. 4). Auch die neuere verkehrsmedizinische Lehre fordert die Abklärung von Personen, die «aufputschende» Substanzen wie Kokain, Amphetamine, Ecstasy, Thai-Pillen etc. – insbesondere auch solche, die in der Nulltoleranz-Liste von Art. 2 Abs. 2 der Verkehrsregelnverordnung (SR 741.11, abgekürzt VRV) aufgeführt sind – konsumieren. Dies wird zum einen mit dem (unterschiedlichen) Suchtpotenzial und zum anderen mit der Tatsache begründet, dass derartige Substanzen häufig in Kombination mit Alkohol und unkontrolliert konsumiert werden (vgl. M. Haag-Dawoud, Fahreignungsbegutachtung, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2009, St.Gallen 2009, S. 31 ff.).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt ein über drei Jahre andauernder monatlicher Ecstasy- und Speedkonsum die Anordnung eines medizinischen Gutachtens selbst dann, wenn der Betroffene über einen ungetrübten Leumund verfügt (Urteile des Bundesgerichts 1C_248/2011 vom 30. Januar 2012 und 1C_282/2007 vom 13. Februar 2008). Ein einmalig nachgewiesener, nicht im Zusammenhang mit dem Führen eines Motorfahrzeuges stehender Kokainkonsum genügt bei ungetrübtem Leumund jedoch nicht für die Annahme, der Beschwerdeführer stelle ein besonderes Risiko für die anderen Verkehrsteilnehmer dar (Urteil des Bundesgerichts 6A.72/2006 vom 7. Februar 2007). Auch aufgrund eines einmaligen Ecstasykonsums lässt sich nicht annehmen, der Betroffene sei drogenabhängig und vermöge Drogenkonsum und Strassenverkehr nicht ausreichend zu trennen (Urteil des Bundesgerichts 6A.93/2002 vom 25. Februar 2003, E. 4.2).

c) Der Rekurrent bestreitet nicht, vor der Kontrolle vom 27. Februar 2012 Kokain konsumiert zu haben. Anlässlich der polizeilichen Befragung vom 28. Februar 2012 gab er zu Protokoll, in der vorletzten Nacht zwischen 23.00 und 4.00 Uhr zwei bis drei Linien Kokain geschnupft zu haben. Im Rekurs führt er dazu weiter aus, er habe jedoch weder mit Alkohol noch mit Kokain ein Suchtproblem. Kokain konsumiere er ganz selten, ungefähr drei- bis viermal im Jahr an speziellen Anlässen. Mit dem Kokainkonsum habe er vor rund drei Jahren angefangen, und er gelte als sehr seltener Gelegenheitskonsument. Nach dem Kokainkonsum fahre er nie. Deshalb seien keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, die ihn mehr als jede andere Person der Gefahr aussetzten, sich in einem Zustand ans Steuer seines Fahrzeugs zu setzen, der das sichere Fahren nicht mehr gewährleiste. Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung macht er zudem geltend, ein verkehrsmedizinisches Gutachten dränge sich immer dann auf, wenn die konkreten Umstände hinreichend verdichtete Hinweise darauf lieferten, dass die betroffene Person von einer die Fahrfähigkeit beeinträchtigenden Substanz abhängig sein könnte. Der bloss gelegentliche Konsum von Kokain lasse aber nicht auf eine Sucht schliessen. Ein verkehrsmedizinisches Gutachten sei anzuordnen, wenn sich aus dem Strafurteil ergebe, dass der Betroffene innerhalb von sechs Monaten 30 Gramm Kokain konsumiert habe.

Das Bundesgericht erwog im Urteil 1C_282/2007 vom 13. Februar 2008, E. 2.4, eine fachärztliche Untersuchung eines Motorfahrzeuglenkers sei gerechtfertigt, wenn er in den vergangenen drei Jahren gelegentlich Kokain konsumiert und innerhalb eines Jahres 30 g davon beschafft habe. Das Bundesgericht äusserte sich nicht dazu, ob dies auch bei einer geringeren Menge oder einem anderen Konsumverhalten der Fall wäre. Hingegen wies es darauf hin, dass der Konsum von Kokain rasch zu einer ausgeprägten psychischen Abhängigkeit führen könne; allerdings gebe es kein gesichertes Wissen in dem Sinne, dass bereits aus dem gelegentlichen Schnupfen von Kokain zwingend auf eine Abhängigkeit geschlossen werden könne (Urteil 1C_282/2007 vom 13. Februar 2008, E. 2.3; BGE 120 Ib 305 E. 4c). Allgemeingültige Aussagen zur Gefährlichkeit von Kokain sind demnach nur beschränkt

möglich. Hinzu kommt, dass die Kokainkreise äusserlich relativ unauffällig und meist auf «Eingeweihte» beschränkt sind und der Kokainkonsum häufig in Verbindung mit dem Missbrauch von Alkohol, Barbituraten usw. steht. Insbesondere ist zu vermuten, dass mässiger und nur gelegentlicher Kokainkonsum in Form des «Sniffens» nicht zu einer dem Heroin-Missbrauch gleichzusetzenden körperlichen Abhängigkeit führt (vgl. Th. Geschwinde, Rauschdrogen, 4. Aufl. 1998, S. 366 f.). Dieser Unsicherheit tragen sowohl die herrschende Lehre als auch der Leitfaden zur Abklärung der Fahreignung Rechnung, indem sie bereits beim Nachweis eines einmaligen Kokainkonsums eine Abklärung verlangen. Vorliegend handelt es sich jedoch nicht nur um einen einmaligen Konsum. Aufgrund der Angaben des Rekurrenten ist davon auszugehen, dass er in den vergangenen drei Jahren regelmässig Kokain konsumierte. In dieser Zeit hätte sich durchaus eine psychische Abhängigkeit entwickeln können. Es ist demnach offen, ob es sich beim Rekurrenten um einen gelegentlichen Freizeit-Sniffer («socialrecreational user») oder um einen weit gefährdeteren «situation user» handelt, der Kokain zur Leistungssteigerung und Bekämpfung depressiver Phasen zunehmend regelmässig konsumiert (vgl. Th. Gschwinde, a. a. O., S. 366). Der Rekurrent wurde zudem zweimal wegen Führens eines Fahrzeugs in alkoholisiertem Zustand verwarnt. Auch wenn die festgestellten Blutalkoholkonzentrationen jeweils nicht im qualifizierten Bereich lagen und die Vorfälle nicht auf eine Suchtanfälligkeit hindeuten, zeigen sie doch, dass es ihm nicht immer gelingt, den Konsum von Substanzen, die die Fahrfähigkeit beeinträchtigen, und das Führen eines Fahrzeugs ausreichend zu trennen. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass er ein Fahrzeug unter dem Einfluss von Kokain lenken würde. Angesichts dieser ungewissen Situation musste die Vorinstanz ihrer Pflicht nachkommen und weitere Abklärungen vornehmen (vgl. BGE 120 Ib 305 E. 2c). Sie setzte sich damit auch nicht in Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche in einem einmaligen Kokainkonsum keinen konkreten Anhaltspunkt für eine Beeinträchtigung der Fahreignung der betroffenen Person zu erblicken vermag (vgl. E. 2b), denn der Rekurrent räumte selbst ein, in den vergangenen drei Jahren mehrmals Kokain konsumiert zu haben. Die Anordnung einer verkehrsmedizinischen Begutachtung ist deshalb nicht zu beanstanden. Daran ändert nichts, dass nicht gleichzeitig ein vorsorglicher Führerausweisentzug verhängt wurde. Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit konnte davon abgesehen werden, da der Rekurrent im Zeitpunkt der Kontrolle fahrfähig war (vgl. Ph. Weissenberger, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Bundesgerichtspraxis, Zürich/St.Gallen 2011, N 5 zu Art. 16d SVG).

## 17

*Art. 14 Abs. 2 lit. c, Art. 16 Abs. 1, Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG (SR 741.01).* Der Fahrzeuglenker wurde von der Polizei nach dem Überfahren einer Sperrfläche angehalten. Starker Marihuanageruch im Fahrzeuginnern, eine mitgeführte Dose mit rund 10 Gramm Marihuana, ein zugegebener regelmässiger und langjähriger Cannabiskonsum und eine hohe THC-Carbonsäure-Konzentration im Blut sind Hinweise darauf, dass der Fahrzeuglenker unter dem Einfluss von regelmässigem Cannabiskonsum gesetzliche Vorschriften, welche der Verkehrssicherheit dienen, missachten könnte. Bestätigung der Anordnung einer verkehrsmedizinischen Untersuchung.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 30. August 2012*

X besitzt den Führerausweis der Kategorie B seit April 1984. Am 14.März 2012 wurde er gegen Mittag von der Kantonspolizei Zürich als Lenker eines Lieferwagens kontrolliert, nachdem er die Autobahn A1 bei der Ausfahrt W verlassen und dabei eine Sperrfläche überfahren hatte. Wegen des starken Marihuanageruchs im Fahrzeug wurde ein Drogenschnelltest durchgeführt, der hinsichtlich Cannabis und Kokain positiv verlief. Zudem trug er eine Kaugummidose mit etwa zehn Gramm Marihuana auf sich. Der Führerausweis wurde ihm auf der Stelle abgenommen. X gab gegenüber der Polizei an, seit rund 30 Jahren mehr oder weniger regelmässig Cannabis zu konsumieren. Er habe auch schon Kokain konsumiert; dies sei aber etwa 20 Jahre her. Am Vorabend habe er von 21.00 Uhr bis 0.30 Uhr zwei bis drei Joints geraucht. Die Analyse der Urinprobe verlief für Cannabis stark positiv; die Analyse der Blutprobe ergab eine Tetrahydrocannabinol(THC)-Konzentration von 23 µg/l, eine 11-Hydroxy(OH)-THC-Konzentration von 7 µg/l und eine THC-Carbonsäure(COOH)-Konzentration von 210 µg/l. Für Kokain verliefen die Analysen unauffällig. Das Strassenverkehrsamt ordnete mit Zwischenverfügung vom 29.Mai 2012 eine verkehrsmedizinische Untersuchung an.

Aus den Erwägungen:

2. Der Rekurrent erachtet die Anordnung einer verkehrsmedizinischen Untersuchung zur Abklärung der Fahreignung als unzulässig.

a) Führerausweise dürfen nicht erteilt werden, wenn der Bewerber an einer die Fahreignung ausschliessenden Sucht leidet (Art. 14 Abs. 2 lit. c des Strassenverkehrsgesetzes; SR 741.01, abgekürzt SVG). Sie sind zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr bestehen (Art. 16 Abs. 1 SVG). Wegen fehlender Fahreignung wird einer Person der Führerausweis auf unbestimmte Zeit entzogen, wenn sie an einer Sucht leidet, welche die Fahreignung ausschliesst (Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG), wie beispielsweise Alkohol-, Betäubungs- und Arzneimittelabhängigkeit (vgl. Botschaft zur

Änderung des Strassenverkehrsgesetzes vom 31. März 1999, in: BBl *1999,* S. 4462 ff., S. 4491). Trunksucht ist anzunehmen, wenn die betroffene Person regelmässig so viel Alkohol konsumiert, dass ihre Fahrfähigkeit vermindert wird und sie diese Neigung zum übermässigen Alkoholgenuss durch den eigenen Willen nicht zu überwinden vermag. Drogensucht wird nach der Rechtsprechung bejaht, wenn die Abhängigkeit von der Droge derart ist, dass der Betroffene mehr als jede andere Person der Gefahr ausgesetzt ist, sich ans Steuer eines Fahrzeugs in einem – dauernden oder zeitweiligen – Zustand zu setzen, der das sichere Führen nicht mehr gewährleistet. Im Interesse der Verkehrssicherheit setzt die Rechtsprechung den regelmässigen Konsum von Drogen der Drogenabhängigkeit gleich, sofern dieser seiner Häufigkeit und Menge nach geeignet ist, die Fahreignung zu beeinträchtigen (vgl. BGE 127 II 122 E. 3a und c mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung lässt ein regelmässiger, aber kontrollierter und mässiger Haschischkonsum für sich allein noch nicht den Schluss auf eine fehlende Fahreignung zu (BGE 128 II 335 E.4b mit Hinweisen). Während der gelegentliche Cannabiskonsument, der nicht mit Alkohol oder anderen Drogen mischt, in der Regel in der Lage ist, konsumbedingte Leistungseinbussen als solche zu erkennen und danach zu handeln, ist bei andauerndem bzw. regelmässigem und gleichzeitig hohem Konsum von einer mindestens geringen Bereitschaft und Fähigkeit auszugehen, zuverlässig zwischen dem Drogenkonsum und der Teilnahme am Strassenverkehr zu trennen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6A.11/2006 vom 13.April 2006, E.3.3 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Deutschen Bundesverfassungsgerichts). Ob die Fahreignung gegeben ist, kann ohne Angaben über die Konsumgewohnheiten des Betroffenen, nämlich über die Menge des konsumierten Cannabis, die Häufigkeit und die weiteren Umstände des Konsums sowie des allfälligen zusätzlichen Konsums anderer Betäubungsmittel und/oder von Alkohol nicht beurteilt werden. Zu berücksichtigen ist ausserdem die Persönlichkeit des Betroffenen insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis von Drogenmissbrauch und Strassenverkehr. Allerdings kann ein die momentane Fahrfähigkeit beeinträchtigender Cannabiskonsum Anlass bieten, die generelle Fahrfähigkeit des Betroffenen näher abklären zu lassen (vgl. BGE 128 II 335 E.4b mit Hinweisen).

Zwar darf nicht bei jedem Cannabiskonsumenten ohne weiteres eine mangelnde Fahreignung vermutet und eine entsprechende verkehrsmedizinische Abklärung angeordnet werden. Diesbezüglich ist auch eine möglichst rechtsgleiche Praxis im Vergleich zum Alkoholmissbrauch am Steuer anzustreben. Mögliche Anzeichen dafür, dass eine verkehrsmedizinische Abklärung der Fahreignung von regelmässigen Cannabiskonsumenten geboten sei, beschränken sich aber nicht zum Vornherein auf Resultate von Messungen des Cannabis-Wirkstoffgehaltes (THC-Gehalt) im Blut des Lenkers. Vielmehr können sich entsprechende Anhaltspunkte auch aus dem nachweisbaren bzw. eingestandenen Konsum- und Fahrverhalten des Lenkers ergeben. Bei Anzeichen von übermässigem Haschischkonsum, der zur Gefährdung der Verkehrssicherheit führt, darf eine Prüfung der Fahreignung angeordnet wer-

den (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6A.65/2002 vom 27.November 2002, E.6.2 mit Hinweisen unter anderem auf BGE 127 II 122 E.4b und 124 II 559 E.3d). Die Neigung, unter Substanzeinfluss zu fahren, verstärkt sich mit zunehmendem Konsum. Deshalb kann regel- oder gar gewohnheitsmässiger Cannabiskonsum zumindest berechtigte Zweifel an der Fahreignung begründen, die gegebenenfalls weitere Abklärungen im Rahmen einer Eignungsprüfung oder von Auflagen rechtfertigen. Ausschliesslich vereinzelter Cannabiskonsum ohne zusätzliche fahreignungsbeeinträchtigende Umstände wird dies demgegenüber regelmässig nicht zulassen. Allerdings ist der gelegentliche Konsument von Cannabisprodukten nicht ohne weiteres von einem regel- oder gewohnheitsmässigen Konsumenten zu unterscheiden, zumal entsprechende Erklärungen des Betroffenen nicht stets als wahr unterstellt werden können. Bestehen nach den Umständen des konkreten Falles hinreichend aussagekräftige Anzeichen für den Verdacht, dass der Fahrausweisinhaber mindestens regelmässig Cannabis konsumiert, und kann die ärztliche Untersuchung diesen Verdacht nicht ausräumen sowie die konkreten Konsumgewohnheiten abschliessend erhellen, können die Behörden im Interesse der Verkehrssicherheit verhältnismässige Auflagen anordnen, welche der Klärung der Fahreignung dienen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6A.11/2006 vom 13.April 2006, E.3.3).

Das Bundesgericht hat die Unterlassung der Fahreignungsabklärung bei einem Lenker, der ein Fahrzeug mit einem THC-Gehalt im Blut von 8,9 ng/ml (= 8,9 µg/l) lenkte, dessen THC-COOH-Gehalt 71,3 ng/ml (= 71,3 µg/l) betrug und der als Betäubungsmittelkonsument bekannt war und bis zwei Jahre vor der Verkehrsauffälligkeit harte Drogen konsumierte, als bundesrechtswidrig beurteilt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6A.96/2000 vom 5. Dezember 2000).

b) aa) Der Rekurrent wurde am 14.März 2012 gegen Mittag von der Kantonspolizei Zürich als Lenker eines Lieferwagens kontrolliert. Wegen des starken Marihuanageruchs im Fahrzeug wurde ein Drogenschnelltest durchgeführt, der hinsichtlich Cannabis und Kokain positiv verlief. Die Analyse der Urinprobe verlief für Kokain unauffällig, jedoch für Cannabis stark positiv; die Analyse der Blutprobe ergab keinen Hinweis auf Kokainkonsum, aber eine THC-Konzentration von 23 µg/l. Entsprechend Art.2 Abs.2 lit.a der Verkehrsregelnverordnung (SR 741.11, abgekürzt VRV) in Verbindung mit Art.34 der Verordnung des ASTRA zur Strassenverkehrskontrollverordnung (SR 741.013.1), wonach die Fahrunfähigkeit als erwiesen gilt, wenn im Blut des Fahrzeuglenkers mehr als 1,5 µg THC/l nachgewiesen werden, ist davon auszugehen, dass der Rekurrent mit einer THC-Konzentration von 23 µg/l im Zeitpunkt der Blutentnahme, d.h. rund eine halbe Stunde nach der Kontrolle, nicht mehr fahrfähig war.

Der Rekurrent macht geltend, die im Verordnungsrecht eingeführte Nachweisgrenze widerspreche Art.55 Abs.7 lit.a SVG, wo der Bundesrat mit der Festlegung von Grenzwerten beauftragt werde, bei deren Erreichen unabhängig von weiteren Beweisen und individueller Verträglichkeit Fahrunfähigkeit anzunehmen sei. Unabhängig davon, ob die Regelung im Verordnungsrecht als gesetzwidrig zu beurteilen

ist, steht fest, dass der Rekurrent die Nachweisgrenze des THC-Gehaltes im Blut von 1,5 µg/l um ein Vielfaches überschritten hat. Auch der Urintest verlief hinsichtlich Cannabis stark positiv. Daran ändert schliesslich nichts, dass der Rekurrent sich als fahrfähig beurteilte, weil der Konsum, den er um 0.30 Uhr beendet hatte, einige Stunden zurücklag. Im chemischtoxikologischen Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin vom 2.April 2012 wird in den Schlussfolgerungen unter Hinweis auf das Verordnungsrecht schliesslich ebenfalls festgehalten, die Fahrunfähigkeit gelte damit als erwiesen.

bb) Der sehr hohe THC-COOH-Gehalt von 210 µg/l spricht dafür, dass der Rekurrent regelmässig Cannabis konsumiert. Dies deckt sich mit seinen eigenen Angaben vor der Polizei, wonach dies seit rund 30 Jahren mehr oder weniger der Fall ist. Er unterzeichnete den Polizeirapport, weshalb davon auszugehen ist, dass seine Aussagen zum Cannabiskonsum korrekt protokolliert wurden. Letztmals rauchte er am Vorabend der Kontrolle zwischen 21.00 Uhr und 0.30 Uhr zwei bis drei Joints. Diese Menge deutet auf einen beträchtlichen Konsum hin. Gegenüber der Polizei schilderte er keinerlei besondere Umstände, die zu diesem Konsum führten.

Erst im Nachtrag zum Rekurs schiebt der Rekurrent nach, er habe in den vergangenen 30 Jahren lediglich von 2004 bis 2008 wegen Bandscheibenproblemen zur Schmerzlinderung und vom Herbst 2011 bis Ostern 2012 wegen der schwierigen Situation mit seiner damaligen Lebensgefährtin Cannabis konsumiert. Selbst wenn diese Angaben zutreffen sollten, wird darin ein mehrjähriger Cannabiskonsum zugestanden. Die nachträglichen Vorbringen zur ursprünglichen Aussage gegenüber der Polizei, er konsumiere seit 30 Jahren mehr oder weniger regelmässig Cannabis, vermögen an den Anhaltspunkten für einen jahrelangen und regelmässigen Cannabiskonsum deshalb nichts zu ändern. Häufigkeit und Umstände des Konsums werden im Übrigen Gegenstand der Abklärungen durch den Verkehrsmediziner sein.

cc) Der Rekurrent wurde zudem verkehrsauffällig, indem er bei einer Autobahnausfahrt – kurz nachdem er noch Fahrzeuge überholt hatte – eine Sperrfläche überfuhr, obwohl er wusste, dass dies nicht erlaubt ist. Ein Zusammenhang zwischen dem Konsum von Cannabis und der Nachlässigkeit bei der Einhaltung elementarer Regeln im Strassenverkehr kann unter diesen Umständen nicht ausgeschlossen werden. Gegenüber der Polizei und im Verfahren vor der Vorinstanz äusserte er sich zu den Gründen, aus denen er die Sperrfläche überfuhr, lediglich dahin gehend, es sei – nach dem Überholen eines Lastwagens – etwas knapp geworden.

Wenig glaubwürdig und letztlich unbehelflich erscheint in diesem Zusammenhang die erstmals im Rekurs vorgebrachte Behauptung des Rekurrenten, er habe die Ausfahrt W wegen einer Radiomeldung über eine baustellenbedingte Verkehrsbehinderung bei B kurzentschlossen benützt. Es wäre ihm auch möglich gewesen, noch die folgende Ausfahrt zu benützen.

Der Rekurrent macht im Administrativverfahren geltend, der Anruf des Kunden, zu dem er habe fahren wollen, sei «eigentlich mitten in [den] Ferien» gekommen. Der Umstand, dass der Rekurrent sich trotz angeblicher Ferien und Cannabiskon-

sums an das Steuer eines Motorfahrzeugs setzte, weckt Zweifel daran, ob er in der Lage ist, den Konsum von Cannabis und das Lenken von Motorfahrzeugen zuverlässig zu trennen. Auch die Tatsache, dass er eine Kaugummidose mit rund zehn Gramm Marihuana mit sich führte, obwohl er beruflich mit einem Motorfahrzeug unterwegs war, weist auf einen gewohnheitsmässigen Konsum und auf eine möglicherweise eingeschränkte Fähigkeit, Konsum und Fahren zu trennen, hin. Die Begründung im Rekurs, er habe das Cannabis bei sich gehabt, damit es nicht in die Hände der Kinder seiner ehemaligen Partnerin, die bei ihm wohnten, gelange, erscheint angesichts zahlreicher anderer Möglichkeiten und des Umstandes, dass er die Joints zuhause rauchte, als wenig glaubwürdig.

dd) Für die Beurteilung des Risikos, dass der Rekurrent sich in einem durch den Cannabiskonsum beeinträchtigten Zustand ans Steuer eines Motorfahrzeuges setzt, ist schliesslich von Bedeutung, dass er einerseits seit Jahrzehnten konsumiert und anderseits das Lenken eines Motorfahrzeugs mit seiner Berufsausübung eng zusammenhängt. Schliesslich fällt in Betracht, dass er selbst im Umgang mit Nikotin ein Suchtproblem ausmacht und – wenn angeblich auch seit 20 Jahren nicht mehr – Kokain konsumierte.

c) Die geschilderten Tatsachen ergeben insgesamt einen konkreten Anhaltspunkt dafür, dass der Rekurrent unter dem Einfluss von regelmässigem Cannabiskonsum die Tendenz haben könnte, gesetzliche Vorschriften zu missachten, die der Sicherheit der Verkehrsteilnehmer dienen. Im Übrigen kann erst aufgrund der hier streitigen verkehrsmedizinischen Untersuchung einigermassen zuverlässig geklärt werden, wie häufig und intensiv der Haschischkonsum tatsächlich ist, ob der Rekurrent zusätzlich andere Drogen bzw. Alkohol oder Medikamente konsumiert und wie sein psychischer und gesundheitlicher Gesamtzustand sich insgesamt auf die Fahreignung auswirkt. Zusammenfassend ergibt sich deshalb, dass die Vorinstanz zu Recht eine verkehrsmedizinische Untersuchung angeordnet hat.

## 18

*Art. 14 Abs. 3 SVG (SR 741.01); Art. 12a, Art. 29 Abs. 2 lit. a VZV (SR 741.51); Art. 4 Abs. 5, Art. 47 Abs. 3 VRV (SR 741.11); Art. 90 Abs. 2 SSV (SR 741.21).* Anforderungen an die korrekte Durchführung einer Kontrollfahrt und die Aufgabe des begleitenden Arztes. Verneinung der Fahreignung wegen zahlreicher Fehler während der Kontrollfahrt.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 23. Februar 2012*

Am Sonntag, 22. Mai 2011, fiel X einer Polizeipatrouille durch eine unsichere und langsame Fahrweise auf. Die Polizei beobachtete, wie er in Jonschwil mehrmals die Mittelleitlinie überfuhr. Sie schaltete daraufhin die Frontmatrix «Stop Polizei» ein und gab Zeichen mit der Lichthupe. Später schaltete sie die Sirene ein. X reagierte auf keines der Zeichen und fuhr weiter. Er konnte erst kontrolliert werden, als er in Bettenau vor einer Liegenschaft angehalten hatte. Es ergaben sich keine Hinweise auf Alkoholkonsum. Das Strassenverkehrsamt ordnete daraufhin eine vertrauensärztliche Untersuchung an. Der Amtsarzt befürwortete die Fahreignung von X im Bericht vom 17. Juli 2011 mit Hinweis auf eine demenzielle Erkrankung nicht uneingeschränkt und empfahl zur weiteren Abklärung eine ärztlich begleitete Kontrollfahrt, welche am 28. September 2011 durchgeführt und nicht bestanden wurde. Gestützt darauf entzog das Strassenverkehrsamt den Führerausweis auf unbestimmte Zeit.

Aus den Erwägungen:

1. Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Der Entscheid über das Bestehen oder Nichtbestehen der Kontrollfahrt stützt sich auf Art. 14 Abs. 3 des Strassenverkehrsgesetzes (SR 741.01, abgekürzt SVG) in Verbindung mit Art. 29 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (SR 741.51, abgekürzt VZV). Eine nicht bestandene Kontrollfahrt hat notwendigerweise den Entzug des Führerausweises zur Folge (Art. 29 Abs. 2 lit. a VZV; vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_225/2009 vom 4. November 2009, E. 1.1). Dem negativen Entscheid über die Kontrollfahrt kommt somit Verfügungscharakter zu. Analog zur Anfechtung eines Entscheids über das Ergebnis einer Führerprüfung ist demnach das Rechtsmittel des Rekurses auch gegen den Entscheid über eine nicht bestandene Kontrollfahrt zulässig (vgl. GVP 1977 Nr. 54, S. 105). Die sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission ist somit gegeben. Der Rekurrent ist zur Rechtsmittelerhebung befugt. Der Rekurs vom 11. Oktober 2011 ist rechtzeitig eingereicht worden. Er erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 24 Abs. 1 SVG; Art. 41 lit. g$^{bis}$, 45, 47 und 48 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Auf den Rekurs ist einzutreten.

. . .

3. Der Rekurrent rügt weiter, die Verfügung vom 28. September 2011 verletze den Anspruch auf rechtliches Gehör, da sie nicht ausreichend begründet worden sei. Die Begründungspflicht sei Ausfluss des in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, abgekürzt BV) garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör.

a) Bei der Anfechtung von Prüfungsentscheiden können formelle Mängel bei der Abwicklung der Führerprüfung frei überprüft werden. Diese muss dann annulliert werden, wenn die festgestellten Mängel einen Einfluss auf das Prüfungsergebnis haben können. In diesem Fall muss dem Rekurrenten die Gelegenheit geboten werden, die Führerprüfung noch einmal abzulegen; Entsprechendes gilt auch für die Kontrollfahrt (vgl. VRKE 2010/137 vom 24. Februar 2011 i. S. B. B., E. 5).

b) Zu den verfassungsrechtlich gewährleisteten Verfahrensgarantien gehört der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, aus dem sich unter anderem die Begründungspflicht ergibt. Die Begründung muss so abgefasst werden, dass der Betroffene erkennen kann, warum die Behörde in einem bestimmten Sinn entschieden hat, so dass er den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann (BGE 136 I 229 E. 5.2, 129 I 232 E. 3.2 mit Hinweisen). Sie dient darüber hinaus der Transparenz der Entscheidfindung und der Selbstkontrolle der Behörde. Die Begründung braucht nicht ausführlich zu sein; sie genügt, wenn sie dem Betroffenen die sachgerechte Anfechtung des Entscheides ermöglicht (vgl. BGE 124 II 146). Der Verkehrsexperte, der eine Führerprüfung abnimmt, hat dem Kandidaten das Ergebnis zu eröffnen und das Nichtbestehen mündlich und auf Verlangen schriftlich zu begründen (vgl. Art. 12a VZV); dasselbe gilt für das Ergebnis einer Kontrollfahrt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6A.121/2001 vom 14. März 2002, E. 2a). Bei Prüfungsentscheiden kommt die Behörde der Begründungspflicht nach, wenn sie dem Betroffenen – allenfalls auch nur mündlich – kurz darlegt, was von ihm erwartet wurde und weshalb er diesen Anforderungen nicht zu genügen vermochte. Der Anspruch auf Begründung ist nicht schon dann verletzt, wenn der Prüfungsexperte sich vorerst darauf beschränkt, die Bewertung der Fahrt bekannt zu geben. Es genügt, wenn er die ausführliche schriftliche Begründung im Rechtsmittelverfahren liefert und der Betroffene Gelegenheit erhält, in einem zweiten Schriftenwechsel dazu Stellung zu nehmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.23/2004 vom 13. August 2004, E. 2.2, wo es um eine nicht bestandene Vorlizenziatsprüfung ging; L. Kneubühler, Die Begründungspflicht, Bern 1998, S. 26 ff.).

c) Der Verkehrsexperte kreuzte zur Begründung des negativen Entscheids verschiedene Felder eines in fünf Kategorien aufgeteilten Kriterienkatalogs (Kriterien 10 bis 68) an. Demnach gaben folgende Kriterien Anlass zu Bemerkungen: (13) Gangwahl, (21) Voraussicht/Erkennen von Gefahrenstellen/Blickfilter, (22) Spiegelbenützung/Seitenblick/Nachbeobachtung, (30) Geschwindigkeit mithalten/differenzieren, (33) Fahrzeugführung, (40) Befahren von Verzweigungen/Kreisel, (45) Vortritt missachtet, (46) Verkehrssignale missachtet (Bemerkung: V-Max), (48) Fussgänger Verhalten, (50) Autobahn Ausfahrt/Geschwindigkeit. Die Vorinstanz gab an, der negative Prüfungsentscheid sei dem Rekurrenten und seinem Fahrlehrer anschliessend an die Kontrollfahrt ausserhalb des Fahrzeugs durch den Verkehrsexperten mündlich mitgeteilt und ausführlich erläutert worden. Dieses Gespräch habe rund zwanzig Minuten gedauert. Zusammenfassend hätten folgende Punkte zum negativen Prüfungsentscheid geführt: ungenügende Voraussicht, konkrete und/oder erhöhte abstrakte Gefährdung wegen unzweckmässiger Beobachtung, Geschwindigkeit nicht den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen angepasst, Gefährdung von schwächeren Verkehrspartnern (spielende Kinder), krasse Bedienungsfehler, unsichere Fahrzeugführung/Spurhalten generell ungenügend.

Das Ankreuzen der Felder auf der Verfügung vom 28. September 2011 und die ausführliche mündliche Begründung unmittelbar nach der Kontrollfahrt ermöglich-

ten es dem Rekurrenten, die Tragweite zu erkennen und die sachgerechte Anfechtung der Verfügung einzuleiten; entsprechend war die Begründungsdichte der angefochtenen Verfügung ausreichend. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz die angeforderte umfassendere Begründung nicht innerhalb der Rekursfrist nachsandte. Dies wurde im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens nachgeholt. Dass sie ihr Vorgehen nachträglich mit der fehlenden Vollmacht des Rechtsvertreters begründete, ist zwar falsch, aber nicht entscheidrelevant. Gemäss Art. 26 Abs. 1 des Anwaltsgesetzes (sGS 963.70) wird vermutet, dass der Rechtsanwalt Inhaber einer Vertretungsvollmacht ist. Wenn die verfahrensleitende Behörde daran zweifelt, kann sie eine Vollmacht verlangen (Abs. 2). In diesem Punkt liegt demnach keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Bei dieser Ausgangslage erübrigt es sich, allfällige Notizen des Verkehrsexperten beizuziehen (vgl. zur Zulässigkeit der «antizipierten Beweiswürdigung» Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz 622). Im Übrigen war der Fahrlehrer des Rekurrenten gemäss unwidersprochener Angabe der Vorinstanz bei der mündlichen Begründung anwesend und konnte den Rekurrenten entsprechend unterstützen.

Soweit der Rekurrent anführt, die erwähnten Umstände seien bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen, weil es nicht angehe, dass zuerst ein kostenpflichtiger Rekurs erhoben werden müsse, um eine gesetzlich und verfassungsmässig garantierte Begründung zu erhalten, ist ihm nicht zu folgen. Die schriftliche Entscheidbegründung enthält nicht mehr als das bereits nach der Kontrollfahrt anhand der angekreuzten Felder mündlich Dargelegte. Zur Ergreifung des Rechtsmittels war der Rekurrent folglich nicht auf die schriftliche Begründung in der Vernehmlassung angewiesen.

4. a) Mit der Vernehmlassung vom 10. November 2011 reichte die Vorinstanz sodann den Bericht des Verkehrsexperten ein. Darin wird ausgeführt, der Rekurrent sei oft unnötig lange im zweiten Gang gefahren (Kriterium 13), was sich verkehrsbehindernd ausgewirkt und unnötigen störenden Lärm verursacht habe. Er habe während der ganzen Fahrt grobe Fahrfehler gemacht, indem er mehrmals auf gerader Strasse in der Strassenmitte und bei der Kurvenfahrt über die Mittellinie oder gefährlich nahe am Strassenrand gefahren sei (Kriterium 33). Sodann wurde festgehalten, die Voraussicht (Kriterium 21) sowie die Spiegelbenützung (Kriterium 22) und das Beobachten mit Seitenblicken links und rechts seien mangelhaft gewesen. Der Rekurrent sei auch mehrmals auf diese Fehler hingewiesen worden. Im Weiteren habe er auf der Ziegelbrückerstrasse in Niederurnen in der Nähe der Coop-Filiale einen Fussgänger, der klar erkennbar die Strasse habe überqueren wollen, übersehen. Mit einem verbalen Eingriff sei er auf die Vortrittsmissachtung aufmerksam gemacht worden (Kriterium 48). In derselben Ortschaft habe der Rekurrent sodann beim Linksabbiegen von der Haupt- in die Poststrasse das Vortrittsrecht des Gegenverkehrs missachtet. Nur dank der Aufmerksamkeit und der richtigen Reaktion des entgegenkommenden Lenkers sei die Gefährdung nicht konkret geworden (Kriterien 40 und 45). Auf der Bahnhofstrasse in Niederurnen sei er in

der «Zone 30» mehrmals mit einer Geschwindigkeit von 40 km/h gefahren. Im Ausserortsbereich (80 km/h) auf der Strecke Niederurnen-Bilten sei er bei guten Strassen- und Sichtverhältnissen unmotiviert mit einer Geschwindigkeit von 50 bis 60 km/h gefahren. Dies habe nachfolgende Verkehrsteilnehmer zu gefährlichen Überholmanövern animiert (Kriterien 30 und 46). Innerhalb des Wohnquartiers Gallusgasse/Forrenstrasse in Schänis habe er weder bei unübersichtlichen Rechtsvortritten noch bei spielenden Kindern oder unübersichtlichen Hausausfahrten Bremsbereitschaft erstellt (Kriterium 21). Bei der Autobahnausfahrt Reichenburgerkreuz in Richtung Reichenburg habe er das Fahrzeug schon auf der Normalspur ungefähr 50 Meter vor Beginn der Verzögerungsspur auf 70 km/h abgebremst, was zu einer gefährlichen Behinderung der nachfolgenden Verkehrsteilnehmer geführt habe (Kriterium 50). Beim anschliessenden Fahrstreifenwechsel in Richtung Reichenburg habe der Rekurrent weder einen Seitenblick gemacht noch in den Rückspiegel geschaut (Kriterium 22). In der Folge habe er einen linksseitig fahrenden Verkehrsteilnehmer zu Vermeidung einer Kollision zu einem riskanten und unnötigen Bremsmanöver gezwungen.

b) In der Stellungnahme vom 22. November 2011 zur Rekursvernehmlassung der Vorinstanz beanstandet der Rekurrent, der Bericht des Verkehrsexperten enthalte im Wesentlichen pauschale Kritik an seiner Fahrweise. Es fehle an der Beschreibung konkreter Situationen. Darin kann ihm nicht gefolgt werden. Der Verkehrsexperte führte in seinem Bericht zu fast allen angekreuzten Kriterien konkrete Beispiele zum Fehlverhalten des Rekurrenten an; einzig zu den Kriterien 13 (Gangwahl) und 33 (Fahrzeugführung) wurden eher allgemeine, den Gesamteindruck wiedergebende Ausführungen gemacht. Diese Feststellungen ermöglichten es dem Rekurrenten, in seiner Eingabe vom 22. November 2011 auf die einzelnen Kritikpunkte einzugehen und die Verfügung sachgerecht anzufechten. Damit stellt sich die hier zu beurteilende Situation anders dar als diejenige, welche dem vom Rekurrenten zitierten Entscheid der Verwaltungsrekurskommission zu Grunde lag (VRKE IV-2010/137 vom 24. Februar 2011 i. S. B. B., publiziert in: www.gerichte.sg.ch). Im damals zur Diskussion stehenden Expertenbericht fehlten Angaben zu konkreten Situationen, in welchen die Verkehrsregelverletzungen begangen wurden. Vorliegend werden die Vorfälle, grösstenteils mit Bezug zu den konkreten Örtlichkeiten, nachvollziehbar beschrieben.

c) Der Rekurrent rügt weiter, der Bericht des Verkehrsexperten sei am 10. November 2011 verfasst worden, also rund eineinhalb Monate nach der Kontrollfahrt. Es sei nicht anzunehmen, dass der Experte sich nach dieser Zeit noch an jedes Detail der Kontrollfahrt erinnern könne, es sei denn, er habe sich handschriftliche Notizen gemacht; diese seien beizuziehen.

Der Experte fällte den Entscheid aufgrund des anlässlich der Kontrollfahrt gewonnenen Gesamteindrucks. Die während der Fahrt angekreuzten Stichworte dienten ihm als Gedankenstütze für die mündliche Entscheidbegründung. Soweit sich der Experte im Anschluss an die mündliche Eröffnung der Verfügung im Hin-

blick auf die schriftliche Berichterstattung im Rahmen eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens weitere Notizen machte, kann diesen nur eine Hilfsfunktion ohne Beweischarakter zukommen. Im Weiteren kam der ebenfalls anwesende Facharzt für Verkehrsmedizin in seiner verkehrsmedizinischen Stellungnahme vom 7. November 2011 zu denselben Feststellungen wie der Verkehrsexperte. Er ortete Schwachpunkte beim Spurhalten, in der Geschwindigkeitsgestaltung, beim Beachten des Querverkehrs bzw. des Rechtsvortritts, bei der Vorausschau sowie bei der Vortrittsbeachtung. Zudem stellte er unsicheres Verhalten in mehreren Situationen fest und erwähnte in diesem Zusammenhang unter anderem, kurz vor der Autobahnausfahrt habe der Rekurrent stark abgebremst. Dieser Bericht einer fachlich qualifizierten Begleitperson ist geeignet, die Expertenbewertung zu objektivieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.23/2004 vom 13. August 2004, E. 2.4).

5. Der Rekurrent macht sodann geltend, die Durchführung der Kontrollfahrt sei mangelhaft gewesen, weshalb deren Resultat unverwertbar sei. Eine eigentliche Instruktion habe vor der Kontrollfahrt nicht stattgefunden. Sie sei zudem als Blindfahrt mit kurzfristigen Anweisungen von Richtungsänderungen durchgeführt worden. Im Übrigen habe sich der begleitende Facharzt in unzulässiger Weise zu fahrtechnischen Fragen geäussert, jedoch nicht zur Frage der Leistungsfähigkeit und der medizinischen Fahrfähigkeit.

a) Die Durchführung der Kontrollfahrt wird in den Richtlinien Nr. 19 der Vereinigung der Strassenverkehrsämter vom 26. November 2010 zu Kontrollfahrt und Zusatztheorieprüfungen (nachfolgend: Richtlinien Nr. 19) konkretisiert. Danach ist die Einführung äusserst wichtig. Insbesondere geht es darum, die gegenseitige Verständigung sicherzustellen und den Fahrzeugführer über den Prüfungsablauf zu informieren. Diese Richtlinien stellen zwar keine Rechtssätze dar und binden insofern das Gericht nicht. Sie dienen jedoch der Schaffung einer einheitlichen Verwaltungspraxis, indem sie für die Durchführung, den Umfang und die Bewertung der Kontrollfahrt einheitliche und sachgerechte Kriterien festlegen. Insoweit sind sie bei der Auslegung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe von Bedeutung (vgl. Th. Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1980, S. 132; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 5. Aufl. 1976, Nr. 9, S. 55 f.).

Der Rekurrent führt an, ihm seien lediglich die anwesenden Personen vorgestellt worden. Sowohl der Verkehrsexperte als auch der begleitende Facharzt gaben in ihren Berichten indes an, man habe den Rekurrenten nach der Begrüssung über Ablauf und Anweisungen während der Kontrollfahrt informiert. Der Verkehrsmediziner hielt zudem fest, vorgängig seien die vorhandenen Unterlagen zwischen dem Verkehrsexperten und dem ärztlichen Begleiter besprochen worden. Im Weiteren habe man ihn über seine gesundheitliche Verfassung, eine allfällige Medikamenteneinnahme und seine Fahrpraxis befragt. Die entsprechenden Informationen flossen in die vom Facharzt unterzeichnete, den Verfahrensakten zum vorsorglichen Führerausweisentzug angefügte Kurzbeurteilung der Kontrollfahrt ein. Unter

diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Rekurrent vorschriftsgemäss über die Kontrollfahrt informiert worden ist; insbesondere handelt es sich beim Verkehrsexperten und beim Facharzt um erfahrene Sachverständige. Aus den Akten ist zudem ersichtlich, dass der Rekurrent im Hinblick auf die ärztlich begleitete Kontrollfahrt eine Fahrschule besuchte. Es ist nicht anzunehmen, dass er dort nicht über den Ablauf der Kontrollfahrt informiert wurde.

b) Der Einwand des Rekurrenten, die Fahrfähigkeit hätte anhand von realistischen Fahrmustern geprüft werden müssen, ist unbegründet. Die Kontrollfahrt dient dazu, die Fahreignung einer Person zu prüfen. Diese ist in allen Situationen unter Beweis zu stellen und nicht lediglich im Rahmen «realistischer Fahrmuster». Andernfalls müsste auch die Fahrerlaubnis entsprechend eingeschränkt werden, was das Gesetz jedoch nicht vorsieht.

c) Der Rekurrent rügt, die medizinische Begleitperson habe die Frage zu beantworten, ob bei der Kontrollfahrt medizinisch begründete Mängel erkennbar seien, die ein sicheres Führen des Fahrzeugs beeinträchtigen, oder ob verkehrsmedizinisch bedeutsame Auswirkungen der vorhandenen Grundkrankheiten bestehen. Diese Fragen habe der Arzt jedoch nicht beantwortet. Er habe sich ausschliesslich zu Fragen der Verkehrsregelbeachtung und der Fahrzeugführung geäussert.

Gemäss Ziff. 6 Abs. 2 der Richtlinien Nr. 19 ist der Verkehrsexperte zuständig für den Entscheid, ob die Kontrollfahrt bestanden wurde. Der begleitende Arzt kann sich gegebenenfalls im Schlussgespräch einbringen. Dies tat der ärztliche Begleiter, indem er im Anschluss an die Kontrollfahrt einen Kurzbericht zuhanden der Vorinstanz einreichte. Darin beurteilte er das Fahrverhalten des Rekurrenten (Vorausschau, Geschwindigkeitsgestaltung, z.T. abruptes Bremsen, Beachten Querverkehr/rechts vor links, Missachten Vortritt, Spurhalten, z.T. unsicheres Verhalten) unter Berücksichtigung der Auffälligkeiten bezüglich Aufmerksamkeit, Konzentration, Wahrnehmung, Ablenkbarkeit, Situationserfassung, Reaktion, Belastbarkeit und Lerneffekt. Er setzte demnach die rein fahrtechnischen Aspekte in Bezug zu den medizinischen Gesichtspunkten. Diese Verknüpfung von Fahrverhalten und medizinischer Diagnose wurde im schriftlichen Bericht des Arztes konkretisiert und vertieft. Unter anderem wurde darin festgehalten, der Fahrzeuglenker reagiere mit zunehmender Verkehrsanforderung an die geteilte Aufmerksamkeit verunsichert und konzentriere sich nur noch auf Teilaspekte beim Lenken des Fahrzeugs. Das pathologische Ergebnis im Trail-Making-Test sei damit vereinbar. Der Einwand, der Verkehrsmediziner habe sich bei der Beurteilung auf rein verkehrstechnische Gesichtspunkte beschränkt, trifft folglich nicht zu.

d) Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Durchführung der Kontrollfahrt nicht zu beanstanden ist.

6. Der Rekurrent rügt, die Kontrollfahrt hätte nicht angeordnet werden dürfen. Er bringt dazu vor, die Vorinstanz habe eine ärztlich begleitete Kontrollfahrt angeordnet, was darauf schliessen lasse, dass sie einen medizinisch begründeten Eignungsmangel vermute. Er könne die von Dr. med. Y gestellte Diagnose «demen-

zielle Erkrankung» nicht nachvollziehen, zumal er trotz seines Alters noch als aktiver Viehhändler tätig sei und laufend Tiere verkaufe und kaufe.

a) Bestehen Bedenken über die Eignung eines Fahrzeugführers, so kann zur Abklärung der notwendigen Massnahmen eine Kontrollfahrt angeordnet werden (Art. 14 Abs. 3 SVG in Verbindung mit Art. 29 Abs. 1 VZV). Die Bestimmung umschreibt Art und Ausmass der Zweifel nicht weiter. Einerseits müssen die Zweifel an der Fahreignung dergestalt sein, dass sie mittels Kontrollfahrt geklärt werden können. Die Bedenken müssen sich dementsprechend auf das Vorhandensein der für das Lenken eines Motorfahrzeugs erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten beziehen. Anderseits verlangt die Bestimmung keine besonders schweren oder erheblichen Zweifel. Da es sich um eine Kann-Vorschrift handelt, liegt die Anordnung im pflichtgemässen Ermessen der Administrativbehörde. Mit einer Kontrollfahrt darf sie beispielsweise abklären, ob ein älterer Fahrzeuglenker ein Motorfahrzeug noch sicher zu führen vermag, auch wenn ihm das Begehen von Verkehrsdelikten nicht nachgewiesen werden kann. Voraussetzung für die Anordnung einer Kontrollfahrt ist, dass aufgrund der gesamten relevanten Umstände Zweifel am fahrtechnischen Können eines Motorfahrzeuglenkers bestehen (vgl. VRKE IV-2006/50 vom 3. Juli 2006 in Sachen P. B., E. 3b).

b) Nachdem der Rekurrent einer Polizeipatrouille durch seine unsichere Fahrweise aufgefallen war, ordnete die Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 7. Juli 2011 eine Untersuchung beim Vertrauensarzt an. Dieser erstatte am 17. Juli 2011 Bericht. Er stellte unter anderem fest, aus medizinischer Sicht könne die Fahreignung nicht mehr eindeutig bejaht werden. Es bestehe eine demenzielle Erkrankung, wobei vor allem das Kurzzeitgedächtnis und die für die Fahreignung besonders wichtigen Exekutivfunktionen (diese Funktionen gelten für Menschen als Voraussetzung, um sich rasch und erfolgreich an neuartige, unerwartete Situationen in der Umwelt anzupassen; vgl. Nadja Gwigger, Die Exekutivfunktionen im Jugendalter, Diss. 2004, München, S. 6) beeinträchtigt seien. Er empfahl deshalb eine ärztlich begleitete Kontrollfahrt. Die Vorinstanz informierte den Rekurrenten am 21. Juli 2011 über das Untersuchungsergebnis und gab ihm Gelegenheit, sich dazu zu äussern. In der Stellungnahme vom 29. Juli 2011 bestritt er, an einer demenziellen Erkrankung zu leiden und hielt fest, er fühle sich gesund und sei auch noch sehr aktiv im Viehhandel tätig. Die Tests bei Dr. med. Y seien alles andere als angenehm gewesen. Er sei kein Mensch, der sich schnell an solche Situationen gewöhnen könne. Auf diese Art und Weise komme auch kein brauchbares Ergebnis zustande. Wenn man sich bei einem solchen Test so unwohl fühle, könne daraus kein korrektes Ergebnis resultieren. Deshalb ziehe er die Testergebnisse in Zweifel. Mit Zwischenverfügung vom 3. August 2011 wurde schliesslich eine ärztlich begleitete Kontrollfahrt der Kategorie B angeordnet. Dagegen wurde kein Rekurs erhoben.

c) Die Vorinstanz ordnete die Kontrollfahrt aufgrund des vertrauensärztlichen Gutachtens an. Der Vertrauensarzt unterzog den Rekurrenten verschiedenen Tests

(Mini-Mental-Test, Uhrentest, Trail-Making-Test A und B), die geeignet sind, Defizite bei der Fahreignung festzustellen (vgl. R. Seeger, Fahren im Alter – Hauptprobleme und sinnvolle Konzepte zur Überprüfung der Fahreignung aus verkehrsmedizinischer Sicht, in: R. Schaffhauser [Hrsg.], Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005, St.Gallen 2005, S. 18). Die Testergebnisse wiesen auf eine deutlich eingeschränkte geistige Leistungsfähigkeit hin. Im Lichte der von der Polizei beobachteten Fahrfehler und des fortgeschrittenen Alters bestanden somit konkrete Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung des fahrerischen Könnens, welche die Anordnung einer Kontrollfahrt als angezeigt erscheinen liessen. Sie bildet eine wertvolle Zusatzabklärung, wenn die Beurteilung aufgrund der Aktenlage und ärztlicher Untersuchungen Schwierigkeiten bereitet (vgl. R. Seeger, a. a. O., S. 20). Auch wenn die Kontrollfahrt nicht ausschliesslich aufgrund des Alters angeordnet werden darf, dürfen die Anforderungen an deren Anordnung nicht überspannt werden. Es handelt sich um eine die betroffene Person nicht übermässig belastende Massnahme, die dem Schutz wichtiger Rechtsgüter dient und auch im Interesse des Fahrzeugführers selbst liegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_110/2011 vom 6. Juni 2011, E. 3.3). Auch im Bericht seines langjährigen Hausarztes, sind «gewisse kognitive Einschränkungen» vermerkt. Der Hausarzt führte dazu aus, er könne keine Aussagen über die Fahrfähigkeit praktischer Art machen, halte den Rekurrenten aus medizinischen Gründen für das Führen von Personenwagen in angepasster Weise aber noch für qualifiziert. Mit seiner Feststellung, es bestünden keine Hinweise auf eine schwerwiegende demenzielle Entwicklung in den letzten zwei bis drei Jahren, lässt er im Übrigen offen, ob die kognitiven Einschränkungen nicht die Folge einer leichten demenziellen Erkrankung sind. Allerdings ist die Fahreignung auch bei leichten Formen der Demenz zumindest fraglich und somit zu überprüfen. In solchen Konstellationen ist zudem zu beachten, dass die Stellung des Hausarztes als beurteilende Instanz problematisch sein kann, da das über Jahre hinweg aufgebaute Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und dem oftmals aus Krankheitsgründen uneinsichtigen Patienten einer objektiven Beurteilung hinderlich ist (vgl. R. Seeger, a. a. O., S. 18). Schliesslich erwähnte der Hausarzt nicht und geht auch nicht aus den Akten hervor, dass er über spezielle verkehrsmedizinische Kenntnisse verfüge.

Der Rekurrent führt in diesem Zusammenhang an, sowohl der Prüfungsexperte als auch die medizinische Begleitperson seien von der falschen Annahme ausgegangen, er sei dement. Aus diesem Grund sei ernsthaft zu befürchten, dass sie ihn nicht objektiv beurteilt hätten. Inwiefern die Kenntnis von einer allfälligen Demenzerkrankung die Objektivität des Verkehrsexperten beeinflusst haben soll, ist nicht ersichtlich und wird nicht substanziert dargelegt. Insbesondere legt er nicht dar, wie sich dies im Expertenbericht niedergeschlagen haben soll, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Hingegen ist nachfolgend zu prüfen (E. 7), ob die Feststellungen des Verkehrsexperten einer Willkürprüfung standzuhalten vermögen.

Unter den dargelegten Umständen ist die Anordnung einer Kontrollfahrt durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden. Es kann folglich offen bleiben, ob die mittels

selbständig anfechtbarer Zwischenverfügung vom 3. August 2011 ergangene Anordnung der Kontrollfahrt überhaupt noch Gegenstand dieses Rekurses sein kann.

7. In materieller Hinsicht bestreitet der Rekurrent die vorgeworfenen Fahrfehler. Insbesondere macht er geltend, es sei nicht zutreffend, dass er einen Fussgänger übersehen oder während der Fahrt einen Vortritt missachtet habe. Ebenso wenig habe er ein unangepasstes Geschwindigkeitsverhalten gezeigt oder die Bremsbereitschaft nicht erstellt. In Bezug auf sein angebliches Fehlverhalten auf der Autobahnausfahrt seien die Berichte des Verkehrsexperten und des Verkehrsmediziners widersprüchlich.

a) Bei der Beurteilung von persönlichen – geistigen und körperlichen – Fähigkeiten einer Person stellen sich letztlich kaum justiziable Fragen. Soweit sich ein Gericht mit solchen auf Fachwissen beruhenden und stark ermessensgeprägten Bewertungen zu befassen hat, kann es regelmässig sinnvollerweise nur untersuchen, ob die für den Entscheid zuständigen und fachlich kompetenten Behörden unter Wahrung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Verfahrensgarantien alle wesentlichen Gesichtspunkte vollständig und gewissenhaft geprüft haben bzw. ob sich die Bewertung allenfalls als offensichtlich bzw. krass falsch, d. h. willkürlich, erweist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_225/2009 vom 4. November 2009, E. 1.1.1 mit Hinweisen auf BGE 132 II 257 E. 3 und 131 I 467 E. 3.1). Bei der sachlichen Beurteilung von Führerprüfungen erfährt der Grundsatz der uneingeschränkten Neuüberprüfung deshalb gewisse Einschränkungen (GVP 1977 Nr. 54; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 632); dies gilt auch für eine Kontrollfahrt. Die vom Rekurrenten gerügten Feststellungen und deren Bewertung durch den Verkehrsexperten sind deshalb nachfolgend mit einer gewissen Zurückhaltung nur auf offensichtliche Fehler zu überprüfen (VRKE 2010/137 vom 24. Februar 2011 i. S. B. B., E. 4, publiziert in: www.gerichte.sg.ch; Entscheid des UVEK vom 21. Januar 2005 in Sachen M. H., E. 2; BGE 106 Ia 1 E. 3c).

b) Gemäss Darstellung des Verkehrsexperten verweigerte der Rekurrent einem Fussgänger an der Ziegelbrückerstrasse in Niederurnen den Vortritt. Dieser kann sich an diese Situation ebenfalls erinnern, gibt jedoch an, der Fussgänger sei nicht beim Fussgängerstreifen gestanden und habe auch nicht klar angezeigt, dass er die Strasse habe überqueren wollen. Er kritisiert, im Bericht werde nicht ausgeführt, inwiefern die Überquerungsabsicht zu erkennen gewesen sei.

Umstritten ist demnach, ob die Überquerungsabsicht dieses Fussgängers in der beschriebenen Situation erkennbar war oder nicht. Wie der Rekurrent zu Recht festhält, ist dem Bericht darüber nichts zu entnehmen. Gemäss der nicht widersprochenen Feststellung im Expertenbericht wurde er jedoch während der Fahrt auf die Vortrittsmissachtung hingewiesen, so dass ihm die genauen Umstände der Kritik bekannt waren. Soweit er anführt, der Fussgänger habe nicht klar angezeigt, dass er die Strasse überqueren wolle, ist ihm entgegenzuhalten, dass ein Fussgänger auf Fussgängerstreifen ohne Verkehrsregelung Vortritt hat, ausser gegenüber der Strassenbahn (Art. 47 Abs. 3 der Verkehrsregelnverordnung, SR 741.11, abge-

kürzt VRV). Angesichts dieser Umstände und der Tatsache, dass auch der ärztliche Begleiter erwähnte, Fussgänger am Zebrastreifen seien nicht beachtet worden, kann die Feststellung des Verkehrsexperten nicht als offensichtlich falsch bezeichnet werden.

c) Der Verkehrsexperte beanstandete, der Rekurrent sei in der «Zone 30» mehrmals mit einer Geschwindigkeit von 40 km/h gefahren. Im Ausserortsbereich habe er andererseits die Geschwindigkeit unmotiviert auf 50 bis 60 km/h reduziert. Der Rekurrent bestreitet dies. Er gehe davon aus, dass er ausserorts mindestens 70 km/h und in der «30er-Zone» maximal 35 km/h gefahren sei. Der Vorwurf, er habe andere Verkehrsteilnehmer zu gefährlichen Überholmanövern animiert, sei nicht gerechtfertigt. Wenn sich andere Verkehrsteilnehmer entschlössen, gefährliche Manöver durchzuführen, sei dies nicht ihm anzulasten.

Es trifft zu, dass ihm die gefährlichen Überholmanöver der übrigen Verkehrsteilnehmer nicht angelastet werden dürfen. Jedoch sind solche Manöver ein Indiz für eine empfindliche Störung des Verkehrsflusses, die insbesondere dann ins Gewicht fällt, wenn die Überholmanöver durch starken Gegenverkehr oder eine unübersichtliche Streckenführung nahezu verunmöglicht bzw. stark erschwert werden (vgl. BGE 93 IV 96, E. 3). Der Fahrzeugführer darf deshalb ohne zwingende Gründe nicht so langsam fahren, dass er einen gleichmässigen Verkehrsfluss hindert (Art. 4 Abs. 5 VRV). Dies scheint nach übereinstimmenden Angaben des Verkehrsexperten und des ärztlichen Begleiters auf der Strecke Niederurnen-Bilten der Fall gewesen zu sein. Von einem offensichtlichen Beurteilungsfehler des Verkehrsexperten kann auch diesbezüglich nicht gesprochen werden. Ob der Rekurrent in der 30er-Zone 35 km/h oder 40 km/h erreichte, ist in diesem Zusammenhang nicht von entscheidender Bedeutung. Wesentlich ist die Feststellung, dass er die Geschwindigkeit mehrmals überschritt und damit einen weiteren Hinweis darauf lieferte, dass er Mühe hat, die Geschwindigkeit den Signalisationen und konkreten Verhältnissen anzupassen.

d) Der Rekurrent führt weiter an, in Bezug auf sein angebliches Fehlverhalten auf der Autobahnausfahrt seien die Berichte des Verkehrsexperten und des Verkehrsmediziners widersprüchlich. Der Verkehrsexperte berichte von einem Fahrstreifenwechsel nach links nach der Autobahnausfahrt, den er nicht korrekt vollzogen haben soll. Der Verkehrsmediziner schreibe hingegen, dass er auf die linke Fahrbahn gekommen sei und dort ein Auto behindert habe. Da die Autobahnausfahrt in einer Kurve verlaufe, sei es angemessen gewesen, die Geschwindigkeit rechtzeitig zu drosseln. Zudem sei die Situation bei dieser Autobahnausfahrt unübersichtlich, was die Angelegenheit für den Rekurrenten, der nur noch selten die Autobahn benutze, besonders schwierig gemacht habe. Es sei deshalb nicht sachgemäss gewesen, die Kontrollfahrt auch auf der Autobahn durchzuführen.

Sowohl der Verkehrsexperte als auch der ärztliche Begleiter stellten fest, dass der Rekurrent durch den Spurwechsel ein linksseitig fahrendes Fahrzeug behinderte. Auch wenn die Formulierungen unterschiedlich lauten, ist darin kein Wider-

spruch zu erkennen. Die Rüge, die Kontrollfahrt auf die Autobahn auszudehnen, sei nicht sachgerecht, ist unbegründet. Ein Fahrzeugführer hat seine Fähigkeiten in allen Situationen unter Beweis zu stellen; er muss sich in jeder Verkehrssituation zurechtfinden. Wenn der Rekurrent geltend macht, aufgrund der schwierigen Streckenführung bei der Autobahnausfahrt habe er die Geschwindigkeit rechtzeitig drosseln müssen, ist im entgegenzuhalten, dass dafür der Verzögerungsstreifen (vgl. Art. 90 Abs. 2 der Signalisationsverordnung, SR 741.21, abgekürzt SSV) zu nutzen ist, der auch bei der Autobahnausfahrt in Reichenburg vorhanden ist.

e) Der Rekurrent ist weiter der Ansicht, dass er während der ganzen Fahrt nie einen Vortritt missachtet und die Bremsbereitschaft jeweils erstellt habe. Dabei äussert er sich nicht zu den konkreten Feststellungen des Verkehrsexperten, sondern hält lediglich in allgemeiner Weise fest, es werde im Bericht nicht ausgeführt, wie die fehlende Bremsbereitschaft erkannt worden sei. Dabei übersieht er, dass ein geübter Verkehrsexperte durch das Beobachten der Füsse des Fahrzeuglenkers leicht feststellen kann, ob Bremsbereitschaft besteht oder nicht. In bremsbereiter Stellung wird der Fuss an das Bremspedal geführt ohne jedoch bereits eine Bremsung einzuleiten. Dieser Umstand muss nicht ausdrücklich erwähnt werden. Was die Missachtung des Vortritts anbelangt, legt der Rekurrent nicht dar, inwiefern die im Bericht geschilderten Vorkommnisse, insbesondere der Vorfall an der Kreuzung Haupt-/Poststrasse, nicht zutreffend sein sollen. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, auf die blosse Rüge hin, der Sachverhalt sei nicht richtig festgestellt worden, weitere Abklärungen zu treffen (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 927). Darauf ist deshalb nicht weiter einzugehen.

f) Insgesamt besteht somit kein Anlass, die Beurteilung des Verkehrsexperten als offensichtlich falsch bzw. willkürlich zu beurteilen. In seinem Bericht hat er die wesentlichen Aspekte beurteilt und nachvollziehbar dokumentiert. Im Lichte des amtsärztlichen Berichts und der verkehrsmedizinischen Stellungnahme ist auch das Fazit des Prüfberichts, die Fahreignung des Rekurrenten sei nicht mehr zu befürworten, nicht zu beanstanden. Daran ändert nichts, dass der Rekurrent über eine langjährige Fahrpraxis verfügt und heute noch im Viehhandel tätig ist.

## 19

*Art. 16b Abs. 1 lit. a, Art. 16b Abs. 2 lit. e, Art. 34 Abs. 4 SVG (SR 741.01); Art. 12 Abs. 1 VRV (SR 741.11).* Wer einem Stadtbus bei einer Geschwindigkeit von 30 bis 40 km/h während rund 350 Metern in einem Abstand von zwei bis drei Metern folgt, begeht eine mittelschwere Widerhandlung gegen Strassenverkehrsvorschriften. Bestätigung eines Sicherungsentzugs, nachdem dem Fahrzeugführer der Führerausweis in den letzten fünf Jahren bereits dreimal wegen mindestens einer mittelschweren Widerhandlung entzogen war.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 6. Januar 2012*

X lenkte am Freitag, 13. Mai 2011, um 22.55 Uhr einen Personenwagen in St.Gallen auf der Fürstenlandstrasse in Richtung Stadtzentrum. Auf der Höhe «Liegenschaft Nr. 101» führte die Stadtpolizei St.Gallen eine Verkehrskontrolle durch. Ein Polizist beobachtete dabei, wie X mit einem Abstand von rund zwei Metern einem Bus der Verkehrsbetriebe St.Gallen im Zickzack-Kurs hinterherfuhr und mehrfach das Fernlicht betätigte. X schätzte seine Geschwindigkeit gegenüber der Polizei auf ca. 40 km/h. Mit Strafbefehl des Untersuchungsamtes St.Gallen vom 20. Juni 2011 wurde X wegen einfacher Verkehrsregelverletzung zu einer Busse von Fr. 300.– verurteilt. Das Strafurteil wurde unangefochten rechtskräftig. Gestützt darauf entzog das Strassenverkehrsamt den Führerausweis mit Verfügung vom 30. August 2011 auf unbestimmte Zeit, mindestens aber für zwei Jahre.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 16 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes (SR 741.01, abgekürzt: SVG) wird nach Widerhandlungen gegen die Strassenverkehrsvorschriften, bei denen das Verfahren nach dem Ordnungsbussengesetz (SR 741.03) 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 von Verkehrsregeln grob und wird dadurch eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorgerufen oder in Kauf genommen, ist die Widerhandlung schwer (Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG). Die mittelschwere Widerhandlung nach Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG stellt einen Auffangtatbestand dar und liegt vor, wenn nicht alle privilegierenden Elemente einer leichten Widerhandlung und nicht alle qualifizierenden Elemente einer schweren Widerhandlung gegeben sind (BGE 135 II 138 E. 2.2.2 mit weiteren Hinweisen). Der fehlbaren Person wird nach einer mittelschweren Widerhandlung der Führerausweis

auf unbestimmte Zeit, mindestens aber für zwei Jahre, entzogen, wenn dieser in den vorangegangenen zehn Jahren der Ausweis dreimal wegen mindestens mittelschweren Widerhandlungen entzogen wurde. Auf diese Massnahme wird jedoch verzichtet, wenn die betroffene Person während mindestens fünf Jahren nach Ablauf eines Ausweisentzugs keine Widerhandlung, für die eine Administrativmassnahme ausgesprochen wurde, begangen hat (Art. 16b Abs. 2 lit. e SVG). Kraft gesetzlicher Vermutung wird unter diesen objektiven Gründen von der fehlenden charakterlichen Eignung zum Lenken eines Fahrzeugs ausgegangen. Den fehlbaren Lenker trifft im Ergebnis die identische Sanktion wie bei einem Sicherungsentzug nach Art. 16d Abs. 1 lit. c SVG, ohne dass das Fehlen der charakterlichen Eignung überhaupt noch gutachterlich abgeklärt werden müsste (Urteil des Bundesgerichts 6A.105/2002 vom 21. März 2003, E. 3.2.4).

3. Die Vorinstanz hat dem Rekurrenten den Führerausweis gestützt auf Art. 16b Abs. 2 lit. e SVG wegen einer mittelschweren Widerhandlung auf unbestimmte Zeit, mindestens aber für zwei Jahre, entzogen. Sie ging von einem Abstand des vom Rekurrenten gelenkten Personenwagens zum vorausfahrenden Bus von zwei bis drei Metern und einer Geschwindigkeit von ca. 35 km/h aus. Der Rekurrent macht durch seinen Rechtsvertreter geltend, die Angaben der Polizeibeamten bezüglich des Abstandes von «rund 2 Metern» seien nicht rechtsgenüglich bewiesen, da diese die Fahrzeuge nur aus einiger Entfernung frontal hätten beobachten können. Zudem seien diese Angaben in Ziffer 2 des Strafbefehls vom 20. Juni 2011 nicht bestätigt und somit für die Administrativmassnahmebehörde nicht verbindlich festgestellt worden. Gestützt auf den Grundsatz «in dubio pro reo» sei von einem mehrfach grösseren Abstand auszugehen. Entsprechend liege lediglich eine leichte Widerhandlung gemäss Art. 16a SVG vor. Wie es sich damit verhält, ist im Folgenden zu prüfen.

a) Gegenüber allen Strassenbenützern ist ausreichender Abstand zu wahren, namentlich beim Kreuzen und Überholen sowie beim Neben- und Hintereinanderfahren (Art. 34 Abs. 4 SVG). Die Regel zur Wahrung eines ausreichenden Abstands beim Hintereinanderfahren ist von grundlegender Bedeutung und bezweckt, dass der Fahrzeugführer auch bei überraschendem Bremsen des voranfahrenden Fahrzeugs rechtzeitig halten kann (vgl. Art. 12 Abs. 1 der Verkehrsregelnverordnung, SR 741.11, abgekürzt: VRV). Was unter einem «ausreichenden Abstand» im Sinne von Art. 34 Abs. 4 SVG zu verstehen ist, hängt von den gesamten Umständen ab. Dazu gehören unter anderem die Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnisse sowie die Beschaffenheit der beteiligten Fahrzeuge. Die Rechtsprechung hat deshalb keine allgemein gültigen Grundsätze zur Frage entwickelt, bei welchen Abständen in jedem Fall, d.h. auch bei günstigen Verhältnissen, eine leichte (Art. 16a SVG), mittelschwere (Art. 16b SVG) oder schwere Widerhandlung (Art. 16c SVG) gegen die Strassenverkehrsvorschriften anzunehmen ist. Zur Beurteilung, ob eine einfache Verkehrsregelverletzung gemäss Art. 90 Ziff. 1 SVG, welche administrativrechtlich die leichte und mittelschwere Widerhandlung gemäss Art. 16a und 16b SVG um-

fasst, erfüllt wurde, wird im Sinne von Faustregeln für Personenwagen auf die Regel «halber Tacho» (entsprechend 1,8 Sekunden) und die «Zwei-Sekunden»-Regel abgestellt. Diese Distanz entspricht ungefähr der Anhaltestrecke bei plötzlichem, ordnungsgemässem Bremsen und Anhalten des vorausfahrenden Fahrzeugs. Zur Beantwortung der Frage, ob eine grobe Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG, welche administrativrechtlich einer schweren Widerhandlung gemäss Art. 16c SVG entspricht, begangen wurde, wird als Richtschnur die Regel «1/6-Tacho» (entsprechend 0,6 Sekunden) herangezogen. Im dichten Stadtverkehr und beim Anfahren nach Lichtsignalen kann nicht strikte auf die «Zwei-Sekunden-» oder «halber Tacho»-Regel abgestellt werden, da der Verkehr ansonsten zum Erliegen käme. Geringere Abstände rechtfertigen sich im dichten Stadtverkehr aufgrund der reduzierten Geschwindigkeit und der erforderlichen ständigen Bremsbereitschaft. Auf jeden Fall ist aber selbst bei guter Sicht und trockener Fahrbahn mindestens ein Abstand von einer Sekunde einzuhalten. Lassen es die Verkehrsverhältnisse zu, müssen auch im Stadtverkehr grössere Abstände verlangt werden, da sich das Eingehen eines erhöhten Risikos durch nahes Auffahren von vornherein nicht rechtfertigt, wo dies nicht verkehrsbedingt ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1030/2010 vom 22. März 2011, E. 3.3).

b) Nach konstanter Rechtsprechung darf die Verwaltungsbehörde von den tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil nur abweichen, wenn sie Tatsachen feststellt und ihrem Entscheid zu Grunde legt, die dem Strafrichter unbekannt waren oder die er nicht beachtet hat, wenn sie zusätzliche Beweise erhebt, deren Würdigung zu einem anderen Entscheid führt, wenn die Beweiswürdigung durch den Strafrichter den feststehenden Tatsachen klar widerspricht, oder wenn der Strafrichter bei der Rechtsanwendung auf den Sachverhalt nicht sämtliche Rechtsfragen abgeklärt hat, insbesondere die Verletzung bestimmter Verkehrsregeln übersehen hat. Anders verhält es sich bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts. Diesbezüglich ist die Verwaltungsbehörde grundsätzlich nicht an den Strafentscheid gebunden, es sei denn, die rechtliche Würdigung hänge sehr stark von der Würdigung von Tatsachen ab, die das Strafgericht besser kennt als die Verwaltungsbehörde, etwa wenn der Beschuldigte im Strafverfahren persönlich einvernommen wurde, was im vorliegenden Fall nicht zutrifft (vgl. BGE 124 II 103 E.1c).

c) Im Strafverfahren wurde der Rekurrent mit Strafbefehl vom 20. Juni 2011 wegen einfacher Verkehrsregelverletzung zu einer Busse von Fr. 300.– verurteilt. Aus dem summarisch begründeten Strafbefehl geht hervor, dass der Strafrichter in tatsächlicher Hinsicht davon ausging, dass der Rekurrent bei einer Geschwindigkeit von ca. 40 km/h oder auch etwas weniger einen minimalen Abstand von rund zwei Metern zu einem Bus einhielt. Der Strafrichter legte dem Schuldspruch im Wesentlichen die Angaben des Rekurrenten zur gefahrenen Geschwindigkeit und zum eingehaltenen Abstand zum voranfahrenden Bus («zwei bis drei Meter») zugrunde. Die Polizisten, welche eine Verkehrskontrolle «mit Schwerpunkt Geschwindigkeit» durchführten, hatten die Geschwindigkeit auf etwa 35 km/h und den Abstand zum

Bus auf einen bis zwei Meter geschätzt und bestätigten damit die Angaben des Rekurrenten. Bei der Verkehrskontrolle befand sich ein Polizeibeamter auf der Fürstenlandstrasse, Höhe Liegenschaft Nr. 101 (zwischen der Schubiger Haushalt AG und dem Kontrollplatz). Dieser konnte somit den Abstand der beiden vorbeifahrenden Fahrzeuge mit seitlichem Blickwinkel in verlässlicher Weise einschätzen. Es besteht kein Anlass, im Administrativmassnahmeverfahren von den Aussagen des Rekurrenten im Strafverfahren und den Beobachtungen der Stadtpolizisten abzuweichen. Somit ist die Administrativmassnahmebehörde grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gebunden. Im Übrigen hat der Beschuldigte die Verteidigungsrechte sowie allfällige Rechtsmittelmöglichkeiten bereits im Strafverfahren wahrzunehmen, wenn er weiss oder annehmen muss, dass gegen ihn ein Führerausweisentzugsverfahren durchgeführt werden wird (Urteil des Bundesgerichts 6A.86/2006 vom 28. März 2007, E. 2). Der automobilistische Leumund des Rekurrenten, welcher die vorerwähnte bundesgerichtliche Praxis kennt, ist arg getrübt; zudem geht aus dem Strafbefehl ohne Weiteres hervor, welches Fehlverhalten ihm vorgeworfen wird. Er konnte sich demnach nicht darauf verlassen, dass der Vorfall vom 13. Mai 2011 keine Administrativmassnahme zur Folge haben würde.

d) Bei einer Geschwindigkeit von 40 km/h ist nach der im dichten Stadtverkehr geltenden «1-Sekunden»-Regel, ein Mindestabstand von 11,1 Metern einzuhalten, bei 35 km/h sind es noch 9,7 Meter und bei 30 km/h 8,3 Meter. Diese Regel ist im vorliegenden Fall jedoch nicht anwendbar. Insbesondere behauptet der Rekurrent nicht, dass zur fraglichen Zeit (22.55 Uhr) dichter Verkehr geherrscht habe; abgesehen davon wäre dies unüblich. In den Akten finden sich ebenfalls keine entsprechenden Hinweise. Folglich hätte ein grösserer Abstand als nach der «1-Sekunden-Regel» eingehalten werden müssen. Die Verkehrsverhältnisse hätten dies ohne Weiteres zugelassen. Der Abstand des Personenwagens des Rekurrenten zum Bus von rund zwei Metern war daher deutlich zu gering. Entgegen seiner Behauptung gegenüber der Polizei, wonach er ohne Probleme hätte bremsen können und alles unter Kontrolle gehabt habe, hätte der Rekurrent sein Fahrzeug nicht mehr rechtzeitig zum Stillstand bringen können, wenn der Bus tatsächlich unvermittelt hätte bremsen müssen; eine Kollision wäre unvermeidlich gewesen. Diese Gefahr war umso grösser, als er wegen des Busses vor ihm nach vorne keinen Überblick hatte und von einem plötzlichen Bremsmanöver des Busses überrascht worden wäre. Angesichts des grossen Gewichts- und Grössenunterschieds der beiden Fahrzeuge ist davon auszugehen, dass im Falle einer Kollision und bei einer angemessenen Reaktion des Buschauffeurs eine geringe Gefahr für die Insassen des Busses bestanden hätte, und zwar vor allem für Fahrgäste, welche im Bus standen.

e) Im Weiteren ist die Qualifikation des Verschuldens zu prüfen. Das Verschulden wiegt nicht mehr leicht, wenn sich jemand der Gefährlichkeit seiner verkehrswidrigen Fahrweise bewusst ist oder durch eine mindestens mittelschwere Pflicht-

verletzung die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer nicht in Betracht zieht (vgl. dazu BGE 130 IV 32 E. 5.1; R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band III: Die Administrativmassnahmen, Bern 1995, Rz. 2291 und 2306). Gemäss Aussage des Rekurrenten anlässlich der polizeilichen Einvernahme folgte er dem Bus von der Schubiger Haushalt AG bis zum Kontrollplatz auf der Höhe der Kreuzung Fürstenland-/Ahornstrasse, was einer Strecke von ca. 350 Metern entspricht (Messung in: www.geoportal.ch), mit einem sehr geringen Abstand von rund 2 Metern. Bei einer Geschwindigkeit von 30 bis 40 km/h dauerte diese Fahrweise demnach zwischen 42 und 32 Sekunden. Die Polizeibeamten konnten diesen geringen Abstand auf einer Strecke von ca. 240 Metern, was bei einer Geschwindigkeit von 30 bis 40 km/h einer Fahrzeit von 29 bis 22 Sekunden entspricht, feststellen. Zudem betätigte der Rekurrent in provozierender Weise mehrfach das Fernlicht und fuhr im Zickzack-Kurs. Angesichts der längeren Dauer dieser rücksichtslosen Fahrweise ist davon auszugehen, dass der Rekurrent vorsätzlich – und nicht bloss fahrlässig – handelte. Dass er der Meinung war, sein Fahrzeug bei einem Bremsen des Busses ohne Probleme anhalten zu können, ist nicht nachvollziehbar. Das Verschulden wiegt unter diesen Umständen nicht mehr leicht, sondern zumindest mittelschwer. Dementsprechend fehlt es für die Annahme einer leichten Widerhandlung gemäss Art. 16a SVG am leichten Verschulden.

4. Die Vorinstanz ist damit zu Recht von einer mittelschweren Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften nach Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG ausgegangen. Nach einer mittelschweren Widerhandlung wird der Führerausweis gemäss Art. 16b Abs. 2 lit. e SVG für unbestimmte Zeit, mindestens aber für zwei Jahre, entzogen, wenn dem Fahrzeugführer in den vorangegangenen zehn Jahren der Führerausweis dreimal wegen mindestens einer mittelschweren Widerhandlung entzogen wurde und die letzte Widerhandlung, für die eine Administrativmassnahme ausgesprochen wurde, weniger als fünf Jahre nach Ablauf eines Ausweisentzugs begangen wurde. Dies trifft auf den Rekurrenten zu: Der Führerausweis war ihm in den vergangenen fünf Jahren unter anderem vom 22. Mai bis 21. August 2006 für drei Monate (schwerer Fall, Geschwindigkeitsüberschreitung), vom 27. März 2008 bis 26. März 2009 für zwölf Monate (schwerer Fall, Geschwindigkeitsüberschreitung) und vom 4. Juli bis 3. November 2010 für vier Monate (mittelschwerer Fall, Geschwindigkeitsüberschreitung) entzogen. Folglich ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Führerausweis nach dem Ereignis vom 13. Mai 2011 auf unbestimmte Zeit, mindestens aber für zwei Jahre, entzogen hat.

## 7. Raumplanung und Baurecht

### 20

*Art. 19 und 22 RPG (SR 700); Art. 49 BauG (sGS 731.1); Art. 32 f. und Art. 38 StrG (sGS 732.1).* Auch Grundstücke im Nichtbaugebiet müssen eine genügende Erschliessung gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG und Art. 49 Abs. 2 BauG aufweisen. Die Gemeinde verfügt bei der Beurteilung des hinreichenden öffentlichen Interesses am Bau von Gemeindestrassen über Autonomie, die indessen durch Art. 32 StrG eingeschränkt wird. Eine Strasse mit bis zu 22 Prozent Gefälle, mit einer Breite von 2,50 bis 2,80 m, deren Einfahrt nicht genügende Radien aufweist und die von Motorfahrzeugen und Wanderer benutzt wird sowie in einem baulich schlechten Zustand ist, stellt keine genügende Erschliessung dar. Es liegt daher kein Ermessensmissbrauch vor, wenn das zuständige Gemeinwesen sowohl das hinreichende öffentliche Interesse wie auch die Notwendigkeit für den Bau einer neuen Erschliessungsstrasse annimmt.

*Verwaltungsgericht, 20. März 2012*

R. N. ist Eigentümer der Grundstücke Nr. 111 und 222 in der Gemeinde A., die gemäss Zonenplan zum übrigen Gemeindegebiet und damit zum Nichtbaugebiet gehören. Die Grundstücke sind derzeit über die M-strasse erschlossen. Der Gemeinderat A. genehmigte am 24. November 2009 das Strassenprojekt samt Teilstrassenplan T-strasse. Es sieht eine Verlängerung der T-strasse (Axe A) und deren Ergänzung mit fünf Abzweigern (Axen B-F) vor. Über die Axe F soll neu auch das Grundstück Nr. 222 mit der Wohneinheit Nr. 1000 von der T-Strasse erschlossen werden, da nach Ansicht des Gemeinderates A. die Erschliessung über die M-strasse nicht hinreichend sei. Die von R. N. gegen das Strassenprojekt erhobene Einsprache wies der Gemeinderat ab. Ein Rekurs beim Baudepartment blieb erfolglos. Auch das Verwaltungsgericht wies eine Beschwerde von R. N. ab.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer lässt zur Hauptsache in seiner Beschwerdeschrift vorbringen, dass keine gesetzliche Grundlage für die Erschliessung von Nichtbauzonen bestehe. Zudem liege kein öffentliches Interesse an der «Axe F» des Teilstrassenprojekts «T-strasse, Erweiterung» vor, und der Bau der «Axe F» sei nicht verhältnismässig.

3.1. Hinsichtlich der fehlenden gesetzlichen Grundlage stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, dass die «Axe F» ausschliesslich Nichtbauzonen erschliesse und dass in den nächsten 15 bis 20 Jahren keine neuen Einzonungen östlich des S-bachs erfolgen würden. Zudem liege die «Axe F» vollumfänglich auf

Gebiet ausserhalb der Bauzonen. Die Vorinstanz verkenne, dass Strassen zur Erschliessung von Bauzonen grundsätzlich in Bauzonen anzuordnen seien und die Erschliessungsstrassen nicht dazu dienen dürften, Nichtbauzonen «auf Vorrat» zu erschliessen. Art. 49 BauG sowie Art. 19 und 22 RPG seien vorliegend nicht massgebend, da diese Normen nach systematischer Auslegung die Bewilligungsvoraussetzungen und die Anforderungen an die Erschliessung für Bauzonen beträfen. Für Grundstücke und Bauten ausserhalb der Bauzonen bestehe kein Recht der politischen Gemeinde zur Erschliessung. Die «Axe F» bedürfte einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG, dessen Voraussetzungen vorliegend aber nicht erfüllt seien.

3.1.1. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ergibt sich aus der systematischen Auslegung des RPG eindeutig, dass sich Art. 19 Abs. 1 RPG nicht nur auf Bauzonen bezieht. Art. 19 RPG ist im 3. Kapitel «Nutzungspläne» im 1. Abschnitt über Zweck und Inhalt eingeordnet. In diesem Abschnitt regeln Art. 15 bis 18 RPG die einzelnen Nutzungszonen (Bauzone, Landwirtschaftszone, Schutzzone etc.), die in Nutzungsplänen unterschieden werden müssen (Art. 14 Abs. 2 RPG). Art. 19 Abs. 1 RPG betrifft dabei die Erschliessung für die einzelnen Nutzungszonen. Lediglich Art. 19 Abs. 2 und 3 RPG beziehen sich ausschliesslich auf Bauzonen, während Art. 19 Abs. 1 RPG mit den Voraussetzungen an eine genügende Erschliessung sowohl inner- als auch ausserhalb der Bauzone gilt (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 11 zu Art. 19).

Art. 22 RPG regelt die Voraussetzungen für eine Bewilligung von Bauten und Anlagen. Art. 22 RPG befindet sich im 2. Abschnitt «Wirkungen» des 3. Kapitels «Nutzungspläne». Zwar beziehen sich Art. 23 bis 24d offensichtlich auf Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone, während sich der Geltungsbereich von Art. 22 RPG nach wörtlicher Auslegung nicht auf eine bestimmte Nutzungszone beschränkt. In diesem Sinne hält Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG fest, dass Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen müssen. Nutzungszonen sind gemäss Art. 15 ff. RPG Bauzonen, Landwirtschaftszonen, Schutzzonen sowie weitere Zonen und Gebiete. Aufgrund von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG muss also stets geprüft werden, ob ein Bauvorhaben zonenkonform ist (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 20 zu Art. 22). Daraus ist ohne weiteres ersichtlich, dass Art. 22 RPG für sämtliche Nutzungszonen gilt, da andernfalls die Prüfung der Zonenkonformität obsolet wäre. Zudem ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 24 RPG («Abweichend von Art. 22 Abs. 2 Buchstabe a [. . .]) eindeutig, dass auch für eine Ausnahmebewilligung betreffend Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone eine Baubewilligung nach Art. 22 RPG erforderlich ist. Weiter ist festzuhalten, dass Art. 22 RPG nach der Ansicht der Lehre für sämtliche Nutzungszonen in- und ausserhalb der Bauzone gilt (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 7 zu Art. 22). Daraus folgt, dass die Baubewilligung in sämtlichen Nutzungszonen erschlossenes Land erfordert (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 60 zu Art. 22; V. Marantelli-Sonanini, Erschliessung von Bauland, Diss. Bern 1997, S. 20 mit Hinweisen). Sodann ergibt sich auch aus dem Zweck der Erschliessung, dass dieses Erfordernis für sämtliche Bauten und An-

lagen gelten muss, und zwar unabhängig davon, ob sich diese auf Baugebiet oder Nichtbaugebiet befinden. Die Erschliessung dient gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG unter anderem der Zufahrt der öffentlichen Gesundheit, der einwandfreien Versorgung mit essentiellen Gütern Wasser und Energie sowie der hygienischen Entsorgung der Abwässer. Davon kann weder mit der ordentlichen noch mit der Ausnahmebewilligung dispensiert werden (A. Ruch, in: Ämisegger/Moor /Ruch/Tschannen, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 84 zu Art. 22).

3.1.2. Auch aus dem Argument mit der Erforderlichkeit einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG für den Teilstrassenplan, soweit er Nichtbauzonen erschliesse wolle, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Bau von öffentlichen Strassen unterliegt der Planungspflicht (Art. 31 ff. und Art. 39 ff. StrG) und benötigt ohnehin keine Ausnahmebewilligung (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 2 und 16 zu Art. 24 RPG). Zudem wurde bereits ausgeführt, dass auch Bauprojekte in Nichtbauzonen eine hinreichende Erschliessung erfordern. Damit ist zugleich ausgesagt, dass Erschliessungsstrassen für Nichtbaugebiete meistens über Nichtbaugebiet führen. Aus Art. 19 Abs. 2 RPG e contrario folgt nicht, dass es dem Gemeinwesen untersagt ist, Erschliessungsanlagen für Nichtbaugebiete zu errichten, soweit dafür ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht (BGE 127 I 49 E. 3c; Waldmann/Hänni, a. a. O., N 31 zu Art. 19; Marantelli-Sonanini, a. a. O., S. 61 f. mit Hinweis). Daraus folgt nur, dass das Gemeinwesen nicht verpflichtet ist, Liegenschaften ausserhalb der Bauzonen zu erschliessen, verfügt es doch bei der Behandlung entsprechender Anschlussgesuche über ein relativ grosses Ermessen (BGE 127 I 49 E. 3c). Dies bestätigen auch Art. 11 und Art. 38 Abs. 1 StrG, wonach die politische Gemeinde die Hoheit über die Gemeindestrassen hat und ihr der Gemeindestrassenbau obliegt.

3.1.3. Aus dem Gesagten folgt, dass auch Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone von Bundesrechts wegen eine hinreichende Erschliessung erfordern und demnach die Grundstücke des Beschwerdeführers Nrn. 111 und 222 sowie die weiteren bewohnten Grundstücke östlich des S-bachs über eine hinreichende Erschliessung verfügen müssen. Dies ergibt sich im Übrigen bereits aus Art. 49 BauG, der als Umsetzung des RPG für die Errichtung und Änderung von Bauten und Anlagen deren Erschliessung verlangt, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Bauland oder Nichtbauland handelt. Es ist daher der Beschwerdegegnerin nicht untersagt, für Nichtbaugebiete mit Wohnhäusern eine hinreichende Strassenerschliessung zu erstellen, sofern die Voraussetzungen für den Strassenbau gemäss Art. 32 f. StrG beachtet werden. Hinzu kommt, dass die bisherige M-strasse die fraglichen Grundstücke östlich des S-bachs auch über Nichtbaugebiet erschlossen hat. Soweit die Beschwerdegegnerin also ein hinreichendes öffentliches Interesse an der Ersetzung der M-strasse durch die «Axe F» geltend machen kann, ist ihr Vorgehen nicht rechtswidrig.

3.2. Der Beschwerdeführer rügt weiter das fehlende öffentliche Interesse an der Erstellung der «Axe F» aufgrund des Teilstrassenprojekts und deren Notwendigkeit.

3.2.1. Bei der Beurteilung des hinreichenden öffentlichen Interesses am Bau von Gemeindestrassen besitzt die politische Gemeinde grundsätzlich Autonomie (Art. 38 Abs. 1 StrG). Allerdings wird die Autonomie durch Art. 32 StrG insofern eingeschränkt, als dieser Voraussetzungen für den Strassenbau festhält und damit auch die politische Gemeinde bindet (vgl. Art. 89 der Kantonsverfassung, sGS 111.1). Dies hat zur Folge, dass eine Strasse nur gebaut werden darf, wenn eine der namentlich in Art. 32 StrG genannten Voraussetzungen dies erfordert (VerwGE B 2010/61 vom 9. November 2010, E. 2.1; sowie B 2009/197 vom 15. April 2010, E. 2.1., beide abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

Der zuständigen Verwaltungsbehörde kommt bei der Beurteilung der qualitativen Anforderungen an den Strassenbau gemäss Art. 32 StrG sowie der dazugehörigen Interessenabwägung zwischen konfligierenden raumplanungs- und strassenrechtlichen Grundsätzen ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Letzteren hat das Verwaltungsgericht, das nach Art. 61 Abs. 1 VRP zur Rechtskontrolle befugt ist, zu respektieren. Es darf daher einen Entscheid der Vorinstanz nur ändern, wenn damit Rechtsnormen und -grundsätze verletzt werden. Eine Angemessenheitskontrolle steht dem Verwaltungsgericht nicht zu. Im Streitfall bedeutet dies, dass das Verwaltungsgericht einen sachlich haltbaren und zweckmässigen Strassenplanungsentscheid der Vorinstanz selbst dann nicht ändert, wenn es eine andere Lösung als ebenso zweckmässig erachtet oder sogar bevorzugen würde (VerwGE B 2007/120 vom 13. März 2008, E. 4.2. mit Hinweisen; sowie B 2010/7 vom 24. August 2010, E. 3.4, beide abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

3.2.2. Gemäss Art. 32 StrG können Strassen gebaut werden, wenn die Zweckbestimmung (lit. a), die Verkehrssicherheit (lit. b), das Verkehrsaufkommen (lit. c), der Schutz der schwächeren Verkehrsteilnehmer (lit. d), die Interessen des öffentlichen Verkehrs (lit. e) oder der Umweltschutz (lit. f) dies erfordern. Diese Aufzählung ist alternativ zu verstehen, d. h. Strassen dürfen gebaut werden, wenn mindestens eine der genannten Voraussetzungen erfüllt ist (VerwGE 2010/61 vom 9. November 2010, E. 2.1, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch; P. Schönenberger, in: G. Germann [Hrsg.], Kurzkommentar zum st.gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, St.Gallen 1989, Rz. 2 zu Art. 32).

Sodann ist beim Strassenbau Art. 33 StrG zu beachten, der zusammen mit Art. 1 und Art. 3 Abs. 2 RPG das hinreichende öffentliche Interesse an einer Strasse weiter konkretisiert. Gemäss Art. 33 StrG sind beim Strassenbau besonders der Schutz des Menschen und seiner Umwelt (lit. a); die Verkehrssicherheit (lit. b); der Schutz der schwächeren Verkehrsteilnehmer, insbesondere von Fussgängern, Radfahrern und Behinderten (lit. c); das Ortsbild und der Heimatschutz (lit. d); die Natur und der Landschaftsschutz (lit. e); die anerkannten Grundsätze eines umwelt- und siedlungsgerechten Strassenbaus (lit. f); sowie der sparsame Verbrauch des Bodens (lit. g) zu beachten. Unter Verkehrssicherheit (lit. b) sind all jene baulichen Massnahmen zu verstehen, die geeignet erscheinen, die Verkehrssicherheit zu erhöhen bzw. zu gewährleisten. Dazu gehört die Trennung einzelner Verkehrsarten mittels

separater Radwege, Fussgängerunterführungen und dergleichen (VerwGE B 2010/7 vom 24. August 2010, E. 3.2; sowie B 2007/120 vom 13. März 2008, E. 4.1, beide abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

3.2.3. Nachfolgend ist als erstes zu prüfen, ob ein öffentliches Interesse für die Erschliessung der Grundstücke östlich des S-bachs über die «Axe F» vorliegt.

Der Bericht der B. und H. AG, Bauingenieure und Planer, E., vom 10. Januar 2007/9. Oktober 2009 hält fest, dass die bestehende M-strasse östlich des S-bachs sehr steil und gefährlich sei. Durch die Ersetzung eines Teils der bestehenden M-strasse durch die «Axe F» werde die Verbesserung bezüglich Verkehrssicherheit und Verkehrsentflechtung gegenüber dem heutigen Zustand angestrebt. Diese Argumentation übernimmt die Beschwerdegegnerin in ihrem Entscheid vom 18. Februar 2010. In ihrer Stellungnahme im Rekursverfahren vom 30. April 2010 führt sie zudem aus, dass im Winter aufgrund der Gefällsverhältnisse immer wieder gefährliche Situationen entstünden.

Die Vorinstanz beruft sich für die Darlegung des öffentlichen Interesses mehrheitlich auf Amtsberichte in den Akten. Das Kantonale Strasseninspektorat hält in seinem Amtsbericht vom 17. Juni 2010 fest, dass die M-strasse teilweise ein Gefälle von bis zu 22 Prozent aufweise und zwischen 2,50 und 2,80 m breit sei. Zudem liege sie im unteren Bereich nahe am S-bach und sei baulich in einem schlechten Zustand. Sie sei damit hinsichtlich Erschliessung als ungenügend und nicht ungefährlich zu beurteilen. Der Einfahrtsbereich in die T-strasse sei sehr steil und es würden genügende Radien fehlen. Im Winter werde z. B. die Ambulanz die Liegenschaften kaum anfahren können.

Nach Ansicht der Vorinstanz würde das Verkehrsaufkommen durch die geplante Überbauung westlich des S-bachs erhöht werden und damit die Sicherheit bei der Verzweigung M-strasse/T-strasse noch weiter verringert. Zudem würden auch die Fahrzeuge der öffentlichen Dienste (Sanität, Feuerwehr, Post etc.) eine neue Erschliessung der Grundstücke östlich des S-bachs bedingen. Die Vorinstanz begründete damit das öffentliche Interesse der Erschliessung der Grundstücke des Beschwerdeführers über die «Axe F» mit der Verkehrssicherheit im Sinne von Art. 32 lit. b StrG. Der Beschwerdeführer unterlässt es, dagegen begründete Vorbringen zu unterbreiten und bestreitet die Steilheit der M-strasse nicht. Auch sein Einwand, dass für die Erschliessung der Grundstücke östlich des S-bachs über die «Axe F» höchstens ein finanzielles Interesse bestehe, ist unbehelflich. Angesichts der aufgrund der Amtsberichte nachgewiesenen Steilheit und der Ausführungen der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz zur Gefährlichkeit der M-strasse sowie zur problematischen Zufahrt für die öffentlichen Dienste, was gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG Voraussetzung für erschlossenes Land ist, erweist sich die Annahme eines öffentlichen Interesses durch die Vorinstanz nicht als rechtswidrig.

Hinzu kommt, dass gemäss dem erwähnten Bericht der B. und H. AG vom 10. Januar 2007/9. Oktober 2009 ein Teil der bestehenden M-strasse auf eine Brei-

te von einem Meter zurückgebaut wird. Der neue M-weg wird als Gemeindeweg erster Klasse klassiert und dient als Verlängerung des bestehenden Wanderwegs in der Nord-Süd-Verbindung. Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, dass der Hauptwanderweg über die R-egg nach A. über die Wiesen Kat.- Nrn. 444 und 555 in das Gebiet «R» verlaufe. Die M-strasse werde als Wanderweg nur wenig benützt. Damit schliesst der Beschwerdeführer nicht aus, dass Wanderer die M-strasse benützen. Zudem hält der bereits erwähnte Amtsbericht des Strasseninspektorats explizit fest, dass die M-strasse auch als Wanderweg benützt werde, aber ein Kreuzen eines Wanderers mit einem Fahrzeug in Anbetracht des Gefälles und der geringen Breite der M-strasse gefährlich sei. Angesichts dieser Faktenlage erscheint die Bejahung des öffentlichen Interesses am Schutz der schwächeren Verkehrsteilnehmer gemäss Art. 32 lit. d und Art. 33 lit. c StrG durch die Vorinstanz nicht als Ermessensmissbrauch.

3.2.4. Neben dem Vorliegen eines öffentlichen Interesses muss sich der Bau der Strasse als notwendig erweisen. Ein Strassenbauprojekt ist jedoch nicht erst dann notwendig, wenn eine Alternativlösung (oder allenfalls eine Nullvariante) zum vornherein ausscheidet, sondern bereits dann, wenn der Bau als verkehrsplanerisch und im Lichte der erwähnten Grundsätze von Art. 33 StrG als sinnvoll und sachlich begründet erscheint (VerwGE B 2010/61 vom 9. November 2010, E. 2.1; sowie B 2009/197 vom 15. April 2010, E. 2.1., beide abrufbar unter www.gerichte.sg.ch). Zudem ist auch bei der Beurteilung der Notwendigkeit einer Strasse das Ermessen der Gemeinde zu berücksichtigen und das Verwaltungsgericht hat sich auf eine Rechtskontrolle zu beschränken (vgl. Erw. 3.2.1).

Die Vorinstanz gelangt bei der Beurteilung der Notwendigkeit der «Axe F» gestützt auf die erwähnten Berichte zur Ansicht, dass die M-strasse mit einem Gefälle bis zu 22 Prozent zu steil sei und sich im Winter bei Schneematsch- und Eisbildung das Gefahrenrisiko um ein Vielfaches erhöhe. Zudem sei angesichts der Breite der Strasse von nur 2,50 bis 2,80 m ein Kreuzen mit einem anderen Fahrzeug auf der Strasse nicht möglich. Selbst der Begegnungsfall mit einem Fussgänger/Wanderer müsse als risikobehaftet angesehen werden. Infolge der Steilheit des Geländes, der engen Platzverhältnisse und der unmittelbaren Nähe zum öffentlichen Gewässer sei ein Ausbau der M-strasse nicht möglich und die Erschliessung müsse über die «Axe F» erfolgen.

Der Amtsbericht des Strasseninspektorat hält zudem hinsichtlich Notwendigkeit fest, dass die bestehende M-strasse keine hinreichende Erschliessung sei. Die «Axe F» könne aber eine genügend breite, wintersichere und für die Ver- und Entsorgung sowie für Notfälle (Feuerwehr, Ambulanz) genügende Erschliessung der östlich des S-bachs gelegenen Grundstücke gewährleisten. Auch das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation gelangt in seinem Amtsbericht vom 16. Juli 2010 zur Ansicht, dass die bestehende Erschliessung aufgrund des grossen Gefälles (21 bis 22 Prozent) nicht hinreichend sei und die vorgeschlagene Erschliessung über die «Axe F» Sinn mache.

Angesichts dieser Amtsberichte erweisen sich die Ausführungen der Vorinstanz zur Notwendigkeit nicht als Ermessensmissbrauch. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer keine Gutachten oder andere Beweisofferten vorlegt, die bereits heute eine hinreichende Erschliessung der Grundstücke östlich des S-bachs und die Nichterforderlichkeit der Erschliessung über die «Axe F» belegen würden. Alleine die Aussage, dass angeblich Lastwagen und Krane anlässlich des Umbaus der Wohneinheit Nr. 1000 auf dem Grundstück Nr. 111 sowie jährlich auch die Heizöltransporte ohne jegliche Probleme über die M-strasse bis zur Wohneinheit Nr. 1000 und wieder zurück auf die T-strasse gefahren seien, reicht zur Entkräftung der eindeutigen Amtsberichte nicht aus. Zudem gibt der Beschwerdeführer selbst zu, dass die M-strasse an einzelnen Tagen im Winter nicht befahrbar sei. Auch gemäss seiner Rekursschrift könne die Steigung der M-strasse an einigen Tagen im Winter mit Fahrzeugen ohne Allradantrieb und ohne Ketten nicht bewältigt werden (Akten Vorinstanz, act. 1 S. 5). Am Augenschein führte der Vertreter des Beschwerdeführers sodann aus, dass der Einlenker bei der T-strasse auf die M-strasse ausgebaut werden könnte, um die notwendige Sicherheit zu erhalten (act. 6, Beilage 5 S. 2). Damit gesteht der Beschwerdeführer selbst ein, dass sich im Winter die Verhältnisse sowie die Einfahrt in die M-strasse als prekär erweisen können. Daraus wird nochmals ersichtlich, dass die Bejahung der Notwendigkeit der hinreichenden Erschliessung der Grundstücke östlich des S-bachs durch die Vorinstanz nicht willkürlich ist.

Hinzu kommt, dass aufgrund der neuen Gewässerschutzbestimmungen ein Ausbau der M-strasse nicht mehr möglich ist, wie dies der Beschwerdeführer anregt. Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation weist in seinem Amtsbericht vom 16. Juli 2010 darauf hin, dass innerhalb des Gewässerabstandes keine Bauten und Anlagen wie Terrainanpassung zulässig seien. Seit dem 1. Juni 2011 ist aufgrund der Übergangsbestimmungen zur Gewässerschutzverordnung (SR 814.201) bis zur Festlegung des Gewässerraums durch den Kanton erforderlich, dass bei einem Fliessgewässer mit einer Gerinnesohle von bis 12 m Breite ein Gewässerraum von 8 m plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle eingehalten wird. Aus den Akten ist erkennbar, dass die M-strasse zumindest im unteren heiklen Bereich (mit über 20 Prozent Gefälle) fast an den S-bach grenzt und damit kein Ausbau des Einfahrtsbereichs von der T-strasse her möglich ist, um die Verkehrssicherheit trotz erhöhtem Verkehrsaufkommen aufgrund der neuen Überbauungen aufrechtzuerhalten. Dies bestätigt nochmals die Notwendigkeit der Erschliessung über die «Axe F».

Nach Ansicht des Beschwerdeführers hätte die Beschwerdegegnerin nicht die Klassierung der M-strasse als Gemeindestrasse dritter Klasse vornehmen dürfen, wäre die M-strasse nicht als verkehrssicher eingestuft worden. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, wird durch die Aufnahme einer Strasse in den Gemeindestrassenplan keine – auch nicht stillschweigende – Aussage darüber gemacht, ob eine Strasse hinreichend im Sinn des Raumplanungsrechts sei. Es werde lediglich das öffentliche Interesse an einer Strasse gemäss Strassengesetz

kundgetan. Die Klassierung der M-strasse als Gemeindestrasse dritter Klasse sagt daher nichts über die tatsächliche hinreichende Erschliessung aus, sondern bezieht sich auf die rechtliche Unterscheidung in Art. 8 StrG zwischen Gemeindestrassen erster bis dritter Klasse, je nach Funktion der Strasse.

Sodann greift der Einwand des Beschwerdeführers nicht, dass die M-strasse heute nur drei ganzjährig bewohnte Liegenschaften erschliesse. Entscheidend ist, dass auch zu diesen drei Grundstücken eine hinreichende Erschliessung gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG bestehen muss, insbesondere auch eine hinreichende Zufahrt für die Fahrzeuge der öffentlichen Dienste. Der Beschwerdeführer berücksichtigt zudem nicht, dass das Verkehrsaufkommen auf der T-strasse durch die geplanten Überbauungen westlich des S-bachs zunehmen und damit – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – die Verkehrssicherheit bei der Verzweigung in die M-strasse weiter verringert wird.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die vorinstanzliche Annahme der Notwendigkeit der Erschliessung der Grundstücke östlich des S-bachs durch die «Axe F» als rechtskonform erweist.

## 21

*Art. 21 Abs. 2 RPG (SR 700); Art. 32 Abs. 1 BauG (sGS 731.1) und Art. 28 BauG.* Die Planungsbehörde und der durch einen Gestaltungsplan belastete Grundeigentümer haben unabhängig vom Quorum für den Erlass eines Gestaltungsplans nach Art. 28 Abs. 2 BauG das Recht, den Planerlass zu überprüfen bzw. überprüfen zu lassen, sofern sich die Verhältnisse seit Planerlass derart geändert haben, dass sich die Eigentumsbeschränkungen aus Gründen des öffentlichen Rechts nicht mehr rechtfertigen lassen.

*Verwaltungsgericht, 3. Juli 2012*

Das Plangebiet des im Streit liegende Gestaltungsplans aus dem Jahr 1973 beträgt rund 109 000 m$^2$. Rund 40 000 m$^2$ blieben unbebaut. Eine Mehrheit der Grundeigentümer im Plangebiet war nicht bereit, einer Änderung des Sondernutzungsplans zuzustimmen. Das Verwaltungsgericht entschied, dass entgegen der bisherigen Praxis ein einzelner Grundeigentümer entgegen der Mehrheitsmeinung das Recht auf Überprüfung des Gestaltungsplans zukomme, sofern sich die Verhältnisse seit Planerlass derart geändert haben, dass sich die Eigentumsbeschränkungen aus Gründen des öffentlichen Rechts nicht mehr rechtfertigen lassen.

Aus den Erwägungen:

4.1. Der Gestaltungsplan ist ein Sondernutzungsplan. Damit kann die politische Gemeinde zur Erreichung einer Gesamtüberbauung mit städtebaulich vorzüglicher Gestaltung die Überbauung einer oder mehrerer Parzellen projektmässig bis in Einzelheiten regeln, wobei im Rahmen der Grundordnung vom Zonen- oder Überbauungsplan abgewichen werden kann (Art. 28 Abs. 1 BauG, GVP 1997 Nr. 69 S. 149). Eine Mehrausnützung ist zulässig, wenn ein besseres Projekt als nach zonengemässer Überbauung verwirklicht wird, die Grösse des Grundstücks dies rechtfertigt und die Interessen der Nachbarn nicht erheblich beeinträchtigt werden (Art. 27 BauG). Im Gegensatz zur Rekursinstanz, welche die Nutzungspläne sowohl auf ihre Recht- und Zweckmässigkeit überprüft (BGE 127 II 242; BGE 118 Ib 397), ist die Kognition des Verwaltungsgerichts bei der Überprüfung der Nutzungsplanung beschränkt. Dieses ist lediglich zur Rechtskontrolle befugt (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Es hat sich darauf zu beschränken, über die Einhaltung des Ermessensspielraums zu wachen, und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 740; GVP 1996 Nr. 9 S. 22; VerwGE B 2009/111 vom 24. August 2010, E. 2. mit Hinweisen, in: www.gerichte.sg.ch).

4.2. Nutzungspläne werden nach Art. 21 Abs. 2 RPG überprüft und nötigenfalls angepasst, wenn sich die Verhältnisse seit der letzten Planfestsetzung erheblich geändert haben. Art. 32 Abs. 1 BauG bildet die kantonalrechtliche Ausführungsvorschrift dazu. Die Bestimmung richtet sich an die zuständige kommunale Behörde als Planungsbehörde (E. David, Ortsplanungsrecht II: Das Verfahren beim Erlass von Baureglement, Plänen und Schutzverordnungen, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Neue Reihe Bd. 20, St.Gallen 1983, S. 108). Dabei hat der Grundeigentümer – anders als Dritte – unabhängig von der zehnjährigen Sperrfrist von Art. 33 Abs. 1 BauG einen Überprüfungs- und allenfalls Änderungsanspruch, wenn der bestehende Plan sein eigenes Grundstück betrifft oder für dieses Nutzungsbeschränkungen zur Folge hat und sich die Verhältnisse derart verändert haben, dass das Interesse an der geltend gemachten Eigentumsbeschränkung dahingefallen sein könnte (GVP 2010 Nr. 40 S. 99).

4.3. Gestaltungspläne werden – wie alle Nutzungspläne – geändert oder aufgehoben, wenn es aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist, insbesondere wenn sich die Grundlagen ihres Erlasses wesentlich geändert haben oder wenn wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind (Art. 32 Abs. 1 BauG). Eine erhebliche Änderung liegt vor, wenn das Gemeinwesen nach der allgemeinen Erfahrung andere Festlegungen getroffen hätte, sofern die geänderten Verhältnisse zur Zeit der Ausarbeitung der Nutzungsplanung massgeblich gewesen wären. Dazu gehören zum Beispiel tatsächliche Umstände wie etwa die Bevölkerungs- und Wirtschaftsentwicklung. Planänderungen haben stets planerisch begründet zu sein und müssen einem öffentlichen Interesse entsprechen. Wie jede Nutzungsplanung

setzt deren Änderung eine umfassende Interessenabwägung voraus. Dabei darf nicht einfach an die Interessenabwägung der überholten bzw. anpassungsbedürftigen Planung angeknüpft werden. Vielmehr hat die Planänderung unter Einbezug aller raum- und umweltrelevanten Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung der Planungsgrundsätze des RPG und der Ziele und Festlegungen des Richtplans zu erfolgen (Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Rz. 24 zu Art. 21 RPG). Dazu kommt, dass unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je neuer der abzuändernde Plan ist. Allein die gewandelte Einstellung der Bevölkerung zur Überbauung reicht hierfür nicht aus. Nötig sind gewichtige Gründe tatsächlicher oder rechtlicher Natur. Je neuer ein Plan ist, umso mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden, und je einschneidender sich die beabsichtigte Änderung auswirkt, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die für die Planänderung sprechen (GVP 1999 Nr. 93 S. 220 f. mit Hinweisen). Bei der Beurteilung, ob wichtige öffentliche Interessen für eine Änderung vorliegen, ist der zuständigen kommunalen Behörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt (David, a. a. O., S. 109).

4.4. Nach Art. 28 Abs. 1 BauG ist für den Erlass eines Gestaltungsplan die schriftliche Zustimmung der Grundeigentümer im Plangebiet nötig. Sind mit dem Erlass nicht alle Eigentümer einverstanden, ist zumindest die Unterschrift von drei Vierteln der betroffenen Grundeigentümer nötig, die gleichzeitig mindestens drei Viertel des amtlichen Verkehrswertes des erfassten Grundeigentums vertreten (Art. 28 Abs. 2 BauG). Die Verfahrensbeteiligten streiten sich nun darüber, ob diese Bestimmung bloss für den Erlass des Gestaltungsplans gelte, oder ob die Dreiviertelmehrheit auch für dessen Änderung nötig sei.

4.4.1. Die Vorinstanz räumt ein, dass nach der bisherigen Praxis das qualifizierte Quorum für den Erlass des Sondernutzungsplans gemäss Art. 28 Abs. 2 BauG auch für dessen Änderung verlangt wurde. Das Bundesgericht hat diese Praxis nicht bemängelt und dazu ausgeführt, dass es ohne weiteres haltbar sei, Stockwerkeigentümer von überbauten und vollständig ausgenützten Grundstücken innerhalb eines Plangebiets als betroffene Grundeigentümer im Sinn von Art. 28 BauG zu behandeln (BGer 1P.762/1993 vom 25. Mai 1994, E. 3b). Mit dem vorliegend angefochtenen Rekursentscheid hat die Vorinstanz ihre Praxis diesbezüglich präzisiert und dabei auf das neuere Urteil des Verwaltungsgerichts zu Art. 33 BauG (GVP 2010 Nr. 40 S. 99) verwiesen.

4.4.2. Der Grund, weshalb mit Art. 28 Abs. 2 BauG für den Erlass eines Gestaltungsplans die Zustimmung der betroffenen Grundeigentümer verlangt wird, liegt nicht etwa in Art. 4 Abs. 2 RPG, wonach die Behörden dafür sorgen müssen, dass die Bevölkerung in geeigneter Weise bei der Planung mitwirken kann, sondern darin, dass bei diesem speziellen Sondernutzungsplan – anders als beim Überbauungsplan – nicht alle Bestimmungen im zwingenden öffentlichen Interesse liegen müssen. Art. 4 Abs. 2 RPG wird Genüge getan, wenn sich die Behörden materiell mit den Vorschlägen und Einwänden aus der Bevölkerung befassen. Eine indivi-

duelle Beantwortung der Eingaben wird nicht verlangt (Waldmann/Hänni, a. a. O., Rz. 13 zu Art. 4 RPG). Während der Überbauungsplan die Überbauung damit nur soweit verbindlich regelt, als hierfür ein öffentliches Interesse im Sinn der Voraussetzung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung gegeben sein muss, kann die politische Gemeinde nach Art. 28 Abs. 1 BauG zur Erreichung einer Gesamtüberbauung mit städtebaulich vorzüglicher Gestaltung eine Wohnsiedlung darüber hinaus projektmässig bis in Einzelheiten festlegen, indem sie beispielsweise selbst die einzelnen Grundrisse festlegt. Immerhin muss eine solche detaillierte Regelung für die Erreichung einer städtebaulich vorzüglichen Gestaltung unabdingbar sein, auch wenn sie in Bezug auf das öffentliche Interesse nicht zwingend ist. Mithin können solche Details planlich nur dann bis in Einzelheiten festgelegt werden, wenn die betroffenen Grundeigentümer dafür ihre Zustimmung geben, wobei nach Art. 28 Abs. 2 BauG eine Dreiviertelmehrheit genügt (T. Marty, Ortsplanung, in: Das neue st.gallische Baugesetz, Schweizerisches Institut für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Neue Reihe Bd. 20, St.Gallen 1973, S. 53). Gegenüber den nicht zustimmenden Grundeigentümern ist sodann das Enteignungsrecht vorgesehen (Art. 28 Abs. 3 und 4 BauG).

4.4.3. Stellt sich nach Erlass des Gestaltungsplans die Frage nach dessen Änderung bzw. Aufhebung, kann dies für die betroffenen Grundeigentümer einem schweren Eigentumseingriff gleichkommen und ist deshalb nur zulässig, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und sich unter den gegebenen Umständen als verhältnismässig erweist. Während Art. 28 BauG nach dessen unzweideutigem Wortlaut die gesetzliche Grundlage für dessen Erlass darstellt (BGE 121 I 117 E. 3b), erfolgt dessen Aufhebung und Änderung in Anwendung von Art. 21 RPG und Art. 32 BauG. Die Initiative für eine Planänderung kann dabei von der Verwaltung oder nach Massgabe des kantonalen Rechts vom Parlament oder vom Volk ausgehen (Waldmann/Hänni, a. a. O., Rz. 22 zu Art. 21 RPG). Selbstredend hat der Grundeigentümer dabei auch bei der Änderung eines Gestaltungsplans unabhängig von der zehnjährigen Sperrfrist von Art. 33 Abs. 1 BauG einen Überprüfungs- und allenfalls Änderungsanspruch, wenn der bestehende Plan sein eigenes Grundstück betrifft oder für dieses Nutzungsbeschränkungen zur Folge hat und sich das öffentliche Verhältnis derart geändert haben, dass das öffentliche Interesse an der geltend gemachten Eigentumsbeschränkung dahingefallen sein könnte. Der Grundeigentümer hat in diesem Fall ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung einer planerischen Nutzungsordnung, die vor der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV mangels Vorliegen eines genügenden öffentlichen Interesses nicht mehr standhält. Der Grund dafür liegt in der derogatorischen Kraft des Bundesrechts, das heisst darin, dass kantonale Verfahrensvorschriften die Durchsetzung von materiellem Bundesrecht nicht übermässig erschweren oder gar vereiteln dürfen (GVP 2010 Nr. 40 S. 99 ff.).

4.4.5. Die Raumplanung kann ihren Zweck nur erfüllen, wenn sie eine gewisse Beständigkeit aufweist. Art. 21 Abs. 2 RPG sieht für die Überprüfung und Anpas-

sung der Nutzungspläne deshalb zwei Etappen vor: In einem ersten Schritt entscheidet die Behörde, ob sich die dem Nutzungsplan zugrundeliegenden Verhältnisse erheblich geändert haben. Wird diese Frage bejaht, tritt die Planungsbehörde auf das Gesuch ein und überprüft in einem zweiten Schritt, ob das öffentliche Interesse an einer Änderung des Plans die gegenläufigen Erhaltungsinteressen überwiegen und ändert sodann den Plan nötigenfalls (P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Auflage, Bern 2008, S. 110; T. Tanquerel in: Ämisegger/Kuttler/Moor/Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Rz. 28 f. zu Art. 21 RPG). Diese Zweiteilung ist regelmässig nicht erkennbar, wenn der Anstoss für die Änderung von den Behörden ausgeht. In diesem Fall wird die Frage, ob sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben, im Zusammenhang mit der Beurteilung der vorgesehenen Änderung geprüft (GVP 2010 Nr. 40 S. 104 E. 7).

4.4.6. Aus dem Gesagten folgt, dass die Planungsbehörde bzw. die durch einen Gestaltungsplan belasteten Grundeigentümer nach Art. 21 Abs. 2 RPG unabhängig von kantonalen Verfahrensvorschriften, insbesondere vom vorgeschriebenen Quorum für den Erlass eines Gestaltungsplans nach Art. 28 Abs. 2 BauG, das Recht haben, einen Planerlass zu überprüfen bzw. überprüfen zu lassen, sofern sich die Verhältnisse seit Planerlass derart geändert haben, dass sich die Eigentumsbeschränkungen aus Gründen des öffentlichen Rechts nicht mehr rechtfertigen lassen. Daran ändert nichts, dass ein Grundeigentümer nach Meinung der Beschwerdeführer im Fall eines Referendumsentscheids der Bürgerschaft auch nicht verlangen kann, dass sein Grundstück gleichwohl eingezont werde. Davon abgesehen, dass ablehnende Entscheide der Bürgerschaft nach Art. 33 lit. d BauG sehr wohl überprüfbar sind, haben Grundeigentümer darüber hinaus grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass ihr Land eingezont und einer bestimmten Bauklasse zugewiesen werde (VerwGE B 2010/63 vom 9. November 2010, E. 3.3.2. mit Hinweisen, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

4.5. Beim Begriff «erheblich geänderte Verhältnisse oder Grundlagen» gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG bzw. Art. 32 Abs. 1 BauG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 427 ff.). Unbestimmte Rechtsbegriffe sind dadurch gekennzeichnet, dass die Umschreibung des Tatbestands unbestimmt ist (BGE 122 III 289 E. 3a; Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 26 N 25). Durch unbestimmte Rechtssätze überlässt es der Gesetzgeber in gewissem Umfang den rechtsanwendenden Behörden, den Tatbestand näher zu bestimmen; der Richter oder die rechtsanwendende Behörde tun dies durch eine Auslegung bzw. Konkretisierung der unbestimmten Norm im weiteren Sinn (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 724). Die Auslegung wird als Rechtsfrage angesehen (BGE 119 Ib 40 E. 3b; Tschannen/Zimmerli, a. a. O., § 26 N 28), weshalb das wie bereits gesagt in der Kognition grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht befugt ist, die Konkretisierung bzw. Auslegung durch

die Vorinstanz frei zu überprüfen, wobei es sich bei der Beurteilung der konkreten Umstände zurückhält.

4.6. Den Beschwerdeführern ist zuzustimmen, dass allein die generelle Einrede, in der Gemeinde hätten sich der Wohnungs- und Liegenschaftsmarkt oder die raumplanerischen Konzepte gewandelt, eine Aufhebung oder Änderung eines Gestaltungsplans nicht rechtfertigt (GVP 2010 Nr. 40 S. 104 E. 6.1. mit Hinweis). Selbst geänderte Überbauungsabsichten stellen noch keine wesentlichen Änderungen der Verhältnisse dar (BGer 1C_202/2009 vom 12. Oktober 2009, E. 3.4). Das Gleiche gilt für Planmängel, wenn diese eine Frage betreffen, die noch im Baubewilligungsverfahren befriedigend gelöst werden kann, nur von untergeordnetet Bedeutung ist bzw. ohne grösseren Aufwand klargestellt werden kann (BGE 121 I 117). Vorliegend geht es aber nicht bloss darum, dass im betroffenen Gebiet anders gebaut werden soll, als der Gestaltungsplan vorgibt, sondern darum, dass die sonderbaurechtlichen Bestimmungen des über 35-jährigen Plans zumindest in architektonischer Hinsicht nicht mehr zeitgemäss sind, was zur Folge hat, dass damit eine weitere Überbauung faktisch ausgeschlossen ist. Offenbar herrschte aber schon früher die öffentliche Meinung, dass der Gestaltungsplan nicht mehr 1:1 umgesetzt werden soll. Jedenfalls reservierte die Stadt Wil ihre zentral gelegenen Grundstücke länger für die Realisierung einer neuen Schulanlage, wofür der Gestaltungsplan ebenfalls hätte aufgehoben bzw. das betroffene Land hätte umgezont werden müssen. Damit ist vorliegend eine raumplanerisch bedeutsame Änderung im Sinn des Gesetzes zu prüfen, wofür grundsätzlich ein Überprüfungsanspruch besteht.

4.7. Die Beschwerdeführer machen insofern eine weitere Gehörsverletzung geltend, als die Vorinstanz ihre Gegenbeweise dazu, dass der Gestaltungsplan im nach wie vor unbebauten Teil sehr wohl noch verwirklicht werden könnte, nicht geprüft habe. Worin diese Gegenbeweise bestanden haben, geht aus der Beschwerdebegründung selber nicht hervor. Fakt ist aber ohnehin, dass auch die Beschwerdeführer keinen Investor nennen können, der in der Vergangenheit bereit gewesen wäre, nach dem gültigen Sondernutzungsplan zu bauen bzw. der es aktuell oder in Zukunft tun will. Sie räumen im Gegenteil selber ein, dass die planlich, im Geiste der 70er Jahre bis ins Detail festgelegten Einzelheiten wie Zimmergrössen, Grundrisse der Wohnung, Aussenraumgestaltung und Fassaden dem heutigen Wohnungsbau nicht mehr entsprechen. Das Verständnis des modernen Bauens bezüglich Architektur ist anerkanntermassen einem steten Wandel unterworfen, weshalb sich Nachfrage und Vorstellungen von Investoren im Laufe der Zeit ändern. Gemäss Vernehmlassung vom 26. April 2011 macht das AREG diesbezüglich die Erfahrung, dass die Realisierung von Gestaltungsplänen, insbesondere von solchen mit einem hohen Detaillierungsgrad, ernsthaft in Frage gestellt ist, wenn die Pläne nicht zügig umgesetzt werden. Gestaltungspläne werden unter anderem aus diesem Grund regelmässig auf ein Gebiet für wenige Einzelbauten oder einige wenige Bauten beschränkt, die, selbst wenn eine Etappierung vorgesehen ist, in überschaubarer Zeitspanne überbaut werden können. Die Vorinstanz durfte somit ohne

weitere Abklärungen und ohne das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer zu verletzen davon ausgehen, dass eine Fortsetzung der vor über 35 Jahren angefangenen Grosssiedlung nicht mehr realistisch ist, nachdem sich seit Jahren niemand mehr finden lässt, der an dieser unbestrittenermassen sehr attraktiven Wohnlage nach dem gültigen Plan bauen will. Dazu kommt, dass mit der verbliebenen Freifläche von rund 4 ha und zahlreichen Grundstücken noch immer ein überdurchschnittlich grosses Gebiet verbleibt. Auch tut es der bereits erstellten Siedlung, insbesondere im westlichen Teil, keinen Abbruch, wenn der noch unbebaute Bereich in einer wiederum zeitgemässen Architektursprache realisiert wird. Wie die Beschwerdeführer selber geltend machen, funktioniert die bereits erstellte Siedlung seit über 30 Jahren, ohne dass das eigentliche Zentrum von Neualtwil mit dem vorgesehenen Weierhofplatz, Laden, Kinderhort und -garten sowie weiteren gruppierten Wohnkomplexen erstellt worden wäre.

4.8. An der Tatsache, dass dem Gestaltungsplan eine mittlerweile veraltete Architektur zu Grunde liegt, ändert auch der Umstand nichts, dass das AREG den in der Westhälfte realisierten Teil als eine gelungene und in sich geschlossene und kompakte Wohnsiedlung mit guter städtebaulicher Qualität beurteilt und dass die ETH Zürich in ihrem Fallstudienbericht vom Juni 2008 zum Schluss gekommen ist, dass die Bewohner von Neualtwil mit ihrer Wohnsituation allgemein zufrieden sind. Während die Vorinstanz bemängelt, dass der Plan dem Grundsatz der haushälterischen Nutzung zu wenig nachlebe, anerkennt das Verwaltungsgericht, dass die realisierte Siedlung im Einklang mit den raumplanerischen Grundsätzen steht und insbesondere dem Prinzip der inneren Verdichtung vorbildlich nachlebt. Auf den beantragten Augenschein, mit dem widerlegt werden soll, dass der geltende Gestaltungsplan entgegen der Ansicht der Vorinstanz im Einklang mit den Planungsgrundsätzen stehe, kann deshalb verzichtet werden. Es ist aber eine Realität, dass in absehbarer Zeit niemand nach dem gültigen Sondernutzungsplan weiterbauen will, nachdem bereits die letztmals im Jahr 1996 für das betroffene Gebiet erteilte Baubewilligung ungenutzt dahin gefallen ist, weil sich keine Käufer für die Wohnungen mehr finden liessen. Damit liegt mitten im Siedlungsgebiet an bester Wohnlage eine riesige, gut erschlossene Baulandreserve brach, obwohl genau hier seit Jahrzehnten eine verdichtete Überbauung vorgesehen ist.

4.9. In der Kritik steht folglich nicht die Überbauung an sich, soweit diese auf Grund des zwischenzeitlich veralteten Plans realisiert worden ist. Im Widerspruch zu den Planungszielen und -grundsätzen, namentlich der haushälterischen und bestimmungsmässigen Nutzung, steht einzig der Plan, soweit er eine weitere Überbauung des Plangebiets verhindert. Dass die Bauzone in der Gemeinde Wil überdimensioniert wäre und es damit keine Rolle spielen würde, dass im Plangebiet auf unabsehbare Zeit nicht weitergebaut werde, machen die Beschwerdeführer nicht geltend und ist auch sonst nicht ersichtlich.

4.10. Aus dem Gesagten folgt, dass der Gestaltungsplan Neualtwil vom 21. Mai 1976 nicht bloss einer zeitgemässen Wohnüberbauung entgegensteht, sondern

wegen seiner veralteten Architektursprache grundsätzlich verhindert, dass das Plangebiet im Planungshorizont von 15 Jahren überbaut werde (Art. 15 lit. b RPG). Daran vermag weder der Einwand der Beschwerdeführer etwas zu ändern, dass von Anfang an vorgesehen war, die Überbauung in Etappen zu realisieren, noch dass der Plan vor über 36 Jahren pionierhaft in Vorwegnahme des erst am 1. Januar 1980 in Kraft getretenen Raumplanungsgesetzes an sich sämtliche Planungsgrundsätze erfüllt. Investoren, die bereit sind, die verbleibende 40 000 m$^2$ grosse, zentrumsnahe Baufläche zu überbauen, fanden sich erst wieder, nachdem feststand, dass der Sondernutzungsplan überarbeitet werde. Damit ist das verlangte wichtige öffentliche Interesse, den Gestaltungsplan Neualtwil wegen der wesentlich geänderten Grundlage zu ändern, klar gegeben. Die Planungsbehörde hat den Sondernutzungsplan somit zu Recht überprüft und überarbeitet, auch wenn eine Mehrheit der Bewohner im Plangebiet nach wie vor ein Interesse daran haben, dass ihre Wohnsiedlung im Geist der 70er Jahre weitergebaut werde.

## 22

*Art. 56 Abs. 4 BauG (sGS 731.1).* Bestätigung der Praxis des Baudepartementes, wonach der gewachsene Boden grundsätzlich an Hand des noch feststellbaren natürlich gewachsenen Geländes bestimmt wird und nicht an Hand des künstlich geschaffenen im Zeitpunkt der Baueingabe.

*Verwaltungsgericht, 20. März 2012*

Das Bauprojekt eines Mehrfamilienhauses sah eine Tiefgarage vor, die nach dem ursprünglichen Terrainverlauf auf der Hangseite aus dem Boden getreten wäre. Das Verwaltungsgericht bestätigte, dass zur Bestimmung, ob ein Gebäudeteil als unterirdische Baute gelte und damit unter anderem grenzabstandsprivilegiert sei, der gewachsene Boden grundsätzlich an Hand des noch feststellbaren natürlich gewachsenen Geländes gilt und nicht das im Zeitpunkt der Baueingabe künstlich geschaffene. Ausnahmen sind denkbar, wenn die Veränderungen in Gründen liegen, die nicht in der Verantwortung des Grundeigentümers bzw. seines Rechtsvorgängers liegen und wenn diese nicht wiederhergestellt werden können, ohne dass dies zu stossenden Ergebnissen führen. Dies trifft regelmässig bei grossflächigen Geländeveränderungen zu, die beispielsweise im Zusammenhang mit einem Strassenprojekt realisiert wurden. Das Gericht kam deshalb zum Schluss, dass beim vorliegenden Bauvorhaben die Vorschriften über die unterirdischen Bauten nicht zur Anwendung gelangen.

Aus den Erwägungen:

4. Streitgegenstand ist in erster Linie, ob die Tiefgarage als unterirdische Baute im Sinn des Gesetzes gelte oder nicht.

4.1. Als unterirdisch und damit als grenzabstandsbefreit im Sinn von Art. 56 Abs. 4 BauG gelten in der Politischen Gemeinde S. Bauten, die das gewachsene Terrain höchstens um 1 m überragen und so überdeckt sind, dass sich die Aufschüttung gut in das gewachsene Terrain einfügt. Ist eine Baute nur teilweise unterirdisch, gilt die Abstandsbefreiung für die entsprechenden Bauteile (Art. 31 BO).

4.2. Allgemein bedeutet unterirdisch unter dem Erdboden liegend (www.duden.de). Anders als zum Beispiel die Politische Gemeinde Rapperswil-Jona, die mit Art. 7 Abs. 2 des Baureglements vom 9. März 2011 verlangt, dass die unterirdische Baute sowohl unter dem gewachsenen als auch unter dem gestalteten Boden liegt (abrufbar unter: www.rapperswiljona.ch), nimmt Art. 31 BO lediglich Bezug auf das gewachsene Terrain. Die Politische Gemeinde Altstätten dagegen bezeichnet Bauten und Bauteile, die unterhalb des zulässig gestalteten Terrains liegen, als unterirdisch (Art. 35 Abs. 1 des Baureglements der Stadt Altstätten vom 6. August 2002, abgekürzt BauR, abrufbar unter: www.altstaetten.ch). Mit Blick auf Art. 48 BauR, wonach Auffüllungen das gewachsene Terrain nicht mehr als 1,5 m überschreiten dürfen, und die Skizze zu Art. 35 BauR, wird klar, dass mit dem «zulässig gestalteten Terrain» das höchstens bis 1,5 m ab dem gewachsenen Boden gestaltete Gelände gemeint ist. Diese Beispiele zeigen, dass mit unterirdisch im Rechtssinn nicht einfach «mit Erdreich überdeckt» gemeint ist, wie der Beschwerdeführer einwendet. Entscheidend ist vielmehr, unter welchem Boden die so genannte unterirdische Baute zu liegen kommt. In der Politischen Gemeinde S. ist dafür das gewachsene Terrain massgebend.

4.3. Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, die Begriffe «gewachsener Boden» im Sinn von Art. 60 Abs. 2 BauG bzw. «gewachsenes Terrain» im Sinn von Art. 31 BO seien nicht identisch.

4.3.1. Weder das Baugesetz noch die städtische Bauordnung umschreiben die beiden Begriffe näher. Es handelt sich dabei folglich um unbestimmte und damit auslegungsbedürftige Begriffe des kantonalen und allenfalls des kommunalen Rechts. Boden und Terrain sind gemäss www.duden.de Synonyme und somit sinnverwandte Wörter. Synonymie bezeichnet die Gleichheit oder Ähnlichkeit der Bedeutung von verschiedenen sprachlichen oder lexikalischen Ausdrücken oder Zeichen. Dies betrifft insbesondere Wörter. Zwei Wörter mit gleicher oder ähnlicher Bedeutung sind synonym und werden daher auch jeweils als Ersatzwort bezeichnet. Statt von Synonymie kann man von Bedeutungs-, Sinn- oder Verwendungsgleichheit, -ähnlichkeit oder -verwandtschaft sprechen. Die Begriffe «gewachsener Boden» und «gewachsenes Terrain» werden im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch denn auch ohne Weiteres gleichbedeutend gebraucht.

4.3.2. Ein Unterschied zwischen Boden und Terrain ergibt sich auch nicht daraus, wenn man nach dem Sinn und Zweck von Art. 60 Abs. 2 BauG und Art. 31 BO

fragt. Zwar regelt die kommunale Bestimmung bloss die Gebäudeteile unter Erde, während die Bestimmung des kantonalen Rechts die Höhe der gesamten Baute regelt. Das gewachsene Terrain als massgebliche Grösse beeinflusst aber in beiden Fällen die Höhenlage des davon betroffenen Gebäudes bzw. des Bauteils. Der Begriff «gewachsener Boden» ist daher sowohl bei der abstandsbefreiten unterirdischen Baute, als auch bei der Anrechenbarkeit von Untergeschossen oder der Messweise der Gebäudehöhe sowie der Fassaden- und Gebäudelänge massgebend (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 906). Das Erfordernis gemäss Art. 56 Abs. 4 BauG, dass durch die unterirdische Baute keine schutzwürdigen Interessen der Nachbarn beeinträchtigt werden dürfen, ist eine zusätzliche Anforderung an die Zulässigkeit der grenzabstandsprivilegierten unterirdischen Bauten und nicht der Normzweck schlechthin. Nebst dem Nachbarschutz kommen dem Grenzabstand nämlich noch weitere Funktionen zu, worauf die Vorinstanz zu Recht hingewiesen hat. Die öffentlichen Interessen liegen hier namentlich auf den Gebieten der Feuer- und Gesundheitspolizei, der guten Gestaltung der Siedlung ohne zu dichte Überbauungen und der Ästhetik (Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 612).

4.3.3. Das kantonale Recht verwendet den Begriff «Terrain» im Zusammenhang mit dem Gebäudeabbruch und den damit verbundenen wesentlichen Geländeveränderungen (Art. 79 BauG). Ansonsten setzt das Baugesetz für den Geländeverlauf das Synonym «Boden» ein. Den zusammengesetzten Begriff «gewachsener Boden» verwendet es bloss zusammen mit den Höhenangaben (Art. 25 BauG) und der Gebäudehöhe (Art. 60 Abs. 2 BauG). Bezüglich der unterirdischen Bauten sagt das Baugesetz im Rahmen von Art. 56 Abs. 4 BauG nichts über die Höhenlage der Baute aus, sondern hält einzig fest, dass diese grundsätzlich bis an die Grenze gestellt werden können. Was in diesem Zusammenhang als unterirdisch zu gelten hat, überlässt es den Gemeinden zu bestimmen. Den Begriff «gestalteter Boden oder Terrain» überlässt das Baugesetz ganz den Gemeinden.

4.3.4. Die Bauordnung der Politischen Gemeinde S. verwendet den Begriff «Boden» grundsätzlich für die unterste Fläche eines Raumes bzw. Zimmers (Höhenlage: Art. 19 Abs. 2 BO, Belichtung und Belüftung: Art. 54 Abs. 2 BO, Schutz gegen Feuchtigkeit: Art. 56 BO, Raummasse: Art. 57 BO), während es für das Erdreich regelmässig den Begriff Terrain einsetzt (Untergeschosse: Art. 18 Abs. 1 lit. d BO, Höhenlage: Art. 19 Abs. 3 BO, unterirdische Bauten: Art. 31 BO, Terrainveränderung: Art. 40 BO, Stützmauern und Böschungen: Art. 41 BO, Belichtung und Belüftung im Sockelgeschoss: Art. 54 Abs. 3 BO). Im Zusammenhang mit Bäumen greift Art. 39 Abs. 1 BO jedoch ebenfalls auf den Begriff «Boden» zurück, und meint damit das Gleiche wie sonst mit der Bezeichnung «Terrain».

4.3.5. Aus der Wortwahl und der Systematik des Gesetzes lässt sich somit ebenfalls nicht ableiten, die Bauordnung definiere mit dem Begriff «gewachsenes Terrain» etwas anderes als das Baugesetz mit dem Ausdruck «gewachsener Boden». Mit Blick auf Art. 41 Abs. 1 BO muss vielmehr das Gegenteil angenommen

werden. Demnach dürfen Stützmauern bis 1 m über bzw. unter das Niveau des natürlich gewachsenen Terrains geführt werden. Da unterirdische Bauten im Grenzabstand das gewachsene Terrain gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b BO ebenfalls nur 1 m überragen dürfen, kann im Zusammenhang mit Art. 31 BO ebenfalls nur der natürlich gewachsene Boden gemeint sein und nicht das künstlich geschaffene Terrain.

4.3.6. Aus dem Gesagten folgt damit, dass allein aus der unterschiedlichen Bezeichnung des Geländes als Boden oder Terrain keine verschiedenartigen Rechtsfolgen abgeleitet werden können.

4.4. Die Politische Gemeinde S. greift für die Definition der unterirdischen Baute – wie die meisten Gemeinden im Kanton St.Gallen – auf den Begriff des gewachsenen Erdreichs zurück. Diese Begriffsbestimmung ist ein massgeblicher Unterbegriff der Gebäudehöhe im Sinn von Art. 60 Abs. 1 und 2 BauG. Da es sich bei der Gebäudehöhe um einen ausschliesslich vom Baugesetz definierten Begriff handelt, von dem im Baureglement nicht abgewichen werden darf (B. Heer, a. a. O., Rz. 77), und auf Grund des Gesagten feststeht, dass in diesem Zusammenhang «Boden» und «Terrain» sowohl grammatikalisch als auch teleologisch und systematisch das Gleiche bedeuten, ergibt sich, dass es sich beim unbestimmten Rechtsbegriff gewachsener Boden bzw. Terrain um einen kantonalen Rechtsbegriff handelt, der einheitlich und für die Gemeinden bindend auszulegen ist.

4.4.1. Der Begriff «gewachsener Boden» wird im allgemeinen Sprachgebrauch grundsätzlich nicht gebraucht. Im juristischen Gebrauch ist er das inkompatible Antonym vom «gestalteten Boden». Inkompatibel in diesem Zusammenhang meint, dass sich die beiden Begriffe «gewachsen» und «gestaltet» gegenseitig ausschliessen. Gestalten bedeutet, dass der Bodenverlauf im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung des Grundstücks von Menschenhand verändert wurde. Dagegen deutet «gewachsen» im Sprachgebrauch darauf hin, dass etwas über einen längeren Zeitraum aus sich selbst heraus entstanden ist. Das Verwaltungsgericht musste sich zur Definition des gewachsenen Bodens bzw. dazu, welcher Zeitraum dafür massgebend sei, bis anhin nicht abschliessend äussern. Im Urteil B 2008/143 2008/149 vom 14. Mai 2009, E. 3.1. (abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch) hat es immerhin darauf hingewiesen, dass die verschiedenen kantonalen Rechtsgrundlagen dafür sehr unterschiedlich seien und die Kantone dementsprechend auch keine einheitliche Praxis verfolgen würden (vgl. dazu auch BGer 1C_170/2009 vom 28. August 2009, E. 3.6). Während Kantone wie St.Gallen den gewachsenen Boden nicht definieren, regeln andere – wie zum Beispiel der Kanton Zürich – den Begriff auf Verordnungsstufe, wobei sich der Rückgriff auf den natürlichen Geländeverlauf regelmässig auf eine bestimmte Zeitspanne von unterschiedlicher Länge beschränkt, in Zürich zum Beispiel auf zehn Jahre von der aktuellen Baueingabe an. Ob diese Frist dem gesetzlichen Begriff entspricht oder allenfalls zu kurz bemessen ist, wird konträr diskutiert, konnte aber bisher offengelassen werden (Fritzsche/Bösch/Wipf, a. a. O., S. 910). Die interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung baurechtlicher Begriffe vom 26. November 2010, dem bisher einzig die

Kantone Aargau, Baselland, Bern, Fribourg, Graubünden, Thurgau, Neuchâtel, Schaffhausen und Uri beigetreten sind, erklärt gemäss Anhang 1 Ziff. 1.1 als massgebliches Terrain grundsätzlich den natürlich gewachsenen Geländeverlauf, zumindest solange dieser noch festgestellt werden kann (abrufbar unter: www.bpuk.ch). Der Kanton Zürich gedenkt, diesem Konkordat ebenfalls beizutreten und die dort geregelten Messweisen zu übernehmen (Fritzsche/Bösch/Wipf, a. a. O., S. 546). Damit würde die Praxis des Kantons Zürich seit Inkrafttreten des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1957 (LS 700.1), den gewachsenen Boden als dynamischen Begriff zu interpretieren, grundsätzlich obsolet.

4.4.2. Wie die Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe setzt das Baudepartement seit langem den gewachsenen Boden in der Regel mit dem natürlichen Terrain gleich. Demnach ist als solches das Gelände zu verstehen, wie es durch die Erdfaltung und infolge natürlicher Erosion und grossflächigen Hangrutschungen oder ähnlichen Naturereignissen ohne vorgängige künstliche Eingriffe des Menschen vorgefunden wird. Dabei ist von den Umständen im Einzelfall auszugehen, wobei in erster Linie – sofern nachvollziehbar – auf das letzte bekannte gewachsene Terrain abzustellen ist. Das nachträglich gestaltete Terrain erachtet die Vorinstanz demgegenüber dort als massgeblich, wo das gewachsene nicht mehr feststellbar oder wo es in nicht missbräuchlicher Weise zu einer grossflächigen Veränderung über mehrere Nachbargrundstücke gekommen ist (Juristische Mitteilungen des Baudepartements 1999 Nr. 7 und 2008/III Nr. 4, abrufbar unter: www.jumi.sg.ch).

4.4.3. Diese Praxis des Baudepartements, wonach der gewachsene Boden grundsätzlich an Hand des noch feststellbaren natürlich gewachsenen Geländes bestimmt wird, wobei das gewachsene Terrain objektiv und unabhängig vom allfälligen Einfluss auf die Art der Einfügung einer geplanten Baute zu bestimmen ist, überzeugt. Dem widerspricht auch die bereits früher publizierte Praxis nicht, wonach bei einem Terrain, dessen ursprünglicher Verlauf sich heute nicht mehr feststellen lässt und das nicht missbräuchlich verändert wurde, für die Gebäude- und Firsthöhe auf den heutigen Grund abzustellen ist (M. Zemp, Kommentar zum Baugesetz des Kantons St.Gallen vom 6. Juni 1972, St.Gallen 1980, S. 269 f.). Kleinräumige Geländeanpassungen auf einzelnen Grundstücken dagegen bleiben somit grundsätzlich unbeachtlich. Ausnahmen sind denkbar, wenn die Veränderungen in Gründen liegen, die nicht in der Verantwortung des Grundeigentümers stehen und wenn diese nicht wiederhergestellt werden können, ohne dass dies zu stossenden Ergebnissen führen würde. Dies trifft – wie die Vorinstanz zu Recht ausführt – regelmässig bei grossflächigen Geländeveränderungen zu, die zum Beispiel im Zusammenhang mit einem Strassenbauprojekt realisiert werden. Dies war etwa bei der Erschliessung des südlichen R-berghangs in St.Gallen der Fall, der während der Hochblüte der St.Galler Stickerei vor über hundert Jahren überbaut und dafür mit zahlreichen parallel und quer zu einander verlaufenden Strassen überzogen wurde. Dafür wurden zum Teil über mehrere hundert Meter massive Geländeveränderungen um mehrere Höhenmeter nötig.

4.4.4. Die Praxis, auf die im Einzelfall gegebene Beweislage bzw. die unterschiedlich vorhandenen Belege abzustellen, ist denn auch nicht willkürlicher oder ungerechter, als die Festsetzung irgendeiner starren und beispielsweise mit zehn Jahren sehr kurzen Frist. Es würde im Gegenteil zu stossenden und mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht vereinbaren Situationen führen, wenn zum Beispiel der eine Grundeigentümer im Grenzabstand über dem natürlichen Gelände eine überdeckte Baute errichten könnte, bloss weil hier im Zusammenhang mit der Stammbaubewilligung vor wenigen Jahren das Gelände aufgeschüttet wurde, während sein Nachbar, der sein Umland etwa zur gleichen Zeit nicht aufgeschüttet hatte, nun seine Tiefgarage mehrere Meter tiefer unter dem tatsächlich gewachsenen Boden versenken müsste. Je weiter zurück gewachsenes Terrain nachgewiesen werden kann, umso eher besteht zudem die Gewähr dafür, dass es nicht innerhalb weniger Jahre oder Jahrzehnte zu einer unbeabsichtigten erheblichen Veränderung der Landschaft kommt.

4.4.5. Nebenbei gesagt käme es im umgekehrten Fall auch niemandem in den Sinn, dass Abgrabungen, die im Zusammenhang mit der erstmaligen Nutzung des Grundstücks ausgeführt worden sind, bei einem allfälligen späteren Neubau massgebend bleiben müssten, womit der Ersatzbau gegenüber dem ursprünglichen und den benachbarten Gebäuden wegen des nun tieferen Niveaupunktes unter Umständen in den Boden gedrückt werden müsste. In der Politischen Gemeinde S. könnte ein solcher Fall zwar Dank der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 20 Abs. 2 BO aufgefangen werden. In den meisten anderen Gemeinden wäre dies aber mangels einer entsprechenden Ausnahmebestimmung nicht möglich.

4.5. Vorliegend bewilligte die damalige Baupolizeikommission der Gemeinde S. mit Beschluss vom 25. Mai 1977 den Bau der damals noch privaten K-bergstrasse. Wie sich aus den entsprechenden Bewilligungsakten und namentlich aus den Planunterlagen ergibt, wurde die Strasse dabei möglichst natürlich in den Hang gelegt, so dass nur geringfügige Anböschungen nötig wurden. Gemäss genehmigtem Plan betreffend Querprofile vom 25. Mai 1977 wurde im Bereich des Wendekreises talseitig maximal angeböscht, und zwar um 1,6 m. Die gegenteilige Behauptung des Beschwerdeführers erweist sich somit als nicht stichhaltig.

4.6. Im Dezember 1979 ersuchte der damalige Eigentümer der Parzelle Nr. W0000 um Bewilligung des heutigen Einfamilienhauses. Dafür wurde der natürliche Geländeverlauf im Detail aufgenommen, und der Niveaupunkt des Einfamilienhauses wurde dabei auf 724,78 m ü.M. festgelegt. Das Erdgeschoss kam auf eine Höhe von 727,3 m ü. M. und das Untergeschoss auf eine solche von 724,65 m ü. M. zu liegen. Der Niveaupunkt der bestehenden Baute bzw. das natürlich gewachsene Terrain ist damit zweifelsfrei feststellbar. Am 22. Februar 1980 bewilligte die Baupolizeikommission das Baugesuch. In Abweichung dazu schüttete der Bauherr in der Folge im Westen und Norden des Wohnhauses das Gelände massiv auf, womit auf der von der Strasse ab- bzw. auf der dem Haus vorgelagerten Seite ein 10 m breiter Streifen ebenen Landes entstand. Die nachträgliche Be-

willigung dieser bis 3 m hohen Aufschüttung vom 18. Mai 1981 stand somit entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers nicht im Zusammenhang mit der 16,5 m hangaufwärts entfernt liegenden Quartierstrasse. Die Aufschüttung diente einzig der besseren und komfortableren Gartennutzung des Grundstücks. Auch wenn diese auf das Grundstück Nr. W0000 beschränkte Geländeänderung nachträglich bewilligt werden konnte, ändert dies am tatsächlichen, auf Grund der Stammbaubewilligung detailliert festgehaltenen und nach wie vor nachvollziehbaren natürlich gewachsenen Terrain nichts.

4.7. Aus dem Gesagten folgt, dass das abfallende Grundstück zwar zur besseren Nutzbarkeit ihm Rahmen des Zulässigen aufgeschüttet werden durfte. Solange der ursprüngliche Verlauf des gewachsenen Bodens wie vorliegend aber zweifelsfrei feststellbar ist, die Aufschüttung sich im Wesentlichen auf diese Liegenschaft beschränkt und damit ohne weiteres auch wieder entfernt werden könnte, gibt es keinen Grund, den Neubau statt auf der Grundlage des ursprünglich gewachsenen Geländeverlaufs, auf der Basis des heutigen aufgeschütteten Bodens zu erstellen, welcher der damalige Grundeigentümer ohne Not, sondern einzig auf Grund seines damaligen persönlichen Wunsches künstlich erhöht hatte. Das Gegenteil hätte die unerwünschte Folge, dass ein Ersatzbau an einem Hang einzig wegen einer Gartengestaltung mehrere Meter höher zu stehen käme als das ursprüngliche Gebäude.

4.8. Konkret weisen die Pläne des Dreifamilienhauses statt auf dem gewachsenen auf dem gestalteten Terrain einen so genannten «Niveaupunkt» von 726,29 m ü. M. auf, während jener des heutigen Einfamilienhauses auf dem tatsächlich gewachsenen 724,78 m ü. M. liegt. Dieser liegt damit einiges tiefer, obwohl das Haus insgesamt weiter hangaufwärts steht. Auf Grund der Spezialnorm von Art. 20 Abs. 2 BO, wonach die Gebäudehöhe überschritten werden darf, wenn die Höhenlage nach Art. 19 BO eingehalten ist, wirkt sich der baurechtswidrig ermittelte Niveaupunkt aber gleichwohl nicht negativ auf die Gebäudehöhe des Neubaus aus (VerwGE B 2008/143 und B 2008/149 vom 14. Mai 2009, E. 3.1.7., abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch). Bezüglich der unterirdischen Bauten kennt die Bauordnung aber keine solche Ausnahmebestimmung wie bei der Gebäudehöhe. Diese bestimmen sich einzig an Hand des gewachsenen Terrains, das sich vorliegend nach dem Gesagten allein auf Grund des natürlich gewachsenen Bodens bestimmt. Das Gleiche würde übrigens gelten, wenn das heutige Wohnhaus bestehen bliebe und lediglich um eine Tiefgarage im Untergrund ergänzt würde. In diesem Fall verstünde es sich von selbst, dass die Garage ebenfalls nicht bloss unter dem bereits gestalteten Gelände zu liegen hätte, sondern dass ihre Höhenlage ebenfalls auf Grund des natürlich gewachsenen Terrains berechnet werden müsste.

4.9. Die mit dem vorliegend zu beurteilenden Korrekturgesuch vergrösserte und neu gut 5 m über die Westfassade vorspringende Tiefgarage liegt unbestrittenermassen zum Teil über dem natürlich gewachsenen Boden und überragt selbst das

mit rund 3 m künstlich gestaltete Terrain. Damit ist klar, dass die Garage in diesem Bereich nicht als unterirdische Baute im Sinn von Art. 31 BO gelten kann.

## 8. Abgaben

### 23

*Art. 4 bis 7 und Art. 91 ff. DBG (SR 642.11).* Der Pflichtige ist internationaler Wochenaufenthalter mit Wohnsitz in Deutschland. Er hält sich während der Woche in St.Gallen auf und ist hier sowohl unselbständig als auch selbständig tätig. Sein Einkommen in der Schweiz aus unselbständiger Tätigkeit wird an der Quelle besteuert, jenes aus selbständiger Tätigkeit im ordentlichen Verfahren. Da die Quellensteuer vollumfänglichen Abgeltungscharakter hat, wird das Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit auch nicht bei der Satzbestimmung für die Besteuerung des selbständigen Einkommens berücksichtigt.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 13. November 2012*

Aus den Erwägungen:

2. ...

a) Gemäss Art. 15 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern von Einkommen und Vermögen vom 11. August 1971 (SR 0.672.913.62, abgekürzt DBA-D) können Gehälter, Löhne und ähnliche Vergütungen, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Person aus unselbständiger Arbeit bezieht, nur in diesem Staat besteuert werden, es sei denn, dass die Arbeit in dem anderen Vertragsstaat ausgeübt wird. Wird die Arbeit dort ausgeübt, so können die dafür bezogenen Vergütungen in dem anderen Staat besteuert werden. Das DBA-D sieht dabei keine Sonderregelungen zur Behandlung von Wochenaufenthaltern vor, weshalb die Steuerhoheit für die Besteuerung der Erwerbseinkünfte dem Arbeitsortsstaat zukommt (vgl. Zigerlig/Jud, in: Zweifel/Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2b, 2. Aufl. 2008, N 5 zu Art. 91 DBG).

b) Art. 4 und 5 DBG regeln die beschränkte Steuerpflicht aufgrund wirtschaftlicher Zugehörigkeit. Abs. 1 lit. a von Art. 5 DBG erklärt natürliche Personen ohne steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz als steuerpflichtig, wenn sie hier eine Erwerbstätigkeit ausüben. So verhält es sich, wenn sich eine

Person während weniger als 30 Tagen in der Schweiz zu Erwerbszwecken aufhält oder wenn sie als Grenzgänger oder Wochenaufenthalter in der Schweiz erwerbstätig ist. In diesen Fällen ist auf dem Erwerbseinkommen von Arbeitnehmern die Quellensteuer nach Art. 91 DBG zu erheben (BGE 137 II 246 E. 3).

Der Steuerabzug an der Quelle ersetzt die ordentliche Veranlagung und den ordentlichen Bezug hinsichtlich aller Einkünfte, die der Quellensteuer unterliegen, vollständig. Es findet insbesondere keine nachträgliche ordentliche Veranlagung nach Art. 90 Abs. 2 DBG statt. Bei der Quellensteuer nach Art. 91–97 DBG gilt daher der Grundsatz der Einzelbetrachtung mit der Konsequenz, dass der Progressionsvorbehalt nach Art. 7 Abs. 1 DBG bei einer derartigen Besteuerung nicht zum Tragen kommt (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 6 zu VB zu Art. 91–101 DBG). Dies bedeutet, dass aufgrund des Abgeltungscharakters und der selbständigen Erhebung der Quellensteuer die von dieser erfassten Einkünfte auch nicht zur Satzbestimmung der im ordentlichen Verfahren veranlagten Einkünfte herangezogen werden (Agner/Jung/Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995, N 4 zu Art. 7 DBG).

c) Das kantonale Steueramt anerkannte am 3. Juni 2010 den Status des Beschwerdeführers als internationalen Wochenaufenthalter im Ausland für das Jahr 2007. Dass sich dieser Status für das Jahr 2008 verändert haben soll, wurde weder geltend gemacht, noch ergibt es sich aus den Unterlagen. Folglich ist für das Jahr 2008 ebenfalls von einem Wochenaufenthalterstatus des Beschwerdeführers auszugehen. Im Jahr 2008 erhielt dieser für seine unselbständige Erwerbstätigkeit einen Nettolohn von Fr. 115 168.–. Aufgrund seines Wohnsitzes in Deutschland wurde ihm darauf eine Quellensteuer in der Höhe von Fr. 20 259.– erhoben. Da der Steuerabzug an der Quelle die ordentliche Veranlagung ersetzt, darf nach den oben dargelegten Grundsätzen bei der Besteuerung des Einkommens aus dem selbständigen Nebenerwerb des Beschwerdeführers das Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit nicht mehr satzbestimmend berücksichtigt werden. Daraus folgt auch, dass die im Zusammenhang mit der unselbständigen Erwerbstätigkeit angefallenen Berufskosten nicht abgezogen werden können (vgl. Zigerlig/Jud, a. a. O., N 2 zu Art. 99 DBG).

Richtig und unbestritten ist, dass die Einkünfte aus Wertschriften und Guthaben sowie der Ertrag aus Eigennutzung, Miet- und Pachtzinsen der in Deutschland gelegenen Liegenschaft in der Schweiz nicht besteuert werden. Dies wurden sie im vorliegenden Fall auch nicht. Diese Einkünfte sind jedoch beim Steuersatz zu berücksichtigen (vgl. R. Cadosch, Kommentar zum DBG, 2. Aufl. 2008, N 2 zu Art. 6 DBG).

## 24

*Art. 10 Abs. 1 DBG (SR 642.11).* Die Steuerpflichtigen hatten ein Grundstück geerbt, worauf einzelne Erben ihre Anteile an die Miterben abtraten. Es ist weiterhin vom Bestand einer Erbengemeinschaft und nicht von einer einfachen Gesellschaft auszugehen, da die Gründung einer solchen nicht nachgewiesen ist und die Gemeinschaft der Eigentümer in allen Unterlagen als Erbengemeinschaft bezeichnet wird. Die Anteile wurden daher von der Veranlagungsbehörde zu Recht nach erbrechtlichen Grundsätzen festgelegt.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 25. September 2012*

Aus den Erwägungen:

2. In der Beschwerde ist die steuerrechtliche Behandlung des Grundstücks Nr. 0000 umstritten.

a) Die Vorinstanz führt im Einspracheentscheid aus, die Liegenschaft Nr. 0000 befinde sich als Erbengemeinschaft im Gesamteigentum der Erben, weshalb eine quotenmässige Aufteilung der Liegenschaftserträge und Aufwendungen vorzunehmen sei. Betreffend den monatlichen Zahlungen an Z sei anzunehmen, dass es sich dabei entweder um Ausgleichszahlungen wegen früherer Erbvorbezüge der Miterben oder um ein Vermächtnis zulasten des Nachlassvermögens handle. Solche Leistungen seien jedoch nicht vom Einkommen absetzbar. Da dadurch aber eine Vermögensschmälerung stattfinde, sei ein anteilsmässiger Schuldenabzug gerechtfertigt. Weiter begründe die Liegenschaft nicht Geschäfts-, sondern Privatvermögen, weshalb eine Verlustverrechnung ausgeschlossen sei. Aus dem gleichen Grund sei auch eine Reservebildung zwecks Erneuerungsfonds nicht möglich. Ausserdem seien die Veranlagungen des Steuerjahres 2009 rechtskräftig.

Die Beschwerdeführer stellen sich hingegen auf den Standpunkt, die Liegenschaft Nr. 0000 befinde sich nicht im Gesamt-, sondern im Miteigentum der einzelnen Steuerpflichtigen. Es liege keine Erbengemeinschaft vor. Es sei vielmehr von einer einfachen Gesellschaft auszugehen. Es sei ihnen deshalb freigestellt, wie sie den jährlichen Reingewinn aus der Liegenschaftsverwaltung untereinander aufteilen. Die vermögens- und ertragsmässigen Anteile der Gesellschafter richteten sich nach der Bilanz der Gesellschaft bzw. nach der Buchhaltung. Ausserdem habe die Liegenschaftsrechnung im Jahr 2009 aufgrund umfangreicher Renovationsaufwendungen einen Reinverlust ausgewiesen. Den Steuerpflichtigen sei die Möglichkeit einzuräumen, eine entsprechende Verlustverrechnung im Jahr 2010 vorzunehmen. Zumindest sei ihnen zu bewilligen, zulasten der Liegenschaftsrechnung 2010 jährliche Rückstellungen von 10 Prozent der Mieteinnahmen zu bilden, um damit einen Renovationsfonds zu schaffen. Schliesslich seien die Beschwerdeführer erbrechtlich verpflichtet, aus den Erträgen der Liegenschaft verwandtenunterstützungsmäs-

sig Z monatlich eine Rente von Fr. 1200.– zu bezahlen, bis dieser das 65. Altersjahr erreicht habe. Da es sich nicht um Erbrückzahlungen handle, sei diese Rentenverpflichtung zulasten des Liegenschaftsergebnisses zum Abzug zuzulassen.

b) Zunächst ist zu klären, ob das Grundstück Nr. 0000 Gesamt- oder Miteigentum der Beschwerdeführer darstellt.

aa) Beerben mehrere Erben den Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten (Art. 602 Abs. 1 ZGB). Die Erben werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Wird nicht der gesamte Nachlass geteilt bzw. werden nur einzelne Mitglieder aus der Gemeinschaft entlassen, spricht man von einer partiellen Erbteilung unter Fortsetzung der Erbengemeinschaft. Ob eine blosse Fortsetzung der Erbengemeinschaft oder eine Absicht vorliegt, die Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft umzuwandeln, muss durch Auslegung der getroffenen Vereinbarung bestimmt werden. Die Fortsetzung der Erbengemeinschaft wird dabei gegenüber der Umwandlung vermutet. Der Übergang der Erbengemeinschaft in eine andere rechtliche Gemeinschaft bedarf stets einer – wenn auch bei formlosen Gründungen stillschweigenden – Vereinbarung unter den Erben (vgl. Th. Weibel, in: Abt/Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, N 47 ff. zu Art. 602 ZGB und N 5 zu Art. 634 ZGB; AJP 10/96 S. 1284).

Der Eintrag des Eigentums im Grundbuch enthält nach Art. 94 Abs. 1 der Grundbuchverordnung (SR 211.432.1, abgekürzt GBV) unter anderem die Bezeichnung des Eigentümers, das Eintragungsdatum und den Erwerbsgrund. Bei Miteigentum wird der Anteil jedes Miteigentümers durch den entsprechenden Zusatz («zu ?», «zu ?» usw.) zum Namen jedes Miteigentümers angegeben. Bei Gesamteigentum ist das Rechtsverhältnis anzugeben, das die Gemeinschaft oder Gesellschaft begründet (Art. 96 Abs. 1 und 3 GBV). Den Angaben des Grundbuchs kommt die in Art. 9 Abs. 1 ZGB angeordnete verstärkte Beweiskraft zu, d. h. diese Angaben haben die Vermutung der Richtigkeit für sich. Die Unrichtigkeit der im Grundbuch enthaltenen Angabe über das zwischen den Gesamteigentümern bestehende Gemeinschaftsverhältnis kann sich unter anderem daraus ergeben, dass die Gesamteigentümer das zwischen ihnen bestehende Gesamthandverhältnis nachträglich durch ein anderes Verhältnis ersetzt haben. Aus Gründen der Rechtssicherheit sind – auch wenn kein Eigentumswechsel stattfindet – eine öffentliche Beurkundung und die Eintragung ins Grundbuch nötig. Entbehrlich ist die öffentliche Beurkundung (nicht aber die Eintragung im Grundbuch) im Falle, dass auf dem Wege der Erbteilung Gesamteigentum in Miteigentum umgewandelt wird (vgl. BGE 96 II 325 E. 6 lit. b und c).

bb) Im Mai 2010 meldeten die Beschwerdeführer sowie die übrigen zu diesem Zeitpunkt am Grundstück berechtigten Eigentümer die Abtretung der Erbteile an die Miterben an. Im Vertrag wurde dabei unter «Weitere Vertragsbestimmungen»

festgehalten, dass das Eigentum am Grundstück Nr. 0000 neu auf «Z R, Erbengemeinschaft (. . .) Gesamteigentum» laute, worauf die einzelnen Eigentümer aufgezählt wurden und in Klammern jeweils ihr Quotenanspruch aufgeführt wurde. In der entsprechenden Handänderungsanzeige vom 25. Mai 2010 wird als Eigentumsverhältnis Gesamteigentum angegeben, ohne Aufzählung der auf die einzelnen Eigentümer entfallenden Quoten. Aufgrund der erhöhten Glaubwürdigkeit des Grundbuches ist daher davon auszugehen, dass das Grundstück Nr. 0000 im Gesamteigentum der Beschwerdeführer sowie von Z und Y steht. Stünde die Liegenschaft im Miteigentum, hätte eine Anpassung des Grundbucheintrags erfolgen müssen. Ausserdem konnten die Beschwerdeführer keine Belege vorlegen, welche das Gegenteil beweisen würden.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich kein anderes Ergebnis ergäbe, wenn von einer einfachen Gesellschaft auszugehen wäre. Denn bei dieser besteht die gesetzliche Vermutung, dass das Gesellschaftsvermögen im Gesamteigentum der beteiligten Gesellschafter steht (vgl. Art. 544 Abs. 1 OR). Zwar können die Gesellschafter von der Vermutung der Gesamthandschaft abweichen und – im Gesellschaftsvertrag – an ihrer Stelle Miteigentum vereinbaren (vgl. J. Wichtermann, in: Honsell/Vogt/Geiser, Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl. 2011, N 24 zu Art. 652 ZGB). Aber auch hier muss die Umwandlung von Gesamt- in Miteigentum zwingend im Grundbuch eingetragen werden (vgl. H. Laim, in: Honsell/Vogt/Geiser, a. a. O., N 27 zu Art. 656 ZGB).

cc) Zusammenfassend ist damit im Folgenden davon auszugehen, dass das Grundstück Nr. 0000 im Gesamteigentum der Beschwerdeführer und zwei weiterer Eigentümer steht.

c) Nach Art. 10 Abs. 1 DBG werden Einkommen und Vermögen der Erbengemeinschaft den einzelnen Erben nach deren Berechtigung an der Erbengemeinschaft anteilsmässig zugerechnet. Diese Regelung ist zwingend und kann nicht durch anders lautende Abmachungen der Erben geändert werden. Die Berechtigung an der Erbschaft (Quoten) ergibt sich in der Regel aus der letztwilligen Verfügung und bei deren Fehlen aus der gesetzlichen Erbfolge. Weichen die Erbberechtigten in einem späteren Erbteilungsvertrag von den testamentarischen oder gesetzlichen Anteilen ab, so richtet sich die Besteuerung bis zum Teilungszeitpunkt grundsätzlich nach der testamentarischen oder gesetzlichen und nicht nach der vertraglichen Berechtigung (vgl. Schorno/Ursprung, in: Klöti-Weber/Siegrist/Weber, Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Band 1, 3. Aufl. 2009, N 5 und 7 zum inhaltlich gleichlautenden § 10 [Abs. 1]). Das Steuergesetz geht dabei über die Tatsache hinweg, dass es bei Gesamteigentum streng genommen keine Anteile gibt, indem sich das Recht eines jeden auf die ganze Sache richtet. Die Besteuerung nach Anteilen verhindert jedoch, dass derselbe Vermögensgegenstand mehrfach erfasst wird (vgl. GVP 1986 Nr. 31; Wichtermann, a. a. O., N 43 zu Art. 652 ZGB; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Zürcher Kommentar, Bd. IV/1, 1977, N 40 zu Art. 652–654 ZGB).

aa) Jeder Erbe kann seinen Erbanteil veräussern (vgl. Art. 635 ZGB). Dabei erwirbt der Zessionar des Erbanteils, der bereits Miterbe ist, nicht bloss einen Anspruch auf das Teilungsergebnis, sondern tritt in die Stellung des Zedenten ein, der seinerseits aus der Erbengemeinschaft ausscheidet (Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. 2009, § 85 N 9 und 14). Mit Vertrag vom 19. Mai 2010 traten zwei der sieben Miterben ihren Erbanteil an der Erbengemeinschaft zu gleichen Teilen an die Beschwerdeführer 1, 2 und 3 sowie an Y ab. Zuvor waren die Miterben zu je einem Siebtel an der Erbschaft beteiligt. Durch die Abtretung wuchsen der Erbanteil der in der Erbengemeinschaft verbleibenden Beschwerdeführer und derjenige von Y auf drei Vierzehntel an. Der Quotenanspruch von Z verblieb bei einem Siebtel.

bb) Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a DBG sind alle Einkünfte aus Vermietung, Verpachtung, Nutzniessung oder sonstiger Nutzung steuerbar. Die Mietzinseinnahmen belaufen sich aufgrund der Erfolgsrechnung im Jahr 2010 auf Fr. 132 907.– (Fr. 44 060.– bis Mai 2010, Fr. 88 847.– ab Juni 2010), welche beim Einkommen der Beschwerdeführer anteilsmässig aufzurechnen sind. Bis Mai 2010 waren die Beschwerdeführer zu je einem Siebtel, d. h. mit Fr. 6294.– an den Einnahmen beteiligt. Ab Juni 2010 beträgt der Anteil sodann Fr. 19 038.–. Insgesamt sind folglich bei allen Beschwerdeführern beim Einkommen anstelle von Fr. 24 063.– jeweils Fr. 25 332.– aufzurechnen.

Als Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände können die Mitglieder der Erbengemeinschaft nur gemeinsam über die Rechte der Erbschaft verfügen (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB). Die gemeinsame Wahrnehmung der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnisse durch sämtliche Erben erheischt grundsätzlich stets Einstimmigkeit. Sämtliche Rechtsgeschäfte, aber auch jedes faktische Handeln, das Erbschaftsgegenstände betrifft, bedürfen einer Einigung sowie des gemeinsamen Vorgehens sämtlicher Erben. Das Einstimmigkeitserfordernis kann nicht durch erblasserische Verfügung wegbedungen werden (vgl. Weibel, a. a. O., N 21 und 23 zu Art. 602 ZGB). Die Mutter der Geschwister konnte daher in ihrem Testament gegenüber den übrigen Mitgliedern der Erbengemeinschaft keine verbindlichen Auflagen treffen oder Vermächtnisse ausrichten, weshalb dem Standpunkt der Vorinstanz, wonach es sich bei den monatlichen Zahlungen an Z von Fr. 1200.– um Ausgleichszahlungen aufgrund früherer Erbvorbezüge oder um ein Vermächtnis zu Lasten des Nachlassvermögens handelt, nicht gefolgt werden kann. Die Beschwerdeführer kamen jedoch freiwillig dem Willen ihrer Mutter nach. Eine Gewinnverteilungsregelung im Sinn von Art. 533 Abs. 1 OR liegt dabei nicht vor, da – wie bereits ausgeführt – die Beschwerdeführer eine Erbengemeinschaft und nicht eine einfache Gesellschaft bilden. Unter welchem Titel die Zuwendungen an Z zu subsumieren sind, kann schliesslich offen bleiben, da lediglich die in Art. 33 und 33a DBG aufgezählten allgemeinen Abzüge von den Einkünften abgezogen werden können. Insbesondere berechtigen Leistungen in Erfüllung anderer familienrechtlicher Unterhalts- oder Unterstützungspflichten nicht zum Abzug (Art. 33 Abs. 1 lit. c letz-

ter Satzteil DBG). Ob allenfalls bei der Vermögensbesteuerung ein Abzug vorzunehmen ist, ist im Rekursverfahren betreffend Kantons- und Gemeindesteuern zu prüfen (vgl. VRKE-I/1–2012/78).

## 25

*Art. 17 Abs. 2 und Art. 38 DBG (SR 642.11).* Kapitalleistung des Arbeitgebers. Der Pflichtige war Bankangestellter und wurde mit 61Jahren vorzeitig pensioniert, wobei ihm die Arbeitgeberin bei diesem Anlass eine Kapitalleistung ausrichtete. Da diese nach dem Dienstalter und nicht nach einer allfälligen Vorsorgelücke bemessen wurde und sich nicht auf das Vorsorgereglement, sondern auf das Personalreglement stützte, hat die Veranlagungsbehörde das Merkmal des Vorsorgecharakters der Kapitalleistung zu Recht verneint.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 25. September 2012 (vgl. auch SGE 2012 Nr. 20)*

Aus den Erwägungen:

2. Im Rekurs ist einzig umstritten, ob die Zahlung von Fr. 45 648.–, welche die frühere Arbeitgeberin dem Rekurrenten anlässlich der Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 30. September 2009 ausrichtete, im Rahmen der Einkünfte aus der unselbständigen Erwerbstätigkeit ordentlich zu besteuern oder als Leistung mit Vorsorgecharakter privilegiert zu behandeln ist.

a) Gemäss Art. 17 Abs. 1 DBG sind alle Einkünfte aus privatrechtlichem oder öffentlichrechtlichem Arbeitsverhältnis mit Einschluss der Nebeneinkünfte wie Entschädigungen für Sonderleistungen, Provisionen, Zulagen, Dienstalters- und Jubiläumsgeschenke, Gratifikationen, Trinkgelder, Tantiemen und andere geldwerte Vorteile steuerbar. Kapitalabfindungen aus einer mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Vorsorgeeinrichtung oder gleichartige Kapitalabfindungen des Arbeitgebers werden nach Art. 38 DBG gesondert besteuert (Art. 17 Abs. 2 DBG). Kapitalzahlungen des Arbeitgebers ohne Vorsorgecharakter haben ihre Besteuerungsgrundlage in der Regel in Art. 17 Abs. 1 DBG (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 77 zu Art. 17 DBG). Der Einkommensbegriff gemäss Art. 17 Abs. 1 DBG umfasst neben periodischen auch einmalige bzw. unregelmässig wiederkehrende Leistungen. Es gehören deshalb grundsätzlich auch Kapitalleistungen des Arbeitgebers oder von Dritten zu den nach Art. 17 DBG steuerbaren Einkünften. Viele Kapitalleistungen, die der Arbeitgeber bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ausrichtet, sind nach Art. 23 lit. a DBG steuerbar (vgl. Rich-

ner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 65 und 68 zu Art. 17 DBG). Gemäss Art. 23 lit. a DBG sind alle anderen Einkünfte steuerbar, die an die Stelle des Einkommens aus Erwerbstätigkeit treten. Erfasst werden Einkünfte, soweit sie dazu bestimmt sind, den Ausfall von Erwerbseinkommen zu ersetzen. Während die Besteuerung nach Art. 17 DBG voraussetzt, dass das Einkommen aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis stammt, kommt Art. 23 lit. a DBG dann zur Anwendung, wenn der Rechtsgrund für den Einkommenszufluss darin liegt, dass ein Arbeitsverhältnis zwar einmal bestanden hat, dieses nun aber gerade nicht mehr (oder nicht mehr in vollem Umfang) besteht. Leistungen des Arbeitgebers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses können auf dem nun zu beendenden Arbeitsverhältnis beruhen (z. B. Abgangsentschädigung bei vorzeitiger Entlassung; Bonuszahlung im Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses) und somit nach Art. 17 DBG besteuert werden, wie es auch möglich ist, dass die Leistung darauf beruht, dass das Arbeitsverhältnis nun beendet ist (z. B. Entschädigung für voraussichtliche künftige Lohneinbussen); im letzteren Fall richtet sich die Besteuerung nach Art. 23 lit. a DBG. Der Mittelzugang ist regelmässig in der eingeschränkten oder unterbrochenen Erwerbstätigkeit begründet und entsprechend dazu bestimmt, einem Steuerpflichtigen, der seine Erwerbstätigkeit dauernd oder nur vorübergehend freiwillig oder unfreiwillig, ganz oder teilweise einstellt, das wegfallende Erwerbseinkommen zu ersetzen (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 9 zu Art. 23 DBG).

b) aa) Nach dem Kreisschreiben Nr. 1 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 3. Oktober 2002 zur Abgangsentschädigung resp. Kapitalabfindung des Arbeitgebers gelten als gleichartige Kapitalabfindungen im Sinn von Art. 17 Abs. 2 DBG Abgangsentschädigungen des Arbeitgebers, die unter gewissen Voraussetzungen bei vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet werden. Es sind also Kapitalabfindungen, die grundsätzlich bei gleicher Gelegenheit erfolgen wie Freizügigkeitsleistungen einer Vorsorgeeinrichtung. Abgangsentschädigungen haben Vorsorgecharakter, wenn sie ausschliesslich und unwiderruflich dazu dienen, die mit den Risiken Alter, Invalidität und Tod verbundenen finanziellen Folgen zu mildern. Dazu gehören beispielsweise freiwillig geleistete Entschädigungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, um die durch den vorzeitigen Austritt entstandenen Lücken in dessen beruflicher Vorsorge zu schliessen. Bei deren Berechnung sind die vorsorgerechtlichen Grundsätze zu beachten. Die Entschädigung muss analog der BVG-Leistungen objektiv dazu dienen, im Vorsorgefall (Alter, Tod, Invalidität) dem Empfänger die Fortsetzung seiner gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise sicherzustellen. Gleichartige Kapitalabfindungen des Arbeitgebers im Sinn von Art. 17 Abs. 2 DBG können deshalb steuerlich als Vorsorgeleistungen betrachtet werden, wenn der Steuerpflichtige das Unternehmen ab dem vollendeten 55. Altersjahr verlässt, die (Haupt-)Erwerbstätigkeit definitiv aufgegeben wird und durch den Austritt aus dem Unternehmen und dessen Vorsorgeeinrichtung eine Vorsorgelücke entsteht (Ziff. 3.2). Keinen Vorsorgecharakter haben demgegenüber Kapitalzahlungen des Arbeitgebers unter anderem dann, wenn die Entschädi-

gung den Charakter eines Schmerzensgeldes für die Entlassung, einer Risikoprämie für die persönliche Sicherheit und berufliche Zukunft oder einer Treueprämie für ein langjähriges Dienstverhältnis hat oder die Kapitalzahlung mit einer offenen Zweckformulierung zur Auszahlung kommt und keine Vorsorgelücke ausgewiesen ist (Ziff. 3.5).

Das Kreisschreiben stellt lediglich eine Verwaltungsrichtlinie dar, die nicht wortgetreu umzusetzen ist und die Behörde nicht von der Beurteilung des Einzelfalls im Licht der gesetzlichen Bestimmungen entbindet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_538/2009 vom 19. August 2010, E. 4.4 mit Hinweis auf BGE 135 II 305 E. 8.1). So lässt sich beispielsweise die Alterslimite von 55 Jahren nicht mehr mit der aktuellen Rechtslage begründen, da nach dem Recht der beruflichen Vorsorge seit 1. Januar 2006 ein Altersrücktritt grundsätzlich frühestens nach dem 58. Altersjahr vorgesehen werden kann (vgl. Art. 1i der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge; SR 831.441.1, abgekürzt BVV2). Ob die Kapitalleistung, die anlässlich der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ausbezahlt wird, Vorsorgecharakter hat, ist anhand der gesamten Umstände des Einzelfalls, wie sie sich im Auszahlungszeitpunkt präsentiert haben, zu beurteilen. Es sind auch allfällige weitere Leistungen des Arbeitgebers (Bezahlung der Beiträge an die Vorsorgeeinrichtung, Überbrückungsrenten usw.) zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist auch, ob die Kapitalabfindung auf einer vertraglichen Pflicht des Arbeitgebers beruht, denn eine solche spräche gegen einen Vorsorgecharakter. Im Weiteren sind die berufliche Situation des Arbeitnehmers, der Stand seiner Altersvorsorge und die Erklärungen der Beteiligten in Betracht zu ziehen (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 14 zu Art. 38 DBG). Eine von der Regel abweichende privilegierte oder aufgeschobene Besteuerung ist zudem steuermindernder Natur, so dass das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen vom Steuerpflichtigen nachzuweisen ist (vgl. R. Blöchliger, Wann haben Abgangsentschädigungen Vorsorgecharakter?, in: StR 63/2008 S. 498 ff., S. 513 mit Hinweisen; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 66 zu Art. 17 DBG).

Aus dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 2 DBG und dem vom Gesetzgeber beabsichtigten sozialpolitischen Zweck, mit der Brechung der Progression gemäss Art. 38 DBG die Vorsorge zu privilegieren (vgl. Botschaft Steuerharmonisierung, in: BBl *1983 III,* S. 177), leitet die bundesgerichtliche Rechtsprechung ab, dass die steuerliche Begünstigung auf jene vom Arbeitgeber ausgerichteten Abgangsentschädigungen beschränkt werden soll, die in einem engen Zusammenhang («lien étroit») mit der beruflichen Vorsorge stehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_538/2009 vom 19. August 2010, E. 4.1). So hat das Bundesgericht festgehalten, unter die gleichartigen Kapitalabfindungen des Arbeitgebers fielen nur solche mit überwiegendem Vorsorgecharakter (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.50/2000 vom 6. März 2001, E. 3e, veröffentlicht in: ASA 71 S. 486 und StE 2001 B 26.13 Nr. 15). Das Bundesgericht hält – entgegen der in der Lehre teilweise geäusserten Kritik – an einer restriktiven Rechtsprechung fest (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_538/2009

vom 19. August 2010, E. 4.5) und erkennt in Austrittsleistungen des Arbeitgebers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Regel keinen Vorsorgecharakter mehr. Immer dann, wenn der Empfänger über die Leistung des Arbeitgebers frei verfügen kann bzw. sich für die Überweisung auf ein bestimmtes Konto (z. B. Freizügigkeitskonto) entscheiden kann, entfällt danach eine Behandlung als vorsorgeähnliche Leistung. Die Begünstigung ist praktisch auf beitragsfreie Sozialleistungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses beschränkt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.50/2000 vom 6. März 2001, a. a. O.; M. Steiner, Vorsorgerecht und Steuern, in: ASA 71 S. 177 ff., S. 182).

c) aa) Nach der Darstellung des 1948 geborenen Beschwerdeführers wurde das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen vorzeitig – ein ordentlicher Altersrücktritt ist ab dem 62. Altersjahr möglich – per 30. November 2009 aufgelöst. Aus dem Arbeitsverhältnis flossen ihm neben dem Lohn unregelmässige Leistungen von Fr. 63 426.– zu, die sich gemäss Darstellung im Lohnausweis aus einem Bonus von Fr. 10 000.–, der Auszahlung von Ferienansprüchen von Fr. 7778.– und einer Entschädigung aus Anlass der Auflösung des Arbeitsverhältnisses («INDEM. FIN CARRIERE») von Fr. 45 648.– zusammensetzte. Die Personalabteilung der Arbeitgeberin hielt in einem Schreiben vom 18. Mai 2009 an den Beschwerdeführer zu den «Formalitäten» der frühzeitigen Pensionierung unter anderem unter dem Titel «Pensionierungszuwendung» fest, mit mehr als 12 Dienstjahren bestehe ein Anspruch in der Höhe von 3.5/12 des Jahressalärs. Die Zuwendung werde direkt vom Arbeitgeber gemeinsam mit dem letzten Salär unter Berücksichtigung der Sozialabzüge (AHV, IV) vergütet.

bb) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Kapitalleistung sei eindeutig keine Treueprämie für ein langjähriges Dienstverhältnis. Er legt Bestätigungen der Arbeitgeberin vom 28. Februar 2010 und vom 28. Juni 2012 vor, wonach die vorzeitige Pensionierung aus wirtschaftlichen Gründen erfolgt sei und es sich bei der Abgangsentschädigung weder um einen Bonus noch um eine Jubiläumsprämie (Treueprämie), sondern gemäss Personalreglement um eine Pensionierungszuwendung handle, um die Vorsorgelücke zwischen dem reglementarischen Pensionierungsalter 62 (neu: 63) und dem Alter 65 zu schliessen.

Der – in der Beschwerde geltend gemachte – Zweck der Überbrückung der Leistungen aus der ersten Säule zwischen dem ordentlichen Rücktrittsalter gemäss Pensionskassenreglement und dem ordentlichen AHV-rechtlichen Pensionierungsalter, steht in keinem Zusammenhang mit der vorzeitigen Pensionierung des Beschwerdeführers vor dem ordentlichen Pensionierungsalter gemäss der beruflichen Vorsorge. Die beschriebene Lücke resultiert vielmehr aus der Differenz zwischen dem ordentlichen Rücktrittsalter gemäss Pensionskasse und gemäss AHV-Recht; sie ist mithin systembedingt. Sie gelangt deshalb auch dann zur Auszahlung, wenn der Arbeitnehmer nach den Regelungen der Pensionskasse im reglementarisch vorgesehenen Alter zurücktritt. Insoweit kann ihr Zweck – anders als vom Beschwerdeführer vorgebracht – von vornherein nicht darin bestehen, ei-

ne Deckungslücke zwischen den Alterskapitalien beim vorzeitigen (Fr. 1313 368.95 gemäss Berechnung der Pensionskasse vom 13. Mai 2009 per 1. Oktober 2009) und beim ordentlichen Altersrücktritt (voraussichtlich Fr. 1 365 840.– gemäss Versicherungsausweis per 1. Januar 2000; Lücke von etwa 3,8 Prozent) zu schliessen. Die Berechnung der Abgangsentschädigung steht denn auch in keinerlei Zusammenhang mit dieser Lücke. Die Argumentation des Beschwerdeführers, die Altersrente betrage anstelle der gemäss Versicherungsausweis per 1. Januar 2009 voraussichtlichen Fr. 84 136.– gemäss Rentenmeldung vom 12. Oktober 2009 lediglich Fr. 79 464.– (was einer Einbusse von rund 5,5 Prozent oder monatlich knapp Fr. 390.– entspricht), ist deshalb nicht geeignet, den Vorsorgecharakter der Zahlung zu belegen.

Der Beschwerdeführer hat das Personalreglement mit der Bestimmung, auf welche sich die Abgangsentschädigung stützt, nicht eingereicht. Die Modalitäten der Leistung, beispielsweise die Frage, ob die Entschädigung im gleichen Umfang auch bei einer ausnahmsweisen Fortführung des Arbeitsverhältnisses über das ordentliche Rücktrittsalter der zweiten Säule hinaus geschuldet ist (was gegen den Vorsorgecharakter sprechen würde), sind deshalb nicht klar. Der Umstand, dass sich der Anspruch auf das Personalreglement – und nicht auf das Vorsorgereglement – stützt, legt nahe, dass er nicht vorsorgerechtlicher, sondern arbeitsrechtlicher Natur ist. Dies schliesst allerdings grundsätzlich nicht aus, die Zahlung als vorsorgerechtliche Überbrückung der systembedingten Lücke zu behandeln, die mit dem Ausfall der Leistungen aus der ersten Säule oder deren Kürzung bei einem vorzeitigen Bezug ab Alter 63 (vgl. Art. 40 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; SR 831.10, abgekürzt AHVG) verbunden ist, zu behandeln. Indessen hängt die Höhe der Zahlung allein von der Anzahl der geleisteten Dienstjahre und damit insbesondere nicht von der Höhe der noch nicht zufliessenden AHV-Rente oder dem Ausmass deren Kürzung bei Vorbezug ab. Ebensowenig bezieht die Berechnung der Zahlung eine allfällige Fürsorgebedürftigkeit des Betroffenen mit ein. Vielmehr schliesst sie eine solche bei einem kurzen Arbeitsverhältnis und bei bescheidenen Lohnverhältnissen nicht aus. Daran ändert nichts, dass die Arbeitgeberin die Leistung nicht als Treueprämie bezeichnet haben will, zumal für die Steuerbarkeit von Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis die Bezeichnung als solche nicht ausschlaggebend ist.

d) Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, da mit ihr der überwiegende Vorsorgecharakter der Abgangsentschädigung nicht nachgewiesen wird. Die Beschwerde ist dementsprechend abzuweisen.

## 26

*Art. 51 StHG (SR 642.14); Art. 197 StG (sGS 811.1).* Ein Revisionsbegehren muss grundsätzlich schriftlich und innert einer Frist von 90 Tagen gestellt werden. Eine Revision von Amtes wegen hat nur dann stattzufinden, wenn die Steuerbehörde den Revisionsgrund selbst entdeckt und ein solcher offensichtlich gegeben ist.

*Verwaltungsgericht, 11. Dezember 2012*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2012 Nr. 23

## 27

*Art. 37 Abs. 2 WPEG (SR 661), Art. 167 DBG (SR 642.11), Art. 9 SHG (sGS 381.1), Art. 52 Abs. 2 WPEV (SR 661.1) i.V. m. Art. 17bis der Verordnung zur Bundesgesetzgebung über die Wehrpflichtersatzabgabe (sGS 411.5).* Die Wehrpflichtersatzabgabe im Minimalbetrag von Fr. 400.– kann nicht von einem Abgabepflichtigen verlangt werden, der ausgesteuert ist, ausschliesslich von der finanziellen Sozialhilfe lebt und sich in einer Notlage befindet bzw. durch die Bezahlung der Ersatzabgabe in eine solche geriete. Von einer Überschuldung kann nicht gesprochen werden, wenn dem Ersatzabgabepflichtigen für die fragliche Abgabeperiode ein Steuererlass gewährt wurde.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 22. Mai 2012*

Aus den Erwägungen:

2. a) Alle Schweizer Bürger, die ihre Wehrpflicht nicht oder nur teilweise durch persönliche Dienstleistung (Militär- oder Zivildienst) erfüllen, haben einen Ersatz in Geld zu leisten (Art. 1 WPEG). Ersatzabgaben und Kosten können auf schriftliches Gesuch hin ganz oder teilweise erlassen werden, wenn sich ihr Bezug als stossende Härte auswirken würde, insbesondere wenn der Zahlungspflichtige sich in einer Notlage befindet oder durch die Zahlung in eine solche geriete (Art. 37 Abs. 2 WPEG). Der Ersatzabgabeerlass stellt einen Verzicht des Gemeinwesens auf einen ihm zustehenden ersatzabgaberechtlichen Anspruch dar. Er hat zur Folge, dass die Ersatzabgabeforderung ohne Befriedigung des Ersatzabgabegläubigers untergeht. Der Ersatzabgabeerlass ist aber kein Gnadenakt des forderungsberechtigten Ge-

meinwesens, sondern ein Verwaltungsrechtsinstitut mit rechtsstaatlicher Funktion. Liegen die Erlassgründe vor, so muss die zuständige Behörde den Erlass gewähren (Peter R. Walti, Der schweizerische Militärpflichtersatz, Diss. Zürich 1979, S. 271, N. 529; Blumenstein/Locher, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl. 2002, S. 348). Art. 37 Abs. 2 WPEG räumt jedoch keinen festen Rechtsanspruch auf Erlass der Wehrpflichtersatzabgabe ein (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2D_71/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.2.2 und 2C_36/2008 vom 15. Januar 2008, E. 2).

Weder das Gesetz (WPEG) noch die dazugehörige Verordnung über die Wehrpflichtersatzabgabe (WPEV) umschreiben den Begriff der «Notlage» näher. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Sozialhilfeabhängigkeit als Notlage im Sinne des Gesetzes qualifizieren wollte. Bereits in der Botschaft des Bundesrats über die Neuordnung des Militärpflichtersatzes vom 11. Juli 1958 wurde dazu ausgeführt, das geltende Gesetz räume in seinem Artikel 2, Buchstabe a, den «öffentlich unterstützten Armen» Abgabefreiheit ein. Andererseits gebe es der Verwaltung keine Befugnis, allgemein in Härtefällen auf den Bezug der Ersatzabgabe zu verzichten. Angesichts der grossen Ungleichheit im Fürsorgewesen des Landes sei die öffentliche Unterstützung kein gutes Kriterium für die Beurteilung der Erlasswürdigkeit. Eine allgemeine Erlassbestimmung sei geschmeidiger und werde erlauben, der Vielfalt der möglichen Tatbestände besser Rechnung zu tragen (BBl *1958 II,* 333, 373). Mit der damals eingeführten und in den wesentlichen Punkten heute noch gültigen Formulierung des Art. 37 Abs. 2 WPEG wollte der Gesetzgeber demnach die Abgabebefreiungskompetenz der Verwaltung flexibler gestalten, indem er ihr ermöglichte, auch Personen ohne öffentliche Unterstützung von der Militärpflichtersatzabgabe zu befreien. In die neue Regelung wurden deshalb sowohl die stossende Härte als auch die Notlage des Zahlungspflichtigen als Erlassgründe aufgenommen (vgl. BBl *1958 II,* 333, 392).

Dieselben Erlassgründe kennt auch das DBG. Gemäss Art. 167 DBG können dem Steuerpflichtigen, für den infolge einer Notlage die Bezahlung der Steuer, eines Zinses oder einer Busse wegen Übertretung eine grosse Härte bedeuten würde, die geschuldeten Beträge ganz oder teilweise erlassen werden. In der am 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Verordnung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) über die Behandlung von Erlassgesuchen für die direkte Bundessteuer (Steuererlassverordnung) wurde der Begriff der Notlage als Grund für einen Steuererlass sodann näher umschrieben. Eine Notlage liegt danach in jedem Fall dann vor, wenn die öffentliche Hand für die Lebenshaltungskosten der steuerpflichtigen Person und deren Familie aufkommen muss (vgl. Art. 9 Abs. 2 Steuererlassverordnung). Auch wenn der Militärpflichtersatz nicht als Steuer bezeichnet wird, sondern als eine auf der allgemeinen Wehrpflicht beruhende Ersatzabgabe zu qualifizieren ist (vgl. BGE 113 Ib 206, E. 3a), gibt es keinen sachlichen Grund, den verschiedenen Abgabebereichen unterschiedliche bundesrechtliche Auffassungen über eine Notlage zu Grunde zu legen bzw. unterschiedliche Wertungen vorzunehmen. Im Zentrum steht das in der BV verankerte

Recht auf Hilfe in Notlagen, welches die Befriedigung elementarer menschlicher Bedürfnisse sichert. Auf die Gründe der Notlage kommt es nicht an (vgl. Markus Reich, Steuerrecht, Genf 2009, S. 77, N. 77; M. Bigler-Eggenberger, in: Ehrenzeller/Mastronardi. S.chweizer/Vallender, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, N. 19 zu Art. 12 BV).

Die Verwaltungsrekurskommission ging in ihrer bisherigen Praxis zur direkten Bundessteuer immer dann von einer Notlage aus, wenn der Zahlungspflichtige trotz Einschränkung der Lebenskosten auf das Existenzminimum (vgl. Kreisschreiben der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs über die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums [Notbedarf], abgekürzt KS AB SG) nicht in der Lage war, eine bestehende Steuerschuld mit dem verfügbaren Einkommen in absehbarer Zeit vollumfänglich zu tilgen (vgl. VRKE I/2–2010/73 vom 20. Oktober 2011, E. 3c, publiziert in: www.gerichte.sg.ch).

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, Voraussetzung für den Bezug von Sozialhilfe sei die wirtschaftliche Notlage. Gemäss Art. 12 BV hätten alle Menschen, die in der Schweiz leben, ein Recht auf Existenzsicherung, d. h. das zum Überleben absolut notwendige Minimum. Wirtschaftliche Hilfe erhielten Personen, die nicht in der Lage seien, die Mittel für den Lebensbedarf hinreichend oder rechtzeitig zu beschaffen. Darin seien keine Zahlungen an den Staat enthalten. Er befinde sich in einer Notlage und beziehe deshalb Nothilfe. Durch die Bezahlung der Ersatzabgabe werde seine Notlage weiter verschärft. Zu diesem Schluss sei auch das Steueramt Z gelangt und habe deshalb seinen Antrag auf Steuererlass für das Jahr 2010 gutgeheissen. Er sei derzeit wirtschaftlich nicht leistungsfähig. Von September bis am 9. Dezember 2011 sei er vollständig arbeitsunfähig gewesen, seit dem 9. Dezember 2011 sei er wieder zu 50 Prozent arbeitsfähig.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, einerseits könne die Tatsache, dass ein Ersatzpflichtiger auf finanzielle Sozialhilfe angewiesen sei für sich alleine keinen Erlass bewirken. Andererseits bedeute der Steuererlass nicht, dass auch für die Ersatzabgaben gleich zu entscheiden sei. Die Wehrpflichtabgabe sei keine Steuer, sondern die Ersatzleistung, die der Schweizer Bürger zu bezahlen habe, der seine Wehrpflicht nicht oder nicht vollständig durch persönliche Dienstleistung erfüllen könne. Die Wehrpflichtabgabe finde nur dann ihre sachgemässe Ordnung, wenn sie für alle Wehrpflichtigen, die nicht die volle gesetzliche Dienstpflicht erfüllten, das zusätzliche Opfer darstelle, welches den Lasten, Mühen und Risiken der Dienstleistung entspreche. Aus dieser Zwecksetzung der Abgabe, nämlich der Herstellung des Pflichtenausgleiches im Wehrwesen, ergebe sich, dass bei der Beurteilung des Erlassgesuches weitgehende Zurückhaltung geboten sei. Gestützt auf diese Grundsätze sei die Ersatzabgabe auf den Mindestbetrag reduziert worden. Dabei habe man auch berücksichtigt, dass dem Beschwerdeführer keine Unterstützungspflichten obliegen und seine Sozialhilfeabhängigkeit nicht mehr als ein Jahr andauere.

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer von den sozialen Diensten der Stadt Z gestützt auf Art. 9 SHG mit monatlich Fr. 748.– unterstützt wird. Davon

muss er seinen gesamten Lebensunterhalt bestreiten. Dieser Ansatz entspricht dem in den Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien, publiziert in: www.skos.ch) festgehaltenen Grundbedarf für eine in einem Zweipersonenhaushalt lebende Person. Er liegt damit deutlich tiefer als der im Kanton St.Gallen für einen Steuererlass massgebende Grundbedarf von Fr. 1050.– (vgl. Ziff. 3.1.3 KS AB SG), in welchem die Wohn- und Heizkosten, Sozialbeiträge sowie weitere für die Existenzsicherung notwendige Auslagen nicht berücksichtigt sind. Solche über die Grundbedarfspauschalen hinausgehenden Kosten sehen auch die SKOS-Richtlinien vor. Dem Beschwerdeführer werden diesbezüglich monatlich Fr. 515.– bzw. ca. Fr. 290.– zur Begleichung der Wohn- und Gesundheitskosten entrichtet. Es steht ihm folglich ein Monatsbudget von rund Fr. 1550.– zur Verfügung. Angesichts dieser Umstände steht auch ohne detaillierte Quotenberechnung fest, dass keine freie Quote zur Begleichung von Schulden zur Verfügung steht, denn der Grundbedarf stellt das Mindestmass einer auf die Dauer ausgelegten menschenwürdigen Existenz dar (vgl. SKOS-Richtlinien, B.2–3). Das Recht auf Existenzsicherung darf sodann durch staatliche Abgabeforderungen nicht beeinträchtigt werden (BGE 126 III 353, E. 1a/aa mit weiteren Hinweisen). Im Weiteren wäre es widersprüchlich, einerseits den Staat zu verpflichten, einem Bedürftigen die zur Existenzsicherung notwendigen Mittel zu gewähren und ihm andererseits die Möglichkeit zu geben, in die gleichen Mittel wieder abgaberechtlich einzugreifen (vgl. BGE 122 I 101 E. 2b/cc).

c) Die Vorinstanz räumt ein, die finanzielle Situation des Beschwerdeführers sei unbestrittenermassen angespannt. Die Ersatzabgabe in der Höhe der Mindestabgabe sei jedoch grundsätzlich von jedem Ersatzpflichtigen zu bezahlen, selbst wenn das betreibungsrechtliche Existenzminimum nicht erreicht werde. Auch Studenten ohne eigenes Einkommen seien von der Pflicht zur Leistung der Mindestabgabe nicht ausgenommen.

Im Zusammenhang mit der Änderung der Bundesgesetze über den zivilen Ersatzdienst (ZDG) und die Wehrpflichtersatzabgabe (WPEG) wurde die Mindestabgabe von Fr. 200.– auf Fr. 400.– erhöht (Botschaft vom 27. Februar 2008, BBl *2008,* 2707, 2749). Der Bundesrat hielt dazu fest, die Ökonomiegruppe der eidgenössischen Steuerverwaltung sei im Zusammenhang mit den Untersuchungen zur Gleichwertigkeit von Militärdienst und Wehrpflichtersatzabgabe zum Schluss gekommen, dass insbesondere aus der Perspektive angehender Studenten die Gleichwertigkeit verletzt sei, weil die persönliche Dienstleistung hohe Opportunitätskosten nach sich ziehe und sich heute als wesentlich kostspieliger erweise als die Bezahlung der Wehrpflichtersatzabgabe. Als Opportunitätskosten seien in diesem Zusammenhang entgangene Erträge zu verstehen, die der Student während der Militärzeit hätte erwirtschaften können. Die im Rahmen des Berichtes der Ökonomiegruppe durchgeführten Berechnungen liessen den Schluss zu, dass die Attraktivität des «blauen Weges» für Studenten reduziert werden könne, wenn die Mindestabgabe gemäss WPEG markant (d. h. um ein Vielfaches) erhöht oder wenn

die Dienstleistung durch Anhebung des Mindestansatzes der Erwerbsausfallentschädigung (EO) profitabler gemacht werde. Eine markante Erhöhung der Mindestabgabe hätte zur Folge, dass nicht nur diejenigen Dienstuntauglichen, die bewusst den «blauen Weg» suchten, stärker belastet würden, sondern auch solche, die Militärdienst oder Zivildienst leisten wollten, einen solchen Dienst aber aus objektiven medizinischen Gründen nicht leisten könnten. Auch sei eine markante Erhöhung der Mindestabgabe nicht mit dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vereinbar. Die Mindestabgabe könne als Personaltaxe (Kopfsteuer) angesehen werden. Die Höhe dieser Abgabe werde folglich ohne Rücksicht auf die Steuerkraft des Pflichtigen festgelegt; nach der Lehre sei dies problematisch, wenn der Pflichtige weder über Einkommen noch über Vermögen verfüge. Daraus lasse sich ableiten, dass die Mindestabgabe Pflichtige ohne Einkommen oder mit tiefem Einkommen nicht unverhältnismässig mehr belasten dürfe. Aufgrund dieser Tatsache erscheine eine Erhöhung der Mindestabgabe auf 400 Franken noch als angemessen; damit werde dem Vorwurf Rechnung getragen, dass sich vor allem Studenten zu billig loskaufen könnten. Auf eine weitergehende Erhöhung solle verzichtet werden (vgl. Botschaft, a. a. O., 2719 f., 2727).

Es trifft demnach zu, dass auch Studenten eine Ersatzabgabe zu leisten haben, insbesondere auch dann, wenn sie weder über Einkommen noch Vermögen verfügen. Den Ausführungen in der Botschaft lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass eine allfällige Notsituation des abgabepflichtigen Studenten gänzlich ohne Relevanz und der Mindestbetrag ohne Berücksichtigung der Notlage zu entrichten ist. Eine solche Sichtweise würde im Übrigen dem Sinn von Art. 37 Abs. 2 WPEG zuwiderlaufen. Auch Studenten dürfen durch die Abgabelast nicht in eine existenzielle Notlage gedrängt werden. In aller Regel sind sie aber infolge der elterlichen Unterstützungspflicht (Art. 277 Abs. 2 ZGB) und einer allfälligen beschränkten Erwerbstätigkeit in der Lage, die Ersatzabgabe trotz geringem oder überhaupt keinem Erwerbseinkommen zu entrichten. Im Übrigen besteht ein Rückerstattungsanspruch, wenn der Militär- oder Zivildienst zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt wird (Art. 39 Abs. 1 WPEG). Ähnlich stellt sich die Situation bei Lehrlingen dar. Auch sie erzielen während der Lehrjahre noch kein existenzsicherndes Einkommen und sind zumindest teilweise auf die Unterstützung ihrer Eltern angewiesen. Die Vorinstanz berücksichtigt die unterschiedlichen Lebenssituationen der Betroffenen zu wenig, wenn sie vorbringt, die Ersatzabgabe sei grundsätzlich auch dann zu entrichten, wenn das betreibungsrechtliche Existenzminimum nicht erreicht werde.

d) Der Beschwerdeführer verfügt pro Monat über Einnahmen von Fr. 1550.–. Dieser Betrag liegt lediglich rund Fr. 300.– über dem durchschnittlich im dritten und vierten Lehrjahr erzielbaren Lehrlingslohn (vgl. www.bfs.admin.ch/Themen/03-Arbeit und Erwerb/Löhne, Erwerbseinkommen). Die Perspektiven des Beschwerdeführers auf dem Arbeitsmarkt sind nicht gut; seine berufliche Integration wird gemäss Angaben der sozialen Dienste Z noch einige Zeit in Anspruch nehmen. Die Sozialhilfeabhängigkeit des Beschwerdeführers dauert in der Zwischenzeit schon

mehr als ein Jahr an und ist deshalb nicht mehr nur vorübergehend. Bei mindestens einjähriger Arbeitslosigkeit hält auch die eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) einen Erlass für angebracht, weil sich die wirtschaftlichen Verhältnisse in solchen Situationen wesentlich verschlimmern und in der Regel von einem Härtefall gesprochen werden muss (vgl. ESTV, Wegleitung Nr. 14 betreffend Stundung und Behandlung von Erlassgesuchen, abgekürzt WL 14–01/2011 und zugehöriges Merkblatt WL 14–01/2011). Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Beschwerdeführer offensichtlich keinen Militär- oder Zivildienst leisten kann. Er hat somit keine Möglichkeit, sich durch die Leistung des Dienstes von der Ersatzabgabe zu befreien. Der Hinweis der Vorinstanz, auch ein diensttauglicher Bezüger von Unterstützungsleistungen würde zum Militärdienst aufgeboten, hilft deshalb nicht weiter. Des Weiteren geht weder aus den Akten noch den Darlegungen der Vorinstanz hervor, dass sich der Beschwerdeführer geweigert hätte, seinen Militär- oder Zivildienst zu absolvieren.

Den Akten sind im Weiteren keine Hinweise auf Forderungen von Drittgläubigern zu entnehmen. Angesichts derartiger Schulden hätte das Steueramt Z nach gängiger Praxis einem Steuererlass für das Jahr 2010 auch gar nicht zugestimmt. Ein Steuererlass ist im Übrigen auch im Rahmen der Prüfung von Gesuchen um Erlass der Wehrpflichtersatzabgabe zu berücksichtigen (vgl. WL 14–01/2011, Ziff. 19 f.).

Unter diesen Umständen sind die Voraussetzungen für einen ganzen Erlass der Wehrpflichtersatzabgabe für das Jahr 2010 im Sinne von Art. 37 Abs. 2 WPEG erfüllt. Der Beschwerdeführer befindet sich in einer finanziellen Notlage, die es ihm verunmöglicht, hinreichend für seinen Lebensunterhalt aufzukommen. Aus diesem Grund hat er auch Anspruch auf finanzielle Sozialhilfe (Art. 9 SHG). In der aktuellen Situation würde die Begleichung der bestehenden Abgabeschuld eine stossende Härte bedeuten.

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 17. Januar 2012 aufzuheben. Sodann ist dem Beschwerdeführer die Wehrpflichtersatzabgabe 2010 vollumfänglich zu erlassen.

## 28

*Art. 34 Abs. 1 lit. a und b StG (sGS 811.1).* Die Rekurrentin mit Wohnsitz in Graubünden ist Eigentümerin eines Hauses im Kanton St.Gallen mit drei Wohnungen, wobei sie die eine vermietet und ihre Eltern an den beiden anderen ein Wohnrecht haben. Wenn die Rekurrentin eine dieser beiden Wohnungen benutzen darf, tut sie dies nicht als Eigentümerin, sondern weil der Dienstbarkeitsvertrag den Eltern gestattet, in den Wohnungen Familienangehörige aufzunehmen. Daher kann der Mietwert dieser Wohnung nicht der Rekurrentin zugerechnet werden. Zu Recht wurde ihr aber der Ertrag der vermieteten Wohnung zugerechnet, obwohl dieser den Eltern zufliesst, weil der Ertrag zum Ausgleich eines Erbvorbezugs verwendet wird.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 17. April 2012*

Aus den Erwägungen:

3. Die Rekurrentin wendet sich gegen die Erfassung des Mietwerts der Wohnung im Dachgeschoss von Fr. 10 200.– und der tatsächlichen Mietzinserträge aus der Vermietung der Wohnung im Erdgeschoss und der Garage.

a) Gemäss Art. 34 Abs. 1 StG sind die Erträge aus unbeweglichem Vermögen, insbesondere alle Einkünfte aus Vermietung, Verpachtung, Nutzniessung oder sonstiger Nutzung (lit. a) und der Mietwert von Grundstücken, soweit sie dem Steuerpflichtigen aufgrund von Eigentum oder aufgrund eines unentgeltlichen Nutzungsrechts für den Eigengebrauch zur Verfügung stehen (lit. b), steuerbar. Diese Regelungen entsprechen den Vorgaben von Art. 7 Abs. 1 StHG und decken sich inhaltlich mit Art. 21 Abs. 1 lit. a und b DBG.

b) aa) Von der in Art. 34 StG geregelten Frage, welche Erträge aus unbeweglichem Vermögen steuerbar sind, ist die Frage zu unterscheiden, bei welchem Steuersubjekt diese Erträge zu erfassen sind. Damit Erträge aus unbeweglichem Vermögen bei einem Steuerpflichtigen besteuert werden können, muss dieser grundsätzlich über dingliche Rechte (Sachenrechte, die im Gegensatz zu Forderungsrechten, d. h. obligatorischen Rechten stehen) verfügen. Das Zivilrecht zählt sie abschliessend auf. Sie umfassen das (Grund-) Eigentum (Art. 655 ff. ZGB) und die beschränkten dinglichen Rechte (Art. 730 ff. ZGB). Steuerrechtlich sind neben dem Eigentum auch ein Teil der beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken zum unbeweglichen Vermögen des Steuerpflichtigen zu rechnen, sofern die Rechte wirtschaftlich einer Nutzung der Grundstücke selbst gleichkommen. Zum unbeweglichen Vermögen gehören dabei die Nutzungsrechte – im Gegensatz zu den Verwertungsrechten – an Grundstücken. Die als unbewegliches Vermögen wichtigsten beschränkten dinglichen Rechte sind die Dienstbarkeiten, welche sich dadurch auszeichnen, dass durch deren Einräumung ein Grundstück einer andern Person als dem Eigentümer dienstbar gemacht wird. Die Dienstbarkeiten umfassen

die Grunddienstbarkeiten (Art. 730–744 ZGB) sowie die Nutzniessung (Art. 745–775 ZGB) und anderen Dienstbarkeiten (insbesondere das Wohnrecht gemäss Art. 776–778 ZGB und das Baurecht gemäss Art. 779–7791 ZGB). Der Dienstbarkeitsberechtigte ist im Besitz einer beschränkten unmittelbaren Sachherrschaft (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 19 ff. zu Art. 21 DBG).

Das Wohnrecht ist ein auf eine spezielle Nutzungsart (nämlich das Wohnen) beschränktes Nutzniessungsrecht. Die Bestimmungen über die Nutzniessung sind auf das Wohnrecht ebenfalls anwendbar. Der durch das Wohnrecht Berechtigte hat die Befugnis, ein Gebäude oder einen Teil davon zu bewohnen. Auch beim Wohnrecht sind – wie bei der Nutzniessung – zwei Nutzungsebenen auseinanderzuhalten. In den seltenen Fällen, in denen der Grundeigentümer für die Einräumung eines Wohnrechts eine periodische Entschädigung erhält, ist diese nach Art. 34 Abs. 1 lit. a StG steuerbar, während die Einräumung gegen eine Einmalleistung steuerfrei bleibt. Eine Besteuerung des Wohnberechtigten nach Art. 34 Abs. 1 lit. a StG ist dagegen ausgeschlossen: Da der Wohnberechtigte nur selbst nutzen kann, kommt nur eine Besteuerung nach Art. 34 Abs. 1 lit. b StG (Eigennutzung) in Frage (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 60 f. zu Art. 21 DBG). Eigennutzung des Grundeigentümers liegt deshalb nicht vor, wenn an seinem Grundstück ein unentgeltliches Nutzungsrecht, insbesondere eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht begründet worden ist, wobei sich die Unentgeltlichkeit auf die Zeitdauer der Nutzung bezieht, nicht aber auf den Zeitpunkt der Einräumung des Nutzungsrechts. Unter solchen Umständen hat der Nutzungsberechtigte den Wert der Eigennutzung zu versteuern (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 75 zu Art. 21 DBG).

bb) An den Grundstücken bestanden im Jahr 2010 die folgenden dinglichen Rechte: Die Rekurrentin war nach dem Erwerb durch den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 29. Januar 2009 und dem Grundbucheintrag vom gleichen Tag Eigentümerin der Grundstücke Nrn. . . . sowie Baurechtsberechtigte an der Doppelgarage. Den Eltern der Rekurrentin stand entsprechend dem ebenfalls am 29. Januar 2009 abgeschlossenen und öffentlich beurkundeten Personaldienstbarkeitsvertrag an den Räumen im 1. Obergeschoss und im Dachgeschoss ein Wohnrecht sowie am Gartenhaus und am bestehenden Garten ein Gartenmitbenützungsrecht zu. Diese beschränkten dinglichen Rechte gelten lebenslänglich und wurden am 29. Januar 2009 im Grundbuch eingetragen. Die Berechtigten sind gemäss Ziff. 2 der weiteren Vertragsbestimmungen des Dienstbarkeitsvertrags verpflichtet, das Recht entschädigungslos im Grundbuch zu löschen, wenn sie das Wohnrecht während mehr als zwei Jahren aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausgeübt haben.

Das Wohnrecht und das Gartenmitbenützungsrecht waren während des gesamten Jahres 2010 im Grundbuch eingetragen. Eine Vermietung der beiden Wohnungen im 1. Obergeschoss und im Dachgeschoss des Wohnhauses war unter diesen Umständen nicht möglich. Einerseits schloss der Personaldienstbarkeitsvertrag vom 29. Januar 2009 eine solche Vermietung durch die Nutzungsberechtigten aus.

Anderseits war die Rekurrentin als Eigentümerin an die Einräumung des mit dinglicher Wirkung im Grundbuch eingetragenen Wohnrechts gebunden, also aus eigenem Recht ebenfalls nicht zur Vermietung der Wohnungen berechtigt. Bis zum Ende des Jahres 2010 hatten die Nutzungsberechtigten auch noch nicht während mehr als zwei Jahren ihr Wohnrecht aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausgeübt, so dass auch die Frist von zwei Jahren gemäss Ziff. 2 der weiteren Vertragsbestimmungen des Dienstbarkeitsvertrags zur entschädigungslosen Löschung des Rechts im Grundbuch nicht abgelaufen war. Aus den Akten ergibt sich auch nicht, dass die Parteien den Dienstbarkeitsvertrag im Jahr 2010 vorzeitig auflösten. Das Wohnrecht und das Gartenmitbenützungsrecht waren dementsprechend grundsätzlich als Ertrag aus einem Nutzungsrecht im Sinn von Art. 34 Abs. 1 lit. b StG bei den Dienstbarkeitsberechtigten steuerbar. Ob die Eigennutzung trotz des Aufenthalts der Berechtigten im Pflegeheim auch im Jahr 2010 steuerbar ist, ist nicht Gegenstand der Veranlagung der Rekurrentin und kann deshalb offen bleiben (vgl. dazu Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 78 zu Art. 21 DBG).

Die grundsätzliche Steuerbarkeit der Eigennutzung bei den Dienstbarkeitsberechtigten schliesst eine Besteuerung desselben Nutzens bei der Rekurrentin und Eigentümerin aus. Daran ändert auch nichts, dass der Rekurrentin – wie die Vorinstanz geltend macht – die Wohnung im Dachgeschoss zur Verfügung stand. Das Wohnrecht umfasste gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 29. Januar 2009 nämlich ausdrücklich das Recht der Berechtigten, Hausgenossen und insbesondere Familienangehörige in die Wohnung aufzunehmen. Soweit also die Rekurrentin Räumlichkeiten im Wohnhaus Vers.-Nr. 007 selbst nutzte, tat sie dies nicht als Eigentümerin, sondern weil ihr – als Tochter der Dienstbarkeitsberechtigten – diese im Dienstbarkeitsvertrag vorgesehene Möglichkeit eingeräumt wurde.

cc) Dementsprechend bleibt kein Raum, der Rekurrentin im Jahr 2010 den amtlich geschätzten Mietwert der Wohnung im Dachgeschoss von Fr. 10 200.– im Rahmen der Eigennutzung ihres unbeweglichen Vermögens steuerlich anzurechnen. Insoweit erweist sich der Rekurs deshalb als begründet.

c) Im Rekurs ist auch die von der Vorinstanz vorgenommene Besteuerung der Mietzinseinkünfte aus der Wohnung im Erdgeschoss und aus der Garage von Fr. 15 600.– im Jahr 2010 umstritten.

Der Mietvertrag über die Wohnung im Erdgeschoss bestand nach dem Verkauf des Grundstücks an die Rekurrentin zwischen ihr als Eigentümerin und Vermieterin einerseits und dem Mieter anderseits. Dies ergibt sich ausdrücklich aus Ziff. 12 der weiteren Vertragsbestimmungen des Kaufvertrags vom 29. Januar 2009, worin die Käuferin bestätigte, Kenntnis vom Mietverhältnis bezüglich der Wohnung zu haben, und festgehalten wurde, dass dieses Mietverhältnis von Gesetzes wegen mit der Eigentumsübertragung auf sie übergehe. Sie war deshalb als Vermieterin Partei dieses Mietvertrags und Gläubigerin der monatlichen Mietzinsforderungen. Die in der Höhe unbestrittenen Mietzinsen von Fr. 15 600.– im Jahr 2010 sind deshalb auch steuerrechtlich ihr zugeflossen und gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. a StG bei der Rekurrentin steuerbar.

Die zwischen der Rekurrentin und ihren Eltern als früheren Grundeigentümern getroffene Abtretungsvereinbarung und der Umstand, dass der Zins nach wie vor unmittelbar auf das Konto der früheren Grundeigentümer einbezahlt wurde, ändert an diesen steuerrechtlichen Verhältnissen nichts. Die Abtretung einer Forderung gemäss Art. 164 ff. OR ändert nichts daran, dass die Rekurrentin als Vermieterin abtretende und damit ursprüngliche Gläubigerin (vgl. D. Girsberger, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N1 der Vorbemerkungen zu Art. 164–174) der monatlichen Mietzinsforderungen gegenüber dem Mieter bleibt und ihr die Zinsen steuerlich zufliessen. Die Abtretung der Mietzinsforderungen an die Eltern der Rekurrentin steht sodann im Zusammenhang mit der Ausgleichung ihres Erbvorbezugs und nicht etwa mit der Deckung von Schuldzinsen oder Unterhaltskosten der übernommenen Liegenschaften durch die früheren Eigentümer, so dass auch kein Raum für die Berücksichtigung der Abtretung der Zinseinnahmen als Gewinnungskosten im Sinn von Art. 44 Abs. 2 StG besteht.

Die Vorinstanz hat dementsprechend die aus den Grundstücken erzielten Mietzinseinnahmen von Fr. 15 600.– zu Recht steuerlich der Rekurrentin zugerechnet. Insoweit als diese Aufrechnung beanstandet wird, erweist sich der Rekurs deshalb als unbegründet.

## 29

*Art. 130 ff. StG (sGS 811.1).* Die Pflichtige veräusserte ihren Landwirtschaftsbetrieb mit Wohnhaus, Scheune und Remise sowie ca. 8,8 ha Boden und erwarb ein Einfamilienhaus. Den Landwirtschaftsbetrieb gaben sie und ihr Ehemann altershalber auf. Mit der Betriebsaufgabe fand eine Überführung von Geschäftsvermögen ins Privatvermögen statt, die mit der Grundstückgewinnsteuer erfasst wird. Einen Aufschub der Besteuerung verweigerte die Steuerbehörde zu Recht, da das Ersatzobjekt nicht gleichartig wie das veräusserte Objekt ist.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 22. Mai 2012*

Aus den Erwägungen:

2. Die Rekurrentin, geb. 1944, hat mit der Veräusserung ihrer drei landwirtschaftlichen Grundstücke in E per 1. Mai 2011 ihre selbständige Erwerbstätigkeit als Landwirtin endgültig aufgegeben. Die Vorinstanz hat den aus dem Verkauf erzielten Gewinn – ohne wieder eingebrachte Abschreibungen, welche der Einkommenssteuer unterliegen (vgl. Art. 31 StG; Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st.gallische Steuerrecht, 6. Aufl. 1999, S.79/80) – zu Recht mit der

Grundstückgewinnsteuer erfasst. Gemäss Art. 130 Abs. 2 lit. a StG unterliegen Gewinne aus Veräusserung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke natürlicher Personen der Grundstückgewinnsteuer. Diese Behandlung des Erlöses aus der Veräusserung landwirtschaftlicher Grundstücke bei Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit steht im Einklang mit den bundesrechtlichen Vorgaben in Art. 8 Abs. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 StHG und entspricht der Erfassung des Einkommens nach Art. 18 Abs. 2 und 4 DBG (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2C_11/2011 vom 2. Dezember 2011).

Bei der Ermittlung des steuerbaren Grundstückgewinns hat die Vorinstanz vom Veräusserungserlös von Fr. 386 000.– gemäss Kaufvertrag Nebenkosten von Fr. 2750.– und wertvermehrende Aufwendungen von Fr. 91900.– in Abzug gebracht. Bei den wertvermehrenden Aufwendungen hat sie auf den Buchwert der Grundstücke von Fr. 76 489.– und kumulierte Abschreibungen von Fr. 15 411.– «gemäss Steuererklärung der Einkommenssteuer» abgestellt.

Gemäss Art. 134 StG entspricht der Grundstückgewinn dem Betrag, um den der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und Aufwendungen) übersteigt. Als Erlös gilt gemäss Art. 135 Abs. 1 StG der Verkaufspreis mit allen weiteren Leistungen des Erwerbers. Der Veräusserungserlös von Fr. 386 000.– gemäss öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 29. April 2011 ist unbestritten.

....

4. Zu prüfen bleibt die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die Besteuerung des Grundstückgewinns aufzuschieben ist.

Gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. f StG wird bei Veräusserung einer dauernd und ausschliesslich selbstgenutzten Wohnliegenschaft (Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung) die Besteuerung des Grundstückgewinns aufgeschoben, soweit der Erlös innert angemessener Frist zum Erwerb oder zum Bau einer gleichgenutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Die Regelung entspricht im Wortlaut der Vorgabe von Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG. Der Wortlaut der Regelungen lässt der kantonalen Praxis einen breiten Ermessensspielraum in der Handhabung (vgl. B. Zwahlen, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/1, 2. Aufl. 2002, N75 zu Art. 12 StHG). Nach der st. gallischen Rechtsprechung soll nicht jede Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum privilegiert werden. Deshalb berechtigt beispielsweise der Erwerb eines Einfamilienhauses mit Einliegerwohnung nicht zum Aufschub der Besteuerung des Grundstückgewinns aus der Veräusserung eines Mehrfamilienhauses mit drei Wohneinheiten (vgl. SGE 2001 Nr. 2). Ein Grundstück, das neben der Wohnnutzung auch gewerblichen Nutzungen dient, ist keine ausschliesslich selbstgenutzte Wohnliegenschaft. Nach der st. gallischen Rechtsprechung ist eine Geschäftsliegenschaft mit einem Gewerbelokal sowie einer selbstgenutzten und einer vermieteten Wohnung kein gleichartiges Ersatzobjekt für ein selbstbewohntes Einfamilienhaus, weshalb die Besteuerung des Grundstückgewinns nicht aufgeschoben werden kann (vgl. SGE 1997 Nr. 18; StE 1998 B 42. 38 Nr. 18).

Die Rekurrentin hat mit den drei Grundstücken in E den von ihr und ihrem Ehemann geführten landwirtschaftlichen Betrieb veräussert und gleichzeitig die selbständige Erwerbstätigkeit aufgegeben. Die Grundstücke umfassten eine Fläche von rund 8,8 Hektaren, drei landwirtschaftliche Ökonomiegebäude und ein Wohnhaus. Das Betriebszentrum bildeten das Wohnhaus, die Scheune und die Remise auf dem Grundstück Nr. 001. Die Grundstücke, zu denen auch das Wohnhaus gehörte, bildeten eine wirtschaftliche Einheit im Geschäftsvermögen der Rekurrentin. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Einkünfte aus der Landwirtschaft bescheiden waren und der Ehemann der Rekurrentin mit einer Nebenerwerbstätigkeit im nichtlandwirtschaftlichen Bereich zum Familieneinkommen beitrug. Mit der Veräusserung der Grundstücke wurde das darin gebundene Vermögen aus dem geschäftlichen in den privaten Bereich überführt. Die von der Rekurrentin neu erworbene Liegenschaft umfasst eine Fläche von rund 200 m$^2$ sowie ein Wohnhaus und ein weiteres Gebäude mit nicht näher bezeichneter Funktion. An die Stelle des zum Geschäftsvermögen gehörenden Wohnhauses in E trat damit ein nicht mehr im Zusammenhang mit einer selbständigen Erwerbstätigkeit stehendes Wohnhaus in U. Unter diesen Umständen ist – entsprechend der dargestellten st.gallischen Rechtsprechung zur Ersatzbeschaffung – davon auszugehen, dass kein Steueraufschub gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. f StG gewährt werden kann, auch wenn das neu erworbene Grundstück wie ein Teil der veräusserten Grundstücke der Rekurrentin und ihrem Ehemann als Wohnung dient.

Dementsprechend kann kein Aufschub der Besteuerung des Grundstückgewinns gewährt werden.

## 30

*Art. 177 und Art. 180 Abs. 2 StG (sGS 811.1); Art. 130 Abs. 2 und Art. 132 Abs. 3 DBG (SR 642.11).* Die Anfechtung einer Ermessensveranlagung setzt eine qualifizierte Begründung voraus, die den bisher ungewiss gebliebenen Sachverhalt erhellt. Dabei handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, deren Fehlen zur Folge hat, dass auf die Einsprache nicht eingetreten wird. Konkret genügt die Einsprache des Pflichtigen den Begründungserfordernissen nicht. Das Kantonale Steueramt trat deshalb zu Recht auf die Einsprache nicht ein.

*Verwaltungsgericht, 23. August 2012*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2012 Nr. 16

## 31

*Art. 224 Abs. 1 StG (sGS 811.1).* Steuererlass bei einer Bezügerin von Invalidenrenten und Ergänzungsleistungen. Die wirksamen, zweckmässigen und wirtschaftlichen Gesundheitskosten sind durch die obligatorische Krankenversicherung gedeckt. Überdies werden bei Empfängern von Ergänzungsleistungen weitere, von der Grundversicherung nicht gedeckte Kosten vom Kanton vergütet, soweit sie medizinisch notwendig, wirtschaftlich und zweckmässig sind. Erhöhte Gesundheitskosten infolge Krankheit rechtfertigen folglich keine Erhöhung des Grundbedarfs, da die medizinische Versorgung gesichert ist. Ebenso wenig können die Prämien der Zusatzversicherung angerechnet werden. Der Einbezug des gesamten (also des steuerpflichtigen und steuerbefreiten) Einkommens zur Berechnung der freien Quote rechtfertigt sich aufgrund des Grundsatzes der Rechtsgleichheit.

*Verwaltungsgericht, 3. Juli 2012*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2012 Nr. 13

## 32

*Art. 224 Abs. 3 StG (sGS 811.1) und Art. 167 Abs. 2 DBG (SR 642.11).* Im Rahmen des vereinfachten Erlassverfahrens bei Bezügern von finanzieller Sozialhilfe verfügen die Gemeinden über erweiterte Kompetenzen, haben sich aber an die Vorgaben des kantonalen Steueramtes zu halten (vgl. Kreisschreiben Nr. 1/2006 des kantonalen Steueramtes). Das Sozialamt stellt das Erlassgesuch an die Erlassbehörde der Gemeinde, welche ohne weitere Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen entscheidet. Der Antrag des Sozialamtes ist so zu begründen, dass die Erlassbehörde über eine ausreichende Entscheidgrundlage verfügt. Fehlende Abklärungen können nicht im Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden, weshalb die Streitsache zur Sachverhaltsergänzung an die Erlassbehörde zurückzuweisen ist.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 8. März 2012*

Aus den Erwägungen:

2. Zu prüfen ist vorerst, ob der Gemeinderat berechtigt war, sowohl über den Erlass der Staats- und Gemeindesteuern als auch der direkten Bundessteuer zu entscheiden.

Gemäss Art. 167 Abs. 2 DBG muss das Erlassgesuch schriftlich begründet und mit den nötigen Beweismitteln der zuständigen kantonalen Verwaltung für die direkte Bundessteuer eingereicht werden. Die Verordnung zum DBG weist diese Aufgabe in Art. 2 lit. f dem kantonalen Steueramt zu, wobei sich die Erlasskompetenz im Bereich der direkten Bundessteuer nach den Vorgaben des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) richtet. Gemäss dessen Verordnung über die Behandlung von Erlassgesuchen für die direkte Bundessteuer (Steuererlassverordnung) entscheidet das kantonale Steueramt über Gesuche um Erlass der direkten Bundessteuer im Umfang von weniger als 25 000 Franken pro Steuerjahr (Art. 4 Abs. 2). Die Gemeindesteuerämter haben bei der Beschaffung, Verarbeitung und Übermittlung von Informationen sowie beim Vollzug der Verfügungen gemäss Weisungen des kantonalen Steueramtes mitzuwirken (Art. 3 lit. b und c der Verordnung zum DBG). Darunter ist auch ein Erlassentscheid im Namen des kantonalen Steueramts zu subsumieren (VRKE I/2–2009/22+53 vom 30. März 2010, E. 2).

Das kantonale Steueramt entscheidet, bei Einkommens- und Vermögenssteuern nach Anhören des Gemeinderates, über Stundung und Erlass. Das Gemeindesteueramt kann, soweit das Gesuch die Einkommens- und Vermögenssteuern betrifft, bei dessen Bearbeitung nach Vorgabe des kantonalen Steueramtes mitwirken (Art. 224 Abs. 3 StG). Im Steuerbuch (StB, publiziert unter: www.steuern.sg.ch) wird die Erlasskompetenz der Gemeinden für die Staats- und Gemeindesteuern auf Fr. 2000.– und für die direkte Bundessteuer auf Fr. 500.– begrenzt (StB 224 Nr. 1, Ziff. 1.7). Für Sozialhilfeempfänger ist jedoch ein vereinfachtes Erlassverfahren vorgesehen. In Abweichung zur Zuständigkeitsordnung gemäss StB 224 Nr. 1 wird die Kompetenz in diesem Verfahren für alle Entscheide der zuständigen Erlassbehörde der Gemeinde zugeordnet (Kreisschreiben Nr. 1/2006 des kantonalen Steueramts). Folglich besteht keine Limitierung und die zuständige Erlassbehörde der Gemeinde kann direkte Bundessteuern bis zu Fr. 25 000.– erlassen.

Vorliegend hatte der Gemeinderat über Staats- und Gemeindesteuern in der Höhe von Fr. 2565.10 sowie direkte Bundessteuern von Fr. 117.80 zu entscheiden. Beide Beträge liegen somit innerhalb des vorgegebenen Kompetenzrahmens. Zu prüfen ist nachfolgend, ob die mit der Kompetenzdelegation verbundenen Verfahrensvorgaben beachtet wurden.

3. Im Rahmen des vereinfachten Erlassverfahrens verfügen die Gemeinden wie erwähnt über erweiterte Kompetenzen; sie haben sich auf der anderen Seite aber an gewisse Vorgaben des kantonalen Steueramtes zu halten. Auf diese Art und Weise wird eine möglichst einheitliche Behandlung der Erlassgesuche sichergestellt und der Ermessensspielraum der entscheidenden Behörde eingeschränkt. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Steuererlass nicht bloss

dem freien Ermessen der zuständigen Behörde anheimgestellt, sondern von näher umschriebenen Voraussetzungen abhängig gemacht wird; es wird ein eigentlicher, durchsetzbarer Rechtsanspruch begründet (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Juni 2009, A-3663/2007, E. 2.2, publiziert in StR 2009 S. 672 ff.). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, so hat die steuerpflichtige Person einen Anspruch auf Erlass (Art. 2 Abs. 1 Steuererlassverordnung). Bei Bezügern von Sozialhilfe stellt das Sozialamt das Gesuch um Stundung, Teilerlass oder Erlass an die Erlassbehörde und nicht die steuerpflichtige Person. Das Gesuch wird in vereinfachter Form vom Sozialamt an die Erlassbehörde gerichtet. Weder muss dem Gesuchsteller ein Fragebogen zugestellt, noch ein Betreibungsauszug eingeholt werden. Die Erlassbehörde entscheidet auf Antrag des Sozialamtes. Dieses hat nach vorgegebenen Regeln zu verfahren. So ist bei einer lediglich kurzfristigen Unterstützung weder ein Erlass noch ein Teilerlass möglich. Bei einer mittelfristigen oder vorübergehenden Unterstützung (bis zu sechs Monaten) ist ein Erlass oder Teilerlass unter Berücksichtigung der künftigen finanziellen Möglichkeiten der unterstützten Person möglich. Sobald hingegen absehbar ist, dass eine Person über längere Zeit unterstützt werden muss und auch keine Nachzahlungen aus einer Sozial- oder Privatversicherung zu erwarten sind, kann im vereinfachten Verfahren ein Erlass der definitiven Rechnung beantragt werden. Das Verfahren wurde mittels eines einheitlichen Formulars, das den Gemeinden im Intranet des Kantons zur Verfügung gestellt wird, standardisiert und die Informationsweitergabe strukturiert. Insbesondere sind die vermutliche Unterstützungsdauer und die Art allfälliger rückwirkender Leistungen zu Gunsten der gesuchstellenden Person aufzuführen (vgl. Kreisschreiben Nr. 1/2006 des kantonalen Steueramts, Ziff. A 1–8).

Die Vorinstanz hält im Schreiben vom 15. September 2010 fest, die Ausgangslage sei intern mit dem Sozialamt besprochen worden. Im Gemeinderatsbeschluss vom 14. Juli 2011 wird sodann erwogen, es könne nicht Sinn und Zweck sein, bei arbeitsfähigen Personen die Steuern zu erlassen. Besser sei eine Abzahlungsvereinbarung mit dem Sozialamt. Die Entscheidbehörde entsprach damit dem Antrag des Sozialamtes, welches am 24. Juni 2011 empfahl, das Gesuch abzuweisen.

Nicht bestritten ist, dass die Rekurrenten und Beschwerdeführer seit dem 25. November 2010 Sozialhilfe beziehen. Im Zeitpunkt des Gemeinderatsbeschlusses betrug die Bezugsdauer somit rund siebeneinhalb Monate. Gemäss Kreisschreiben Nr. 1/2006 der kantonalen Steuerverwaltung handelte es sich zu diesem Zeitpunkt bereits um eine langfristige Unterstützung von über sechs Monaten. Damit wäre ein Erlass der definitiven Rechnung grundsätzlich angezeigt gewesen, sofern keine Nachzahlungen aus einer Sozial- oder Privatversicherung zu erwarten waren. Wie es sich damit genau verhält, ist den Akten nicht zu entnehmen. Im Beschluss des Gemeinderates vom 14. Juli 2011 wurde lediglich vermerkt, für den Ehemann laufe die Anmeldung bei der Invalidenversicherung und die Ehefrau suche «krampfhaft» eine Arbeitsstelle, erhalte jedoch ständig Absagen. Trotzdem ging der Gemeinderat offensichtlich von künftigen Einkommensquellen aus, denn

er beschloss, das Sozialamt solle die Steuerschuld vorerst bezahlen und mit den Rekurrenten und Beschwerdeführern eine Rückzahlungsvereinbarung abschliessen (Beschluss des Gemeinderats vom 14. Juli 2011, Ziff. 2 und 3). Er entsprach damit der Empfehlung des Sozialamts, welches aber in seinem Antrag ebenfalls keine Angaben zur künftigen Einkommenssituation der Rekurrenten und Beschwerdeführer machte.

Eine vertiefte Prüfung, insbesondere unter Berücksichtigung der finanziellen Perspektiven, wäre aber insbesondere deshalb angezeigt gewesen, weil bei einem anzurechnenden Grundbedarf von Fr. 1780.– (siehe Kreisschreiben der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons St.Gallen über die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums, Ziff. 3.1.2.), Wohnungskosten in der Höhe von Fr. 800.–, Gesundheitskosten im Umfang von Fr. 534.10 und Sozialhilfeleistungen von Fr. 2829.10 keine positive Quote resultiert. Die Tatsache, dass beim vereinfachten Verfahren keine Quotenberechnung angestellt werden muss (Kreisschreiben Nr. 1/2006, Ziff. A 4), bedeutet nicht, dass die Situation der Gesuchsteller nicht umfassend abzuklären ist. Die Quotenberechnung entfällt lediglich, weil der besondere Kenntnisstand des Sozialamtes sie in der Regel überflüssig macht. Diese spezifischen Informationen müssen dann allerdings auch tatsächlich in den Antrag des Sozialamtes einfliessen, damit die zuständige Behörde über eine ausreichende Entscheidgrundlage verfügt. Dies ist vorliegend offenbar nicht der Fall. Es werden keine Ausführungen zur finanziellen Perspektive der Gesuchsteller gemacht, so dass nicht ersichtlich ist, weshalb das Sozialamt und der Gemeinderat einen Steuererlass, oder zumindest einen Teilerlass, ablehnen. Soweit die Vorinstanz die Meinung vertritt, die Arbeitsfähigkeit der Ehefrau stehe einem Erlass grundsätzlich entgegen, ist ihr nicht zuzustimmen. Die Arbeitssituation wäre allenfalls dann von Relevanz, wenn eine Anstellung unmittelbar bevorstünde und die Steuerschuld mit dem zusätzlichen Einkommen innert vernünftiger Frist abgetragen werden könnte. Für den Steuererlass ist es im Übrigen, unter Vorbehalt gewisser Einschränkungen, unerheblich aus welchem Grund die steuerpflichtige Person in die geltend gemachte Notlage geraten ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 und Art. 10 Steuererlassverordnung).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorgaben des kantonalen Steueramtes in wesentlichen Teilen unberücksichtigt blieben. Insbesondere legt die Vorinstanz nicht dar, weshalb die vom kantonalen Steueramt vorgegeben Erlassregeln (Kreisschreiben Nr. 1/2006 Ziff. A 7) keine Anwendung finden bzw. wie die ausstehende Steuerschuld ihrer Meinung nach getilgt werden könnte. Dies ist insofern von Bedeutung, als angesichts der den Akten angefügten Zahlen nicht daran zu zweifeln ist, dass sich die Rekurrenten und Beschwerdeführer in einer Notlage gemäss Art. 9 der Steuererlassverordnung befinden, aus der sie sich realistischerweise nur befreien können, wenn sich ihre finanzielle Situation aufgrund von Nachzahlungen der Invaliditätsversicherung oder einer Erwerbstätigkeit der Ehefrau verbessert. Die diesbezüglichen Überlegungen des Sozialamts bzw. des Gemeinde-

rats erschliessen sich aus den Akten jedoch nicht, insbesondere auch nicht aus dem den Rekurrenten und Beschwerdeführern zugestellten Protokollauszug der Gemeinderatssitzung vom 14. Juli 2011. Damit steht auch in Frage, ob der Beschluss den Anforderungen an die Begründungspflicht bzw. das rechtliche Gehör standhält (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2010, N 1705 ff.). Dies ist indes nicht weiter zu prüfen, da der Entscheid des Gemeinderates vom 14. Juli 2011 aufgrund der erwähnten Umstände ohnehin aufzuheben und die Streitsache zur weiteren Abklärung bzw. zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

Diese hat unter Berücksichtigung der Vorgaben des kantonalen Steueramtes neu über das Erlassgesuch zu befinden. Der Entscheid ist sodann, anders als derjenige vom 14. Juli 2011, ebenfalls dem kantonalen Steueramt zuzustellen. Dieses Ergebnis entspricht einer teilweisen Gutheissung des Rekurses bzw. der Beschwerde.

## 33

*Art. 241 Abs. 2 StG (sGS 811.1).* Eine wirtschaftliche Handänderung liegt auch dann vor, wenn eine Mehrheitsbeteiligung an einer Immobilienholding übertragen wird, die ihrerseits (ausschliesslich) Beteiligungen an Immobiliengesellschaften hält. An der in GVP 1971 Nr. 13 geäusserten Ansicht ist nicht weiter festzuhalten.

*Verwaltungsgericht, 14. Februar 2012*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2012 Nr. 4

## 9. Öffentliches Beschaffungswesen

### 34

*Art. 34 Abs. 3 VöB (sGS 841.11).* Der Grundsatz der Transparenz ist nicht verletzt, wenn in den Vergabeunterlagen nur die Rangfolge, nicht aber die Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie die Preisspanne bekannt gegeben wird. Art. 34 Abs. 3 VöB lässt dies ausdrücklich zu, so dass es nicht an der Rechtsprechung liegen kann, diesbezüglich strengere Anforderungen aufzustellen. Das Ermessen der Vergabebehörde in der nachträglichen Festlegung der Gewichtung und Preisspanne ist aber nicht völlig frei.

*Verwaltungsgericht, 13. November 2012*

Aus den Erwägungen:

2.2.1. Die Frage, ob der Grundsatz der Transparenz eine vorgängige Bekanntgabe von Gewichtung und Preisspanne verlangt, wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Nach der überwiegenden Meinung widerspricht eine erst nachträgliche Festlegung von Gewichtung und Preisspanne dem Transparenzgrundsatz, weil dies der Vergabebehörde die Möglichkeit verschafft, den Zuschlag gezielt zu steuern (Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, Nr. 299 [Fn. 584]; vgl. auch Hubert Stöckli, Urteilsanmerkungen, BR 1999, S. 143 f.; Denis Esseiva, Urteilsanmerkung, BR 2001, S. 66; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, S. 1410). Kritisch äussert sich hingegen Herbert Lang (Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 2000, S. 246), der darauf hinweist, dass die zwingende Verpflichtung zur vorgängigen Bekanntgabe der Gewichtung zu Problemen führen könne, wenn wichtige Gesichtspunkte für den Zuschlag allenfalls erst durch die konkreten Angebote aufgezeigt würden.

2.2.2. Die Praxis im Bund und in den Kantonen ist uneinheitlich. Die Eidgenössische Rekurskommission sprach sich für die vorgängige Festlegung der Gewichtung aus (VPB 66.86, E. 3 und 4), ebenso diverse kantonale Gerichte (vgl. die Hinweise bei Beyeler, a. a. O., Fn. 584). Immer mehr kantonale Gesetzgebungen nahmen die Gerichtspraxis auf und schreiben nun ausdrücklich vor, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien vorab bekanntgegeben werden muss (vgl. ebenfalls Beyeler, a. a. O., Fn. 584). Das Verwaltungsgericht Zürich hielt demgegenüber in einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2001 fest, es sei dem Gesetzgeber überlassen, die Bekanntgabe der Gewichtung bereits in den Vergabeunterlagen vorzuschreiben (RB 2002 Nr. 47); dies sei bisher nicht erfolgt, weshalb es nicht gerechtfertigt erscheine, auf dem Weg der Rechtsprechung generell strengere Anforderungen aufzustellen.

2.2.3. Dem Verwaltungsgericht Zürich ist mit Blick auf die im Kanton St.Gallen geltende Rechtslage zuzustimmen. Zwar wäre im Interesse der Transparenz die vorgängige Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien zu begrüssen. Die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11) bestimmt jedoch in Art. 34 Abs. 3, dass die Zuschlagskriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben sind. Es erweist sich somit als zulässig, im Voraus nur die Rangfolge der Zuschlagskriterien festzulegen.

Daraus darf freilich nicht der Schluss gezogen werden, die Vergabebehörde sei in der nachträglichen Festlegung von Gewichtung sowie Preiskurve völlig frei. So überschreitet sie beispielsweise ihr Ermessen, wenn sich aufgrund der nachträglich festgelegten Gewichtung die Bedeutung der einzelnen Zuschlagskriterien gegenüber der zum Voraus bekannt gegebenen Rangfolge verschiebt (so VerwGE ZH VB.2005.00582 vom 5. Mai 2006). Ausserdem muss der Preisbewertung eine Preisspanne zu Grunde gelegt werden, die bei der Vergabe der fraglichen Art als realistisch erscheint. Bei einfachen Bauarbeiten ist die Preisspanne natürlich deutlich geringer als bei komplexen Dienstleistungsaufträgen. Je ungewöhnlicher die erst nachträglich gewählte Preisspanne ist, desto grösser müssen die Anforderungen an deren Begründung sein (vgl. VerwGE ZH VB.2005.00602 vom 22. März 2006, VB.2009.00047 vom 26. August 2009). Vermag die Vergabebehörde eine ungewöhnliche Preisspanne nicht plausibel zu begründen, so ist von einer Ermessensüberschreitung auszugehen. Alsdann kann das Gericht entweder von sich aus eine angemessene Preisspanne anwenden oder den Vergabeentscheid aufheben und die Streitsache an die Vergabebehörde zurückweisen.

2.2.4. Vorliegend wurde eine Preisspanne von 30 Prozent festgelegt. Diese hat die Vorinstanz zwar nicht näher begründet, doch ergibt sich immerhin aus der Bewertungsmatrix zur Zuschlagsverfügung vom 8. August 2012, dass bei einfachen Arbeiten eine solche Preisspanne zur Anwendung kommt. Damit kam die Vorinstanz der diesbezüglichen Begründungspflicht (gerade noch) nach. Zudem erweist sich die Annahme einer Preisspanne von 30 Prozent bei Malerarbeiten als sachgerecht. Eine Abweichung davon drängt sich somit nicht auf. Daran ändert auch der Einwand der Beschwerdeführerin nichts, dass nach den objektspezifischen Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen die Sanierung denkmalpflegerischen Grundsätzen zu folgen hat und in Begleitung durch die städtische Denkmalpflege durchgeführt wird. Diese Bedingungen beziehen sich auf sämtliche Arbeiten. Deshalb müssen sich die Malerarbeiten nicht unbedingt als besonders komplex erweisen. Selbst wenn sie aber anspruchsvoller als sonst üblich wären, hätte die Vorinstanz ihr Ermessen mit der Wahl einer Preisspanne von 30 Prozent nicht überschritten.

Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin sodann, wenn sie ausführt, sachlich begründet wäre eine Ausrichtung der von den Anbietern offerierten Preise am Kostenvoranschlag gewesen. Es entspricht vielmehr einem üblichen Vorgehen, die

Preisspanne am günstigsten Angebot anzulegen. Diese Methode hat den Vorteil, dass die Bandbreite von den offerierten Preisen unabhängig ist. Dabei erweist es sich auch als sachgerecht, diejenigen Angebote, die ausserhalb der (realistischen) Preisspanne liegen, mit einer Negativnote zu bewerten. Insoweit wird dem Aspekt der Gleichbehandlung der Anbieter besser Rechnung getragen, zumal ein Angebot, das die Preisspanne gerade noch einhält, nicht die gleiche Bewertung erhält wie ein ausserhalb der Preisspanne liegendes Angebot. Dadurch erhält zwar der Preis eine stärkere Bedeutung als gemäss der (nachträglich, also erst in der Bewertungsmatrix) bekannt gegebenen Gewichtung. Dies ist aber hinzunehmen, solange es damit nicht zu Verschiebungen in der Bedeutung der in den Vergabeunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien kommt.

## II. Zivilrecht

### 1. Personen- und Familienrecht

#### 35

*Art. 163 ZGB (SR 210); Art. 276 Abs. 1 ZPO (SR 272).* Vorsorglicher Unterhalt bei sehr guten finanziellen Verhältnissen: Anrechnung von Einkommen aus Nebenerwerb und Anwendung der Methode der erweiterten Existenzminimumberechnung mit Überschussbeteiligung, wenn die vor der Trennung durchschnittlich erzielten Ersparnisse für die trennungsbedingten Mehrkosten verwendet werden müssen.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 30. November 2012*

Aus den Erwägungen:

b) Der Ehemann bezifferte im erstinstanzlichen Verfahren sein Nettoeinkommen aus der unselbständigen Haupt- und Nebenerwerbstätigkeit unter Hinweis auf die Steuerveranlagung 2010 auf Fr. 162 982.–/Jahr bzw. Fr. 13 581.–/Monat (je einschliesslich Fr. 400.–/Monat Kinder- und Ausbildungszulage) und dasjenige seiner Frau auf Fr. 7522.–/Monat. Davon ist – unter Vernachlässigung des sich nur marginal auswirkenden Umstands, dass die Ausbildungszulage für B. heute Fr. 250.– beträgt – auch im Berufungsverfahren auszugehen. Dabei mag sein, dass damit beiden Ehegatten ein Einkommen angerechnet wird, das auf einer Erwerbstätigkeit von mehr als 100 Prozent basiert. Dies ändert aber nichts daran, dass die fraglichen Einkommen

Ausdruck der unbestrittenermassen seit Längerem gepflegten bisherigen Lebenshaltung sind und zumindest anfänglich von beiden Ehegatten ihrer Bedarfsberechnung – wenn auch mit unterschiedlichen Schlussfolgerungen – zugrunde gelegt wurden und dass davon auszugehen ist, dass die Ehegatten ihrer Nebenerwerbstätigkeit auch in Zukunft nachgehen werden (vgl. BGer 5A_722/2007, E. 6.2.2).

d) Die Vorinstanz beantwortete die Frage des persönlichen Unterhaltsbeitrages (und verneinte sie) wegen der «sehr guten Einkommensverhältnisse» der Parteien nicht aufgrund der Methode der Notbedarfsberechnung mit Überschussverteilung – Letztere würde, so die Vorinstanz, ohnehin nicht ins Gewicht fallen –, sondern aufgrund der Überlegung, dass auf die für die Weiterführung der bisherigen Lebenshaltung erforderlichen Kosten abzustellen sei. Bei einem Bedarf von Fr. 6446.– und einem Einkommen von Fr. 7207.– bleibe der Ehefrau ein Überschuss von Fr. 761.–, mit dem sie ihren bisherigen Lebensstandard wahren könne.

Im Grundsatz ist die vorinstanzliche Argumentation nicht zu beanstanden, sind doch in Eheschutz- und Massnahmeverfahren, in denen, wie hier, nicht mit einer Wiedervereinigung zu rechnen ist, für die Unterhaltsberechnung die Kriterien von Art. 125 ZGB heranzuziehen, bildet – auch bei lebensprägenden Ehen – die bisherige Lebenshaltung die Obergrenze eines persönlichen Unterhaltsbeitrages und darf dieser beim Unterhaltsberechtigten nicht zur Bildung von Vermögen führen (vgl. statt Vieler BSK ZGB I – Gloor, Art. 137 ZGB, N10, und BGE 134 III 145, E. 4). Das Problem besteht dabei allerdings darin, den bisherigen Lebensstandard festzustellen und zu quantifizieren. Die Vorinstanz löste dieses Problem hier damit, dass sie – praxisgemäss – die (reine) Notbedarfsberechnung um gewisse Positionen erweiterte, den Grundbetrag von Fr. 1230.– um 20 Prozent auf Fr. 1475.– erhöhte und davon ausging, dass der so berechnete Bedarf mit dem Einkommen der Ehefrau aus ihrer Haupterwerbstätigkeit auf jeden Fall gedeckt sei. Die vorinstanzlichen Annahme könnte dann zutreffen, wenn feststünde, dass die Ehegatten vor der Trennung in dem Umfang, in dem ihr gemeinsames Einkommen ihren gemeinsamen Bedarf (einschliesslich Kinder) überstieg, Vermögen bilden konnten. In der Rechtsprechung wird nämlich anerkannt, dass auf die Bestimmung der tatsächlichen Ausgaben der Ehegatten während der Ehe verzichtet und die Methode der erweiterten Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung angewendet werden darf, wenn während der Ehe die gesamten Einnahmen für den gemeinsamen Haushalt verwendet wurden (BGE 137 III 102, E. 4.2.1.1; kommentiert von Regina Aebi-Müller, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, S. 5, in: jusletter.weblaw.ch, abgerufen am 14. August 2012). Entsprechend kann – in Erweiterung dieses Grundsatzes – vorgegangen werden, wenn die Ehegatten zwar während des Zusammenlebens Ersparnisse bilden konnten, diese aber bei im Übrigen gleichbleibenden Verhältnissen nicht höher sind als die Mehrkosten infolge der Trennung (erhöhter Grundbetrag und Wohnkosten).

Von einer vermögensbildenden Quote kann hier insofern ausgegangen werden, als ... Über die Zeitspanne von zwei Jahren (1. Januar 2009 bis 31. Dezember

2010) berechnet, bedeutet dies eine durchschnittliche Vermögenszunahme (= Sparquote) von ca. Fr. 5000.–/Jahr. Berücksichtigt man gleichzeitig, dass das Gesamteinkommen in dieser Zeitspanne mit Fr. 233 400.–/Jahr ca. Fr. 17 000.–/Jahr tiefer lag als 2008 und dass allein für die Positionen Grundbetrag (Fr. 2460.– gegenüber Fr. 1780.–) und die Wohnkosten des Ehemannes (Fr. 1180.–) infolge der Trennung Mehrkosten von Fr. 22 300.–/Jahr resultieren, dann rechtfertigt sich – auch wenn die Vermögenszunahme möglicherweise über den rechnerischen Fr. 5000.– gelegen haben dürfte, weil die Ehegatten 2010 ein neues Fahrzeug erwarben, das in der Veranlagung mit Fr. 36 000.– zu Buche schlägt – die Annahme, dass vor der Trennung durchschnittlich zwar Ersparnisse gebildet werden konnten, dass diesen Ersparnissen aber Mehrkosten infolge der Trennung in zumindest gleicher Höhe gegenüberstehen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist deshalb auch im vorliegenden Fall die Berechnungsmethode der Bedarfsberechnung mit Überschussbeteiligung zur Anwendung zu bringen (vgl. auch BGer 5A_323/2012 [zusammengefasst und kommentiert in ius.focus 2012, S. 5] sowie Bähler, Scheidungsunterhalt, FamPra.ch 2007, 461, 471, Hausheer, Nachehelicher Unterhalt, ZBJV 1993, 644, 658, und Vetterli, Aus der Praxis zum neuen Scheidungsrecht, FamPra.ch 2002, 450, 464, wonach sich die sogenannte einstufige Berechnung nicht schon aufdrängt, wenn das Einkommen überdurchschnittlich ist, sondern erst dann, wenn im Zusammenleben so viel gespart wurde, dass auch nach der Trennung eine beträchtliche Sparquote übrig bleibt). Die zweistufige Methode rechtfertigt sich hier umso mehr, als die Ehegatten in ihrer aussergerichtlichen Regelung ebenfalls so rechneten und insofern zum Ausdruck brachten, dass die Teilung des Überschusses ihre bisherige Lebenshaltung abbilde. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass grundsätzlich die Halbierung des Überschusses angezeigt erscheint. Die Ehefrau kommt so zwar exkl. Kinderalimente auf ein Gesamteinkommen von Fr. 8670.– bzw. Fr. 8920.– (Fr. 1150.– + Fr. 7520.– bzw. Fr. 1400.– + Fr. 7520.–) und damit auf einen Betrag, der rund Fr. 2460.– bzw. Fr. 2710.– über dem familienrechtlichen Grundbedarf von Fr. 6210.– liegt. Mit Rücksicht auf die Rechtsprechung, welche die Bildung neuen Vermögens auch unter betreibungsrechtlichen Gesichtspunkten hier wohl erst bejahen würde, wenn das Einkommen über ca. Fr. 7450.– (erweitertes betreibungsrechtliches Existenzminimum inkl. bis doppelter Grundbetrag; vgl. BSK SchKG I – Huber, N 21 zu Art. 265 SchKG) läge, und den Umstand, dass, was gerade auch in der Ersparnisbildung zum Ausdruck kam, zur bisherigen Lebenshaltung auch gewisse Rückstellungen (für den Autokauf) zu zählen sind und aktuell die Aufwendungen für das Scheidungsverfahren hinzukommen, erscheint die Überschussbeteiligung zumindest für das Massnahmeverfahren noch vertretbar. Diese Annahme rechtfertigt sich umso mehr, als insgesamt der Ehefrau mit maximal Fr. 12 670.– (Fr. 3750.– Kinderalimente inkl. Kinderzulagen + Fr. 1400.– persönlicher Unterhaltsbeitrag + Fr. 7520.– Erwerbseinkommen) ca. 60 Prozent des Gesamteinkommens von Fr. 21 100.– zur Verfügung stehen, während der Ehemann mit Fr. 8430.– über ca. 40 Prozent verfügen kann.

## 2. Obligationenrecht

### 36

*Art. 321a, Art. 321e, Art. 340–340c OR (SR 220).* Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots: Verbindlichkeit, zulässiger Inhalt, insbesondere Abrede einer Konventionalstrafe; Voraussetzungen für den Wegfall des Verbots (E. 2/a). Das sich für die Dauer des Arbeitsverhältnisses aus Art. 321a OR ergebende Konkurrenz- und Abwerbeverbot kann vertraglich erweitert werden; die Vereinbarung einer Konventionalstrafe ist aber im Lichte von Art. 321e OR insoweit ausgeschlossen, als diese nicht nur Vorteilsausgleichs-, Straf- und/oder Disziplinarcharakter hat, sondern auch den Schaden der Arbeitgeberin ausgleichen soll (E. 2/b). Auch bei Wegfall des nachvertraglichen Konkurrenzverbots ist der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist noch an das aus Art. 321a OR fliessende Konkurrenzverbot gebunden (E. 2/c).

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 26. September 2012*

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Gemäss Art. 340 Abs. 2 OR ist das Konkurrenzverbot nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte. Das Verbot ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass es nicht zu einer unbilligen Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers kommen kann, wobei seine Dauer drei Jahre in der Regel nicht überschreiten soll (Art. 340a Abs. 2 OR). Übertritt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so hat er dem Arbeitgeber den daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen (Art. 340b Abs. 1 OR). Zulässig ist nach dem Gesetzeswortlaut auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe (vgl. Art. 340b Abs. 2 und 3 OR).

Das nachvertragliche Konkurrenzverbot fällt unter anderem dann dahin, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer entlässt, ohne dass ihm dieser begründeten Anlass dazu gab, oder wenn der Arbeitnehmer seinerseits das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass kündigt (Art. 340c Abs. 2 OR). Der begründete Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist – wie schon die Vorinstanz zutreffend erwog (vi-Entscheid, S. 9 f.) – nicht mit dem

wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 337 OR gleichzusetzen. Ebenso wenig muss eine Vertragsverletzung vorliegen. Vielmehr genügen der anderen Partei zuzurechnende Umstände, die bei vernünftiger Betrachtung einen nachvollziehbaren erheblichen Anlass zur Kündigung geben (vgl. BSK OR I-Portmann, N 1 f. zu Art. 340c OR, Staehelin, Zürcher Kommentar, N 14 i.V. m. N 6 zu Art. 340c OR, Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., N 5 i.V. m. N 3 f. zu Art. 340c OR, Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N 3 i.V. m. N 2 zu Art. 340c OR, und Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, S. 72 i.V. m. S. 69, alle mit weiteren Hinweisen; BGE 130 III 353 E. 2.2.1). Ein begründeter Anlass für eine Kündigung durch den Arbeitnehmer kann nach der Lehre und Rechtsprechung unter anderem in einer Versetzung ohne vorheriges Gespräch, einer aufgedrängten Rückstufung, nicht eingehaltenen Versprechungen, einer erheblichen Lohneinbusse oder einem schlechtem Betriebs- oder Arbeitsklima liegen (BSK OR I-Portmann, N 4 zu Art. 340c OR, ZK-Staehelin, N 15 zu Art. 340c OR, Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 6 zu Art. 340c OR, Brühwiler, a. a. O., N 3 zu Art. 340c OR, und Neeracher, a. a. O., S. 74 ff., je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

b) Für die Dauer des Arbeitsverhältnisses ergibt sich schon aus der in Art. 321a OR statuierten allgemeinen Treue- und Geheimhaltungspflicht ein Konkurrenz- und Abwerbeverbot des Arbeitsnehmers (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 7 Fallgruppe 3 und N 10 zu Art. 321a OR; Brühwiler, a. a. O., N 2b und N 5 ff. zu Art. 321a OR; BSK OR I-Portmann, N 6 und N 9 zu Art. 321a OR; Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, N 5 zu Art. 321a OR). Die Bestimmung Art. 321a OR ist dispositiv; sie darf daher – innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung und insbesondere von Art. 27 Abs. 2 ZGB – auch vertraglich erweitert werden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 17 zu Art. 321a OR; Brühwiler, a. a. O., N 12b zu Art. 321a OR; BK-Rehbinder/Stöckli, N 15 zu Art. 321a OR). Nach einhelliger Lehrmeinung ist es grundsätzlich auch hier zulässig, für den Fall der Zuwiderhandlung eine Konventionalstrafe zu verabreden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 3 Absatz 2 und N 17 zu Art. 321a OR; Brühwiler, a. a. O., N 2d und N 12b zu Art. 321a OR; BK-Rehbinder/Stöckli, N 15 zu Art. 321a OR; BSK OR I-Portmann, N 18 zu Art. 321a OR; s. auch BGE 119 II 162 E. 2). Allerdings fällt – wie der Beklagte im Berufungsverfahren zu Recht geltend macht (Berufung, S. 6 f.) – in Betracht, dass Art. 321e OR, der die Haftung des Arbeitnehmers regelt und in diesem Zusammenhang unter anderem den Eintritt und Nachweis eines Schadens verlangt, zugunsten des Arbeitnehmers relativ zwingend ist (Art. 362 OR). Soweit sich die Lehre eingehend mit der Frage nach der Zulässigkeit der Abrede einer Konventionalstrafe für den Fall einer Verletzung der Treuepflicht befasst, wird denn auch die differenzierte Ansicht vertreten, der relativ zwingende Charakter von Art. 321e OR schliesse die Vereinbarung einer Konventionalstrafe insoweit aus, als diese nicht nur Vorteilsausgleichs-, Straf- und/oder Disziplinarcharakter habe, sondern auch den Schaden der Arbeitgeberin ausgleichen soll (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 3 Abs. 2 zu Art. 321a OR und N 15 letzter Ab-

satz zu Art. 321e OR, sowie Santoro, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, S. 46 ff.). Auf diese zutreffende Meinung ist nachfolgend abzustellen.

c) Auch in Fällen, in denen eine Kündigung des Arbeitnehmers aus begründetem Anlass zum Wegfall des nachvertraglichen Konkurrenzverbots führt, ist der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist noch an das aus Art. 321a OR fliessende Konkurrenzverbot gebunden. Dabei ist es ihm nach herrschender Ansicht zwar grundsätzlich gestattet, eine nachvertragliche konkurrenzierende Tätigkeit vorzubereiten, worunter auch die Gründung einer Konkurrenzgesellschaft fällt (Neeracher, a. a. O., S. 73; Brühwiler, a. a. O., N 3 zu Art. 340c OR; BK-Rehbinder/Stöckli, N 5 zu Art. 321a OR; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a. a. O., N 7 Fallgruppe 3 Absatz 3 zu Art. 321a OR). Dies kann allerdings nur gelten, wenn und soweit er damit nicht eine vertragliche Erweiterung des sich aus Art. 321a OR ergebenden Konkurrenzverbots verletzt (vgl. BK-Rehbinder/Stöckli, N 5 zu Art. 321a OR).

## III. Strafrecht einschliesslich Opferhilfe

### 37

*Art. 21 StGB (SR 311.0).* Wer der Ansicht ist, es bestehe keine Pflicht, eine Verletzung, die die Qualität des Fleisches eines Schlachttieres nicht beeinträchtigt, nach Art. 23 Abs. 4 LMG (SR 817.0) und Art. 24 VSFK (SR 817.190) zu melden, irrt sich über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens. In aller Regel ist dieser Irrtum vermeidbar, denn aus dem Begleitdokument für Klauentiere ergibt sich, dass die Tiergesundheit Gegenstand einer rechtlich geregelten Meldepflicht ist und Letztere Krankheiten sowie Unfälle der Schlachttiere erfasst.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 7. Juni 2012*

Aus den Erwägungen:

II. 2. Nach Art. 48 Abs. 1 lit. i LMG wird mit Busse bis zu 40 000 Franken bestraft, wer die vorgeschriebene Meldung an die Kontrollorgane über Gesundheitsstörungen und Behandlungen von Tieren vor der Schlachtung unterlässt. Die Bestimmung stellt das Unterlassen der Meldung im Sinne von Art. 23 Abs. 4 LMG und Art. 24 VSFK unter Strafe (vgl. zum Ganzen Bger. 6B_653/2011 E. 5). Wer Tiere zur Schlachtung liefert, muss gemäss Art. 24 Abs. 1 VSFK zuhanden der Fleischkontrolle eine schriftliche Meldung erstatten, wonach die Tiere gesund sind und innerhalb der letzten zehn Tage weder krank noch verunfallt waren (lit. a), alle Absetzfristen nach einer allfälligen Behandlung mit Arzneimitteln abgelaufen sind (lit. b) und die Tiere keine Futtermittel mit Wirkstoffen in Mengen erhalten haben, die im Fleisch Rückstände in unzulässigen Konzentrationen verursachen können (lit. c). Treffen die Sachverhalte nach Abs. 1 nicht zu, müssen die Krankheit oder der Unfall, die Arzneimittel und die Absetzfrist oder der Wirkstoff angegeben werden (Art. 24 Abs. 2 VSFK). Ist ein Begleitdokument nach Art. 12 der Tierseuchenverordnung vom 27. Juni 1995 (TSV; 916.401) vorgeschrieben, so ist die Gesundheitsmeldung durch die Tierhalterin oder den Tierhalter auf diesem Dokument und für Equiden im Equidenpass zu machen (Art. 24 Abs. 3 VSK).

3. a) Vorliegend ist unstrittig, dass der Beschuldigte am 4. April 2011 mehrere Schafe von A. zum Schlachthof geführt hat und dass eines dieser Schafe an einer hochgradigen und offensichtlichen Entzündung und Wucherung im Bereich des rechtens Auges und Ohres litt. Dass ein Schaf mit entzündlichen, eitrigen Veränderungen krank bzw. nicht gesund ist, liegt auf der Hand und bedarf im Lichte des Berichtes des Veterinäramts des Kantons Zürich vom 7. Juni 2011 keiner weiteren Erläuterung. Unbestritten ist sodann, dass sowohl das ursprüngliche Begleitdokument von A. als auch das im Schlachthof durch den Beschuldigten ausgefüllte Be-

gleitdokument bei der Rubrik, wonach alle unter Punkt. 2.1 und 2.2. angeführten Tiere «nicht krank» sind, ein Kreuz aufweist. Damit aber hat der Beschuldigte objektiv gegen Art. 48 Abs. 1 lit. i i.V. m. Art. 23 Abs. 4 LMG und Art. 24 VSFK verstossen.

b) Strittig ist demgegenüber, ob der Beschuldigte vorsätzlich, sprich mit Wissen und Willen, gehandelt hat. Der Beschuldigte führte anlässlich seiner Einvernahme vom 8. Juli 2011 aus, er habe das verletzte Tier nicht als krank angekreuzt, da er es nicht als krank empfunden habe. Die Verletzung habe das Fleisch nicht beeinträchtigt. Der Kopf habe ja mit dem Fleischerzeugnis nichts zu tun. Er sehe nicht ein, weshalb er das Schaf nur wegen der Augenverletzung hätte als krank ankreuzen sollen. Im Rahmen der vorinstanzlichen Befragung erklärte der Beschuldigte auf die Frage, warum er auf dem Begleitdokument nicht «krank» angekreuzt habe: «Wenn ich das hätte ankreuzen müsse[n], dann müsste man das auch bei jedem Schaf, welches Moderhinke hat, ankreuzen. Beim Schlachtvorgang wird [das] Schaf betäubt, entblutet und der Kopf entfernt. Bei der Moderhinke sind die Beine immer noch dran. Die Verschmutzung vom Fleisch ist bei Moderhinke bedeutend grösser, und dort musste noch nie etwas angekreuzt werden.» In diesem Sinne äusserte sich der Beschuldigte auch im Berufungsverfahren.

Wie die Staatsanwaltschaft zutreffend festhält, ergibt sich aus den vorstehenden Aussagen, dass der Beschuldigte mit Wissen und Willen handelte. Er wusste, dass das Schaf eine hochgradige Entzündung und Wucherung im Bereich des rechten Auges und Ohres aufwies, und meldete diesen offensichtlichen Umstand wissentlich und willentlich nicht. Seine Ausführungen laufen denn auch vielmehr darauf hinaus, dass er sein Tun mit Blick auf den Umstand, dass der (eitrige) Kopf entfernt und damit das Fleischerzeugnis durch die Krankheit nicht beeinträchtigt wird, bzw. im Lichte seiner Erfahrungen hinsichtlich der Klauenerkrankung «Moderhinke» für erlaubt gehalten hat. Sinngemäss beruft sich der Beschuldigte damit auf einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit seines Handelns, den das Gesetz in Art. 21 StGB regelt. Danach handelt nicht schuldhaft, wer bei der Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe.

Im Falle eines Rechts- oder Verbotsirrtums handelt der Täter in Kenntnis aller Tatumstände und somit vorsätzlich, hält jedoch sein Tun versehentlich, aber aus zureichenden Gründen für erlaubt (Bger. 6B_5/2010 E. 5.3, 6B_18/2010 E. 4.3 und 6B_14/2011 E. 2.1). Der Irrtum bezieht sich dabei auf die Rechtswidrigkeit der konkreten Tat (BGE 129 IV 238 E. 3.1 m.H.). Die Regelung des Rechts- bzw. Verbotsirrtums beruht auf dem Gedanken, dass sich der Rechtsunterworfene um die Kenntnis der Gesetze zu bemühen hat und deren Unkenntnis nur in besonderen Fällen vor Strafe schützt (BGE 129 IV 238 E. 3.1 m.H.). In diesem Sinn gilt ein Irrtum nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel unter anderem dann als vermeidbar, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Handelns zweifelte oder hätte Zweifel haben müssen oder wenn er weiss, dass eine rechtliche Rege-

lung besteht, er sich über deren Inhalt und Reichweite aber nicht genügend informiert (BGE 129 IV 6 E. 4.1; 120 IV 208 E. 5b; je mit Hinweisen). Das ist vorliegend der Fall. Zwar mag man dem Beschuldigten mit Blick auf seine grundsätzlich glaubhaften sowie nachvollziehbaren Ausführungen im Lichte des Grundsatzes «in dubio pro reo» (im Zweifel für den Angeklagten) zugestehen, dass er sein Tun irrtümlich für erlaubt gehalten hat. Dieser Irrtum war jedoch vermeidbar. So wusste er aufgrund des Begleitdokuments für Klauentiere, dass die Tiergesundheit Gegenstand einer rechtlich geregelten Meldepflicht bildet und Letztere Krankheiten sowie Unfälle der Schlachttiere erfasst. Über Inhalt und Reichweite dieser Meldepflicht hätte er sich informieren können und müssen. Hierfür bestand aufgrund der entzündlichen und eitrigen Veränderungen beim fraglichen Schaf sowie des ihm bekannten Unfalls desselben hinreichend Anlass. Damit ist auch gesagt, dass ihn nicht zu entschuldigen vermag, dass der im Schlachthof anwesende Tierarzt ihn nicht auf die Meldepflicht aufmerksam gemacht hat. Es hätte am Beschuldigten gelegen, allfällige diesbezügliche Zweifel auszuräumen.

c) Nicht zu hören sind sodann auch die weiteren Einwände des Beschuldigten. Das gilt zunächst für sein Vorbringen, in der vorliegenden Strafsache fehle es an der Zuständigkeit des Kantons St.Gallen. Zwar erhob er einen entsprechenden Einwand in seiner Einsprache vom 19. September 2011. Gegen die unterbliebene Überweisung an den seines Erachtens zuständigen Kanton Zürich setzte er sich indessen nicht zur Wehr. Ebenso wenig bestritt er die Zuständigkeit des Kantons St.Gallen im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens, obschon sich das Gericht ausdrücklich nach Vorfragen gemäss Art. 339 Abs. 2 StPO erkundigt hatte. Auch im Zusammenhang mit seiner Befragung sowie dem nachfolgenden Parteivortrag rügte er die angeblich fehlende Zuständigkeit nicht. Im Berufungsverfahren erweist sich der Einwand nunmehr als verspätet, da das Verfahren mittlerweile schon so weit gediehen ist, dass sich eine Änderung des Gerichtsstandes mit dem Erfordernis einer raschen Abwicklung der Strafverfolgung nicht mehr vertragen würde (vgl. dazu BGE 86 IV 65 E. 1 S. 67; ebenso TPF BG.2006.5 E. 4.1 und Guidon/Bänziger, Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts zum interkantonalen Gerichtsstand in Strafsachen, Jusletter 21. Mai 2007, Rz 17; siehe überdies Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 42 N 5, und Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 489 Fn. 224, wonach sich Rechtsmissbrauch entgegen halten lassen muss, wer sich unwidersprochen auf ein Verfahren vor der seines Erachtens unzuständigen Behörde einlässt und nachträglich die örtliche Unzuständigkeit anruft).

Als unbegründet erweist sich schliesslich der Einwand des Beschuldigten, das fragliche Schaf sei vom Fleischschauer als «bankwürdig» erklärt worden. Die Meldung an die Kontrollorgane im Sinne von Art. 24 VSFK bedeutet nicht, dass das Schlachttier genussuntauglich ist oder genussuntauglich erklärt werden muss. Mit der Meldung wird vielmehr lediglich dafür gesorgt, dass das betreffende Tier speziell untersucht wird (Bger. 6B_653/2011 E. 5).

4. Zusammenfassend ist damit der vorinstanzliche Freispruch aufzuheben und der Beschuldigte der Widerhandlung gegen das Lebensmittelgesetz im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. i LMG schuldig zu erklären.

## 38

*Art. 69 Abs. 1 StGB (SR 311.0).* Ein Mobiltelefon, das zur Abwicklung von Händeln mit Betäubungsmitteln verwendet wurde, gefährdet in der Zukunft die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung, sofern es sich in der Hand des Täters befindet. Die Sicherungseinziehung erweist sich daher als rechtmässig.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 23. Januar 2012*

Aus den Erwägungen:

V. 1. Die Vorinstanz verfügte in ihrem Entscheid die Herausgabe der Mobiltelefone Marke Motorola und Marke Samsung, des Ausländerausweises, des Notizbüchleins sowie der Fotos. Die übrigen Gegenstände zog sie zur Vernichtung und das Bargeld zur Kostendeckung ein. Der Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren, es seien – mit Ausnahme des Betrags von 51 200.00 Naira – sämtliche beschlagnahmten Gegenstände herauszugeben.

2. a) Das Gesetz regelt in den Art. 69 ff. StGB den Umgang mit Sachen und Vermögenswerten, die im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung stehen (Trechsel/ Jean-Richard, StGB PK, Zürich/St.Gallen 2008, vor Art. 69 N 1; BSK StGB I-Baumann, Art. 69 N 2). Hinsichtlich der Einziehung wird unterschieden zwischen der Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) und der Einziehung von Vermögenswerten (Art. 70 ff. StGB).

b) Gemäss Art. 69 StGB verfügt das Gericht ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Abs. 1). Das Gericht kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Abs. 2). Die Sicherungseinziehung befasst sich mithin mit der Einziehung von Gegenständen, die einen Konnex zu einer Straftat aufweisen und angesichts ihrer Gefährdung für öffentliche Rechtsgüter ihrem Inhaber entzogen werden sollen. Die Sicherungseinziehung hat keinen Strafcharakter, sondern ist eine sachliche Massnahme zum Schutz der Allgemeinheit vor rechtsgutgefährdender (Wieder-)Verwendung von gefährlichen Gegenständen. Die einzuziehenden Gegen-

stände müssen somit einen Bezug zu einer Straftat (Anlasstat) aufweisen, indem sie zur Begehung der Straftat gedient haben oder bestimmt waren (Tatwerkzeuge) oder durch die Straftat hervorgebracht worden sind (Tatprodukte). Neben diesem Deliktskonnex wird zusätzlich eine konkrete künftige Gefährdung verlangt. Das Gericht hat insoweit im Sinne einer Gefährdungsprognose zu prüfen, ob es hinreichend wahrscheinlich ist, dass der Gegenstand in der Hand des Täters in der Zukunft die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet (BGE 130 IV 143 E. 3.3.1; vgl. auch Bger. 6B_748/2008 E. 4.4). Das gilt gemäss jüngster bundesgerichtlicher Praxis auch insoweit, als es um die Einziehung von Mobiltelefonen geht, welche im Zusammenhang mit Drogenverkäufen verwendet wurden. Es hat mit anderen Worten auch hier eine Prüfung zu erfolgen, inwieweit die Mobiltelefone eine konkrete künftige Gefährdung im Sinne von Art. 69 Abs. 1 StGB darstellen (so ausdrücklich Bger. 6B_1067/2009 E. 3.2).

c) Daneben verfügt das Gericht gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden.

3. a) Vorliegend hat die Vorinstanz die Sicherungseinziehung folgender Gegenstände verfügt: drei Mobiltelefone Marke Nokia, Verpackung SIM-Karte Lebara, 2 SIM-Karten MTN/1, SIM-Karte Glo/1, SIM-Karte[n] Swisscom/1, SIM-Karte Sunrise, 1 Flasche Salmiakgeist 12 Prozent Charge 0042, Herrensocken/-Strümpfe (1 x rot / 1x schwarz), 2 Rollen Zellophanfolie und 1 Packung Milchzucker 550 g.

b) Zu bejahen sind Deliktskonnex und künftige Gefährdung in Bezug auf den Salmiakgeist, der bekanntlich zur Umwandlung von Kokainhydrochlorid und Kokainbase benutzt wird. Nicht anders zu entscheiden ist in Bezug auf den Milchzucker, bei dem es sich um ein häufig verwendetes Streckmittel handelt, sowie die Zellophanfolie, welche der Verpackung des Kokains dient. Die künftige Gefährdung durch diese Gegenstände in den Händen des Beschuldigten, der über Jahre im Betäubungsmittelhandel tätig gewesen ist, ist hinreichend wahrscheinlich. Gleich zu entscheiden ist schliesslich auch hinsichtlich des Mobiltelefons Marke Nokia samt zugehöriger SIM-Karte, über welches erwiesenermassen ein Teil des Kokainhandels abgewickelt wurde. Ebenso ist die künftige Gefährdung zu bejahen. Eine reine Datenlöschung, namentlich der Kontaktdaten potenzieller Abnehmer, erweist sich dabei nicht als ausreichend, da die Nummer des Beschuldigten unter den Abnehmern bekannt ist und diese ihn ohne Weiteres wieder zwecks Bestellungen kontaktieren können. Im Ergebnis sind das beschlagnahmte Mobiltelefon Marke Nokia, der Salmiakgeist, der Milchzucker sowie die Zellophanfolie zur Vernichtung einzuziehen.

c) Anders verhält es sich demgegenüber in Bezug auf die weiteren, von der Vorinstanz eingezogenen Gegenstände. Hier sind ein Deliktskonnex und/oder eine künftige Gefährdung nicht erwiesen. Sie sind mithin dem Beschuldigten herauszugeben.

## 39

*Art. 139 Ziff. 3 Abs. 2 StGB (SR 311.0).* Bandenmässiger Diebstahl; Der Zusammenschluss der Täter und ihre damit verbundene Aufgabenteilung ermöglichten die Diebstähle. Daraus ergab sich auch die besondere Gefährlichkeit der Täter. Spätestens mit dem Beginn der Planungen für den zweiten Diebstahl brachten sie konkludent zum Ausdruck, gemeinsam weitere Delikte begehen zu wollen.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 6. März 2012*

Aus den Erwägungen:

III. 2. Bandenmässigkeit liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn zwei oder mehrere Täter sich mit dem ausdrücklich oder konkludent geäusserten Willen zusammenfinden, inskünftig zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken. Auf die Rollenverteilung im Einzelnen kommt es nicht an. Wesentlich für den Begriff der Bande sind der Organisationsgrad und die Intensität der Zusammenarbeit der Täter. Der Zusammenschluss ist es, der den Einzelnen psychisch und physisch stärkt, ihn deshalb besonders gefährlich macht und die Begehung von weiteren solchen Straftaten voraussehen lässt (BGE 135 IV 158 E. 2.; Bger. 6B_294/2011 E. 2.1). Vorausgesetzt ist, dass zumindest bereits ein Diebstahl durch ein Bandenmitglied verübt wurde (Bger. 6B_294/2011 E. 2.1). In subjektiver Hinsicht muss sich der Täter des Zusammenschlusses und der Zielrichtung der Bande bewusst sein. Sein Vorsatz muss die die Bandenmässigkeit begründenden Tatumstände umfassen. Bandenmässige Tatbegehung ist nur anzunehmen, wenn der Wille der Täter auf die gemeinsame Verübung einer Mehrzahl von Delikten gerichtet ist (Bger. 6B_294/2011 E. 2.1; BSK Strafrecht II-Niggli/Riedo, Art. 139 N 115, 118 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Das Bundesgericht hat die Bandenmässigkeit in einem Fall von fünf Einbruchdiebstählen bejaht. Es schloss auf eine zumindest konkludente Absprache zwischen den vier Tätern, weil diese die Delikte immer in derselben Zusammensetzung begangen hatten und dabei stets identisch vorgegangen waren (vorgängige Werkzeugentwendung und Auskundschaften; Bger. 6S. 2/2005 E. 1.1). Ebenfalls bejaht wurde die Bandenmässigkeit zweier Täter, die gemeinsam einen Geissfuss gekauft hatten und anschliessend damit verschiedene Einbruchdiebstähle begingen. Daran vermochte nichts zu ändern, dass für die einzelnen Delikte weitere Personen aus einer Gruppe beigezogen wurden, denn es lagen hinreichende organisatorische Mindestansätze vor und wegen der Gruppenidentität konnte von einem «stabilen Team» im Sinne des Bandenbegriffs ausgegangen werden. Ebenfalls nicht von Bedeutung war, dass beim Kauf des Geissfusses und somit bei Verübung des ersten Delikts noch keine weiteren Taten geplant waren, da sich der Wille zur weiteren

Deliktsbegehung in den nachfolgenden Delikten manifestierte (Bger. 6B_669/2008 E. 2.1 f.).

3. Der Beschuldigte beging die Einbruchdiebstähle z.N. der W. AG und der Ö. AG mit den drei gleichen Mittätern; nicht von Belang ist, dass weitere Personen [. . .] zur Tatverwirklichung beitrugen, denn der Kern der Täterschaft blieb derselbe. Die vier Täter nahmen beide Male dieselben Rollen ein: A. war als erfahrener Einbrecher Kopf bei der eigentlichen Tatausführung und B. stieg mit ihm in die Objekte ein, während C. und der Beschuldigte im Auto warteten respektive Chauffeurdienste übernahmen und Wache standen. A. und B. waren in der Westschweiz wohnhaft und reisten bloss für die Delikte an, weshalb die Ortskenntnisse von C. und des Beschuldigten von Bedeutung waren. In der Vorbereitungsphase kam den beiden Letzteren überdies die Aufgabe zu, A. und B. in der Westschweiz abzuholen und in der Ostschweiz unterzubringen. Für den ersten Einbruchdiebstahl warb der Beschuldigte schliesslich D. an. Der Beschuldigte wusste bereits vor Begehung des ersten Einbruchdiebstahls um die Erfahrung von A. als Einbrecher, hatte er ihn doch schon im Dezember 2008 getroffen und dabei erfahren, dass er bereits Einbruchdiebstähle in der Ostschweiz begangen bzw. geplant hatte.

Die Rollen- und Aufgabenverteilung untereinander verfestigte sich mit dem zweiten Einbruchdiebstahl. Der Beschuldigte tat sich dabei erneut als Organisator hervor (u. a. war er bereits im Vorfeld des zweiten Einbruchdiebstahls um den Zugang zur Garage bei E. besorgt, damit darin bei Bedarf der Tresor geöffnet werden konnte). Auch die Vorgehensweisen bei den beiden Einbruchdiebstählen stimmten im Wesentlichen überein. Der Beschuldigte und seine Mittäter ergänzten sich durch ihren Zusammenschluss und die damit verbundene Aufgabenteilung derart, dass erst dadurch die Tatbegehung ermöglicht wurde. Durch den Zusammenschluss der Täter ergab sich daher deren besondere Gefährlichkeit. Daran ändert nichts, dass die Delikte teilweise «alles andere als professionell organisiert» waren – so der Verteidiger in seinem Plädoyer –, denn die Professionalität bei der Deliktsbegehung ist bloss ein Indiz, jedoch keine zwingende Voraussetzung für die Bandenmässigkeit i. S. v. Art. 139 Ziff. 3 Abs. 2 StGB; dilettantisches Vorgehen, so man ein solches vorliegend überhaupt bejahen wollte, schliesst Bandenmässigkeit nicht aus. Selbst wenn der erste der beiden verübten Einbruchdiebstähle noch als Testlauf für das Funktionieren der Zusammenarbeit betrachtet werden kann, manifestierte sich spätestens mit dem zweiten Einbruchdiebstahl der Wille des Beschuldigten und seiner drei Mittäter, auch künftig weitere Delikte gemeinsam begehen zu wollen. Es liegen insbesondere keine Hinweise vor, dass es zum zweiten Einbruchdiebstahl aufgrund von ausserordentlichen Umständen im Zusammenhang mit dem Tatobjekt (z.B. grosse Summe Geld ausnahmsweise in der Liegenschaft vorhanden; Alarmsystem während kurzer Zeit nicht in Betrieb), die den Tatentschluss beim Beschuldigten und seinen Mittätern hervorgerufen hätten, kam oder dass die gemeinsame deliktische Tätigkeit der vier Täter danach ein Ende hätte finden sollen. Vielmehr steht ausser Zweifel, dass das zweite Einbruchsobjekt gezielt

ausgesucht wurde. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschuldigte und seine Mittäter spätestens mit dem Beginn der Planungen für den zweiten Einbruchdiebstahl zumindest konkludent zum Ausdruck brachten, gemeinsam weitere Delikte begehen zu wollen. In Anbetracht der gesamten Tatumstände bestand zwischen den vier Tätern ein bezüglich der Bandenmässigkeit hinreichender Organisationsgrad sowie eine ausreichend intensive Zusammenarbeit. Sie sind daher als Bande gemäss Art. 139 Ziff. 3 Abs. 2 StGB zu qualifizieren.

Der Beschuldigte hatte Kenntnis der genannten Tatumstände und sie waren auch von seinem Willen umfasst. Gegenüber dem Berufungsgericht gab er an, wegen des Geldes bei den Einbruchdiebstählen mitgewirkt zu haben. Von der Beute des ersten Einbruchdiebstahls habe er Fr. 21 000.– bekommen, was für ihn viel Geld sei. Er sei seit dem Jahr 2006 ohne Arbeit gewesen und habe vom Verdienst seiner Ehefrau gelebt. Der Verteidiger erklärte dazu an Schranken, der Beschuldigte habe «notorisch in Finanzklemme» gesteckt. Somit ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt seit längerem finanzielle Probleme hatte. Nicht zuletzt deshalb erscheinen seine wiederholten Beteuerungen, er habe nach dem zweiten Einbruchdiebstahl aufhören wollen, als nicht glaubhaft, zumal er bloss beim ersten Einbruchdiebstahl eine grössere Beute erzielte (Fr. 21 000.– bei einer Deliktssumme von über Fr. 100 000.–). Sein Anteil am beim zweiten Einbruchdiebstahl erbeuteten Deliktsbetrag von insgesamt Fr. 4500.– hätte seine finanziellen Probleme nicht substanziell gelindert und wäre daher wohl auch nicht Anlass gewesen, mit der deliktischen Tätigkeit aufzuhören. Einen eigentlichen Grund, weshalb gerade nach dem zweiten Einbruchdiebstahl hätte Schluss sein sollen, nannte der Beschuldigte im Übrigen nicht. Angesichts dessen bestehen für das Gericht keine Zweifel, dass der Beschuldigte weitere Einbruchdiebstähle verüben wollte, wenn nicht die Verhaftung erfolgt wäre. Er handelte somit hinsichtlich der Bandenmässigkeit vorsätzlich und ist daher des bandenmässigen Diebstahls schuldig zu sprechen.

## 40

*Art. 146 Abs. 1 StGB (SR 311.0).* Die Verwendung eines fremden Versicherungsausweises zur Bestärkung der falschen Namensangabe stellt eine besondere Machenschaft dar. Das Betrugsmittel besteht in der Vorlage des Versicherungsausweises als Legitimationspapier. Wer eine echte Urkunde missbräuchlich einsetzt, um die tatbestandsmässige Täuschung und die schädigende Vermögensdisposition zu erreichen, handelt arglistig.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 3. Mai 2012*

Aus den Erwägungen:

III. 2. Gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich des Betrugs namentlich schuldig, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt.

3. a) Angriffsmittel beim Betrug ist die Täuschung des Opfers. Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Sie ist eine unrichtige Erklärung über Tatsachen, d. h. über objektiv feststehende, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände. Zukünftige Ereignisse sind, soweit sie jedenfalls ungewiss sind, keine Tatsachen. Wer Äusserungen oder Prognosen über künftige Vorgänge macht, täuscht somit nicht, auch wenn sie unwahr sind, d. h. nicht seiner wirklichen Überzeugung entsprechen. Prognosen können aber in Bezug auf die vom Täter zugrunde gelegten gegenwärtigen Verhältnisse (Prognosegrundlage) eine Täuschung darstellen. Massgebend ist, ob die Äusserung ihrem objektiven Sinngehalt nach einen Tatsachenkern enthält. Äusserungen oder Prognosen über künftige Vorgänge können zu einer Täuschung führen, wenn sie innere Tatsachen wiedergeben. Die Zukunftserwartung kann mithin als gegenwärtige innere Tatsache täuschungsrelevant sein (vgl. BGE 135 IV 76 E. 5.1; BGE 119 IV 210 E. 3b; Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. I, 6. Aufl. 2003, § 15 N 7 ff.; BSK Strafrecht II-Arzt, Art. 146 N 32 ff.).

b) Der Beschuldigte gab sich im Kantonsspital wahrheitswidrig als A. zu erkennen und legte dessen Versicherungsausweis vor. Damit bewirkte er bei den Angestellten des Kantonsspitals eine Täuschung hinsichtlich seiner wahren Identität. Die erforderliche Täuschung des Opfers ist damit zu bejahen.

4. a) Die Erfüllung des Tatbestands erfordert eine arglistige Täuschung. Betrügerisches Verhalten ist strafrechtlich erst relevant, wenn der Täter mit einer gewissen Raffinesse oder Durchtriebenheit täuscht. Einerseits muss sich aus der Art und Intensität der angewendeten Täuschungsmittel eine erhöhte Gefährlichkeit ergeben (betrügerische Machenschaften, Lügengebäude). Einfache Lügen, plumpe Tricks oder leicht überprüfbare falsche Angaben genügen demnach nicht. Andererseits erfolgt die Eingrenzung des Betrugstatbestands über die Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit des Opfers. Danach ist ausgehend vom Charakter des Betrugs als Beziehungsdelikt, bei welchem der Täter auf die Vorstellung des Opfers einwirkt und dieses veranlasst, sich selbst durch die Vornahme einer Vermögensverfügung zugunsten des Täters oder eines Dritten zu schädigen, zu prüfen, ob das Opfer den Irrtum bei Inanspruchnahme der ihm zur Verfügung stehenden Selbstschutzmöglichkeiten hätte vermeiden können. Wer sich mithin mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen beziehungsweise den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, wird strafrechtlich nicht geschützt. Dabei ist die jeweilige Lage und Schutzbedürftigkeit des

Betroffenen im Einzelfall entscheidend. Besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung des Opfers sind in Rechnung zu stellen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung erfordert die Erfüllung des Tatbestands indes nicht, dass das Täuschungsopfer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen Vorkehrungen trifft. Arglist scheidet lediglich aus, wenn es die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit, welche das betrügerische Verhalten des Täters in den Hintergrund treten lässt. Die zum Ausschluss der Strafbarkeit des Täuschenden führende Opfermitverantwortung kann daher nur in Ausnahmefällen bejaht werden.

Arglist wird nach all dem – soweit das Opfer sich nicht in leichtfertiger Weise seiner Selbstschutzmöglichkeiten begibt – in ständiger Rechtsprechung bejaht, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Arglist ist aber auch schon bei einfachen falschen Angaben erfüllt, wenn ihre Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, und wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (vgl. zum Ganzen Bger. 6B_147/2009 E. 1.1 und BGE 135 IV 76 E. 5.2 ff. mit Hinweisen).

b) Vorliegend ist im Sinne der Rechtsprechung einerseits die Art und Intensität der angewendeten Täuschungsmittel und anderseits die Eigenverantwortlichkeit des Kantonsspitals als Opfer zu prüfen.

c) Der Beschuldigte wendet wie schon vor Vorinstanz ein, die Angabe eines falschen Namens unter Vorlage des entsprechenden Versicherungsausweises stelle eine einfache Lüge dar, welche ohne Weiteres und in zumutbarer Weise überprüfbar gewesen wäre. Das Kantonsspital hätte lediglich auf einem Ausweis bestehen müssen.

d) Entgegen der Ansicht des Beschuldigten stellt die Verwendung eines fremden Versicherungsausweises zur Bestärkung der falschen Namensangabe – welche für sich allein als einfache Lüge zu qualifizieren wäre – eine besondere Machenschaft dar. Das Betrugsmittel besteht in der Vorlage des Versicherungsausweises als Legitimationspapier. Wer wie der Beschuldigte eine echte Urkunde missbräuchlich einsetzt, um die tatbestandsmässige Täuschung und die schädigende Vermögensdisposition zu erreichen, handelt arglistig, denn die missbräuchliche Verwendung von Urkunden zählt zu den «manoeuvres frauduleuses», welche die Strafbarkeit einer Täuschung begründen (vgl. BGE 116 IV 23 E. 2.c). Dies gilt auch für den rechtswidrigen Gebrauch eines Versicherungsausweises, dessen Funktion es gerade ist, das Vorhandensein einer Versicherungsdeckung des Ausweisinhabers zu belegen. Der Beschuldigte kann sich auch nicht mit dem Einwand entlasten, eine Überprüfung wäre möglich und zumutbar gewesen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, erschien der Beschuldigte mit schwerwiegenden Verletzungen

im Kantonsspital und musste als Notfall aufgenommen und unverzüglich behandelt werden. Da auch die serbische Muttersprache des Beschuldigten mit der auf dem Versicherungsausweis aufgeführten Nationalität übereinstimmte, bestand für die Angestellten kein Anlass, an der Identität des vermeintlichen A. zu zweifeln. Unter diesen Umständen ist den Angestellten des Kantonsspitals nicht vorzuwerfen, sie hätten die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen ausser Acht gelassen, sodass das betrügerische Verhalten des Täters in den Hintergrund treten würde. Die Arglist ist zu bejahen.

5. a) Die arglistige Täuschung muss sodann einen Irrtum beim Getäuschten bewirken oder ihn in einem bereits aus anderen Gründen vorhandenen Irrtum bestärken (Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2009, Art. 146 N7; Bger. 6B_634/2008 E. 1.2). Als Irrtum ist dabei die Fehlvorstellung über Tatsachen zu verstehen (Stratenwerth/Wohlers, a. a. O., Art. 146 N7).

b) Vorliegend war es gerade die geschilderte Täuschung des Beschuldigten, die den Irrtum des Kantonsspitals über dessen Identität begründete.

6. a) Der durch die arglistige Täuschung bewirkte Irrtum muss den Getäuschten zu einer Vermögensverfügung veranlassen. Damit wird ein ursächliches Bindeglied zwischen Irrtum und Vermögensverfügung hergestellt (sog. Motivationszusammenhang; vgl. BGE 126 IV 113 E. 3a; BSK StGB II-Arzt, Art. 146 N72, 77). Der Betroffene muss zufolge des irreführenden Verhaltens und seines Irrtums zur Vermögensverfügung motiviert worden sein (vgl. zum Ganzen Bger. 6B_634/2008 E. 1.2). Vermögensverfügung ist grundsätzlich jedes Handeln oder Unterlassen, das eine Vermögensverminderung unmittelbar herbeiführt. Unmittelbarkeit bedeutet, dass das irrtumsbedingte Verhalten des Getäuschten zu der Vermögensminderung führt, ohne dass dafür noch zusätzliche deliktische Zwischenhandlungen des Täters erforderlich sind (BGE 126 IV 113 E. 3.a m.H.). Die Vermögensdisposition kann in der Übergabe von Sachen, im Erbringen von (geldwerten) Leistungen, im Eingehen von Verbindlichkeiten oder auch im Verzicht auf Forderungen oder deren Geltendmachung liegen (Trechsel/Crameri, StGB Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008, Art. 146 N15; BSK StGB II-Arzt, Art. 146 N78).

b) Der Beschuldigte macht hierzu geltend, er habe erhebliche Verletzungen aufgewiesen; eine Behandlung hätte so oder so vorgenommen werden müssen. Das Spital sei nicht berechtigt, jemanden wegzuweisen und nicht zu behandeln, nur weil er über seine Identität zu wenig Aufschluss geben könne. Er wäre also vom Spital auch behandelt worden, wenn er unter eigenem Namen aufgetreten wäre. Es fehle damit an einem Zusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensdisposition.

c) Die Vorinstanz erwog, entgegen der Argumentation der Verteidigung sei die Vermögensdisposition nicht in der Behandlung des Beschuldigten zu sehen, welche bei der gegebenen Notlage auch unter Angabe des richtigen Namens hätte erbracht werden müssen. Vielmehr habe es das Kantonsspital aufgrund der Täu-

schung über die Identität des Beschuldigten unterlassen, die Behandlungskosten gegenüber diesem geltend zu machen, indem es die Rechnung an die Versicherung weitergeleitet habe. Der Beschuldigte habe es durch sein Verhalten dem Kantonsspital auch verunmöglicht, eine Fakturierung im Nachgang auf die Operation an ihn zu richten. Der Motivationszusammenhang zwischen dem Irrtum über die Person des zu Behandelnden und der Vermögensdisposition in Form der unterlassenen Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Beschuldigten sei somit zu bejahen.

d) Der Auffassung der Vorinstanz ist im Ergebnis zuzustimmen. Gerade weil das Kantonsspital infolge der Notlage des Beschuldigten ohnehin zur Behandlung desselben verpflichtet war (vgl. Art. 50 Gesundheitsgesetz; sGS 311.1), ist die massgebende Vermögensdisposition nicht in der Behandlung an sich zu sehen. Zwar stellt die medizinische Behandlung insofern eine Vermögensverfügung dar, als sich das Kantonsspital mit ihrer Durchführung der entsprechenden Arbeit und der verwendeten Werkstoffe endgültig entäusserte (vgl. Bger. in SJZ 66 [1970] Nr. 73). Nachdem das Kantonsspital vorliegend einer Behandlungspflicht unterstand, war der Irrtum über die Identität des Beschuldigten tatsächlich nicht ursächlich für die Vermögensdisposition im Sinne der Behandlung. Indessen ist es nicht die Behandlung an sich, welche die Vermögensminderung unmittelbar herbeiführte. Eine Vermögensdisposition setzt nämlich Freiwilligkeit voraus (vgl. Trechsel/Crameri, a. a. O., Art. 146 N17). Da das Kantonsspital hinsichtlich der Behandlung des Beschuldigten keinen Handlungsspielraum besass, konnte sich der Irrtum von Vornherein erst in einem Stadium manifestieren, in welchem sich dem Kantonsspital wieder Handlungsalternativen eröffneten – mithin im Zeitpunkt der Rechnungsstellung. Erst in diesem zweiten Schritt konnte das Kantonsspital überhaupt freiwillig über sein Vermögen verfügen bzw. sich überhaupt selbst schädigen (vgl. BSK StGB II-Arzt, Art. 146 N79). Dies tat es, indem es gegenüber dem Beschuldigten – im Irrtum über dessen Identität – auf die Geltendmachung der Forderung verzichtete. Der Motivationszusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensdisposition ist somit zu bejahen.

7. a) Als Vermögensschaden gilt jede Beeinträchtigung des Vermögens, welche in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im Entgehen von Gewinn bestehen (Donatsch, Kommentar StGB, Zürich 2006, Art. 146, S. 208). Allgemein genügt eine vorübergehende Schädigung – späterer Ersatz des Schadens bzw. eine «objektiv exzellente Schadensweiterwälzungschance» schliessen eine Schädigung nicht aus (Trechsel/Crameri, a. a. O., Art. 146 N 26; BSK StGB II-Arzt, Art. 146 N107).

b) Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass dem Kantonsspital ein Schaden entstand, indem es die Behandlungskosten nicht gegenüber dem Beschuldigten geltend machte. Daran ändert auch eine allfällige spätere Übernahme der Behandlungskosten durch das Gemeinwesen nichts, da im Zeitpunkt der Nichtgeltendmachung der Behandlungskosten zumindest eine vorübergehende Schädigung

vorlag. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

8. Erfüllt ist schliesslich auch der subjektive Tatbestand. Der Beschuldigte nannte einen falschen Namen und legte einen fremden Versicherungsausweis vor, gerade um beim Kantonsspital einen Irrtum hinsichtlich seiner wahren Identität hervorzurufen. Er handelte damit vorsätzlich bezüglich der arglistigen Täuschung sowie den dadurch ausgelösten Irrtum. Die gestützt darauf erfolgte Vermögensdisposition sowie -schädigung des Kantonsspitals nahm er im Sinne des Eventualvorsatzes zumindest in Kauf. Zu bejahen ist schliesslich auch die (Eventual-)Absicht, sich selbst durch Entgegennahme der Behandlung ohne entsprechende Gegenleistung zu bereichern.

9. Im Ergebnis hat sich der Beschuldigte des Betrugs im Sinne von Art. 146 StGB schuldig gemacht. Der vorinstanzliche Schuldspruch ist zu bestätigen.

## 41

*Art. 320 StGB (SR 311.0).* Amtsgeheimnisverletzung. Rechtfertigungsgründe.

*Anklagekammer, 23. Mai 2012*

Aus den Erwägungen:

2.1. Das der Strafanzeige des Anzeigers wegen «Amtsgeheimnisverletzung und Kreditschädigung» zugrunde liegende Schreiben des angezeigten Schulleiters vom 23. Februar 2012, welches an die Eltern eines Schülers gerichtet ist, lautet inhaltlich wie folgt:

> «Ich habe erfahren, dass Ihr Sohn S. seit ein paar Wochen in X. bei Herrn A. Nachhilfeunterricht besucht. Sie möchten mit diesem privat organisierten Unterricht S.s Lernfortschritte mit Blick auf die Oberstufe unterstützen.
>
> Mir ist es ein Anliegen Ihnen mitzuteilen, dass diesem Nachhilfelehrer im Jahr 2004 die Wahlfähigkeit als Primarlehrer vom Bildungsdepartement entzogen wurde. Ich empfehle Ihnen bei der Nutzung dieses Nachhilfeangebotes die nötige Vorsicht walten zu lassen.
>
> Besten Dank für Ihre Kenntnisnahme.»

Eine Kopie dieses Schreibens ging gemäss einem entsprechenden Vermerk am Ende des Briefs an die Klassenlehrerin L.

2.2. Wer im Staatsdienst steht, unterliegt dem Amtsgeheimnis. Geheim gehalten werden Angelegenheiten, die nach ihrer Natur oder nach besonderer Vorschrift geheim sind (Art. 68 Abs. 1 und 2 Staatsverwaltungsgesetz, sGS 140.1). Wegen Amtsgeheimnisverletzung gemäss Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder

als Beamter anvertraut worden ist oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat. Als Geheimnis gilt jede Tatsache, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (BSK StGB II-Oberholzer, Art. 320 N7).

2.3. Der Anzeiger rügt eine Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 Ziff. 1 StGB, weil im Schreiben des Angezeigten an die Eltern eines Nachhilfeschülers der Entzug der Wahlfähigkeit als Primarlehrer durch das Bildungsamt (bzw. das frühere Erziehungsdepartement) erwähnt ist.

Über das dem Entzug der Wahlfähigkeit des Anzeigers als Primarlehrer zugrunde liegende Strafverfahren gegen den Anzeiger wegen Verdachts der Pornografie (in den Jahren 2002 bis 2005) wurde in der Presse berichtet und es fand eine öffentliche Verhandlung statt. Im Jahre 2004 wurden die Schulträger im Kanton St.Gallen und die Bildungsdepartemente der anderen Kantone vom Bildungsdepartement des Kantons St.Gallen im Auftrage des Erziehungsrates gestützt auf Art. 61 Abs. 3 des Volksschulgesetzes (sGS 231.1; abgekürzt VSG) über den Entzug der Wahlfähigkeit informiert. Im Weiteren hatte der Schulrat der Gemeinde X. mit Schreiben vom 27. Februar 2008 im Rahmen einer Elterninformation über den Entzug der Wahlfähigkeit des Anzeigers als Primarlehrer informiert. Somit kann diesbezüglich nicht mehr von einem «Geheimnis» im Sinne von Art. 320 StGB gesprochen werden.

2.4. Selbst wenn von einem Geheimnis auszugehen wäre, liegen für die Information Rechtfertigungsgründe vor, welche ein strafbares Verhalten ausschliessen würden.

Der angezeigte Schulleiter hatte das fragliche Schreiben an die Eltern eines Nachhilfeschülers nach Rücksprache und mit Ermächtigung seiner direkten Vorgesetzten, der Schulpräsidentin P., versandt. Damit lag eine Bewilligung der vorgesetzten Behörde vor, welche ein strafbares Verhalten nach Art. 320 Ziff. 2 StGB ausschliesst.

Zusätzlich ist eine Berufung auf den allgemeinen Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB möglich. Einerseits sind die Behörden aufgrund von Art. 61 Abs. 3 Volksschulgesetz ausdrücklich befugt, die zuständigen Stellen über den Entzug der Wahlfähigkeit zu informieren. Andererseits verpflichtet der in Art. 3 Volksschulgesetz festgehaltene, allgemeine Erziehungs- und Bildungsauftrag die (Schul-)behörden, die Schüler vor möglichen oder aktuellen Gefährdungen ihrer psychischen wie auch physischen Integrität zu schützen. Aufgrund dieses Fürsorgeauftrages und zufolge der Wahrung berechtigter Interessen sind die Behörden verpflichtet, die Schüler auch vor bekannten Gefahren ausserhalb des regulären Schulbetriebes zu bewahren, entsprechende Massnahmen zum Schutze der Kinder zu treffen und Informationen bekannt zu geben.

Der Schutz der Schüler vor allfälligen Übergriffen ist dabei angesichts der rechtskräftigen Verurteilung des Anzeigers wegen Kinderpornografie höher zu gewichten als die Interessen des Anzeigers bzw. dessen Anspruch auf Geheimhaltung des Wahlfähigkeitsentzuges, insbesondere nachdem er mit dem Nachhilfeunterricht die Ursache für die Information selber gesetzt hatte. Der Entzug der

Wahlfähigkeit als Primarlehrer, welcher vorwiegend zum Schutz der Kinder im Rahmen des öffentlichen Schulunterrichtes vorgenommen wurde, kann nicht in der Weise umgangen werden, dass fortan Privatnachhilfe erteilt wird, anlässlich welchem die Gefahr für die Schüler im Vergleich zu einer Klassensituation ungleich erhöht ist. Es lag damit ohne Weiteres in der Pflicht des Schulleiters, die entsprechenden Zielpersonen angemessen zu orientieren und über eine allfällige Gefährdung aufzuklären. Das gewählte Vorgehen im Rahmen eines zurückhaltend formulierten Briefes ohne Namensangabe und ohne Angabe des Grundes des Wahlfähigkeitsentzuges stellt dabei eine äusserst verhältnismässige und milde Massnahme dar.

Das Gesagte hat im vorliegenden Fall umso mehr Geltung, als der fragliche Nachhilfeunterricht im Bereich bzw. im Zusammenhang mit der (öffentlichen) Primarschule erfolgte, nämlich sinngemäss Stützunterricht hinsichtlich des Übertritts von der Primarschule in die Oberstufe. Eine Information der Eltern des Nachhilfeschülers über den Entzug der Wahlfähigkeit des Anzeigers als Primarlehrer erfolgte somit auch im öffentlichen Interesse. Die Information ist mit der gebotenen Zurückhaltung formuliert. Namentlich enthält sie keinen Hinweis auf den Grund des Entzugs der Wahlfähigkeit.

2.5. Insgesamt liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach aufgrund des Schreibens des Angezeigten an die Eltern eines Nachhilfeschülers vom 23. Februar 2012 der Tatbestand der Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) erfüllt wäre. Selbst wenn es sich bei den offenbarten Informationen, welche im Raum X. seit geraumer Zeit bekannt waren, um ein Geheimnis im Sinne von Art. 320 StGB handeln würde, so wäre das Vorgehen durch verschiedene Rechtfertigungsgründe gedeckt und damit straflos.

## 42

*Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV (SR 942.211).* Begriff des «Mehrwertdienstes» gemäss PBV. Mehrwertdienste über geografische Rufnummern werden von Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV erfasst.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 14. Mai 2012*
*–> Bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_551/2012 vom 21. Januar 2013)*

Aus den Erwägungen:

III. b) Die Verteidigung bringt im Wesentlichen vor, die Vorinstanz gehe fälschlicherweise davon aus, dass der Begriff des «Mehrwertdienstes» gemäss Art. 10

Abs. 1 lit. q der Preisbekanntgabeverordnung (PBV; SR 942.211) einen weiteren Geltungsbereich habe als jener gemäss Fernmeldedienstverordnung (FDV; SR 784.101.1), und qualifiziere gestützt darauf die von den Beschuldigten erbrachten Dienstleistungen zu Unrecht als Mehrwertdienste. Insbesondere wenden sich die Beschuldigten gegen die Anwendbarkeit der Art. 11a, 11b und 13a PBV, welche spezialrechtlich geregelten Mehrwertdiensten vorbehalten seien. Art. 1 lit. c FDV definiere unmissverständlich, was als Mehrwertdienst zu gelten habe, nämlich ein Dienst, welcher über Fernmeldedienste erbracht und von den Anbieterinnen von Fernmeldediensten (und nicht etwa wie vorliegend vom Dienstleister selbst) in Rechnung gestellt werde. Zudem hätten Mehrwertdienste bestimmte Adressierungselemente zu erfüllen; Angebote über geografische Rufnummern könnten demnach bereits per Definition keine Mehrwertdienste darstellen. Stelle man vorliegend richtigerweise auf die allgemeinen Bestimmungen der PBV hinsichtlich Werbung in der Telekommunikation und nicht auf die Sonderbestimmungen für Mehrwertdienste ab, zeige sich, dass sich die Beschuldigten hinsichtlich sämtlicher Insertionsphasen UWG- bzw. PBV-konform verhalten hätten.

2. a) Vor diesem Hintergrund ist durch Gesetzesauslegung zu ermitteln, welche Dienstleistungen unter den Begriff des «Mehrwertdienstes» gemäss PBV fallen und in welchem Zusammenhang dieser Begriff mit Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV steht.

b) Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 137 V 1 E. 5.1 m.w.H.). Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinns und der dem Text zu Grunde liegenden Wertungen. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 137 III 470 E. 6.4).

3. a) Wie die Beschuldigten zu Recht vorbringen, enthält die heute gültige Fassung der PBV (wenngleich sie den Begriff verschiedentlich verwendet) selbst kei-

ne Definition des Begriffs «Mehrwertdienste». Indessen sprach Art. 10 Abs. 1 lit. q aPBV, wie er bis zum 31. März 2007 Geltung hatte, noch ausdrücklich von:

«auf Fernmeldediensten aufbauende[n] Mehrwertdienste[n] wie Informations-, Beratungs-, Vermarktungs-, Gebührenteilungsdienste[n] [. . .]» [keine Hervorhebung im Original].

Der seit 1. April 2007 in Kraft stehende und bis heute unveränderte Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV erfasst demgegenüber:

«Dienstleistungen wie Informations-, Beratungs-, Vermarktungs- und Gebührenteilungsdienste, die über Fernmeldedienste erbracht oder angeboten werden, unabhängig davon, ob sie von einer Anbieterin von Fernmeldediensten verrechnet werden.»

Wenn auch der Begriff «Mehrwertdienst» in der geltenden Fassung nicht mehr explizit erwähnt wird, bestehen keine Hinweise darauf, dass der Verordnungsgeber die genannten, in beiden Fassungen identischen Dienstleistungen nicht mehr als Mehrwertdienste ansehen wollte. Im Gegenteil hält das UVEK in seinem Erläuternden Bericht zur Revision des FMG vom 28. Juni 2006 (http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1317/Bericht.pdf; S. 29) fest, dass «mit dieser Änderung [. . .] unter dem Begriff ‹Mehrwertdienste› die im Sinne des FMG bereitgestellten (und somit auf der Telefonrechnung aufgeführten) Mehrwertdienste sowie ausserdem alle kostenpflichtigen Dienste zusammengefasst werden [sollen], die über Fernmeldedienste erbracht, aber nicht über die Telefonrechnung bezahlt werden. Die Bestimmungen der PBV sollen weiterhin für sämtliche kostenpflichtigen Dienste gelten, die über Fernmeldedienste erbracht werden, und zwar unabhängig davon, ob sie über die Telefonrechnung in Rechnung gestellt werden.» Aus der Entstehungsgeschichte der fraglichen Norm erhellt somit, dass auch in der geltenden Fassung die in Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV aufgezählten Dienstleistungen mit dem Begriff des «Mehrwertdienstes» gleichzusetzen sind, wobei der Begriff im Vergleich zur früheren Fassung noch in dem Sinne erweitert wurde, als dass die Art der Rechnungsstellung ausdrücklich keine Rolle mehr spielen soll.

b) Das soeben Ausgeführte wird unter systematischen Gesichtspunkten in den Art. 11a, 11b sowie 13a PBV bestätigt, welche gemäss ihren Titeln jeweils nähere Regelungen zu den Mehrwertdiensten enthalten. Entgegen der Ansicht der Beschuldigten verweisen diese Bestimmungen nicht auf «spezialrechtlich» geregelte Mehrwertdienste, sondern ausdrücklich und ausnahmslos auf Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV. Dabei ist augenfällig, dass der Begriff «Mehrwertdienst» jeweils mit «Dienstleistungen nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe q» gleichgesetzt wird und die Bestimmungen im Übrigen nähere Regelungen für spezielle Formen von Mehrwertdiensten (Art. 11a PBV: Grundgebühr oder Preis pro Minute über zwei Franken; Art. 11b PBV: Abrechnung pro Einzelinformation, «Push-Dienste») oder für deren Bewerbung (Art. 13a PBV) aufstellen. Vor dem Hintergrund dieses ausdrücklichen Verweises ist auch nicht entscheidend, dass die Änderung des Wortlauts der Art. 10 Abs. 1 lit. q, 11a, 11b sowie 13a PBV anlässlich einer Revision der FDV vorgenommen wurde (AS *2007,* 945).

c) Die Ansicht der Beschuldigten, wonach die Titel der Art. 11a, 11b und 13a PBV auf «spezialrechtliche» Regelungen (womit gestützt auf die Ausführungen der Beschuldigten wohl nur die Begriffsbestimmung gemäss Art. 1 lit. c FDV gemeint sein kann) abstellten, hätte zudem inhaltliche Widersprüche zur Folge. Wollte man den Mehrwertdienstbegriff gemäss Art. 1 lit. c FDV (welcher nur Mehrwertdienste erfasst, die durch die Anbieterin von Fernmeldediensten abgerechnet werden; vgl. dazu sogleich Erw. 4) dem Terminus «Mehrwertdienste» in den Titeln der genannten Bestimmungen gleichsetzen, so setzte man damit gleichzeitig die jeweiligen Titel in Widerspruch zu den entsprechenden Bestimmungen, da diese wie erwähnt durchwegs auf Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV verweisen. Letztere Bestimmung bezeichnet die Art der Rechnungsstellung aber gerade ausdrücklich als irrelevant.

d) Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die in Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV genannten Dienstleistungen mit dem Begriff des «Mehrwertdienstes» im Sinne der Titel der Art. 11a, 11b und 13a PBV gleichzusetzen sind.

4. a) Dem soeben Ausgeführten steht ungeachtet der Ansicht der Beschuldigten auch Art. 1 lit. c FDV nicht entgegen, wonach als Mehrwertdienst eine Dienstleistung gilt, «die über einen Fernmeldedienst erbracht und von einer Anbieterin von Fernmeldediensten zusätzlich zu Fernmeldediensten in Rechnung gestellt wird».

b) Diesbezüglich ist zunächst auf das Fernmeldegesetz (FMG; SR 784.10) abzustellen. Eine ausdrückliche Definition (wie etwa zum Begriff des «Fernmeldedienstes»; vgl. Art. 3 lit. b FMG) ist dem Gesetz nicht zu entnehmen; indessen wird der Begriff in dem Sinne implementiert, als Art. 12b Abs. 1 FMG dem Bundesrat zur Verhinderung von Missbrauch die Regelung der Mehrwertdienste und insbesondere den Erlass von Vorschriften zur Preisbekanntgabe überträgt. Art. 12b Abs. 2 FMG erteilt dem Bundesrat weiter den Auftrag zum Erlass von Vorschriften, «nach denen die Mehrwertdienste, die von Anbieterinnen von Fernmeldediensten zusammen mit den übrigen Dienstleistungen abgerechnet werden, auf Grund der Nummern als solche erkannt werden können». Art. 12b Abs. 1 FMG verweist damit direkt auf die Art. 11a, 11b und 13a PBV, Art. 12b Abs. 2 FMG hingegen auf die Vorschriften der FDV. Daraus erhellt, dass sich die PBV und die FDV hinsichtlich ihres Adressatenkreises unterscheiden: Die FDV richtet sich ausschliesslich an die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, während die PBV auch Drittanbieter miteinschliesst. Mit dem engeren Adressatenkreis der FDV gehen denn auch zusätzliche Auflagen einher. Für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sind Mehrwertdienste dann von besonderer Relevanz, wenn sie von diesen selbst zusammen mit den übrigen Dienstleistungen abgerechnet werden. In diesem Fall stellt der Konsumentenschutzgedanke infolge der gemeinsamen Abrechnung erhöhte Anforderungen an die Erkennbarkeit von Mehrwertdiensten (vgl. Art. 36 Abs. 1 FDV). Werden die Mehrwertdienste hingegen vom Dienstleister, mithin von dritter Seite, in Rechnung gestellt, ist die Transparenz hinreichend gewährleistet.

c) Für die Definition der fernmelderechtlichen Mehrwertdienste gemäss FMG ist somit nicht relevant, ob die Abrechnung durch die Anbieterin von Fernmelde-

diensten zusammen mit den übrigen Dienstleistungen erfolgt oder nicht. Vielmehr sollen die in Art. 12b Abs. 1 FMG angesprochenen Konsumentenschutzvorschriften in beiden Fällen zur Anwendung gelangen, wobei Abs. 2 aus Transparenzgründen eine zusätzliche Auflage für solche Mehrwertdienste macht, welche von den Anbieterinnen zusammen mit den übrigen Dienstleistungen abgerechnet werden (vgl. auch Botschaft; BBl *2003,* 7973). Wollte man wie die Beschuldigten Art. 1 lit. c FDV als allgemeingültige Definition der Mehrwertdienste heranziehen, wäre Art. 12b Abs. 2 FMG von vornherein obsolet. Damit zeigt sich einerseits, dass sich der Begriff des Mehrwertdienstes gemäss FMG mit jenem gemäss PBV deckt; und andererseits, dass die Verordnung in Art. 1 lit. c FDV bereits von einem engeren Begriff der Mehrwertdienste ausgeht als das zugrundeliegende bzw. hierarchisch übergeordnete Bundesgesetz, wenn sie die Abrechnungsmodalitäten zum notwendigen Begriffselement erhebt. Dieser Umstand wird im Übrigen auch dadurch verdeutlicht, dass die Begriffsbestimmungen gemäss Art. 1 FDV ausdrücklich nur «in dieser Verordnung» (Ingress; keine Hervorhebung im Original) Geltung beanspruchen. Zusammenfassend zeigt sich, dass die Definition des Begriffs «Mehrwertdienst» gemäss Art. 1 lit. c FDV entgegen der Ansicht der Beschuldigten keine allgemeine (und insbesondere nicht in Bezug auf die PBV) Geltung beanspruchen kann, sondern sich auf die Verordnung selbst beschränkt.

5. Vor diesem Hintergrund ist auch unerheblich, dass die Dienstleistungen der Beschuldigten über geografische Rufnummern angeboten wurden. Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV setzt einzig die Erbringung über Fernmeldedienste (zu welchen nach übereinstimmender Ansicht aller Beteiligten auch geografische Rufnummern zu zählen sind) voraus; die konkreten Adressierungselemente sind in diesem Zusammenhang nicht entscheidend. Im Gegenteil erscheint es im Lichte des der PBV zugrundeliegenden Konsumentenschutzgedankens als naheliegend, dass insbesondere Mehrwertdienste über geografische Rufnummern von Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV erfasst werden, da diese (im Gegensatz zu 090x-Nummern) anhand ihrer Adressierungselemente nicht auf den ersten Blick als Mehrwertdienste mit entsprechenden Kostenfolgen erkennbar sind.

6. Im Ergebnis ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die PBV hinsichtlich der Mehrwertdienste einen weiteren Geltungsbereich aufweist als die FDV (wobei es vor dem Hintergrund des FMG präziser ist, von einem eingeschränkten Anwendungsbereich der FDV zu sprechen; vgl. oben Erw. 4.c). Nachdem die Beschuldigten unbestrittenermassen Dienstleistungen über Fernmeldedienste erbracht haben, sind gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV die Bestimmungen zur Preisbekanntgabe von entgeltlichen Mehrwertdiensten im Sinne der PBV anwendbar.

## IV. Rechtspflege

### 1. Verwaltungsrechtspflege

**43**

*Art. 30 VRP (sGS 951.1) i.V. m. Art. 144 ZPO (SR 272).* Die Beurteilung von Sistierungs- und Fristerstreckungsgesuchen liegt im Ermessen der Entscheidinstanz. Das Verwaltungsgericht hat sich bei der Überprüfung auf eine Rechtskontrolle zu beschränken. Wird ein fristgerecht gestelltes Fristerstreckungsgesuch abgelehnt, ist dem Gesuchsteller eine kurze Nachfrist anzusetzen, sofern das Gesuch nicht als trölerisch oder rechtsmissbräuchlich bewertet werden muss.

*Verwaltungsgericht, 14. Februar 2012*

A. K. liess gegen einen Beschluss der Baubewilligungskommission der Stadt St.Gallen mit Eingabe vom 8. Juli 2011 Rekurs erheben und um eine Frist zur Rekursergänzung ersuchen. Die Rekursinstanz verlängerte die Frist zunächst bis 12. August 2011. Mit verfahrensleitender Anordnung vom 15. August 2011 gab sie einem weiteren Fristerstreckungsgesuch statt und erstreckte die Frist zur Rekursergänzung bis 15. September 2011, wobei sie ausdrücklich darauf hinwies, dass diese Frist nicht mehr erstreckt werden könne. Mit Eingabe 15. September 2011 liess A. K. um Sistierung des Verfahrens beziehungsweise um Fristerstreckung zur Rekursergänzung bis zum 15. Dezember 2011 ersuchen. Die Rekursinstanz gab diesem Gesuch nicht statt und trat mit Entscheid vom 10. Oktober 2011 in Anwendung von Art. 48 Abs. 3 VRP auf den Rekurs nicht ein. Das Verwaltungsgericht hiess eine dagegen erhobene Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

2. Vorliegend ist der Streitgegenstand einzig die Frage, ob die Vorinstanz am 10. Oktober 2011 zu Recht auf den Rekurs des Beschwerdeführers nicht eingetreten ist. Die Leiterin Rechtsdienst der Vorinstanz lehnte das Sistierungs- und Fristerstreckungsgesuch des Beschwerdeführers gleichentags mit einer verfahrensleitenden Anordnung ab. Gegen diese verfahrensleitende Anordnung bestand keine Rechtsmittelmöglichkeit, und sie bildet unmittelbare Grundlage und Bestandteil des Nichteintretensentscheids der Vorinstanz. Die Ablehnung der Sistierung und Fristerstreckung hätte auch im Nichteintretensentscheid erfolgen können. Daher ist auch die Rechtmässigkeit der Ablehnung der Sistierung und der Fristerstreckung zu beurteilen. Nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens stellen hinge-

gen materielle Fragen zum Baugesuch Nr. 00002 der Beschwerdegegnerin dar, wenngleich zu bemerken ist, dass das Verwaltungsgericht zu den materiellen Fragen im rechtskräftigen Urteil vom 18. März 2010 bereits umfangreich Stellung genommen hat.

3. (. . .).

4. Damit auf einen Rekurs eingetreten wird, müssen die Voraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP eingehalten sein. Mit der Eingabe vom 8. Juli 2011 stellte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers einen Antrag und unterzeichnete die Eingabe. Eine Darstellung des Sachverhalts sowie die Begründung fehlten indessen. Dazu setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer gemäss Art. 48 Abs. 2 unter Hinweis auf die Säumnisfolgen gemäss Art. 48 Abs. 3 VRP eine Nachfrist zur Rekursergänzung bis zum 12. August 2011 an. Am 15. August 2011 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine als «letztmalig» bezeichnete Fristerstreckung bis zum 15. September 2011 und trat nach Ablehnung des Fristerstreckungs- und Sistierungsgesuches des Beschwerdeführers vom 15. September 2011 mit Entscheid vom 10. Oktober 2011 auf den Rekurs mangels Vorliegen einer Rekursergänzung nicht ein.

4.1. Im Gegensatz zur gesetzlichen Rekursfrist nach Art. 47 Abs. 1 VRP ist die Frist zur Einreichung der Rekursergänzung nach Art. 48 Abs. 2 VRP erstreckbar. Soweit das VRP keine besonderen Regelungen beinhaltet, finden gemäss Art. 30 Abs. 1 VRP die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272, abgekürzt ZPO) über die Fristen sachgemässe Anwendung. Das VRP enthält keine Regelungen über Erstreckungsgesuche, sodass diesbezüglich Art. 144 ZPO als Teil der Bestimmungen über die Fristen und die dazugehörige zivilprozessuale Praxis Anwendung finden. Hinzu kommt, dass die Regelung in der ZPO und die dazugehörige Praxis zu Erstreckungsgesuchen und ihrem Einfluss auf richterliche Fristen allgemeinen Grundsätzen des Verfahrensrechts entsprechen, die auch im Verwaltungsprozessrecht angewendet werden können. Eine Regelung über die Sistierung des Verfahrens findet sich im VRP ebenfalls nicht. Dennoch wird sie als zulässig erachtet, zumal die Möglichkeit der Verfahrenssistierung als allgemein anerkannter verfahrensrechtlicher Grundsatz gilt.

4.2. Als erstes ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer rechtzeitig ein Fristerstreckungs- und Sistierungsgesuch eingereicht hat. Nach Ansicht der Vorinstanz ist das Gesuch erst nach Ablauf der erstreckten Frist zur Rekursergänzung eingetroffen, nämlich am 16. September 2011. Nach anerkannter Praxis im Zivilprozessrecht wie auch im Verwaltungsverfahrensrecht ist für eine fristgerechte Fristerstreckung erforderlich, dass das Fristerstreckungsgesuch am letzten Tag der Frist der Post übergeben wird. Ein Eintreffen des Fristerstreckungsgesuchs bei der zuständigen Instanz vor Fristablauf ist hingegen nicht erforderlich (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl., St.Gallen 2003, Rz. 947; J. Benn, in: Spühler/Tenchio/ Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar ZPO, Basel 2010, N 6 zu Art. 144 ZPO mit Hinweis; B. Merz, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schwei-

zerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St.Gallen 2011, N 10 f. zu Art. 144 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 8.58; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 31 zu § 195 GVG). Der Beschwerdeführer hat sein Fristerstreckungs- und Sistierungsgesuch am 15. September 2011 abgeschickt, sodass die Frist gewahrt war und daher geprüft werden musste, ob ein zulässiges Fristerstreckungs- oder Sistierungsgesuch vorlag.

4.3. Weiter stellt sich vorliegend die Frage, ob die Vorinstanz das Sistierungsgesuch zu Recht ablehnte.

4.3.1. Die Sistierung eines Verfahrens liegt im Ermessen der urteilenden Instanz (vgl. M. Kaufmann, in: Brunner/Gasser/ Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/ St.Gallen 2011, N 4 zu Art. 126) und ermöglicht ihr damit das Treffen einer sachgemässen Entscheidung im Einzelfall. Das Verwaltungsgericht hat diesen Spielraum zu respektieren und sich nach Art. 61 Abs. 1 VRP auf eine Rechtskontrolle zu beschränken, eine Überprüfung der Ermessensbetätigung steht ihm dagegen nicht zu (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 739 f.; VerwGE B 2011/118 vom 11. August 2011, E. 2.3, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch). Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Verweigerung der Sistierung sein rechtliches Gehör verletze und übertrieben formalistisch sei.

4.3.2. Eine Sistierung des Verfahrens ist anzuordnen, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben ist oder wenn ein anderes Verfahren anhängig ist, dessen Ausgang von präjudizieller Bedeutung ist. Zulässig ist sie zudem, wenn sie aus wichtigen Gründen geboten erscheint und ihr keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1093). Es ist daher eine Abwägung zwischen glaubhaft geltend gemachten Interessen an einer Sistierung und solchen an der Fortsetzung des Verfahrens vorzunehmen (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1095).

4.3.3. Der Beschwerdeführer begründete das Sistierungsgesuch mit Vergleichsverhandlungen. Solche Verhandlungen sind indessen für die Verfahren hinsichtlich des Baugesuchs Nr. 49289 nur insoweit relevant, als sie dieses Verfahren betreffen. Der Beschwerdeführer legt nicht genügend umfassend dar, inwieweit dies der Fall ist. Er bringt zwar vor, dass der Abschluss dieser Verhandlung zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens vor der Vorinstanz hätte führen können, es fehlen aber diesbezügliche Beweisofferten und eine ausführliche Begründung.

Weiter setzt eine Sistierung aufgrund aussergerichtlicher Vergleichsverhandlungen grundsätzlich voraus, dass beide Parteien sie beantragen oder ihr zumindest zustimmen. Erforderlich ist zudem, dass bei Vergleichsverhandlungen ernsthafte Aussicht auf einen zeitlich absehbaren Abschluss besteht (R. Bornatico, in: Basler Kommentar ZPO, a. a. O., N 9 zu Art. 126 ZPO). Daraus ist auch ersichtlich, dass eine Vergleichsverhandlung die Beteiligung sämtlicher Betroffener voraussetzt, was vorliegend gemäss der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 30. November 2011 nicht der Fall gewesen ist, da diese nicht daran beteiligt war. Der Beschwerdefüh-

rer anerkennt auch in der Eingabe seines Rechtsvertreters vom 23. Januar 2012 selbst, dass eine Einigung zwingend den Einbezug sämtlicher Beteiligter erfordere. Dazu gehört aber nicht nur der Kanton St.Gallen als neuer Grundeigentümer, sondern auch die Beschwerdegegnerin.

Die Verhandlungen mit dem Baudepartement sind daher wohl weniger als Vergleichsverhandlungen, sondern eher als Gespräche über die künftige rechtskonforme Nutzung des Güterbahnhofsareals zwischen dem betroffenen Beschwerdeführer und dem künftigen Eigentümer zu betrachten. In diesem Sinne gestand der Beschwerdeführer in der Eingabe seines Rechtsvertreters vom 23. Januar 2012 implizit selbst ein, dass die Gespräche mit dem Baudepartement aus Sicht eines Regierungsrates und Politikers wohl nicht als «eigentliche» Vergleichsverhandlungen bezeichnet werden könnten. Zudem ergibt sich aus der Eingabe des Baudepartements an die Vorinstanz vom 23. September 2011 nicht ausdrücklich, dass Vergleichsverhandlungen zwischen dem Beschwerdeführer und dem Baudepartement stattfanden, sondern lediglich, dass das Baudepartement Abklärungen vornehmen werde. Eine Sistierung aufgrund von Vergleichsverhandlungen war deswegen nicht angebracht.

Schliesslich wertete die Vorinstanz das Interesse der Beschwerdegegnerin an einer raschen Entscheidung und der Schaffung von Klarheit hinsichtlich der Öffnungszeiten und des Lärmschutzes des KuGl als gewichtiger ein als den Ausgang der Gespräche zwischen dem Baudepartement und dem Beschwerdeführer sowie den Abschluss der Abklärungen hinsichtlich der komplexen Rechtsverhältnisse rund um das Güterbahnhofareal. Diese Schlussfolgerung ist in Anbetracht des Ermessensspielraums der Vorinstanz nicht rechtswidrig, sodass die Ablehnung des Sistierungsgesuches diesbezüglich weder das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt noch als überspitzt formalistisch erscheint.

4.3.5. Der Beschwerdeführer bringt sodann noch vor, dass die Vorinstanz durch die Ablehnung des Sistierungsgesuches vom 15. September 2011 ihrer eigenen Entscheidung in gleichartiger Sache widerspreche. So habe sie am 7. November 2011 im Rekursverfahren gegen den Einspracheentscheid betreffend Neuordnung und Erweiterung Parkplatz, Nutzungsänderung und Beurteilung der bestehenden Nutzung, GS-Nr. C0002, X-strasse 0–0 das Verfahren wegen geplanten Einigungsverhandlungen zwischen dem Beschwerdeführer und dem Baudepartement bis Ende Dezember 2011 sistiert. Der Umstand, dass die Vorinstanz zwei Monate nach dem hier angefochtenen Entscheid die Situation in einem vergleichbaren Fall anders beurteilt, lässt die Beurteilung vom 10. Oktober 2011 nicht nachträglich als rechtswidrig erscheinen. Die Rechtmässigkeit der Ablehnung des Sistierungsgesuches muss im Zeitpunkt des Entscheids gegeben sein. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, auf welcher tatsächlichen Grundlage die Vorinstanz den Entscheid vom 7. November 2011 fällte. Allenfalls standen ihr damals neue Fakten zur Verfügung, die sie am 10. Oktober 2011 noch nicht kannte und die im vergleichbaren Fall eine andere Beurteilung des Sistierungsgesuchs verlangten.

4.3.6. Es lässt sich somit festhalten, dass die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Ablehnung des Gesuchs um Sistierung am 10. Oktober 2011 nicht rechtswidrig ausübte.

4.4. Weiter stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer auf sein Gesuch hin zu Recht eine weitere Fristerstreckung ablehnte, nachdem sie ihm am 15. August eine als «letztmalig» bezeichnete Fristerstreckung bis zum 15. September 2011 gewährte.

4.4.1. Die Entscheidinstanz hat über ein Fristerstreckungsgesuch im Einzelfall und im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot zu entscheiden, ob die geltend gemachten Gründe ausreichend sind und ob die verlangte Dauer der Fristerstreckung angemessen ist (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 8.58; Benn, a. a. O., N 8 und 12 zu Art. 144). Auch diesbezüglich hat das Verwaltungsgericht wiederum den Ermessensspielraum der Vorinstanz zu berücksichtigen und muss sich nach Art. 61 Abs. 1 VRP auf eine Rechtskontrolle zu beschränken.

4.4.2. Die Vorinstanz bezeichnete die Fristerstreckung des Beschwerdeführers zur Rekursergänzung bis zum 15. September 2011 als letztmalig. Dies ist zulässig und bringt zum Ausdruck, dass weitere Fristerstreckungen nicht mehr gewährt werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 8.58). Dabei steht es im Ermessen der Entscheidinstanz, wann sie eine gewährte Fristerstreckung als letztmalig bezeichnet. Dies schliesst indessen entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht aus, dass auch bei einer letztmaligen Fristerstreckung aufgrund schwerwiegender Gründe oder bei Vorliegen der Zustimmung der Gegenpartei ausnahmsweise nicht noch einmal eine Fristerstreckung möglich ist (Benn, a. a. O., N 14 zu Art. 144 ZPO; Hauser/Schweri, a. a. O., N 27 zu § 195 GVG; Amstutz/ Arnold, in: Niggli/Übersax/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar BGG, 2. Aufl., Basel 2011, N 7 zu Art. 47 BGG; U. P. Cavelti, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N 18 zu Art. 22 VwVG). In diesem Sinne entschied das Bundesgericht, dass nach der Gewährung einer letztmaligen Fristerstreckung eine weitere Erstreckung nur noch in eigentlichen Notfällen in Betracht kommt. Der Notfall muss überdies hinreichend bescheinigt werden (BGer 6P.115/2006 vom 17. August 2006, E. 1).

Dies hat zur Folge, dass die Entscheidinstanz auch nach der Gewährung einer letztmaligen Fristerstreckung bei Eintreffen eines neuerlichen fristgerechten Fristerstreckungsgesuchs prüfen muss, ob nicht schwerwiegende Gründe oder ein Notfall vorliegen, die eine nochmalige Fristerstreckung rechtfertigen, auch wenn diesbezüglich ein strenger Massstab gilt.

4.4.3. Der Beschwerdeführer sieht solche schwerwiegende Gründe darin, dass mit dem neuen Eigentümer im Zeitpunkt des Gesuchs um Fristerstreckung am 15. September 2011 Vergleichsverhandlungen gelaufen seien. Dies stellt keinen «eigentlichen» Notfall im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dar, zumal der Beschwerdeführer nicht hinreichend darlegt, wieso gerade angebliche Vergleichsverhandlungen als ein solcher Notfall zu betrachten sind. Beispiele solcher

Notfälle im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind eher plötzliche Todesfälle oder unerwartete Spitalaufenthalte.

Aus dem Gesagten folgt daher, dass die Vorinstanz das Gesuch um eine weitere Fristerstreckung angesichts der bereits grosszügig gewährten Fristerstreckungen, der vorher erfolgten Ankündigung der letztmaligen Erstreckung und unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebotes sowie des Fehlens von schwerwiegenden Gründen für eine weitere Erstreckung rechtskonform ablehnte.

4.5. Nachfolgend ist sodann zu prüfen, was die Folgen eines abgelehnten Sistierungs- resp. Fristerstreckungsgesuchs auf den Fristenlauf für die fristgebundenen Prozesshandlungen – wie etwa die Einreichung einer Rekursergänzung – sind.

4.5.1. Falls ein Fristerstreckungsgesuch abgelehnt wird, setzt die Entscheidinstanz der betreffenden Partei in der Regel eine letzte Frist von wenigen Tagen an, damit diese die fristgebundene Handlung noch vornehmen kann (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 8.58; Cavelti, a. a. O., N16 zu Art. 22 VwVG). Eine Partei darf daher nicht als säumig betrachtet werden, wenn ihr nicht mitgeteilt wurde, dass und in welchem Umfang ihrem Fristerstreckungsgesuch entsprochen worden ist (Hauser/Schweri, a. a. O., § 195 N 46 mit Hinweis). Dies gilt selbst dann, wenn es sich um eine von der Entscheidinstanz als letztmalig bezeichnete Frist handelt, sofern die angegebenen Gründe für eine weitere Verlängerung in Betracht fallen. Wird das Erstreckungsgesuch dann doch als unbegründet abgewiesen, so ist eine kurze Nachfrist anzusetzen, sofern das Gesuch nicht als trölerisch bewertet werden muss (Hauser/Schweri, a. a. O., § 195 N 45 mit Hinweisen; Merz, a. a. O., N17 zu Art. 144 mit Hinweis). Der von der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin angerufene Entscheid des bernischen Verwaltungsgerichts (BVR 1999, S. 382) ändert an dieser Sachlage nichts. Zwar sieht dieser Entscheid bei Abweisung des Fristerstreckungsgesuches keine Verpflichtung vor, eine Not- resp. Nachfrist einzuräumen. Dieser Entscheid stimmt indessen nicht mit der soeben erwähnten Praxis zur ZPO überein, die gemäss Art. 30 Abs. 1 VRP in st.gallischen Verfahren vor Verwaltungsbehörden und vor der Verwaltungsjustiz Anwendung findet.

4.5.2. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass das Sistierungs- resp. Fristerstreckungsgesuch vom 15. September 2011 trölerisch und rechtsmissbräuchlich sei, da die Rechtsverhältnisse auf dem Güterbahnhof nicht derart komplex seien, als dass sie keine Rekursergänzung zuliessen und da angesichts des Ausstandes des Baudepartements und der Nichtbeteiligung der Beschwerdegegnerin keine verfahrensrelevanten Vergleichsverhandlungen hätten geführt werden können. Das Gesuch des Beschwerdeführers vom 15. September 2011 habe nur dazu gedient, die Säumnisfolgen zu umgehen oder das Verfahren ungebührlich zu verzögern. Zur Darlegung des trölerischen Handelns des Beschwerdeführers reicht die Beschwerdegegnerin mit ihrer Eingabe vom 27. Dezember 2011 ein Schreiben von Regierungsrat Willi Haag vom 21. Dezember 2011 ein, wonach mit dem Beschwerdeführer bis dato keine Vergleichsverhandlungen stattgefunden hätten.

Der Beschwerdeführer lässt mit Eingabe vom 23. Januar 2012 dagegen vorbringen, dass aufgrund des Schreibens des Baudepartements vom 23. September 2011 erwiesen sei, dass Verhandlungen zwischen ihm und dem Baudepartement stattgefunden hätten. Er habe im August 2011 die zuständigen Stellen des Baudepartements daran erinnert, dass widerrechtliche Nutzungen auf dem durch den Kanton St.Gallen erworbenen Güterbahnhofareal nicht zugelassen werden dürften. Das Baudepartement habe zustimmend zur Kenntnis genommen, dass der Beschwerdeführer zu einer gesamthaften, über das ganze Güterbahnhofareal sich erstreckenden Vergleichslösung Hand bieten würde. Danach habe das Baudepartement die Mietverhältnisse auf dem Güterbahnhofareal im Einvernehmen mit dem Beschwerdeführer selbstständig abgeklärt, was Anfang Dezember 2011 abgeschlossen worden sei. Danach habe es unter anderem das KuGl aufgefordert, einen rechtskonformen Betrieb sicherzustellen, da andernfalls die Mitte 2012 ablaufenden Verträge nicht erneuert würden.

4.5.3. Wie bereits in Erw. 4.3.3. ausgeführt, sind die Gespräche zwischen dem Baudepartement und dem Beschwerdeführer mangels Anwesenheit der Beschwerdegegnerin und aufgrund des Schreibens des Regierungsrates vom 21. Dezember 2011 nicht als eigentliche Vergleichshandlungen aufzufassen. Das Baudepartement hielt indessen in seiner Vernehmlassung vor der Vorinstanz vom 23. September 2011 explizit fest, dass vertiefte Abklärungen für eine Bereinigung der grösstenteils nicht bewilligten Nutzungssituation beim Güterbahnhofareal erforderlich seien und einer Fristverlängerung resp. Sistierung des Verfahrens vor der Vorinstanz nichts entgegen stehe. Damit werden die Aussagen des Beschwerdeführers insofern bestätigt, als das Baudepartement tatsächlich Abklärungen für eine rechtskonforme Nutzung des Güterbahnhofareals durchführte. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer in einer Eingabe vom 15. September 2011 explizit festhielt, dass für allfällige Rückfragen über die Einigungsverhandlungen mit dem Kanton St.Gallen das Baudepartement zur Verfügung stehe. Diesen Hinweis hätte der Beschwerdeführer wohl nicht angebracht, wenn keine Gespräche mit dem Baudepartement stattgefunden hätten.

4.5.4. Angesichts des Hintergrunds der Gespräche zwischen dem Baudepartement und dem Beschwerdeführer sowie der Bestätigung des Baudepartements, dass Abklärungen notwendig seien, kann nicht gesagt werden, dass das Sistierungs- resp. Fristerstreckungsgesuch des Beschwerdeführers vom 15. September 2011 trölerisch resp. rechtsmissbräuchlich war. Auch wenn die Vorinstanz ohne das Recht zu verletzen der Ansicht war, dass keine zureichenden Gründe für eine weitere Fristerstreckung resp. eine Sistierung des Verfahrens gegeben waren, hätte sie daher dem Beschwerdeführer nach Ablehnung des Erstreckungs- und Sistierungsgesuchs noch eine Frist von wenigen Tagen ansetzen müssen, damit dieser die Rekursergänzung hätte vornehmen können

4.6. Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass die Vorinstanz mit der Nichtgewährung einer kurzen Nachfrist zur Rekursergänzung nach Ablehnung des Sistie-

rungs- resp. Fristerstreckungsgesuches und dem damit verbundenen Nichteintretensentscheid gegen die anerkannten verfahrensrechtlichen Grundsätze zur Fristwahrung verstossen hat. Damit hat sie zugleich auch das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt, und der Nichteintretensentscheid erscheint als überspitzt formalistisch.

## 44

*Art. 51, 44, 47 und 60 VRP (sGS 951.1).* Das VRP unterscheidet strikt zwischen dem Entzug der aufschiebenden Wirkung und vorsorglichen Massnahmen. Deshalb ist für Beschwerden gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung das Gesamtgericht zuständig. Der Gerichtspräsident kann lediglich bei besonderer Dringlichkeit im Sinn von Art. 23 VRP über solche Beschwerde allein entscheiden. Aufgrund der erwähnten strikten Differenzierung ist für Beschwerden gegen Verfügungen über die aufschiebende Wirkung die vierzehntägige Frist gemäss Art. 47 Abs. 1 VRP massgebend.

*Verwaltungsgericht, 19. Juni 2012*

Die Rekursinstanz entzog mit Verfügung vom 19. Juni 2012 dem Rekurs von A. K. gegen die von der Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen erteilte Baubewilligung die aufschiebende Wirkung; einer allfälligen Beschwerde wurde ebenfalls die aufschiebende Wirkung entzogen. Gegen diese Verfügung erhob A. K. Beschwerde beim Verwaltungsgericht, welches vorab – im Rahmen des Eintretens – über Fragen der Zuständigkeit und Fristeinhaltung zu befinden hatte.

Aus den Erwägungen:

1.1. Zu prüfen ist zunächst, wer für die Behandlung der Beschwerde zuständig ist.

Nach Art. 51 Abs. 1 VRP hat der Rekurs aufschiebende Wirkung, wenn die Vorinstanz nicht aus wichtigen Gründen die Vollstreckbarkeit anordnet. Die Rekursinstanz kann eine gegenteilige Verfügung treffen (Art. 51 Abs. 2 Satz 1 VRP). Für die Regierung verfügt das zuständige Departement, für die übrigen Kollegialbehörden der Vorsitzende (Art. 51 Abs. 2 Satz 2 VRP). Die Verfügung ist endgültig (Art. 51 Abs. 2 Satz 3 VRP). Es stellt sich daher nachfolgend die Frage, inwiefern gegen eine Verfügung betreffend aufschiebende Wirkung überhaupt eine Beschwerde ergriffen werden kann.

Nach Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (SR 173.110, abgekürzt BGG) ist eine Beschwerde an das Bundesgericht zulässig,

wenn selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Dies kann beim Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rekurses der Fall sein. Aus diesem Grund ist gegen eine solche öffentlich-rechtliche Verfügung einer kantonalen Instanz eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zulässig. Dies hat zur Folge, dass auf kantonaler Ebene letztinstanzlich ein oberes kantonales Gericht im Sinne von Art. 86 Abs. 2 BGG über das Gesuch betreffend aufschiebende Wirkung entscheiden muss, auch wenn dies das Gesetz nicht vorsieht resp. ausschliesst (Entscheid des Verwaltungsgerichtspräsidenten B 2010/3 vom 24. Februar 2010 i. S. H. K. E. 1). Aufgrund der derogatorischen Wirkung des Art. 86 Abs. 2 BGG (Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung, SR 101, abgekürzt BV) ist Art. 51 Abs. 2 Satz 3 VRP als Ausnahme zu Art. 29a Satz 2 BV nicht beachtlich. Somit muss gegen Verfügungen betreffend aufschiebende Wirkung und entgegen Art. 51 Abs. 2 Satz 3 VRP eine Beschwerde an das letztinstanzliche kantonale Gericht möglich sein (vgl. M. Looser, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St.Gallen 2011, § 10 N 77 f.). Hinzu kommt, dass sich vorliegend allenfalls ein Anspruch auf einen Weiterzug der Verfügung über den Entzug der aufschiebenden Wirkung aus Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, abgekürzt EMRK) ergeben könnte, was aber angesichts der Anforderungen des BGG an kantonale Vorinstanzen des Bundesgerichts nicht abschliessend entschieden werden muss. Die Vorinstanz hat als nichtgerichtliche, verwaltungsinterne Rekursinstanz dem Rekursverfahren die aufschiebende Wirkung entzogen. Aufgrund des soeben Gesagten muss dagegen eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht möglich sein, um den Anforderungen des BGG zu genügen. Nachfolgend stellt sich noch die Frage, ob der Verwaltungsgerichtspräsident oder das Verwaltungsgericht als Kollegialgericht darüber entscheiden muss.

Der Verwaltungsgerichtspräsident hielt im Entscheid B 2010/3 vom 24. Februar 2010 i. S. H. K. fest, dass er in sachgemässer Anwendung von Art. 64 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 Satz 2 VRP für Beschwerden gegen Verfügungen seiner Vorinstanzen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung zuständig und eine Beschwerdefrist von fünf Tagen einzuhalten sei. Dieser Rechtsauffassung lag die Auslegung zugrunde, dass es sich beim Entzug der aufschiebenden Wirkung um eine vorsorgliche Massnahme handle (vgl. Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 657; N. von Werdt, in: Seiler/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 5 zu Art. 104). An dieser Rechtsprechung kann nicht festgehalten werden. Die sachgemässe Anwendung von Art. 51 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 64 VRP im Beschwerdeverfahren hat lediglich zur Folge, dass der Beschwerde die von Gesetzes wegen zukommende aufschiebende Wirkung entzogen und die Vollstreckbarkeit angeordnet werden kann (GVP 1980 Nr. 20). Art. 51 Abs. 2 VRP betrifft indessen nicht das Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen über den Entzug der aufschie-

benden Wirkung, sondern lediglich die erstmalige Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung, sei es durch die Rekurs- oder in sachgemässer Anwendung aufgrund von Art. 64 VRP durch den Verwaltungsgerichtspräsidenten. Deshalb ergibt sich – wie erwähnt – auch die Zulässigkeit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht direkt aus dem VRP (a.M. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl., St.Gallen 2003, Rz. 1096), sondern aus den bundesrechtlichen Anforderungen an die kantonalen Vorinstanzen des Bundesgerichts sowie allenfalls aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die Beschränkung der sachgemässen Anwendung von Art. 51 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 64 VRP auf die Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung durch den Verwaltungsgerichtspräsidenten zeigt sich auch aufgrund des Vergleichs mit vorsorglichen Massnahmen und Vollstreckungsmassnahmen. Die Zulässigkeit des Rekurses gegen vorsorgliche Massnahmen und Vollstreckungsmassnahmen ergibt sich aus Art. 44 VRP, aber der Weiterzug dieser Rekursentscheide an den Verwaltungsgerichtspräsidenten ergibt sich nicht aus der sachgemässen Anwendung von Art. 44 in Verbindung mit Art. 64 VRP, sondern explizit aus Art. 60 VRP. Für Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung sieht das VRP aufgrund von Art. 51 Abs. 2 Satz 3 VRP keine Beschwerdemöglichkeit vor, sondern diese ergibt sich aus dem vorrangigen Bundesrecht. Deshalb rechtfertigt sich die sachgemässe Anwendung von Art. 51 Abs. 2 VRP auf Beschwerden gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht.

Weiter ist zu prüfen, ob sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtspräsidenten zur Beurteilung der Beschwerde gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung aus Art. 60 VRP ergibt. Mit Beschluss vom 7. April 2005 entschied das Verwaltungsgericht, dass Art. 60 VRP lediglich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtspräsidenten für die Beurteilung von Beschwerden gegen vorsorgliche Massnahmen und Vollstreckungsmassnahmen vorsehe (VerwGE B 2005/4 vom 7. April 2005 i. S. P. B. E. 1a). Dies ist insofern richtig, als das VRP strikte zwischen aufschiebender Wirkung (Art. 51 VRP) sowie vorsorglichen Massnahmen resp. Vollstreckungsmassnahmen (Art. 18, 44, 60 und 101 VRP) unterscheidet. Diese Differenzierung beruht auf einem bewussten Entscheid des Gesetzgebers, auch wenn die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) oder in der Literatur (Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 657; N. von Werdt, a. a. O., N 5 zu Art. 104) als vorsorgliche Massnahme behandelt wird und de facto ähnliche Wirkungen wie eine Vollstreckungsmassnahme zeigt. In der einschlägigen Literatur zum VRP wird ebenfalls zwischen Verfügungen betreffend aufschiebender Wirkung einerseits und vorsorglichen Massnahmen anderseits unterschieden (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1107). Sodann hat die Vorinstanz selbst entschieden, dass die Gesetzessystematik in Art. 18 VRP die vorsorglichen Massnahmen – die nach Art. 44 VRP mit Rekurs anfechtbar sind – von den Anordnungen betreffend aufschiebende Wirkung nach Art. 51 VRP deutlich ab-

grenze (GVP 1990 Nr. 103). Aufgrund dieser strikten Unterscheidung zwischen aufschiebender Wirkung sowie vorsorglichen Massnahmen resp. Vollstreckungsmassnahmen greift vorliegend Art. 60 VRP nicht, und mangels einer anderen Bestimmung im VRP ist das Verwaltungsgericht als Kollegialgericht für Beschwerden gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung zuständig. In der Literatur wird zwar an der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für Beschwerden gegen Verfügungen über die aufschiebende Wirkung anstelle des Verwaltungsgerichtspräsidenten Kritik geäussert (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1038), aber aufgrund der klaren Gesetzessystematik ist daran festzuhalten. Der Gerichtspräsident ist lediglich im Falle einer besonderen Dringlichkeit im Sinne von Art. 23 VRP für Beschwerden gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung zuständig (VerwGE B 2005/4 vom 7. April 2005 i. S. P. B. E. 1a).

Aufgrund der geschilderten bisher unklaren Rechtslage über die Zuständigkeit rechtfertigt sich vorliegend trotz Dringlichkeit ein Entscheid des Gesamtgerichts. Gemäss Art. 1 Abs. 3 des Reglements über Organisation und Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts sowie über die Aufsicht über das Versicherungsgerichts und die Verwaltungsrekurskommission (sGS 941.22) kann das Gesamtgericht auch im Rahmen eines Zirkulationsbeschlusses entscheiden.

1.2. Im Übrigen ist der Beschwerdeführer zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 7. Mai 2012 entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP).

Als unbehelflich erweist sich der Standpunkt der Beschwerdegegnerin, dass die Beschwerde vom 7. Mai 2012 nicht fristgerecht eingereicht und damit die Verfügung der Vorinstanz in Rechtskraft erwachsen sei, da vorliegend die Frist gemäss Art. 47 Abs. 2 VRP massgebend sei. Aufgrund der in Erw. 1.1 dargestellten strikten Differenzierung zwischen vorsorglichen Massnahmen resp. Vollstreckungsmassnahmen und aufschiebender Wirkung ist für das vorliegende Verfahren nicht die Frist gemäss Art. 47 Abs. 2 VRP massgebend, sondern die vierzehntägige Frist gemäss Art. 47 Abs. 1 VRP.

Hinzu kommt, dass die Rechtsmittelbelehrung des vorinstanzlichen Entscheids selbst eine Frist von vierzehn Tagen an das Verwaltungsgericht vorsieht. Selbst wenn vorliegend die Fünftagesfrist gemäss Art. 47 Abs. 2 VRP massgebend wäre, dürfte dem Beschwerdeführer daraus kein Nachteil erwachsen (Art. 47 Abs. 3 VRP). Zwar war der Beschwerdeführer im Rekurs- und Beschwerdeverfahren anwaltlich vertreten und ist selbst Jurist. Aber aufgrund der sich widersprechenden Entscheide des Verwaltungsgerichts und Auffassungen in der Literatur war es selbst für einen Rechtsvertreter resp. Juristen nicht aus dem Gesetz ersichtlich, welche Frist vorliegend massgebend ist. Deshalb durfte sich der Beschwerdeführer in guten Treuen auf die Rechtsmittelbelehrung verlassen und die Beschwerde innert der Frist von Art. 47 Abs. 1 VRP einreichen, zumal nach der Rechtsprechung nicht verlangt wird, neben Gesetzestexten noch die einschlägige Rechtsprechung

oder Literatur nachzuschlagen (vgl. anstatt vieler BGE 134 I 199 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Die Beschwerdeeingabe vom 7. Mai 2012 wurde daher rechtzeitig eingereicht.

## 2. Zivilrechtspflege

### 45

*Art. 7 ZPO (SR 272); Art. 9 EG-ZPO (sGS 961.2).* Sachliche Zuständigkeit des Versicherungsgerichts zur Beurteilung von Streitigkeiten aus privatrechtlichen Krankentaggeldversicherungen nach VVG (SR 221.229.1). Das Versicherungsgericht entscheidet gemäss Art. 9 EG-ZPO in Verbindung mit Art. 7 ZPO als einzige kantonale Instanz über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG (SR 832.10). Privatrechtliche Krankentaggeldversicherungen nach VVG wurden seit jeher ungeachtet ihrer Begründung im Privatrecht als Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung betrachtet. Die sachliche Zuständigkeit des Versicherungsgerichts für die vorliegende Streitigkeit ist zu bejahen.

*Versicherungsgericht, 24. Februar 2012 (KV-Z 2011/2; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)*

### 46

*Art. 90 ZPO (SR 272); Art. 522 und Art. 604 ZGB (SR 210).* Im Sinn der objektiven Klagenhäufung ist es grundsätzlich zulässig – und aus Gründen der Prozessökonomie sogar zwingend –, die Herabsetzungs- mit der Erbteilungsklage zu kombinieren.

*Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 6. Dezember 2012*

Sachverhalt
Das Kreisgericht anerkennt die Erbenstellung der Klägerin als pflichtteilsgeschützte Erbin im Rahmen der von ihr angestrengten Herabsetzungsklage, weist die gleichzeitig erhobene Erbteilungsklage aber ab. Gegen diese Abweisung wehrt sich die

Klägerin mittels Berufung und beantragt wie schon vor Vorinstanz, der Nachlass sei festzustellen, er sei zu teilen und ihr, der Klägerin, sei ihr Erbteil zuzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid dafür, der Klägerin als übergangene Pflichtteilserbin fehle die Erbeneigenschaft und damit die Aktivlegitimation. Erst nach Rechtskraft des entsprechenden Gestaltungsurteils (konkret des Herabsetzungsurteils) sei sie zur (erneuten) Anhebung der Erbteilungsklage legitimiert (vi-Entscheid, S. 7, E. 10).

Der klägerische Rechtsvertreter gesteht der Vorinstanz mit Blick auf die Rechtsentwicklung zu, dass nach neuerer Auffassung dem übergangenen Pflichtteilserbe die Erbeneigenschaft tatsächlich nicht mehr eo ipso zukomme; er hält indessen das von der Vorinstanz aufgestellte Erfordernis, das Gestaltungsurteil bezüglich der Erbeneigenschaft (also der Herabsetzungsentscheid) müsste rechtskräftig sein, damit die Erbteilung klagweise verlangt werden könne, für überzogen. Eine objektive Klagenhäufung sei zulässig.

b) Nach neuerer Lehre sind sogenannte virtuelle Erben (darunter insbesondere übergangene Pflichtteilsberechtigte) erst vollwertige Mitglieder der Erbengemeinschaft und zur Erbteilungsklage aktivlegitimiert, wenn ihnen die Erbeneigenschaft mit Gestaltungsurteil – sei es nach einem Ungültigkeits- oder Herabsetzungsverfahren – zugesprochen wurde (PraxKomm Erbrecht-Weibel, N 11 zu Art. 602 ZGB und N 10 zu Art. 604 ZGB; BSK ZGB II-Schaufelberger/ Keller Lüscher, N 5 zu Art. 602 ZGB und N 16 zu Art. 604 ZGB; demgegenüber betonte Tuor, Berner Kommentar, N 41 zu Art. 471 ZGB, noch die Entstehung der Erbeneigenschaft von Gesetzes wegen).

c) Damit ist indessen die Frage nach der Zulässigkeit der gleichzeitigen Geltendmachung der Herabsetzungs- und der Erbteilungsklage nicht beantwortet. Auszugehen ist dabei von Art. 90 ZPO. Danach kann die klagende Partei unter dem Aspekt der sogenannten Klagenhäufung mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei in einer Klage vereinen, sofern das gleiche Gericht sachlich zuständig und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist. Vorbehältlich der letzteren Voraussetzung ist auch eine Klagenhäufung in Form einer sequentiellen Aneinanderreihung einer Herabsetzungsklage (welche u. a. der Zusprechung der Aktivlegitimation und der Bestimmung des Erbteils dient) und einer Erbteilungsklage (welche die materiellen Folgen der zuvor geklärten Aktivlegitimation und des Anspruchs am Nachlass klärt) zulässig (vgl. Sutter-Somm, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, Successio 2010, 165 ff., 172 mit FN 64; Gerster/ Weibel, Schweizerische Zivilprozessordnung und Erbrecht – prozessuale Chancen und Alltagsfallen, Successio 2012, 33 ff., FN 17). Die Zulässigkeit der gleichzeitigen Geltendmachung der Herabsetzungs- und der Erbteilungsklage ist aus Überlegungen der Prozessökonomie sogar zwingend: Es ist nämlich zu vermeiden, dass eine Partei zur Durchsetzung eines erb-

rechtlichen Anspruchs zwei Prozesse einzuleiten hat, um zuerst die Aktivlegitimation und sodann den konkreten Anspruch klären zu können. Würden sich aus Sicht des Gerichts aus einer solchen Klagenhäufung überflüssige Weiterungen abzeichnen, so stünde ihm frei, das Verfahren in Anwendung von Art. 125 lit. a ZPO (z. B. auf die Frage der Herabsetzung) zu beschränken.

## 47

*Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO (SR 272).* Umtriebsentschädigung bei Prozessführung durch internen Rechtsdienst.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. September 2012*

Aus den Erwägungen:

IV.

Die Klägerin hat die Beklagte überdies für deren Parteikosten zu entschädigen. Diesbezüglich macht die Beklagte eine Entschädigung gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO (angemessene Umtriebsentschädigung in begründeten Fällen) geltend. Eine solche kommt lediglich für eine Partei, welche nicht berufsmässig vertreten ist, in Betracht (Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 95 N 40). Die Beklagte ist nicht durch einen selbständigen Anwalt (berufsmässig) vertreten, sondern führt den Prozess intern durch ihren Rechtsdienst. Sie begründet ihr Begehren um eine angemessene Umtriebsentschädigung für das Berufungsverfahren mit den erheblichen Umtrieben und Aufwendungen durch das Verfassen der Berufungsantwort. Als begründeter Fall für eine Umtriebsenschädigung wird zwar in erster Linie der Verdienstausfall einer selbständig erwerbenden Person, die den Prozess selber führt, genannt (BBl *2006,* 7221 [Botschaft ZPO], 7293), die Regelung deckt jedoch auch Fälle ab, in denen eine rechtlich bewanderte oder von Dritten nicht offiziell unterstützte Person ohne Vertreter prozessiert, wo ein Anwalt in eigener Sache auftritt oder als Organ einer Gesellschaft handelt oder wo der Rechtsdienst einer Gesellschaft deren Interessen vertritt (vgl. BSK ZPO-Rüegg, Art. 95 N 21; Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 95 N 26; Suter/von Holzen, a. a. O., Art. 95 N 41 f.; CPC-[Tappy], Art. 95 N 35). Vorliegend erscheint unter den gegebenen Umständen gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO eine Entschädigung von Fr. 600.– angemessen.

## 48

*Art. 106 Abs. 2 und Art. 107 Abs. 2 lit. b ZPO (SR 272).* Massgeblich für die Kostenverlegung nach dem Verfahrensausgang ist grundsätzlich das sich aus dem Vergleich der Rechtsbegehren ergebende quantitative Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen. Wer überklagt, hat eine Kostenverlegung nach dem Verfahrensausgang auch dann hinzunehmen, wenn er wegen der Weigerung des Schuldners, überhaupt etwas zu bezahlen, zum Beschreiten des Klagewegs gezwungen war.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 22. Mai 2012*

Der Käufer in einem Kaufvertrag mit Montagepflicht (Sonnenstoren) weigerte sich wegen Unzufriedenheit im Zusammenhang mit den Montagearbeiten, den vollen Kaufpreis zu bezahlen; in der von der Verkäuferin angestrengten Betreibung für die Restforderung erhob er Rechtsvorschlag. Das Vermittleramt schützte im nach gescheiterten Vergleichsbemühungen durchgeführten Entscheidverfahren die Klage auf Bezahlung der Restforderung nur knapp zur Hälfte, auferlegte die Verfahrenskosten von Fr. 200.– jedoch vollumfänglich dem Beklagten. Die Klägerin akzeptierte den Entscheid, der Beklagte erhob gegen den Kostenspruch Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

1. Letzteres wird nicht gerügt, hingegen sieht der Beschwerdeführer eine unrichtige Rechtsanwendung darin, dass die Vorinstanz bei der Kostenverlegung nicht ausschliesslich Art. 106 Abs. 2 ZPO, sondern auch Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO zur Anwendung brachte.

2. Art. 106 ZPO verankert den Grundsatz, dass die Prozesskosten nach Obsiegen und Unterliegen zu verlegen sind, d. h. sie sind entweder der – vollständig – unterliegenden Partei aufzuerlegen (Abs. 1) oder, wenn keine Partei vollständig obsiegt, nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Abs. 2).

a) Im Vergleich zwischen den Rechtsbegehren (Schutz/Abweisung der Klage auf Zahlung von Fr. 1450.80) und dem Entscheid in der Sache (Schutz im Betrag von Fr. 650.–/Abweisung im Mehrbetrag von Fr. 800.80) beträgt das nach dem Grundsatz von Art. 106 ZPO massgebliche quantitative Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen 55,2 Prozent zu 44,8 Prozent zu Lasten der Klägerin und Beschwerdegegnerin.

Von diesen Verteilungsgrundsätzen kann das Gericht u. a. nach Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war. Auf diese Bestimmung

stützte sich die Vorinstanz, als sie die Verfahrenskosten ohne nähere Begründung vollumfänglich dem Beschwerdeführer auferlegte.

b) Der Beschwerdeführer rügt, die Kostenverlegung sei weder hinreichend begründet noch sachlich gerechtfertigt; wenn sich jemand in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehe, habe er auch zu prüfen, wie hoch der einzuklagende Anspruch sei. Wenn dieser vom Kläger zu hoch angesetzt werde, sei das dessen Problem und könnten die Prozesskosten nicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dem mehrheitlich obsiegenden Beklagten auferlegt werden.

c) Dem Beschwerdeführer ist beizupflichten. Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich, dass der Beklagte nach eigener Darstellung vor der Schlichtungsstelle «mit der Qualität der Arbeit nicht zufrieden» war und die Monteure der Klägerin «ihren Arbeitsplatz nicht geräumt und grossen Dreck hinterlassen» hätten, worauf der Vertreter der Klägerin sich dahin geäussert habe, «das mit den Aufräumarbeiten» (nicht aber Ersteres) sei «neu» für ihn.

Zwar war es das gute Recht der Klägerin, ihre Restforderung von Fr. 1450.80 trotz bekannter qualitativer Beanstandungen vollumfänglich in Betreibung zu setzen, nach erfolgtem Rechtsvorschlag des Beklagten die Restforderung in vollem Umfang einzuklagen und an der Klage auch nach Kenntnisnahme weiterer Einwendungen des Beklagten vollumfänglich festzuhalten; und selbstverständlich war es ihr auch unbenommen, das Sachurteil (Schutz der Klage im Umfang von lediglich Fr. 650.50) zu akzeptieren. Dann aber hat sie auch das Prozessrisiko, das sich in einem mehrheitlichen Unterliegen mit der Klage realisiert hat, hinzunehmen. Jedenfalls durfte sich die Klägerin zur tatsächlich praktizierten Prozessführung nicht im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO in guten Treuen veranlasst sehen. Nachdem sie den Entscheid in der Sache nicht weitergezogen hat, ist von dessen Richtigkeit und mithin davon auszugehen, dass die Klägerin mit der Geltendmachung ihrer Forderung von Fr. 1450.80 schlicht überklagt hat. Für eine vom Grundsatz von Art. 106 Abs. 2 ZPO abweichende Kostenverteilung zu Lasten des mehrheitlich obsiegenden Beklagten bestand mithin kein zureichender Grund, weshalb der von diesem erhobene Vorwurf unrichtiger Rechtsanwendung begründet ist.

. . .

d) Ziff. 3 des angefochtenen Entscheides ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Prozesskosten sind, wie vorne ausgeführt, im Verhältnis von 55 Prozent zu 45 Prozent (gerundet) zu Lasten der Klägerin zu verlegen.

3. Die Klägerin hat demnach Fr. 110.–, der Beklagte Fr. 90.– der erstinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 200.– zu bezahlen.

## 49

*Art. 145 Abs. 2 lit. b und Art. 263 ZPO (SR 272).* Bei der Prosequierung von vorsorglichen Massnahmen gelten die Gerichtsferien nicht. Der entsprechende Hinweis ist im Urteil anzubringen.

*Handelsgerichtspräsident, 13. Februar 2013*

Aus den Erwägungen

5. Der Fristenstillstand während den Gerichtsferien gilt nicht, und zwar weder für die Klagefrist von 90 Tagen gemäss vorstehender Erw. 3 (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht – Ergänzungsband zur 3. Auflage, N 688) noch für die Beschwerdefrist gemäss nachstehender Rechtsmittelbelehrung (Art. 46 Abs. 2 BGG). Zwar liesse sich – wie es der Handelsgerichtspräsident in einem Einzelfall bereits als Möglichkeit in Erwägung gezogen hat – in Bezug auf die Prosequierungsfrist in Analogie zum Schlichtungsverfahren (vgl. BGE 138 III 615) argumentieren, das Summarverfahren sei mit dem Entscheid abgeschlossen, weshalb Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO keine Anwendung finde. Eine vertiefte Prüfung der Frage ergibt jedoch, dass zur gesetzlichen Frist von Art. 209 ZPO insofern ein wesentlicher Unterschied besteht, als die Prosequierungsfrist von Art. 263 ZPO erstreckbar ist. Das Summarverfahren ist somit trotz Vorliegen des Massnahmeentscheides in dem Sinne nicht beendet, dass der Massnahmerichter bis zum Ablauf der Prosequierungsfrist für allfällige Fristerstreckungen zuständig bleibt (Schumacher, Ergänzungsband zur 3. Auflage, N. 690; BK-Güngerich, N 4 zu Art. 263 ZPO). Der Fristenstillstand gilt deshalb für die Prosequierungsfrist von Art. 263 ZPO nicht.

## 50

*Art. 158 Abs. 1 lit. b und Art. 117 lit. b ZPO (SR 272).* Dem Begehren um vorsorgliche Beweisführung zwecks Abklärung der Prozessaussichten, die auf Kosten des Gesuchstellers geht, ist grundsätzlich immer zu entsprechen, es sei denn, es liege ein offenbarer Rechtsmissbrauch, z. B. ein Fall unnützer Rechtsausübung, vor. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für dieses Verfahren setzt jedoch die Glaubhaftmachung eines substantiiert begründeten materiellen Anspruchs gegen den Gesuchsgegner voraus.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 20. Juni 2012*

Aus den Erwägungen:

1. Ein Anspruch auf vorläufige Beweisführung besteht gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO auch ausserhalb eines Verfahrens, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt (lit. a) oder wenn der Gesuchsteller eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (lit. b). Der Gesuchsteller beruft sich auf die letztgenannte Variante.

a) An das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass der Gesuchsteller einen praktischen Nutzen für seine rechtliche oder tatsächliche Situation glaubhaft macht, etwa indem eine Unsicherheit beseitigt wird. Die vorsorgliche Beweisführung darf auch der Abklärung von Prozess- oder Beweisaussichten dienen (Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg], ZPO Komm., N 17 ff. zu Art. 158 ZPO).

b) Glaubhaft zu machen ist lediglich das schutzwürdige Interesse als solches, nicht die zu beweisende Tatsache selbst (Fellmann, ZPO Komm., N 21 f. zu Art. 158 ZPO; Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, Z Z Z 2010, 21/22, S. 3 ff. insb. S. 9; a.M. wohl KUKO ZPO-Schmid, N 4 zu Art. 158 ZPO).

Einem solchen Gesuch ist daher grundsätzlich immer stattzugeben, es sei denn, es liege ein offenbarer Rechtsmissbrauch vor (Art. 2 Abs. 2 ZGB), was in Anbetracht des aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Grundsatzes des Rechts auf Beweisführung (BGE 126 III 315 ff., 317 E. 4a) und der alleinigen Kostentragungspflicht des Gesuchstellers (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO; Gasser/Rickli, ZPO-Kurzkommentar, N 9 zu Art. 158 ZPO; zum Vorbehalt bei unentgeltlicher Rechtspflege vgl. hinten E. IV/2c) mit grosser Zurückhaltung zu prüfen ist und in casu höchstens unter dem Titel unnütze Rechtsausübung in Frage kommen könnte (vgl. Hans Merz, Berner Kommentar, N 340 ff. zu Art. 2 ZGB).

2. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, wer nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und dessen Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

a) Der Anspruch besteht grundsätzlich in jedem staatlichen Verfahren, in das eine Person einbezogen wird oder zur Wahrung ihrer Rechte bedarf, also auch für das Verfahren der vorläufigen Beweiserhebung (vgl. BGer 4P.22/2007, E. 3.2; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg], ZPO-Komm., N 3 zu Art. 117 ZPO; Fellmann, ZPO Komm., N 42 zu Art. 158 ZPO; BSK ZPO-Rüegg, N 6 zu Art. 117 ZPO; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 424).

b) Aussichtslos sind nach der Rechtsprechung Prozessbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger

Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen zur Zeit der Gesuchstellung. Die fehlende Aussichtslosigkeit ist glaubhaft zu machen. Im Gesuchsverfahren werden die Prozessaussichten aufgrund einer summarischen Prüfung der Angelegenheit abgewogen. Die mit dem Entscheid befasste Instanz begründet ihre Einschätzung summarisch (Emmel, ZPO-Komm., N13 zu Art. 117 ZPO und N 8 zu Art. 119 ZPO; BGE 133 III 614 E. 5; 129 I 129 E. 2.3.1; 128 I 225 E. 2.5.3; BGE 124 I 304 E. 2.c u. 4.a; Entscheid des Bundesgerichts 2C_157/2008 vom 28. April 2008, E. 2.2 und 4A_397/2008 vom 23. September 2008, E. 2; vgl. Meichssner, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Prozessführung, Jusletter 7. Dezember 2009, Rz. 31 f.).

c) Die vorsorgliche Beweisführung kennt kein Obsiegen oder Unterliegen, wie es in kontradiktorischen Verfahren verstanden wird; wird der anbegehrte Beweis angeordnet, so liegt nicht ein Obsiegen vor (was sich auch in der Kostenverlegung wiederspiegelt: Fellmann, ZPO Komm., N 37 zu Art. 158 ZPO).

aa) Die Glaubhaftmachung der fehlenden Aussichtslosigkeit bezieht sich daher nicht auf den prozessualen Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung. Unter dem Rechtsbegehren im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO, das nicht als aussichtslos erscheinen darf, wenn das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung bewilligt werden soll, ist nicht das Massnahmegesuch gemeint; d. h. das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung ist nicht schon dann zu bewilligen, wenn der Gesuchsteller ein schützenswertes Interesse an der vorsorglichen Beweisführung als solcher glaubhaft macht. Es geht nicht an, dass eine bedürftige Partei über das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung den (insbesondere im Fall der Begutachtung) kostenträchtigen Teil des Beweisverfahrens separat auf Kosten des Staates führen kann, wenn dies für einen ordentlichen Prozess nicht gälte.

bb) Erforderlich ist mithin die Glaubhaftmachung eines materiellen Anspruchs gegen den Gesuchsgegner, d. h. das anvisierte Schadenersatzbegehren als solches darf nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO erscheinen. Das wiederum setzt voraus, dass sämtliche haftungsbegründenden Tatsachen derart dargestellt und substantiiert werden, dass, wenn sie sich beweisen liessen, auf die Begründetheit einer Klage geschlossen werden könnte. Zu beachten ist auch, dass Urkunden als Beweismittel fehlende Tatsachenbehauptungen grundsätzlich nicht zu ersetzen vermögen (vgl. GVP 1998 Nr. 64).

**51**

*Art. 229 Abs. 3, Art. 317 Abs. 1 ZPO (SR 272).* In Fällen, in denen der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt, ist Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren nicht anwendbar. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind daher nur unter den restriktiven Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Der Berufungskläger kann aber im Berufungsverfahren geltend machen, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt und ohne diese Verletzung wären die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel schon erstinstanzlich berücksichtigt worden. Zudem steht es der Berufungsinstanz auch ohne eine dahingehende Rüge offen, erst im Berufungsverfahren vorgebrachte Behauptungen und Beweismittel zuzulassen, wenn sie zum Schluss kommt, diese wären aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes schon im erstinstanzlichen Verfahren zu erfragen respektive einzuholen gewesen; in diesem relativierten Sinn kommt denn auch der beschränkte Untersuchungsgrundsatz im Berufungsverfahren ungeachtet dessen zur Anwendung, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO nicht anwendbar ist.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 19. Dezember 2012*

Aus den Erwägungen:

4. Grundsätzlich sind im Berufungsverfahren neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten sowie ohne Verzug geltend gemacht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Kontrovers beantwortet wird in der Literatur und kantonalen Rechtsprechung die Frage, ob die Parteien in Fällen, in denen – wie hier – der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt, auch im Berufungsverfahren gestützt auf Art. 229 Abs. 3 ZPO neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung vorbringen können (verneinend z. B.: Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 490; Hohl, Procédure Civile, Tome II, 2. Aufl., N 2410, N 2415; Tappy, in: Code de Procédure Civile commenté, Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy [Hrsg.], N 31 zu Art. 229 ZPO; Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Entscheide vom 27. Mai 2011 [ZR110/2011 Nr. 96] und 27. März 2012 [ZR 111/2012 Nr. 35]; bejahend z. B.: Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, N1263 f.; ders., Zur Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren, in: SZZP 2012, S. 457 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N12.53; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., N70 zu Art. 317 ZPO; Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Entscheid vom 6. Dezember 2011 [ZR 110/2011 Nr. 112]). Das Bundesgericht äusserte sich in einem Entscheid vom 28. August 2012 erstmals mit freier Kognition zu dieser Frage, wobei es sich gegen die Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungs-

verfahren aussprach (BGer 4A_228/2012 [zur Publikation bestimmt]). Auf diesen höchstrichterlichen Entscheid ist hier grundsätzlich abzustellen. Allerdings fällt in Betracht, dass es dem Berufungskläger offen steht, im Berufungsverfahren geltend zu machen, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt und ohne diese Verletzung wären die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel schon erstinstanzlich berücksichtigt worden (Meier, a. a. O.; Hohl, a. a. O., N 2415). Weiter hilft ihm dieser Einwand im Lichte des in E. 3 Gesagten allerdings nur, wenn davon auszugehen ist, dass die Vorinstanz aufgrund der Parteivorbringen und -akten überhaupt Grund zur Annahme hatte, der Sachverhalt sei im betreffenden Zusammenhang unvollständig, wenn sie also tatsächlich veranlasst gewesen wäre, den einschlägigen Sachverhalt zu ergänzen. Auf der anderen Seite muss es der Berufungsinstanz auch ohne eine dahingehende Rüge offen stehen, erst im Berufungsverfahren vorgebrachte Behauptungen und Beweismittel zuzulassen, wenn sie zum Schluss kommt, diese wären aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes schon im erstinstanzlichen Verfahren zu erfragen respektive einzuholen gewesen; denn damit korrigiert sie letztlich eine unrichtige Rechtsanwendung, die sie von Amtes wegen zu berücksichtigen hat (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 4.52 und N 12.41). In diesem relativierten Sinn kommt denn auch im Berufungsverfahren der beschränkte Untersuchungsgrundsatz ungeachtet dessen zur Anwendung, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO nicht anwendbar ist; denn eine Rückweisung zur Neubeurteilung der Streitsache unter Berücksichtigung der im Berufungsverfahren an sich unzulässigen Noven an die Vorinstanz wäre aus prozessökonomischen Gründen in der Regel nicht zu rechtfertigen.

## 52

*Art. 261 ZPO (SR 272).* Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren sind zulässig, wenn eine zeitliche Dringlichkeit und eine gute Hauptsachenprognose bestehen.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 15. Mai 2012*

Aus den Erwägungen:

2. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, kann der Richter im Rahmen eines Eheschutzverfahrens, das in der Sache bereits ein vorsorgliches Massnahmeverfahren darstellt (BGE 137 III 475 E. 4.1), zusätzlich auch vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO oder superprovisorische Massnahmen nach Art. 265 ZPO anordnen (Pfänder Baumann in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Komm., Art. 273 N 10; Schwander, in: Gehri/Kramer, ZPO Komm., Art. 273 N 9; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 180 ZGB N 21). Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das

Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Die gesuchstellende Partei hat demnach in erster Linie darzutun, dass ein zivilrechtlicher Hauptanspruch wahrscheinlich begründet ist und dass er durch ein Tun oder Unterlassen der Gegenpartei bereits verletzt wurde oder dass eine Verletzung unmittelbar droht (Hauptsachenprognose). Zudem muss die gesuchstellende Partei glaubhaft machen, dass ihr aus der glaubhaft gemachten Verletzung des Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Damit wird eine zeitliche Dringlichkeit vorausgesetzt, indem sich ohne vorsorgliche Massnahme und mit Abwarten des Entscheids in der Hauptsache der Nachteil nicht verhindern lässt (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 354 N11.192).

Es ist unbestritten, dass der Ehemann seit dem Zuzug der Familie aus D in die Schweiz im Jahr 2008 als Sportlehrer den Unterhalt der Familie bestritt, dies bis zur Auflösung der ehelichen Gemeinschaft per (...) 2011. Als der Ehemann das Geschäft seines Arbeitgebers per 1. Mai 2009 übernahm, begann die Ehefrau im Shop und in der Administration mitzuarbeiten. Gemäss ihren Angaben anlässlich der Verhandlung vor der Vorinstanz arbeitete sie während ca. zwei bis drei Vormittagen pro Woche und manchmal am Abend im Geschäft des Ehemannes. Der Ehemann gab an, seine Ehefrau habe etwa 10 bis 15 Stunden pro Woche den Shop betreut und die Administration gemacht. Damit muss davon ausgegangen werden, dass die Tochter V. während des ehelichen Zusammenlebens vorwiegend von der Ehefrau betreut wurde. Dieser Umstand und die Tatsache, dass die Ehe bis zur Trennung knapp acht Jahre gedauert hat, lassen es als glaubhaft erscheinen, dass die Obhut über die Tochter V. im Eheschutzverfahren der Ehefrau und Mutter zugeteilt wird und der Ehemann zu einem Kinder- und Ehegattenunterhalt verpflichtet wird.

Des Weiteren geht aus dem angefochtenen Entscheid hervor, dass der Ehemann die Einholung eines Sozialberichts verlangt und beide Parteien die Ansicht vertreten, die Stichhaltigkeit der vom Ehemann im Geschäftsabschluss 2011 vorgelegten Zahlen sei mit einer Expertise zu verifizieren. Die Vorinstanz ist demnach zu Recht davon ausgegangen, dass die Abklärungen im Eheschutzverfahren noch eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen werden.

Insgesamt ergibt sich, dass vorliegend die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren gegeben sind. Da es sich beim geforderten vorläufigen Unterhalt um eine Leistungsmassnahme handelt, mit der in schwerwiegender Weise in die Rechtsposition der Gegenpartei eingegriffen wird, sind – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat – bei der Festlegung eines allfälligen Unterhaltsbeitrags erhöhte Anforderungen an dessen Begründetheit zu stellen (Huber, in: Sutter-Somm/Haseböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 262 N15; Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer, ZPO Kurzkomm., Art. 261 N 9).

**53**

*Art. 308 und Art. 319 ZPO (SR 272).* Die Konversion eines unzulässigen in ein zulässiges Rechtsmittel ist nur in Ausnahmefällen möglich. Zuständig für den betreffenden Entscheid ist nicht der fälschlicherweise angerufene, sondern der für die Beurteilung unter dem Aspekt des zulässigen Rechtsmittels zuständige Richter.

*Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 20. März 2012*

Aus den Erwägungen:

b) Die Beklagten 1 und 2 liessen nach Einreichung der «Berufung» unter Hinweis auf eine entsprechende Praxis des Obergerichts Zürich (Entscheide vom 9. März 2011 i. S. PF110004-O/U, vom 23. Juni 2011 i. S. NQ110026-O/U und vom 5. September 2011 i. S. NQ110029-O/U), aber ohne substantiierte Bezugnahme auf den vorliegenden Fall beantragen, die «Berufung» sei als «Beschwerde» zu bezeichnen und zu behandeln. Damit machen sie eine sogenannte Konversion des Rechtsmittels, hier die Behandlung der (unzulässigen) Berufung als (zulässige) Beschwerde, geltend.

aa) Die Konversion eines Rechtsmittels ist lediglich in Ausnahmefällen möglich. Zu denken ist insbesondere an Fälle der falschen oder fehlenden Rechtsmittelbelehrung und offensichtlicher Verschriebe. Dabei muss – im Sinn des Vertrauensschutzes – ausgeschlossen sein, dass dadurch die Rechte der Gegenpartei verletzt werden, und es gilt zu berücksichtigen, dass sich entgegen der Auffassung des Obergerichts Zürich die Unterschiede in den in der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehenen Rechtsmitteln der Berufung und der Beschwerde nicht nur auf die aufschiebende Wirkung (Art. 315 und Art. 325 ZPO) beschränken, sondern auch die Kognition der Rechtsmittelinstanz (vgl. Art. 310 lit. b und Art. 320 lit. b ZPO), das Novenrecht bzw. -verbot (Art. 317 Abs. 1 und Art. 326 ZPO), das Recht bzw. Verbot, Anschlussberufung bzw. -beschwerde zu erklären (Art. 313 und Art. 323 ZPO), und die Zuständigkeit betreffen. Die Konversion ist daher grundsätzlich unzulässig (Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich 2010, N 51 zu Vorbemerkungen zu den Art. 308–318 ZPO; Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, N 927 ff.). Zusätzlich wird der Anwendungsbereich der Konversion noch dadurch eingeschränkt, dass die Berufung auf eine unrichtige, unvollständige oder fehlende Rechtsmittelbelehrung dann nicht zulässig ist, wenn die Partei oder ihr Rechtsvertreter den Irrtum aufgrund einer (blossen) Lektüre des Gesetzestextes hätte erkennen können, wobei sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2; vgl. aber BGer 5A_401/2007, wo das Bundesgericht [noch] keine Unterscheidung zwischen anwaltlich vertretenen und ohne anwaltliche Hilfe agierenden Parteien, d. h. Laien, gemacht hatte) die Fra-

ge, wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, nach den konkreten Umständen und nach den Rechtskenntnissen der Partei beurteile. Eine rechtsunkundige und auch nicht rechtskundig vertretene Partei (Laie) darf somit nicht der anwaltlich vertretenen Partei gleichgestellt werden, es sei denn, sie verfügt namentlich aus früheren Verfahren über einschlägige (d. h. nicht allgemeine, sondern im konkreten Fall verwendbare) Erfahrungen. Bei einem Anwalt hingegen werden die entsprechenden Rechts- bzw. Gesetzeskenntnisse vorausgesetzt und der (anwaltlich vertretenen) Partei zugerechnet (Reetz, a. a. O., N 25 zu Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO).

bb) Hier verfügt der vorinstanzliche Entscheid über eine an sich richtige, aber unvollständige Rechtsmittelbelehrung; auf die selbständige Kostenbeschwerde wird neben der Berufung nicht ausdrücklich hingewiesen. Die Beklagten 1 und 2 sind aber anwaltlich vertreten, und es hätte ihrem Rechtsvertreter ein Blick ins Gesetz genügt, um zu erkennen, dass eine selbständige Anfechtung des Kostenspruchs der Vorinstanz lediglich mittels Beschwerde möglich ist. Da auch kein offensichtlicher Verschrieb anzunehmen ist – im Gegenteil muss davon ausgegangen werden, dass der beklagtische Rechtsvertreter gestützt auf die Rechtsmittelbelehrung bewusst eine «Berufung» einreichen wollte –, erscheint es fraglich, ob die Voraussetzungen für eine Konversion erfüllt wären. Diese Frage kann bzw. muss aber deshalb offen bleiben, weil die Bezeichnung und Behandlung des Rechtsmittels vom 8. Dezember 2011 als Beschwerde bereits daran scheitert, dass die I. Zivilkammer zwar zur Beurteilung einer Berufung (in Fällen des Erbrechts) zuständig ist (vgl. Art. 16 Abs. 1 EG-ZPO iVm Art. 14 Abs. 1 lit. b GO ), die Zuständigkeit zur Beurteilung einer Beschwerde und damit auch zur Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen für die Behandlung der Eingabe vom 8. Dezember 2011 als Beschwerde erfüllt sind, jedoch beim Einzelrichter (vgl. Art. 15 Abs. 1 lit. b EG-ZPO, Art. 14 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 Ziff. 4 GO) liegt. Mangels Zuständigkeit ist daher auch unter dem Aspekt der Konversion auf die Eingabe vom 8. Dezember 2011 (iVm dem Schreiben vom 23. Januar 2012) nicht einzutreten.

**54**

*Art. 321 ZPO (SR 272).* Die Frist zur Kostenbeschwerde beträgt nur im summarischen Verfahren zehn Tage.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 27. September 2012*

Aus den Erwägungen:

2. Hier führte die Vorinstanz in ihrer Rechtsmittelbelehrung aus, der Entscheid sei vollstreckbar, unabhängig davon könne gegen den Kostenentscheid (aber) innert zehn Tagen Beschwerde erhoben werden. Der Hinweis auf die Beschwerdemöglichkeit ist [. . .] zweifellos richtig, sieht doch Art. 110 ZPO vor, dass der Kostenentscheid selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar sei. Hingegen trifft, da ein ordentliches Verfahren abzuschreiben war, der Hinweis auf die zehntägige Beschwerdefrist nach dem hiervor Ausgeführten nur dann zu, wenn der Kostenentscheid als prozessleitende Verfügung zu betrachten ist. Hierfür könnte sprechen, dass in der Lehre die Auffassung vertreten wird, der Abschreibungsbeschluss stelle eine prozessleitende Verfügung dar (Leuenberger / Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 8.22), und dass der Kostenspruch Teil dieses Beschlusses bildet. Zu berücksichtigen ist allerdings (auch), dass beim Kostenspruch hoheitlich darüber befunden wird, welche Partei die Gerichtskosten zu bezahlen hat und welche der andern gegenüber entschädigungspflichtig ist. Als hoheitlicher Entscheid ist der Kostenspruch aber nicht bloss verfahrensleitender Natur, mit der Folge, dass er, wie dies Art. 110 i.V. m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO vorsieht, selbständig mit Beschwerde anfechtbar ist, wobei sich Beschwerdefrist nach dem zugrunde liegenden Verfahren richtet und grundsätzlich 30 Tage und nur in summarischen Verfahren zehn Tage beträgt. Entgegen der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz standen den Parteien hier daher 30 Tage zur Verfügung, um sich gegen den Kostenentscheid im Abschreibungsbeschluss mit Beschwerde zur Wehr zu setzen. Diese 30-tägige Frist ist im Gegensatz zur zehntägigen gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO – die Klägerin nahm den angefochtenen Entscheid am 11. Juni 2012 entgegen (Track-and-Trace-Auszug zur Sendung Nr. XXX; BE/9), weshalb die Beschwerdefrist am 12. Juni 2012 zu laufen begann (Art. 142 Abs. 1 ZPO) und die Beschwerde am 21. und nicht erst am 22. Juni 2012 hätte der Post übergeben werden müssen (143 Abs. 1 ZPO) – offensichtlich gewahrt. Da auch die übrigen von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (vgl. Art. 59 f. ZPO) erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**55**

*Art. 6 Abs. 1 lit. d EG-ZPO (sGS 961.2); Art. 308 ZPO (SR 272); Art. 518 ZGB (SR 210).* Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker. Ist nach kantonalem Recht eine gerichtliche Behörde zuständig, richtet sich das Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Der Entscheid der Aufsichtsbehörde kann mit Berufung angefochten werden. Der Willensvollstrecker ist verpflichtet, auf Verlangen jedem Erben einzeln und persönlich Auskunft zu erteilen. Nebst der Einsicht in Unterlagen kann der Erbe die Abgabe von Kopien beanspruchen.

*Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 11. April 2012*

Aus den Erwägungen:

I.

1. Am 19. September 1999 verstarb N, zuletzt wohnhaft gewesen in Hongkong. Als gesetzliche Erben hinterliess er seine Ehefrau G und seine Tochter A. In seiner eigenhändigen letztwilligen Verfügung vom 20. Juni 1999, Ziffer 9, bezeichnete N die Bank F und B als seine Willensvollstrecker (kläg.act. 1). Letzterer hat das Mandat angenommen; die Bank F ist hingegen von ihrem Mandat mit Schreiben vom 21. Januar 2000 zurückgetreten (kläg.act. 4).

2. Am 31. Mai 2011 reichte A (im Folgenden Beschwerdeführerin) gegen den Willensvollstrecker B (im Folgenden Beschwerdegegner) beim Kreisgericht gestützt auf Art. 595 Abs. 3 i.V. m. Art. 518 Abs. 1 ZGB Beschwerde ein mit den folgenden Anträgen:

1. Dem Beschwerdegegner sei unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB die Weisung zu erteilen,
   a. der Beschwerdeführerin umgehend sämtliche Buchhaltungsbelege betreffend den Nachlass herauszugeben;
   b. der Beschwerdeführerin umgehend über seine sämtlichen (Akonto-)Bezüge aus dem Nachlass umfassend Auskunft zu geben und diese zu belegen;
   c. umgehend eine detaillierte Honorarabrechnung (inklusive exakte Zeitaufwände, Daten und Tätigkeiten, Spesen und Auslagen, Drittrechnungen etc.) ab Übernahme des Mandats bis heute zu erstellen und diese der Beschwerdeführerin zu übergeben;
   Die Weisung sei zusätzlich mit der Androhung zu verbinden, der Beschwerdegegner werde als Willensvollstrecker abgesetzt, wenn er die Weisung nicht umgehend erfülle.
2. Die Kosten seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen, und der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen.

In seiner Stellungnahme vom 25. August 2011 beantragte der Beschwerdegegner, es sei auf die Beschwerde mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Mit Entscheid vom 21. November 2011 wies die Vorinstanz den Beschwerdegegner unter Androhung von Busse gemäss Art. 292 StGB an, der Beschwerdeführerin innert 14 Tagen seit Rechtskraft des Entscheids sämtliche Buchhaltungsbelege betreffend den Nachlass des N herauszugeben (vi-Entscheid, S. 9, Dispositiv Ziff. 1). Im Übrigen wurde das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben (vi-Entscheid, S. 9, Dispositiv Ziff. 2). Die Entscheidgebühr von Fr. 2100.– wurde dem Beschwerdegegner auferlegt und dieser wurde zudem verpflichtet, die Beschwerdeführerin mit Fr. 5240.– zu entschädigen (vi-Entscheid, S. 9, Dispositiv Ziff. 3 und 4).

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdegegner Berufung mit den Begehren, es seien die Ziffern 1, 3 und 4 des erstinstanzlichen Entscheids aufzuheben, die Beschwerde sei abzuweisen, die erstinstanzlichen Gerichtskosten seien der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, ihm eine Prozessentschädigung zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. In der Berufungsantwort vom 26. Januar 2012 beantragt die Beschwerdeführerin, auf die Berufung sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. (. . .).

II.

1. a) Nach Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO sind namentlich erstinstanzliche Endentscheide mit Berufung anfechtbar. Die Beschwerde ist ein gegenüber der Berufung subsidiäres Rechtsmittel (Art. 319 lit. a ZPO).

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist eine Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker, und zwar ist – nebst dem Kostenspruch der Vorinstanz – die Erteilung einer Weisung an diesen streitig; das von der Beschwerdeführerin vor Vorinstanz gestellte Nebenbegehren, dem Willensvollstrecker sei die Absetzung anzudrohen für den Fall der Nichtbefolgung der beantragten Weisung, ist nicht mehr zu behandeln (vgl. vi-Entscheid, S. 6; Beschwerde, S. 2).

Der Willensvollstrecker untersteht einer Behördenaufsicht analog dem Erbschaftsverwalter (Art. 518 Abs. 1 ZGB; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 97). Beim Beschwerdeverfahren handelt es sich um eine quasiadministrative Untersuchung kraft Aufsichts- und Disziplinarrecht. Es gehört zum Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 N 33). Die Behördenorganisation bestimmt sich nach kantonalem Recht. Ist eine gerichtliche Behörde zuständig, richtet sich das Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 54 Abs. 1–3 SchlT ZGB, Art. 1 lit. b ZPO, vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.217 ff.). Nach Art. 6 Abs. 1 lit. d EG-ZPO entscheidet die Einzelrichterin oder Einzelrichter des Kreisgerichts über Beschwerden gegen den Willensvollstecker; das summarische Verfahren ist anwendbar (was sich bereits aus Art. 1 lit. b ZPO i.V. m. Art. 248 lit. e ZPO ergibt). Ob gegen den Ent-

scheid der Aufsichtsbehörde die Berufung oder die Beschwerde zu erheben ist, ist ebenfalls nach den Regeln der ZPO zu ermitteln. Beim Entscheid der Einzelrichterin oder des Einzelrichters in Beschwerdesachen gegen den Willensvollstrecker handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auch Entscheide der freiwilligen (nichtstreitigen Gerichtsbarkeit) sind der Berufung zugänglich (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 12.37). In Art. 309 ZPO werden die nicht berufungsfähigen Entscheide aufgelistet; diese Liste ist abschliessend (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 309 N 9). Da Entscheide der Aufsichtsbehörde in Beschwerdesachen gegen den Willensvollstrecker darin nicht genannt werden, kann der erstinstanzliche Entscheid grundsätzlich mit Berufung angefochten werden.

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung jedoch nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10 000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Zu prüfen ist somit, ob es sich bei der vorliegenden Beschwerde um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, und falls ja, ob der erforderliche Streitwert erreicht ist. Für die Qualifikation als vermögensrechtliche Streitigkeit ist massgeblich, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (BSK BGG-Rudin, Art. 51 N 12; BGer 5A_395/2010 E. 1.2.2). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt der Aufsichtsbeschwerde, soweit eine solche gegen den Willensvollstrecker durch sein Handeln in vermögensrechtlichen Angelegenheiten veranlasst ist, vermögensrechtliche Natur zu (BGE 135 III 578 E. 6.3; BGer 5A_395/2010 E. 1.2.2). Von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit geht auch die Lehre aus (Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire [. . ..], Bd. II, S. 16 und 233; BSK BGG-Rudin, Art. 51 N 13). Die Aufsichtsbehörde kann gegenüber dem Willensvollstrecker verschiedene Massnahmen ergreifen, namentlich kann sie ihm Weisungen erteilen und ihn bei Vorliegen genügend wichtiger Gründe absetzen (PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner, Art. 518 ZGB N 94 ff.; Künzle, Berner Kommentar, N 536 ff. zu Art. 517–518 ZGB). Welche konkrete Massnahme Prozessgegenstand bildet, ist jedoch für die Qualifikation der Beschwerde als vermögensrechtliche Streitigkeit nicht entscheidend. Der vorliegende Streit, bei welchem es um die Erteilung einer Weisung an den Willensvollstrecker geht, ist somit als vermögensrechtliche Streitigkeit zu qualifizieren. Es ist denn auch davon auszugehen, dass von der Beschwerdeführerin letztlich wirtschaftliche – und keine ideellen – Interessen verfolgt werden (vgl. Rudin, a. a. O., Art. 51 N 12).

Wird keine Geldleistung verlangt, so wird der Streitwert nach dem objektiven Wert festgelegt (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 2.153). Das Bundesgericht erachtet es jedoch als unhaltbar und willkürlich, in einem Verfahren betreffend Absetzung des Willensvollstreckers den Nachlasswert als Streitwert anzunehmen (BGE 135 III 578 E. 6.5). Die Vorinstanz erwog, der wirtschaftliche Wert (Vermögensvorteil) der Beschwerde sei primär in einer allfälligen Grundlage für eine Kla-

ge auf Rückerstattung einer allenfalls nicht angemessenen Vergütung des Willensvollstreckers zu sehen. Für die Streitwertbemessung sei daher vom bisher bezogenen Honorar auszugehen, welches sich aus folgenden Beträgen zusammensetze: Fr. 214 037.30 (Stellungnahme vom 25. August 2011, S. 5, bekl.act. 7 bis 15), Fr. 300 000.–, Fr. 67 640.–, entsprechend USD 50 000.–, und Fr. 59 045.–, entsprechend USD 50 000.– (Stellungnahme vom 25. August 2011, S. 12; bekl.act. 19 bis 22; vi-Entscheid, S. 8). Dies ergibt Bezüge von insgesamt Fr. 640 722.30. Den Wert der verlangten Auskunft und der Editionsbegehren veranschlagte die Vorinstanz mit rund 20 Prozent hiervon, d. h. mit Fr. 128 150.– (vi-Entscheid, S. 8). Die von der Vorinstanz vorgenommene Festlegung des Streitwertes ist nachvollziehbar (vgl. BGer 5A_395/2010 E. 1.2.3); sie wird von den Parteien nicht bestritten. Es ist daher auch im Berufungsverfahren von diesem Streitwert auszugehen, womit die Streitwertgrenze von Fr. 10 000.– gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO ohne Weiteres erreicht wird.

b) (. . .).

c) (. . .).

d) Auf die Berufung ist somit einzutreten.

2. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens sind die Fragen, ob der Beschwerdegegner seiner Auskunftspflicht bereits nachgekommen ist und, falls dies zu verneinen ist, in welcher Form die Buchhaltungsbelege herauszugeben sind (Beschwerdeantrag Ziffer 1a). Die in der Beschwerde gestellten Anträge Ziffer 1b und 1c wurden vom Beschwerdegegner erfüllt (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 28. September 2011, S. 3; vi-Entscheid, S. 6) und wurden daher von der Vorinstanz zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben. Zu prüfen ist jedoch, welche Partei deren Gegenstandslosigkeit zu verantworten hat.

III.

1. a) Der Beschwerdegegner anerkennt, dass er gegenüber den Erben eine Auskunftspflicht hat. Er ist aber der Meinung, er sei dieser Pflicht längstens nachgekommen, und zwar sowohl in Bezug auf die Nachlassrechnungen als auch in Bezug auf seine Honorarrechnungen. Er habe der Mutter der Beschwerdeführerin – als Vertreterin der Erbengemeinschaft – alle relevanten Unterlagen zur Verfügung gestellt. Die Vergütungsaufträge mit den Rechnungen habe er jeweils der Bank E gesandt, welche diese an deren Sitz in Hongkong weitergeleitet und dort mit G besprochen habe. Überdies habe er den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 24. Mai 2011 ermächtigt, die entsprechenden Belege direkt bei der Bank E einzufordern. Da die Bank E im Gegensatz zu ihm bereits über ein elektronisches Dossier verfügt hätte, sei dieses Vorgehen sinnvoll gewesen (Berufung, S. 4 ff.).

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der Beschwerdegegner seinen Auskunftspflichten gegenüber ihr nachgekommen sei. Entsprechende Nachweise würden fehlen. Es sei irrelevant, was der Beschwerdegegner allenfalls ihrer Mutter vorgelegt habe. Sie habe als Erbin ein eigenes Recht auf Information und Auskunft durch den Willensvollstrecker. Der Anspruch bestehe zudem direkt gegen den Wil-

lensvollstrecker. Dieser könne seine Auskunftspflicht nicht an Dritte wie die Bank E delegieren. Sie beharre darauf, vom Beschwerdegegner die Buchhaltungsunterlagen zur Einsicht oder in Kopie zu erhalten (Berufungsantwort, S. 3; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 28. September 2011, S. 4 f.).

b) Der Willensvollstrecker hat alle Erben von sich aus auf dem Laufenden zu halten und aufzuklären, so insbesondere periodisch über sein Vorgehen und die wesentlichen Stationen der Nachlassabwicklung zu informieren (Christ/Eichner, a. a. O., Art. 518 N 33; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 17). Überdies hat der Willensvollstrecker gegenüber den Erben eine Auskunftspflicht, wobei jeder einzelne (einzeln) Auskunft verlangen kann. Die Auskunftspflicht ist verletzt, wenn der Willensvollstrecker eine Auskunft verweigert und einen Erben stattdessen an das Erbschaftsamt, an die übrigen Erben oder eine Bank verweist (Künzle, a. a. O., N 217 zu Art. 517–518 ZGB mit zahlreichen Hinweisen; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 17).

Zu Recht hat die Vorinstanz festgehalten, dass die Beschwerdeführerin einen eigenen Informationsanspruch habe (vi-Entscheid, S. 5). Irrelevant ist daher das Vorbringen des Beschwerdegegners, er habe der Mutter der Beschwerdeführerin alle relevanten Unterlagen zur Verfügung gestellt (Berufung, S. 4). Auch kann sich der Beschwerdegegner seiner Informationspflicht nicht mit dem Hinweis entschlagen, er habe den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ermächtigt, die entsprechenden Belege direkt bei der Bank E einzufordern (Berufung, S. 5). Der Beschwerdegegner ist demnach zu verpflichten, der Beschwerdeführerin die von ihr verlangten Auskünfte persönlich zu erteilen.

2. a) Der Beschwerdegegner ist der Ansicht, das von ihm gewählte Vorgehen – den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zu ermächtigen, die Belege direkt bei der Bank E einzufordern – hätte insofern Sinn gemacht, als die Bank E im Gegensatz zu ihm bereits ein «elektronisches Dossier» habe. Er hätte dagegen die Belege einzeln kopieren oder einscannen müssen, was teurer und als Folge der menschlichen Unzulänglichkeit unzuverlässiger wäre. Er habe ferner keine Veranlassung gehabt, dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin Kopien aller Belege zukommen zu lassen, ausser der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hätte offeriert, was nicht der Fall gewesen sei, die nicht unerheblichen Kosten vorzuschiessen (Berufung, S. 5 ff.; kläg.act. 20).

Die Beschwerdeführerin entgegnet, aus unerklärlichen Gründen habe der Beschwerdegegner keine Nachlassbuchhaltung geführt, obwohl es sich um einen Nachlass von ca. USD 30 Millionen handle und der Nachlass Grundstücke und Gesellschaften im Ausland umfasse. Nachdem der Beschwerdegegner diese evidente Pflicht vernachlässigt habe, könne er ihren Informationsanspruch nur befriedigen, indem er ihr sämtliche Belege zum Nachlass zur Verfügung stelle. Selbstverständlich seien Kopien oder ein elektronisches Dossier ausreichend (Berufungsantwort, S. 4).

b) Grundsätzlich ist das Auskunftsrecht umfassend. Der Willensvollstrecker hat den Erben auf ihre Anfragen über alle Umstände Auskunft zu erteilen, die mit dem Nachlass zusammenhängen. Mangelnde oder mangelhafte Auskünfte des Willensvollstreckers stellen eine Pflichtverletzung dar und können zu Schadenersatzansprüchen führen (Künzle, a. a. O., N 217 zu Art. 517–518 ZGB; vgl. auch BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N17; Christ/Eichner, a. a. O., Art. 518 N 34; ZR 91–92 1992–93, Nr. 64 E. IV.3c S. 241). Nebst der Einsicht in Unterlagen kann der Erbe zudem die (entgeltliche) Abgabe von Kopien beanspruchen (Künzle, a. a. O., N 220 zu Art. 517–518 ZGB; ZR 91–92 1992–93, Nr. 64 E. IV.3d [S. 241] und h [S. 243]).

Der Beschwerdegegner bringt vor, er habe keine Erbschaftsbuchhaltung geführt; es seien nur die entsprechenden Belege gesammelt worden und es bestehe eine saubere Ordnung in den Belegen (Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 25. August 2011, S. 14 und 17; vgl. auch kläg.act. 20). Daraus ist zu schliessen, dass die Belege vorhanden sind. Zum Umfang der Belege äussert sich der Beschwerdegegner nicht. Die Beschwerdeführerin verlangt nicht nur die Einsichtnahme, sondern die Herausgabe der Belege (Beschwerde, S. 2, Rechtsbegehren Ziffer 1a). Da das Recht auf Akteneinsicht das Recht auf Anfertigung von Kopien dieser Unterlagen einschliesst, ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich berechtigt, die Herausgabe sämtlicher Buchhaltungsbelege betreffend den Nachlass zu verlangen.

In Bezug auf die Form, in welcher die Herausgabe zu erfolgen hat, erklärt die Beschwerdeführerin, Kopien seien ausreichend, auch ein elektronisches Dossier auf einem USB-Stick würde genügen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 28. September 2011, S. 5; Berufungsantwort, S. 4). Es ist dem Beschwerdegegner überlassen, ob er der Beschwerdeführerin Kopien der Belege oder die entsprechenden Daten in elektronischer Form zukommen lassen will. Der Einwand des Beschwerdegegners, er müsse die Belege einzeln kopieren oder einscannen (Berufung, S. 5), ist nicht zu hören. Es steht ihm auch frei, allenfalls auf das angeblich bei der Bank E vorhandene elektronische Dossier zurückzugreifen und es unter eigener Verantwortung an die Beschwerdeführerin weiterzuleiten. Zudem sind die Umtriebe, die das Willensvollstreckermandat mit sich bringt, zwangsläufig hinzunehmen und belasten letztlich den Nachlass (ZR 91–92 1992–93, Nr. 64 E. IV.3d S. 241). Da der Willensvollstrecker verpflichtet ist, den Erben umfassende Auskunft zu erteilen, ist es ohne Belang, dass das Bereitstellen der Belege für den Beschwerdegegner mit einem gewissen Arbeitsaufwand und Kosten verbunden ist. Dass das Begehren unter den gegebenen Umständen rechtsmissbräuchlich wäre, ist weder dargetan noch ersichtlich.

Der Beschwerdegegner ist damit – in Übereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Entscheid (vi-Entscheid, S. 6 und S. 9) – anzuweisen, der Beschwerdeführerin sämtliche Buchhaltungsbelege betreffend den Nachlass herauszugeben, und zwar nach seiner Wahl entweder als Kopien oder in elektronischer Form.

3. a) Der Beschwerdegegner rügt schliesslich, die Vorinstanz unterstelle ihm, er habe erst anlässlich des Verfahrens detaillierte Honorarabrechnungen einge-

reicht; dies sei eine aktenwidrige tatsächliche Annahme. Zu beachten sei, dass die Beschwerdeführerin Honorarabrechnungen eingereicht und dass sich Dr. K, damaliger Vertreter der Beschwerdeführerin, mit den Abrechnungen detailliert auseinandergesetzt habe. Unter diesen Umständen könne nicht gesagt werden, er hätte die Gegenstandslosigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens zu verantworten und habe deshalb die Prozesskosten zu tragen (Berufung, S. 7 f.).

Die Beschwerdeführerin betont, sie habe vom Beschwerdegegner nie Honorarabrechnungen erhalten. Sie habe einzelne Honorarrechnungen von ihrer Mutter erhalten, welche sie ihrer Beschwerdeschrift beigelegt habe. Diese Belege seien aber nicht vollständig. Insbesondere klaffe eine Lücke zwischen den Jahren 2003 und 2011, in welcher mutmasslich weitere Bezüge erfolgt seien. Auch hier gelte, dass sie einen eigenen und direkten Anspruch gegenüber dem Willensvollstrecker auf Erhalt der Honorarrechnungen habe. Trotz Aufforderung habe der Beschwerdegegner die entsprechenden Belege nicht ausgehändigt. Damit sei klar, dass dieser die Gegenstandslosigkeit verursacht habe (Berufungsantwort, S. 4 f.; Beschwerde, S. 4 f.; kläg.act. 5 bis 12).

b) Bei längerdauerndem Mandat hat der Willensvollstrecker den Erben in der Regel einen jährlichen Rechenschaftsbericht über den Stand des Nachlasses sowie eine detaillierte Honorarabrechnung über seine bisherigen Bemühungen zu erstatten (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 517 N 32 und Art. 518 N 17; Künzle, a. a. O., N 407 ff. zu Art. 517–518; vgl. auch Christ/Eichner, a. a. O., Art. 517 N 36, welche jedoch die Ansicht vertreten, ob und wann Zwischenabrechnungen vorzulegen seien, hänge von den Erfordernissen des Einzelfalls ab).

Am 14. März 2011 teilte die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner mit, es sei unzulässig, zusätzlich zum Honorar von Fr. 350.– pro Stunde eine Prozentgebühr zu erheben, und forderte ihn auf, Fr. 200 000.– an den Nachlass zurückzuzahlen. Sollte er diesem Ersuchen nicht entsprechen, seien die bisherigen Bemühungen und sämtliche bisherigen Bezüge detailliert abzurechnen (kläg.act. 13). Mit Schreiben vom 7. April 2011 forderte die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner erneut auf, ihr bis 15. April 2011 eine detaillierte Rechnungslegung zum Honorar mit Belegen zukommen zu lassen (kläg.act. 15). Am 27. April 2011 verlängert sie diese Frist zufolge Auslandabwesenheit des Beschwerdegegners bis 9. Mai 2011 (kläg.act. 16; vgl. auch kläg.act. 18 [Email vom 6. Mai 2011] und kläg.act. 19 [Schreiben vom 16. Mai 2011]). Der Beschwerdegegner stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, seine bisherigen Abrechnungen und Bezüge seien abgesprochen und genehmigt worden (kläg.act. 14, 17 und 20).

Da der Willensvollstrecker der Aufforderung der Beschwerdeführerin, eine detaillierte Abrechnung vorzulegen, nicht nachkam, stellte diese in ihrer Beschwerde vom 31. Mai 2011 die Anträge, der Beschwerdegegner habe ihr über seine sämtlichen (Akonto-)Bezüge aus dem Nachlass umfassend Auskunft zu geben und diese zu belegen (Antrag Ziffer 1b) sowie eine detaillierte Honorarabrechnung zu erstellen und ihr zu übergeben (Antrag Ziffer 1c). In seiner Stellungnahme vom 25. August 2011 listete der

Beschwerdegegner die von ihm gestellten Rechnungen auf und reichte die entsprechenden Belege ein (S. 5; bekl.act. 7 bis 15), worauf die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 28. September 2011 erklärte, die entsprechenden Anträge seien gegenstandslos geworden und könnten abgeschrieben werden (S. 3 f.). Es steht damit fest, dass der Beschwerdegegner seine Auskunftspflicht betreffend seine Honorarrechnungen erst im Verlaufe des erstinstanzlichen Verfahrens erfüllt hat. Zu Recht ist die Vorinstanz daher bei der Verteilung der Prozesskosten davon ausgegangen, der Beschwerdegegner habe die Gegenstandslosigkeit der Anträge Ziffer 1b und 1c zu verantworten (vi-Entscheid, S. 7) und auferlegte ihm die Prozesskosten.

4. In der Berufungsschrift verweist der Beschwerdegegner «vorsorglich noch auf act. 12, Ziff. 7 bis 10, Seiten 7 bis 9» (Berufung, S. 8).

In den erwähnten Ziffern des vi-act. 12, Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 25. August 2011, thematisiert dieser die in Ziffer 6 des Testaments enthaltene Auflage und kommt zum Schluss, die Beschwerde diene offenbar dazu, ihn abzusetzen, damit die vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin aufgesetzte Zusatzvereinbarung ohne seine notwendige Mitwirkung vollzogen werden könne. Die Beschwerde erweise sich damit auch unter diesem Gesichtspunkt als rechtsmissbräuchlich (Stellungnahme vom 25. August 2011, S. 7 ff.). Die Vorinstanz erwog, vorliegend sei ein offenbarer Rechtsmissbrauch weder substantiiert dargelegt noch erkennbar (vi-Entscheid, S. 6 f.). Nach Art. 311 ZPO ist die Berufung begründet einzureichen. Die Begründung eines Rechtsmittels erklärt, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (Reetz/Theiler, a. a. O., Art. 311 N 36). Der Verweis des Beschwerdegegners auf seine erstinstanzliche Eingabe ist damit nicht ausreichend. Zudem wäre der Beschwerdegegner, nachdem bereits die Vorinstanz (zu Recht) ausgeführt hat, eine substantiierte Darlegung des Rechtsmissbrauchs fehle, gehalten gewesen, im Einzelnen zu erläutern, weshalb das Auskunftsbegehren der Beschwerdeführerin rechtsmissbräuchlich sein soll.

5. Damit bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid mit der Präzisierung im Dispositiv, dass die Belege nach Wahl des Beschwerdegegners in Kopie herauszugeben oder in elektronischer Form zugänglich zu machen sind.

(. . .).

## 56

*Art. 15 Abs. 2 und Art. 22 EG-ZPO (sGS 961.2); Art. 12 Abs. 2 lit. b EG-ZGB (sGS 911.1).* Für Rechtsmittelverfahren gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes gelten die zivilprozessualen Bestimmungen.

*Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 5. Juni 2012*

Das Grundbuchamt Y wies den Antrag von A und B (Beschwerdeführerinnen), die Dienstbarkeit X (ein Fahr- und Fusswegrecht) auf sämtlichen berechtigten und belasteten Grundstücken im Sinne von Art. 976 ZGB zu löschen, nach Einholen einer Stellungnahme bei der Miteigentümergemeinschaft C (Beschwerdegegnerin) ab. Eine dagegen beim Departement des Innern erhobene spezielle Grundbuchbeschwerde wurde ebenfalls abgewiesen, worauf A und B beim Kantonsgericht Beschwerde einreichten.

Aus den Erwägungen:

II.

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verfügung des Grundbuchamtes Y vom 24. Januar 2011, mit welcher die Anmeldung zur Löschung des erwähnten Fahr- und Fusswegrechts abgewiesen wurde. Als erste Beschwerdeinstanz (vgl. auch Entscheid Departement des Innern [im Folgenden: vi-Entscheid], S. 10) wies das Departement des Innern am 26. Januar 2012 die spezielle Grundbuchbeschwerde der Beschwerdeführerinnen ab. Nach Art. 15 Abs. 2 EG-ZPO entscheidet die Einzelrichterin oder der Einzelrichter des Kantonsgerichts über Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes, soweit es das Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vorsieht. Art. 12 Abs. 2 lit. b EG-ZGB bestimmt, dass gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes – ausgenommen Streitigkeiten betreffend Entstehung und Wirkungen des Kindesverhältnisses sowie damit zusammenhängende vormundschaftliche Massnahmen, für welche die Berufung gegeben ist – die Beschwerde an den Einzelrichter des Kantonsgerichtes zulässig ist (vgl. vi-Entscheid, S. 31). Damit ist die sachliche Zuständigkeit der Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht als zweite Beschwerdeinstanz gegeben.

2. a) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, da es sich vorliegend um ein Verwaltungsverfahren handle, finde die Zivilprozessordnung grundsätzlich keine Anwendung. Stattdessen richte sich das Verfahren in erster Linie nach kantonalem Verfahrensrecht und die Zivilprozessordnung finde nur nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts Anwendung. Für das Verfahren und den Rechtsschutz würden, soweit eidgenössische Erlasse oder das EG-ZGB nicht abweichende Vorschriften enthielten, die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege gelten. Der Einzelrichter verfüge damit über volle Kognition bezüglich Sach- und Rechtsfragen (Beschwerde, S. 7).

Die Beschwerdegegnerin erklärt, die Frage des vorliegend anwendbaren Rechts sei von Amtes wegen zu prüfen (Beschwerdeantwort, S. 5).

b) Mit dem Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009 wurde das Schweizerische Zivilgesetzbuch, namentlich das Grundbuchrecht, geändert. Am 23. September 2011 wurde ferner eine neue Grundbuchverordnung erlassen. Beide Erlasse sind am 1. Januar 2012 in Kraft getreten. Das ZGB enthält im Grundbuchrecht, A. Einrichtung, V. Rechtsschutz, auch prozessuale Bestimmungen: Unter dem Marginale «2. Be-

schwerdeverfahren» wird in Art. 956b Abs. 1 ZGB die Beschwerdefrist geregelt; weitere Bestimmungen in Bezug auf das Verfahren vor kantonalen Beschwerdeinstanzen fehlen jedoch. Nach Art. 953 Abs. 1 ZGB erfolgt die Ordnung der Aufsicht über die Grundbuchämter durch die Kantone (vgl. auch Art. 1 lit. b ZPO, wonach der Anwendungsbereich der ZPO auf «gerichtliche Anordnungen» der freiwilligen Gerichtsbarkeit limitiert wird – Registersachen, wie Geschäfte im Zusammenhang mit dem Grundbuch, sind demnach ausgeschlossen –; Dominik Gasser, DIKE-Komm-ZPO, Art. 1 N 37; Sutter-Somm/Klingler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1 N7). Gemäss Bundesrecht regeln somit (weiterhin) die Kantone das Verfahren betreffend die Grundbuchbeschwerde.

Bei den Verfahren vor der verfügenden Behörde, dem Grundbuchamt, und vor der ersten Beschwerdeinstanz, dem Departement des Innern, handelt es sich um Verwaltungsverfahren, womit das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP) anwendbar ist. Für das Verfahren vor der zweiten Beschwerdeinstanz, der Einzelrichterin oder dem Einzelrichter des Kantonsgerichtes, bestimmte aArt. 12 Abs. 2 lit. b EG-ZGB, dass gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes in den nicht unter lit. a genannten Streitigkeiten der Rekurs an den Einzelrichter des Kantonsgerichts zulässig sei, und in der Fussnote 6 wurde auf die Art. 217 ff. der ZPO/SG hingewiesen. Durch Art. 22 des EG-ZPO (unter «V. Schlussbestimmungen, Änderung bisherigen Rechts» des EG-ZPO) wurde aArt. 12 Abs. 2 lit. b EG-ZGB geändert und der Begriff «Rekurs» durch den Begriff «Beschwerde» ersetzt. Das EG-ZGB wurde damit an die Schweizerische Zivilprozessordnung angepasst. Daraus ergibt sich klar, dass der kantonale Gesetzgeber für das Rechtsmittelverfahren vor der Einzelrichterin oder dem Einzelrichter des Kantonsgerichts die Zivilprozessordnung als anwendbar erachtet (vgl. auch vi-Entscheid, S. 31, wo auf die Art. 319 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung hingewiesen wird). Es entspricht denn auch der Praxis des Kantonsgerichts, dass für Rechtsmittelverfahren gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes die zivilprozessualen Bestimmungen gelten (vgl. z. B. Entscheid ZV.2011.55-K2 vom 28. Juli 2011, E. II.). Und schliesslich ist es sachlich begründet, Verfahren vor den zivilen Gerichten gemäss den Bestimmungen der Zivilprozessordnung durchzuführen (Parallelität von zuständigen Gerichten und anwendbaren Verfahrensbestimmungen). Zu beachten ist, dass Art. 11 EG-ZGB, wonach für das Verfahren und den Rechtsschutz die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege gelten, abweichende Vorschriften eidgenössischer Erlasse oder des EG-ZGB ausdrücklich vorbehält.

(. . .).

## 3. Strafrechtspflege

### 57

*Art. 56 lit. b und f StPO (SR 312.0).* Mehrmalige Haftprüfung bei andauernder Inhaftierung ist für sich allein kein Ausstandsgrund für einen Zwangsmassnahmenrichter.

*Anklagekammer, 27. März 2012*

Aus den Erwägungen:

3. Der vom Gesuchsteller genannte Ausstandsgrund der Vorbefassung ist in Art. 56 lit. b StPO geregelt. Dieser Ausstandsgrund ist gegeben, wenn ein Mitglied einer Strafbehörde (wozu auch die Gerichte zählen, Art. 13 StPO) in einer anderen Stellung in der gleichen Sache tätig war. Ist die (Gerichts-)Person in derselben Stellung mit der gleichen Sache mehrfach befasst, liegt kein Fall der Vorbefassung im Sinn von Art. 56 lit. b StPO vor. Eine Mehrfachbefassung in diesem Sinn kann aber im Rahmen von Art. 56 lit. f StPO relevant werden, so wenn zu erwarten ist, die Person habe sich in Bezug auf einzelne Fragen bereits in einem Masse festgelegt, dass das Verfahren im späteren Verfahrensabschnitt nicht mehr als offen erscheint (vgl. BSK StPO/ – /Markus Boog, Art. 56 N 26).

Allein der Umstand, dass der Gesuchsteller als Zwangsmassnahmenrichter bereits drei Mal einen Haftprüfungsentscheid in Bezug auf die für den Gesuchsteller nach wie vor andauernde Untersuchungshaft gefällt hat, vermag einen Ausstand wegen Vor- bzw. Mehrfachbefassung im Rahmen eines neuen Haftverlängerungsverfahrens nicht zu begründen. Ein solcher Umstand, welcher in der Praxis häufig auftritt, ist für sich allein nicht geeignet, ein Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Zwangsmassnahmenrichters zu erwecken. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Gesuchsgegner auf eigene frühere Haftentscheide verwiesen und «grösstenteils dieselbe Begründung übernommen» hat. Gelangt ein Zwangsmassnahmenrichter im Rahmen eines neuen Haftprüfungsverfahrens zum Ergebnis, dass die Haftvoraussetzungen nach wie vor gegeben sind, ist ein Verweis auf Erwägungen in früheren (auch eigenen) Entscheiden unter ausstandsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, wenn sich die damaligen Überlegungen aufgrund einer Neubeurteilung aus Sicht des Richters nach wie vor als zutreffend erweisen. Im Übrigen sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Gesuchsgegner aufgrund seiner bisherigen den Gesuchsteller betreffenden Haftentscheide bei einer erneuten Haftprüfung als vorbestimmt erscheint. Es sind keine Umstände ersichtlich, welche die Unbefangenheit des Gesuchgegners als Haftrichter im Haftprüfungsverfahren gegen den Gesuchsteller in Frage stellen könnten. Dies wird vom Gesuchsteller auch nicht konkret aufgezeigt.

Insgesamt kann daher in der geltend gemachten wiederholten Prüfung der Haftvoraussetzungen kein Ausstandsgrund erblickt werden; anderweitige Hinweise für

einen Ausstandsgrund liegen nicht vor und werden auch nicht geltend gemacht. Das Ausstandsbegehren des Gesuchstellers ist deshalb abzuweisen.

## 58

*Art. 113 Abs. 1, Art. 158 Abs. 1 lit. b und d StPO (SR 312.0); Art. 6 EMRK (SR 0.101).* Eine beschuldigte Person, die der Verfahrenssprache offensichtlich mächtig ist, muss nicht ausdrücklich auf das Recht auf einen Übersetzer hingewiesen werden (E. III.1.). Sie ist im Übrigen vor Einvernahmen unter anderem auf ihr Aussage- bzw. Mitwirkungsverweigerungsrecht hinzuweisen, nicht aber – etwa im Gegensatz zu Auskunftspersonen – auf die möglichen Straffolgen einer Irreführung der Rechtspflege oder einer Begünstigung (E. III.2.).

*Kantonsgericht, Strafkammer, 4. Juni 2012*

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, am Montag, 23. Mai 2011, um 15.20 Uhr, den Personenwagen PW mit dem Kennzeichen K auf der Autobahn A1, Fahrtrichtung B, mit einer gemessenen Geschwindigkeit von 186 km/h gelenkt zu haben. Gemäss dem Polizeirapport vom 24. Mai 2011 konnte der Beschuldigte kurz nach der Geschwindigkeitsmessung telefonisch kontaktiert werden, worauf er sich zum Polizeistützpunkt B zur Befragung begab.

Die Vorinstanz erklärte den Beschuldigten der groben Verkehrsregelverletzung für schuldig; die Strafkammer bestätigte diesen Schuldspruch.

Aus den Erwägungen:

III. 1. a) Der Beschuldigte lässt zunächst vorbringen, das polizeiliche Einvernahmeprotokoll vom 23. Mai 2011 sei nicht verwertbar, weil er nicht in einer ihm verständlichen Sprache darauf hingewiesen worden sei, dass er eine Übersetzerin oder einen Übersetzer verlangen könne (Art. 158 Abs. 1 lit. d i.V. m. Abs. 2 StPO). Beim Hinweis auf das Recht auf einen Übersetzer handle es sich um ein Gültigkeitserfordernis. Würde das polizeiliche Einvernahmeprotokoll dennoch verwertet und daraus die Schuld des Beschuldigten abgeleitet werden, wäre seine Schuld nicht gesetzlich nachgewiesen und es läge somit eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 EMRK (Unschuldsvermutung) vor.

b) Die Vorbringen des Beschuldigten sind unbegründet. Zwar sind Einvernahmen ohne die im ersten Absatz von Art. 158 StPO aufgeführten Hinweise nicht verwertbar, was zu einer absoluten Unverwertbarkeit führt («in keinem Falle verwertbar», vgl. Art. 141 Abs. 1 StPO und BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 158 StPO N 33). Die vom Be-

schuldigten erwähnten Bestimmungen bzw. die aus Art. 4 aBV abgeleiteten Rechte wollen jedoch vorab ein faires Verfahren garantieren (vgl. auch Riklin, Schweizerische Strafprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010, Art. 3 N 4, Art. 158 N 1) und dienen insofern allesamt einem bestimmten (Schutz-)Zweck. Massgebende Richtschnur sind dabei die zu schützenden Sinngehalte dieser Rechte. Die im konkreten Fall angeführte Norm von Art. 158 Abs. 1 lit. d StPO will einzig sicherstellen, dass jeder in einer ihm verständlichen Sprache unterrichtet wird bzw. in einer solchen einer Befragung folgen kann. Vorliegend war das Verfahren unter diesem Aspekt zweifellos ein faires: So wurde der Beschuldigte zu Beginn der zur Diskussion stehenden polizeilichen Einvernahme vom 23. Mai 2011 vom einvernehmenden Polizeibeamten gefragt, ob er in der Lage sei, der Befragung zu folgen, was der Beschuldigte unmissverständlich bejahte. Darüber hinaus erklärte er auf sämtliche Belehrungen hin, dass er diese verstanden habe und damit indirekt auch, dass er keine Übersetzung benötige. Die Einvernahme zur Sache selbst konnte sodann – da der Beschuldigte unbestrittenermassen einwandfrei Deutsch bzw. Mundart spricht (so die Befragung an Schranken des Berufungsgerichts und Zugabe seines Verteidigers) – problemlos durchgeführt und entsprechend Protokoll geführt werden. Unter den gegebenen Umständen hatte sich für den einvernehmenden Polizeibeamten die Frage nach einer Übersetzung zu Recht erledigt. Ein Anspruch auf einen Übersetzer bzw. auf Durchführung der Befragung in einer anderen Sprache bestand nicht, da die Bestimmung von Art. 158 Abs. 1 lit. d StPO nicht für Personen geschaffen wurde, welche der Verfahrenssprache mächtig sind. Der Hinweis gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. d StPO geht unbestrittenermassen über eine blosse Ordnungsvorschrift hinaus, kann aber nicht von einer beschuldigten Person angerufen werden, welche die Sprache der Behörden perfekt spricht und versteht und deswegen gar nicht erst in den Schutzbereich der Norm fällt. So wird denn auch in der Literatur die Auffassung vertreten, dass Anspruch auf einen Übersetzer bzw. die entsprechende Hinweispflicht nur dann besteht, wenn es eines Übersetzers überhaupt bedarf, andernfalls der Grundsatz der Formstrenge überdehnt würde (Bommer, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, in: recht 6/2010, S. 196 ff., 203 und FN 55, sowie Schmid, Handbuch StPO, N 863). Daher braucht auch nicht auf den vom Verteidiger erhobenen Einwand der Hinweispflicht selbst bei fehlender Belehrungsbedürftigkeit des Beschuldigten (mit Verweis auf BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 158 StPO N 33, und Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 158 N 33 – 35) eingegangen zu werden. Aus diesen gesamthaften Überlegungen ist zu schliessen, dass im zu beurteilenden Fall der fehlende Hinweis auf das Recht auf einen Übersetzer bei der polizeilichen Befragung nicht zu einer Verletzung der Verfahrensrechte des Beschuldigten und folglich auch nicht zu einer Unverwertbarkeit der Einvernahme führte. Insgesamt stand bei der geschilderten Sachlage aufgrund des in den Verfahrensakten liegenden Protokolls der polizeilichen Einvernahme zweifelsfrei fest, dass anlässlich der ersten Befragung keine Verständigungsprobleme mit dem Beschuldigten bestanden. Deshalb durfte davon – entgegen der Darstel-

lung der Verteidigung – auch die zunächst nicht anwesende Staatsanwaltschaft bei ihrer späteren Anhörung des Beschuldigten vom 22. Juni 2011 ausgehen, zumal dieser abermals angab, der Befragung folgen zu können. Damit erübrigt sich im Weiteren die von der Verteidigung beantragte Befragung des einvernehmenden Polizeibeamten, welcher ihrer Ansicht nach Auskunft über allfällige Verständigungsprobleme bei der Befragung vom 23. Mai 2011 hätte geben sollen. Auch die offenbar ungenaue Angabe der Zeit der Abnahme des Führerausweises auf dem dafür vorgesehenen Formular bzw. im Polizeirapport rechtfertigt seine Befragung nicht. Da der Beschuldigte vorliegend offensichtlich keiner Übersetzung bedurfte, die Einvernahme mit ihm ohne weiteres durchgeführt werden konnte und er zudem nach Durchsicht des polizeilichen Befragungsprotokolls erklärte, er habe keine Ergänzungen oder Berichtigungen anzubringen, erweist sich das Vorgehen des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers – nämlich die völlige Sinnentleerung des Rechts auf einen Übersetzer – als rechtsmissbräuchlich (Art. 3 Abs. 2 lit. b StPO; BSK StPO-Thommen, Art. 3 StPO N 8), das keinerlei Rechtsschutz findet. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die polizeiliche Einvernahme vom 23. Mai 2011 verwertbar ist. Der entsprechende Antrag der Verteidigung, es sei das polizeiliche Einvernahmeprotokoll aus dem Recht zu weisen, ist folglich abzuweisen.

2. a) Weiter wird von der Verteidigung gerügt, dass der Sachbearbeiter mit staatsanwaltlichen Befugnissen anlässlich der Einvernahme des Beschuldigten vom 22. Juni 2011 fehlerhaft protokolliert habe, da die Hinweise auf die Straffolgen bei einer allfälligen Irreführung der Rechtspflege oder Begünstigung (Art. 304 f. StGB) entgegen den Angaben auf dem Befragungsprotokoll tatsächlich nicht erfolgt seien. Die Belehrung sei unvollständig gewesen. Aus diesem Grund sei auch dieses Einvernahmeprotokoll unverwertbar.

b) Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass die beschuldigte Person insbesondere auf ihr Aussage- bzw. Mitwirkungsverweigerungsrecht gemäss Art. 113 Abs. 1 und Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO sowie grundsätzlich auf die aus Art. 143 Abs. 1 StPO fliessenden Rechte und Pflichten bzw. – jedenfalls zu Beginn der ersten Einvernahme – auf die weiteren in Art. 158 StPO genannten Rechte (Recht auf Unterrichtung über das eingeleitete Vorverfahren bzw. den Verfahrensgegenstand, Recht auf eine Verteidigung, Recht auf eine Übersetzung) hinzuweisen ist. Der Sachbearbeiter mit staatsanwaltlichen Befugnissen und Verfahrensleiter hat den Beschuldigten am 22. Juni 2011 zu Beginn der Befragung darauf aufmerksam gemacht, dass er das Recht habe, Aussagen und die Mitwirkung zu verweigern. Dieser Hinweis durfte nicht fehlen. Dagegen ist es – etwa im Gegensatz zu Auskunftspersonen (Art. 181 Abs. 2 StPO) – nicht erforderlich, die beschuldigte Person auf die möglichen Straffolgen einer Irreführung der Rechtspflege oder einer Begünstigung hinzuweisen. Daher ist auch die Einvernahme des Beschuldigten bei der Staatsanwaltschaft vom 22. Juni 2011 verwertbar und somit das entsprechende Protokoll – entgegen dem Antrag der Verteidigung – nicht aus dem Recht zu weisen. Bei diesem Ergebnis kann die Frage nach der Form einer allfälligen Protokollberichtigung offen gelassen werden.

## 59

*Art. 132 f. StPO (SR 312.0).* Im Regelfall wirkt die Gewährung der amtlichen Verteidigung auf den Zeitpunkt der Gesuchstellung zurück. Eine weitere Rückwirkung besteht nur ausnahmsweise.

*Anklagekammer, 1. Februar 2012*

Aus den Erwägungen:

8.1. Der Beschwerdeführer beantragte mit nachträglicher Eingabe seines Anwalts vom 26. Januar 2012 gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO die amtliche Verteidigung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung. Die Gewährung der amtlichen Verteidigung wirkt auf den Zeitpunkt der Gesuchstellung zurück. Eine weitere Rückwirkung besteht nur ausnahmsweise für Bemühungen, die wegen zeitlicher Dringlichkeit bereits vor Stellung des Gesuchs um Bewilligung der amtlichen Verteidigung anfallen oder erbracht werden mussten (BSK StPO-Niklaus Ruckstuhl, Art. 132 N7).

Die amtliche Verteidigung wird von der im jeweiligen Verfahrensstadium zuständigen Verfahrensleitung bestellt (Art. 133 Abs. 1 StPO). Aus prozessökonomischen Gründen ist hierüber mit dem vorliegenden Entscheid zu befinden.

Im vorliegenden Fall liegt keine Ausnahmesituation vor, welche eine ausnahmsweise Rückwirkung des Gesuchs auf den Zeitpunkt vor der Einreichung des Gesuchs rechtfertigen könnte. Das Gesuch ist im Wesentlichen mit dem Überweisungsstopp der Lohnzahlungen an den Beschwerdeführer durch seinen Arbeitgeber begründet. Im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um amtliche Verteidigung war der Schriftenwechsel des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bereits abgeschlossen. Damit waren die Vertretungskosten für das vorliegende Verfahren im Wesentlichen bereits angefallen. Ausstehend ist lediglich noch der Entscheid der Anklagekammer. Damit sind die Voraussetzungen für die Gewährung der amtlichen Verteidigung (unentgeltliche Verteidigung) nicht gegeben. Damit kann ausdrücklich offen gelassen werden, ob überhaupt eine Mittellosigkeit gegeben wäre. Das Begehren um amtliche Verteidigung (unentgeltliche Verteidigung) für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist deshalb abzuweisen.

## 60

*Art. 134 Abs. 2 StPO (SR 312.0).* Voraussetzungen für einen Wechsel der amtlichen Verteidigung. Begründungsanforderungen an ein solches Gesuch.

*Anklagekammer, 6. März 2012*

Aus den Erwägungen:

2. Die Verfahrensleitung überträgt die amtliche Verteidigung an eine andere Person, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen der beschuldigten Person und ihrer amtlichen Verteidigung erheblich gestört oder eine wirksame Verteidigung aus anderen Gründen nicht mehr gewährleistet ist (Art. 134 Abs. 2 StPO). Neben der beschuldigten Person kann auch die amtliche Verteidigung ein Gesuch um Verteidigerwechsel bzw. um Entbindung von der amtlichen Verteidigung stellen (BSK StPO/ – /Ruckstuhl, Art. 134 N10).

Von der amtlichen Verteidigung kann aufgrund der Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses (vgl. Art. 13 BGFA, Art. 321 StGB) nicht verlangt werden, dass sie die Gründe für das Gesuch um Entbindung von der amtlichen Verteidigung offenlegt. Vielmehr darf die amtliche Verteidigung die Gründe ohne Einwilligung der Klientschaft wegen des Berufsgeheimnisses nicht darlegen und selbst wenn eine Einwilligung vorliegen sollte, so muss sie sich grosse Zurückhaltung auferlegen, will sie nicht einen Parteiverrat begehen. Praxisgemäss wird ein Wechsel der amtlichen Verteidigung bewilligt, wenn seitens der bisherigen Verteidigung eine gewissenhafte Erklärung abgegeben wird, dass das Vertrauensverhältnis derart gestört ist, dass eine wirksame Verteidigung nicht mehr gewährleistet werden kann. Die einzige Beschränkung besteht darin, dass das Gesuch nicht ohne triftigen Grund zur Unzeit gestellt wird (BSK StPO/ – /Ruckstuhl, Art. 134 N 9 f.; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010, Art. 134 N 20 m.w.H.).

3. Rechtsanwalt A. legte in seinem Gesuch um Entbindung von der amtlichen Verteidigung wie auch in der Beschwerde dar, dass eine durchaus begründbare, aber aus Gründen des Anwaltsgeheimnisses nicht darlegbare Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und seinem Mandanten vorliege, womit sich ergäbe, dass möglicherweise aus objektiven Gründen eine sachgemässe Vertretung der Interessen des Beschuldigten durch den amtlichen Verteidiger als nicht mehr gewährleistet betrachtet werden könne. Er weise aber darauf hin, dass dies das erste Gesuch in dieser Art in der gesamten anwaltlichen Tätigkeitszeit darstelle und die Gründe weder in der Schwierigkeit des Falles, noch in den entsprechenden Umständen liegen würden. Das Gesuch sei nicht zur Unzeit eingereicht worden, da mit separater Post die Beweisergänzungsanträge gestellt worden seien und bis zu deren Behandlung für einen neu zu bestellenden amtlichen Verteidiger genügend

Zeit für die Einarbeitung verbleibe und der Beschuldigte damit keinerlei Rechte verlustig gehen dürfte.

4. Die Eingaben von Rechtsanwalt A. stellen ohne Weiteres eine gewissenhafte Erklärung dar, mit welcher sich die Behörden angesichts des zu wahrenden Berufsgeheimnisses zufrieden zu geben haben. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft hat die Störung des Vertrauensverhältnis weder für die Behörden ersichtlich zu sein, noch hat der Rechtsanwalt diese – aufgrund der (auch strafrechtlich geschützten) Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses – näher zu begründen. Eine Entbindung vom Berufsgeheimnis dürfte in dieser Sachlage – entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft – angesichts des drohenden Parteiverrats kaum erhältlich zu machen sein.

Anhaltspunkte für eine leichtfertige Stellung des Gesuchs oder einer Eingabe zur Unzeit liegen nicht vor und können auch nicht darin erblickt werden, dass es sich um eine komplexe Strafuntersuchung und einen Haftfall handelt. Insbesondere liegen keinerlei Hinweise vor, dass das Gesuch um Entbindung von der amtlichen Verteidigung rechtsmissbräuchlich oder lediglich aus prozesstaktischen Gründen gestellt worden sein könnte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Erklärung von Rechtsanwalt A. gewissenhaft ist und er daher von der amtlichen Verteidigung für X. zu entbinden ist. Die Beschwerde ist demzufolge zu schützen.

## 61

*Art. 135 Abs. 1 StPO (SR 312.0).* Entschädigung für die amtliche Verteidigung: unnötiger Aufwand ist nicht zu entschädigen.

*Anklagekammer, 23. Februar 2012*

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer beantragt eine Entschädigung aus amtlicher Verteidigung nach richterlichem Ermessen. Die amtliche Verteidigung wird von der im jeweiligen Verfahrensstadium zuständigen Verfahrensleitung bestellt (Art. 133 Abs. 1 StPO). Aus prozessökonomischen Gründen ist hierüber mit dem vorliegenden Entscheid zu befinden.

a) Nach Art. 132 Abs. 1 StPO ist die amtliche Verteidigung anzuordnen, wenn bei notwendiger Verteidigung die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung keine Wahlverteidigung bestimmt (lit. a) oder die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist (lit. b). Für Rechtsmittelverfahren wird die amtliche Verteidi-

gung nur gewährt, wenn das Rechtsmittel nicht aussichtslos erscheint. Entscheidend ist, ob auch eine Partei, welche die Kosten selbst zu übernehmen hätte, sich bei vernünftiger Überlegung zum Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1; BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 132 N10).

Sodann ist im Rahmen der notwendigen amtlichen Verteidigung auch der allgemeine Grundsatz zu beachten, dass unnötiger Aufwand nicht zu entschädigen ist (Art. 23 Abs. 3 HonO). Der Aufwand eines Verteidigers kann insbesondere dann als unnötig bezeichnet werden, wenn ein Rechtsmittel von vornherein als aussichtslos erscheint. Sind die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels von vornherein bedeutend geringer als die Gewinnchancen, so ist nicht einzusehen, weshalb es nötig sein soll, den Rechtsmittelweg zu beschreiten (BGer 1P.404/2002 E. 4.3; GVP 2003 Nr. 78; BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 132 N10).

b) Gemäss den vorstehenden Erwägungen erweist sich die vorliegende Beschwerde von vornherein als aussichtslos, und ist damit als unnötiger Aufwand zu bezeichnen. Dem amtlichen Verteidiger ist deshalb für das vorliegende Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

## 62

*Art. 135 Abs. 1 StPO (SR 312.0).* Bemessung des Honorars für die amtliche Verteidigung.

*Präsident der Anklagekammer, 19. März 2012*

Aus den Erwägungen:

3. Das Honorar des amtlichen Verteidigers wird grundsätzlich als Pauschale bemessen (Art. 10 Abs. 1 HonO). Die Pauschalen im Strafprozess werden in Art. 21 HonO festgelegt. Wird das Verfahren durch Verfügung der Staatsanwaltschaft abgeschlossen, beträgt das Honorar Fr. 500.– bis Fr. 4000.– (Art. 21 lit. a HonO). Im Falle einer amtlichen Verteidigung wird das Honorar um einen Fünftel gekürzt (Art. 31 Abs. 3 AnwG). Lediglich in aussergewöhnlich aufwendigen Fällen kann das Honorar um höchstens die Hälfte erhöht oder ausnahmsweise nach Zeitaufwand bemessen werden (Art. 10 Abs. 2 HonO).

Im vorliegenden Fall ist grundsätzlich unbestritten, dass es sich nicht um einen aussergewöhnlich aufwendigen Fall handelt, der nicht im Rahmen der Pauschale abgerechnet werden könnte. Bei der amtlichen Verteidigung ist – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – keine Abrechnung nach Stundenaufwand

(gemäss Art. 23 Abs. 2 HonO) möglich, vielmehr ist das Honorar des amtlichen Verteidigers nach der Pauschale zu bemessen (vgl. Art. 10 Abs. 1 HonO).

Auf den von der Beschwerdeführerin eingereichten Leistungsnachweis ist daher nicht abzustellen, entsprechend hatte die Vorinstanz – welcher offenbar auch kein detaillierter Leistungsnachweis vorlag – nicht darzulegen, welcher Aufwand als unnötig erachtet werde. Damit ist auch unerheblich, dass die Beschwerdeführerin im Leistungsnachweis auch das Studium hinsichtlich des Einreiseverbots aufführte.

4. a) Das Honorar ist daher pauschal innerhalb des Rahmens von Fr. 500.– bis Fr. 4000.– festzusetzen. Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, bemessen (Art. 19 HonO).

Als Massstab bei der Beantwortung der Frage, welcher Aufwand für eine effiziente Vertretung im Strafprozess im Sinn der Honorarordnung nötig war, hat der erfahrene Anwalt zu gelten, der im Bereich des Strafrechts und des Strafprozessrechts über fundierte Kenntnisse verfügt und deshalb seine Leistungen (Aktenstudium, Beurteilung der Prozesschancen, Besprechung mit dem Klienten und den Behörden etc.) von Anfang an zielgerichtet und effizient erbringen kann und auf die zur Verteidigung notwendigen Massnahmen beschränkt (GVP 2006 Nr. 108; 2009 Nr. 86; Entscheide des Kassationsgerichts des Kantons St.Gallen vom 18. September 1996 i. S. NS und vom 20. März 1997 i. S. AA; Urteil Strafkammer vom 16.06.2006, ST.2005.130; ferner BGE 6B_856/2009 E. 4.3).

b) Die amtliche Verteidigerin übernahm das Mandat am 23. Dezember 2011; am 11. Januar 2012 wurde rückwirkend die amtliche Verteidigung bewilligt. Der Strafbefehl wurde am 2. Februar 2012 erlassen. Das Verteidigermandat dauerte demnach rund 1,5 Monate. Der X. gegenüber erhobene Vorwurf war nicht erheblich (Diebstahl bzw. versuchter Diebstahl), der Aktenumfang war eher gering. Die sich stellenden Fragen wiesen für einen erfahrenen und in der Praxis bewährten Rechtsvertreter weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten auf. Damit ist grundsätzlich von einem einfachen Fall auszugehen, welcher im unteren bis mittleren Bereich der Pauschale Platz finden sollte. Zu berücksichtigen ist hingegen, dass sich X. in Untersuchungshaft befand und die entsprechenden Instruktionsgespräche mit einem erhöhten Aufwand verbunden waren. Aufgrund dieses Umstandes rechtfertigt es sich, von einem Aufwand in der Mitte der oberen Hälfte der Pauschale auszugehen, wobei ein Grundhonorar von Fr. 3000.– als angemessen erscheint. Zufolge der amtlichen Verteidigung ist dieses um einen Fünftel auf Fr. 2400.– zu kürzen (Art. 31 Abs. 3 AnwG).

## 63

*Art. 136 StPO (SR 312.0).* Juristische Personen können in der Regel keine unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen. Ausnahmen.

*Präsident der Anklagekammer, 2. Mai 2012*

Aus den Erwägungen:

Die Regelung der unentgeltlichen Rechtspflege ist auf natürliche Personen zugeschnitten, weshalb juristische Personen in der Regel keine unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen können (BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 136 N 3, m.H.a. BGE 131 II 306, E. 5.2.1). Eine Ausnahme ist vorstellbar, wenn das einzige Aktivum der Gesellschaft im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 136 N 3, m.H.a. BGE 131 II 306, E. 5.2.2; 119 Ia 337, E. 4ce).

Die Gesuchstellerin ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine juristische Person und hat damit grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Die Beschwerde richtet sich gegen den Beschlagnahmebefehl der Staatsanwaltschaft St.Gallen, Untersuchungsamt Altstätten, bzw. gegen die Beschlagnahme des Fahrzeuges F. Dieses ist jedoch nicht Eigentum der Gesuchstellerin. Mithin liegt kein Aktivum der Gesellschaft im Streit. Ob die Gesuchstellerin tatsächlich mittellos ist und ob gegebenenfalls auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind, ist damit unerheblich. Unabhängig davon könnte die unentgeltliche Rechtspflege einzig zur Durchsetzung von Zivilansprüchen und ausschliesslich für die Privatklägerschaft gewährt werden (Art. 136 Abs. 1 StPO; Pra 2012 Nr. 16). Die Gesuchstellerin hat weder die Rechtsstellung einer Privatklägerschaft noch hat sie eine Zivilklage erhoben. Sie kann aber auch nicht als andere Verfahrensbeteiligte betrachtet werden, da nicht ersichtlich ist, in welcher Weise sie durch die angefochtene Verfügung in ihren rechtlich geschützten Interessen unmittelbar betroffen sein könnte. Folglich ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren vor der Anklagekammer betreffend Beschlagnahmebefehl der Staatsanwaltschaft St.Gallen, Untersuchungsamt Altstätten, abzuweisen.

## 64

*Art. 141 Abs. 2 StPO (SR 312.0).* Beweise, welche ohne einen konkreten Tatverdacht ausserhalb des örtlichen Zuständigkeitsbereichs der Strafverfolgungsbehörde erhoben wurden, sind unverwertbar.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 6. September 2012*

Eine Patrouille der St.Galler Seepolizei sah den Beschuldigten mit seinem Motorboot von Quinten SG aus auf den Walensee hinausfahren. Die Beamten B. und M. beschlossen, ihn einer seepolizeilichen Kontrolle zu unterziehen. Der Beschuldigte konnte schliesslich kurz vor Mühlehorn GL angehalten werden. Bei der Übergabe der Ausweispapiere wurde beim Beschuldigten Alkoholmundgeruch festgestellt; die beiden daraufhin durchgeführten Atemalkoholtests ergaben BAK-Werte von 1.10 Gew. o/oo und 1.04 Gew. o/oo. Eine Blutprobe verweigerte der Beschuldigte. Das Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland erklärte den Beschuldigten der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 41 des Binnenschifffahrtsgesetzes (BSG) durch Fahren in dienstunfähigem Zustand und durch vorsätzliches Widersetzen gegen eine amtlich angeordnete Blutprobe schuldig und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe.

Aus den Erwägungen:

1. a) Der Verteidiger trägt unter anderem vor, die seepolizeiliche Kontrolle hätte auf dem Gebiet des Kantons Glarus nicht durchgeführt werden dürfen. Die Ergebnisse der Atemalkoholtests seien deshalb aufgrund der fehlenden Zuständigkeit nicht verwertbar (. . .).

b) Gemäss Art. 4 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung vom 4. Oktober 1979 über die Schifffahrt auf dem Zürichsee und dem Walensee (sGS 714.51) sind die kantonalen Behörden nur für das Gebiet ihres Kantons zuständig. Die Kontrolle durch die St.Galler Seepolizei bzw. die in diesem Zusammengang durchgeführten Atemalkoholkontrollen erfolgten gemäss übereinstimmenden Aussagen aller Beteiligten auf dem Gebiet des Kantons Glarus und damit in Verletzung der vorerwähnten Zuständigkeitsbestimmungen. Die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz blieben von der Staatsanwaltschaft denn auch zu Recht unbestritten.

c) Von der Staatsanwaltschaft nicht beanstandet wurde sodann die zutreffende Auffassung der Vorinstanz, wonach zufolge fehlender Dringlichkeit weder die Voraussetzungen für eine Amtshandlung auf dem Gebiet des Kanton Glarus gemäss Art. 359 Abs. 1 aStGB noch für eine Nacheile gemäss Art. 360 Abs. 1 aStGB erfüllt gewesen sind (. . .). In Bezug auf die Nacheile ist Folgendes zu ergänzen. Die Nachfahrt begann gemäss übereinstimmenden Aussagen von B. und M. auf St.Galler Kantonsgebiet.

(. . . Zusammenfassung der Beweiswürdigung: Die beiden Beamten der Seepolizei erklärten übereinstimmend, dass der Beschuldigte «die Uferzone korrekt verlassen» und es «absolut keine Auffälligkeit in seiner Fahrweise» gegeben hatte. Ebenso ergab eine Würdigung ihrer Aussagen, dass der Beschuldigte das Polizeiboot nicht als solches hatte erkennen können.)

Damit aber bestand für die beiden Beamten kein Anlass zur Annahme, der Beschuldigte habe sich einer Kontrolle entziehen wollen. Entsprechend ist davon auszugehen, dass Grund für die Nachfahrt nur eine normale seepolizeiliche Kontrolle bildete, zumal die Fahrt des Beschuldigten wie erwähnt unauffällig war.

2. a) Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich, dass die st.gallische Seepolizei mit der Kontrolle auf Glarner Hoheitsgebiet die örtliche Zuständigkeit verletzt hat. Damit stellt sich die Frage nach der Unverwertbarkeit der in diesem Zusammenhang erhobenen Beweise, konkret der Ergebnisse der beiden Atemalkoholkontrollen.

b) Gemäss Art. 448 Abs. 2 StPO behalten Verfahrenshandlungen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes angeordnet oder durchgeführt worden sind, ihre Gültigkeit. Das gilt insbesondere auch für Beweise, die verwertbar bleiben, selbst wenn sie der StPO widersprechen oder nach dieser sogar ungültig wären (Schmid, StPO Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2009, Art. 448 N 3; BSK StPO-Uster, Art. 448 N. 3). Dies gilt zunächst für jene Beweiserhebungen, die nach früherem Recht ordnungsgemäss und rechtsstaatlichen Massstäben entsprechend erfolgten (Schmid, a. a. O., Art. 448 N. 3). Das frühere Recht ist indessen auch für die Folgen der Ungültigkeit früher erhobener Beweise massgebend (so ausdrücklich Schmid, a. a. O., Art. 448 N. 3). Demnach richtet sich die Frage der Verwertbarkeit nach dem (alten) Strafprozessgesetz des Kantons St.Gallen vom 1. Juli 1999 (aStP) und der dazu ergangenen Praxis. Danach ist die Verwertbarkeit unrechtmässig erlangter Beweismittel verfassungsrechtlich nicht in jedem Fall ausgeschlossen, sondern lediglich dem Grundsatz nach (vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen BGE 137 I 218 E. 2.3.4). Massgebend sind die Schwere des Delikts und die Frage, ob das Beweismittel an sich zulässig und auch auf gesetzmässigem Weg zu erlangen gewesen wäre. Es bedarf einer Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person, dass der fragliche Beweis unterbleibt (siehe zum Beispiel BGE 131 I 272 E. 4.; BGE 130 I 126 E. 3.2; vgl. auch BGE 133 IV 329 E. 4.4; je mit Hinweisen; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 60.6 ff.; a.M. Oberholzer, a. a. O., N. 805 ff., der ein striktes Verwertungsverbot befürwortet, falls der Beweis auf gesetzeskonforme Weise nicht hätte erbracht werden können; vgl. zum neuen Recht Art. 141 Abs. 2 StPO, wonach Beweise, welche die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden dürfen, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich). Beim Verwertungsverbot bleibt es namentlich, wenn bei der streitigen Untersuchungsmassnahme ein Rechtsgut verletzt wurde, das im konkreten Fall den Vorrang vor dem Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts verdient (BGE 131 I 272 E. 4.1.2).

c) Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz erwogen, dass die Glarner Behörden, hätten die St.Galler Beamten sie informiert, die Alkoholkontrolle – innert nützlicher Frist – ohne weiteres rechtmässig hätten durchführen können. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Wie erwähnt bestand seitens der st.gallischen Beamten keinerlei Verdacht gegenüber dem Beschuldigten, als sie auf St.Galler Kantonsgebiet die Nachfahrt aufnahmen. Entsprechend bestand für sie auch kein Anlass, die Glarner Behörden zur Beweiserhebung bezüglich einer Widerhandlung gegen Art. 41 Abs. 1 BSG beizuziehen. Dieser Beizug kam erst dann in Frage, als die St.Galler Beamten den Beschuldigten – in Verletzung der Zuständigkeitsvor-

schriften – kontrolliert hatten. Eine Atemalkoholkontrolle war damit im vorliegenden Fall auf gesetzmässigem Wege gar nicht möglich, weil der Anlass für die Kontrolle bereits Folge der verletzten Zuständigkeitsvorschriften war. Damit unterscheidet sich der vorliegend zu beurteilende Fall massgeblich vom Sachverhalt, der dem von der Vorinstanz zitierten Urteil des Bundesgerichts vom 10. Dezember 1987 (auszugsweise wiedergegeben in: ZBl 90 [1987] S. 418 ff.) zu Grunde lag. Dort verhielt es sich vielmehr so, dass die Zürcher Polizeibeamten wegen der «auffälligen Fahrweise» auf den Beschuldigten aufmerksam wurden und sich deshalb zu einer Kontrolle entschlossen. Sie folgten ihm zur Autobahnausfahrt, wo sie ihn wegen des schlechten Wetters nicht vor dem ohnedies notwendigen Halt am Ende der Ausfahrtsstrasse überprüfen wollten. Da der Beschwerdeführer die Stopplinie überfuhr, konnte die beabsichtige Anhaltung allerdings erst auf der Kantonsstrasse, im Zuständigkeitsbereich der Schwyzer Polizei, erfolgen. Damit bestand – anders als im vorliegend zu beurteilenden Fall – nicht nur ein Handlungszusammenhang, bei dem sich sogar die Frage einer möglicherweise berechtigten Nacheile hätten stellen lassen (so das Bundesgericht ausdrücklich, a. a. O., S. 422). Vielmehr wäre es in jenem Fall eben gerade möglich gewesen, die Schwyzer Polizei zur rechtmässigen Anordnung der Blutprobe beizuziehen.

Letztlich erfolgte die Kontrolle durch die st.gallischen Beamten vorliegend aufs Geratewohl. Damit liesse sich fragen, ob die von der St.Galler Seepolizei erhobenen Beweise letztlich nicht gar als absolut unverwertbare Ergebnisse einer «fishing expedition» zu gelten haben (vgl. zur unzulässigen Beweisausforschung [sog. «fishing expedition»] BGE 137 I 218 E. 2.3.2 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Wie es sich damit verhält, kann mit Blick auf das bereits bejahte (relative) Verwertungsverbot indes offen bleiben.

3. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die beiden auf Glarner Hoheitsgebiet erhobenen Ergebnisse der Atemalkoholkontrollen unverwertbar sind. Da diese Beweise unverzichtbare Voraussetzung der weiteren, mittelbar erlangten Beweise, namentlich der dritten Atemalkoholkontrolle auf St.Galler Kantonsgebiet, waren, sind auch Letztere unverwertbar (vgl. zu dieser Fernwirkung BGE 137 I 218 E. 2.4.2). Damit aber hat vorliegend ein Freispruch zu ergehen.

## 65

*Art. 182 StPO (SR 312.0).* Ein Sachverständigengutachten zur Glaubhaftigkeit von Aussagen ist bloss bei Vorliegen besonderer Umstände (insb. bei der Beurteilung schwer interpretierbarer Äusserungen eines Kleinkindes, bei Anzeichen ernsthafter geistiger Störungen der aussagenden Person oder bei Anzeichen deren Beeinflussung durch Drittpersonen) einzuholen. Dem Gericht steht bei der Beantwortung der Frage, ob solche Umstände gegeben sind, ein Ermessensspielraum zu.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 24. Januar 2012*
*–> Bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_194/2012 vom 17. Juli 2012)*

Aus den Erwägungen:

III. B. 3. c) Die von der Verteidigung an Schranken geltend gemachten grundsätzlichen Einwände gegen das Gutachten [. . .] sind im Übrigen nicht begründet. Zwar ist die Prüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen primär Sache des Gerichts. Eine entsprechende Begutachtung durch eine sachverständige Person drängt sich indessen bei Vorliegen besonderer Umstände auf. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dies insbesondere bei der Beurteilung schwer interpretierbarer Äusserungen eines Kleinkindes, bei Anzeichen ernsthafter geistiger Störungen der aussagenden Person oder bei Anzeichen deren Beeinflussung durch Drittpersonen der Fall. Dem Gericht steht bei der Beantwortung der Frage, ob aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls eine sachverständige Begutachtung der Glaubhaftigkeit von Aussagen notwendig ist oder nicht, ein Ermessensspielraum zu (Bger. 6B_385/2010 E. 3.11). Der Verdacht auf eine Störung der Wahrnehmung der Privatklägerin im Tatzeitpunkt legitimiert den Beizug einer Sachverständigen zur Begutachtung der Glaubhaftigkeit der Aussagen der Privatklägerin ohne Weiteres. Der Antrag der Verteidigung, das Glaubhaftigkeitsgutachten aus dem Recht zu weisen, ist daher abzuweisen soweit darauf einzutreten ist. Ein Anspruch auf Entfernung von – angeblich unverwertbaren – Beweismitteln aus den Akten besteht überdies nicht (vgl. Bger. 1B_584/2011 E. 3.2). Inwiefern dieser Antrag erst an der Verhandlung gestellt werden kann, braucht daher nicht geprüft zu werden.

## 66

*Art. 235 Abs. 3 StPO (SR 312.0).* Kontrollierte Postsendungen von Personen in Untersuchungs- und Sicherheitshaft dürfen grundsätzlich im Strafverfahren nicht verwendet werden. Im Ausnahmefall ist auf dem strafprozessual vorgesehenen Zwangsmassnahmenweg vorzugehen.

*Anklagekammer, 12. Dezember 2012*

Aus den Erwägungen:

2. Die inhaftierte Person darf in ihrer persönlichen Freiheit nicht stärker eingeschränkt werden, als es der Haftzweck sowie die Ordnung und Sicherheit in der Haftanstalt erfordern (Art. 235 Abs. 1 StPO). Während des Vollzugs der Untersuchungs- und der Sicherheitshaft kontrolliert die Verfahrensleitung grundsätzlich die ein- und ausgehende Post der inhaftierten Person (vgl. Art. 235 Abs. 3 erster Satz StPO). Der Postverkehr mit Amtsstellen und dem Verteidiger wird grundsätzlich nicht überprüft (Art. 235 Abs. 3 und 4 StPO). Der Gefangene wird orientiert, wenn Postsendungen nicht weitergeleitet werden (Art. 39 Abs. 4 Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten). Die Kontrolle des Briefverkehrs soll insbesondere verhindern, dass der Gefangene Kollusionshandlungen vornimmt oder Fluchtvorbereitungen trifft. Sie rechtfertigt sich auch bei ausschliesslich wegen Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr Inhaftierten, da auch diese gegebenenfalls die Flucht aus dem Gefängnis planen können (BSK StPO-Matthias Härri, Art. 235 N 43).

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob zensurierte Post von Untersuchungs- und Sicherheitshäftlingen im noch laufenden Strafverfahren verwendet werden dürfen. Die Vorinstanz erachtet es als «sachgerecht», die zensurierte Korrespondenz des Beschwerdeführers zumindest teilweise der sachverständigen Person für die psychiatrische Begutachtung zur Verfügung zu stellen.

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs bildet die sogenannte Wesensgehaltsgarantie (oder auch Kerngehaltsgarantie genannt). Sie besagt, dass ein auf einem Gesetz beruhender, im öffentlichen Interesse stehender und verhältnismässiger Eingriff in ein Grundrecht gleichwohl verfassungswidrig sein kann, wenn das Grundrecht dadurch in seinem Sinn völlig entleert würde (BSK StPO-Diego R. Gfeller, Vor Art. 241–254 N 37). Sie ist auch bedeutsam bei der Durchsuchung von Tagebüchern und anderen höchstpersönlichen Schriften. Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO weist auf den Schutz der persönlichen Aufzeichnungen und Korrespondenz des Beschuldigten hin, schränkt diesen jedoch dahingehend ein, dass diese Schriften der Beschlagnahme dann nicht unterliegen, wenn der Schutz der Persönlichkeit das Strafverfolgungsinteresse überwiegt. Treffen Tagebücher den Kerngehalt der Privatsphäre, gilt dies grundsätzlich auch für die Korrespondenz eines Untersuchungsgefangenen. Die Wesensgehaltsgarantie muss grundsätzlich solche Schriften absolut schützen. Diese Schriften unterstehen ei-

nem Verwertungsverbot, weil sie den Kern der Persönlichkeit betreffen. Im Übrigen kann die Verwendung von derart persönlichen Aufzeichnungen auch einen Verstoss gegen das Aussageverweigerungsrecht der beschuldigten Person darstellen: «Was der Mund nicht zu offenbaren braucht, muss auch die Hand nicht preisgeben.» (vgl. BSK StPO-Diego R. Gfeller, Vor Art. 241–254 N 39 mit Hinweisen).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass im Grundsatz die gestützt auf Art. 235 Abs. 3 StPO kontrollierten Postsendungen einer inhaftierten Person nicht für die Zwecke der Strafuntersuchung verwendet werden dürfen. Die Staatsanwaltschaft macht im vorliegenden Fall keine Gründe geltend, welche ein Abweichen von diesem Grundsatz zu rechtfertigen vermöchten. Sie erachtet es als «sachgerecht», die zensurierte Korrespondenz der für die Begutachtung des Beschwerdeführers zuständigen Fachperson zur Verfügung zu stellen. Ein Blick in die zurückgehaltenen Briefe zeige, «dass diese zumindest im Zusammenhang mit dem Gutachten von Relevanz ... und auch für das Zwangsmassnahmengericht und den Sachrichter durchaus von Bedeutung sein könnten». Unter solchen Voraussetzungen überwiegt der Schutz der Persönlichkeit der inhaftierten Person das Strafverfahrensinteresse klar. Dies umso mehr, als gemäss einer summarischen Einsicht die Briefe inhaltlich in Bezug auf das Strafverfahren von harmloser Natur sind. Dies hat zur Folge, dass die Beschwerde zu schützen ist mit der Anordnung (Art. 397 Abs. 2 StPO), sämtliche Kopien der zensurierten Briefe (einschliesslich der Übersetzungen) aus den Akten zu entfernen und zu vernichten.

3. Der Gefangene ist zu orientieren, wenn Postsendungen nicht weitergeleitet werden (Art. 39 Abs. 4 Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten). Dies hat die Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall grundsätzlich auch getan. In der entsprechenden Verfügung ist konkret begründet darzulegen, aus welchen gesetzlichen Gründen hinsichtlich einer Kollusions- und/oder Fluchtgefahr eine Postsendung nicht weitergeleitet wird. Eine nicht weitergeleitete Korrespondenz ist der inhaftierten Person zusammen mit einer allfälligen Übersetzung zurückzugeben, ohne hiervon vorgängig eine Kopie zu erstellen und diese zurückzubehalten. Dies ist so zu dokumentieren. Die entsprechenden Unterlagen sind Teil der Strafverfahrensakten. Im Übrigen versteht es sich von selbst, dass von weitergeleiten Postsendungen keine Kopien erstellt und zurückbehalten werden dürfen; allfällig vorhandene Übersetzungen sind zu vernichten.

Soll in einem Ausnahmefall aus Sicht der Staatsanwaltschaft eine Postsendung für die Zwecke der Strafuntersuchung zur Verfügung stehen, ist auf dem strafprozessual vorgesehenen Zwangsmassnahmenweg vorzugehen.

## 67

*Art. 236 Abs. 1 i.V. m. Art. 233 StPO (SR 312.0).* Bei Weiterzug eines Strafurteils ans Bundesgericht verbleibt die Zuständigkeit zur Anordnung der Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug bei den kantonalen Behörden. Mangels gesetzlicher Grundlage ist dafür nach Abschluss des Berufungsverfahrens allerdings nicht die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts, sondern die für den Strafvollzug verantwortliche Behörde zuständig.

*Kantonsgericht, Präsident der Strafkammer, 13. Juni 2012*

Aus den Erwägungen:

1. Der Gesuchsteller war vom Kreisgericht der schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Eine gegen diesen Entscheid gerichtete Berufung wies das Kantonsgericht St.Gallen ab. Zuvor hatte es dem Gesuchsteller den Antritt des vorzeitigen Strafvollzugs bewilligt. Gegen den Berufungsentscheid erhob der Gesuchsteller Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht.

2. Während der Hängigkeit des Verfahrens beim Bundesgericht [in der Zwischenzeit hat das Bundesgericht entschieden, vgl. BGer 6B_805/2011] gelangte der Gesuchsteller an das Kantonsgericht und beantragte, er sei umgehend, jedenfalls aber spätestens per 25. Juni 2012 aus dem vorzeitigen Strafvollzug zu entlassen. Die Staatsanwaltschaft erklärte sich mit der Entlassung des Gesuchstellers aus dem vorzeitigen Strafvollzug per 25. Juni 2012 einverstanden.

Dem Gesuch waren Schreiben des Amts für Justizvollzugs des Kantons St.Gallen und des Bundesgerichts beigelegt. Ersteres hatte gegenüber dem Bundesgericht erklärt, dass der Gesuchsteller, unter Anrechnung der von ihm erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft, zwei Drittel der Freiheitsstrafe, zu der er vom Kantonsgericht verurteilt worden war, am 25. Juni 2012 verbüsst haben werde. Die Verfahrensleitung sei deshalb unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit angehalten zu prüfen, ob der vorzeitige Strafvollzug aufzuheben und der Gesuchsteller zu entlassen sei. Das Bundesgericht teilte dem Amt für Justizvollzug daraufhin mit, die Einreichung einer Beschwerde an das Bundesgericht habe nicht zur Folge, dass die Zuständigkeit der Haftentlassung auf dieses übertragen werde. Es sei somit weder von Amtes wegen noch auf Gesuch hin zuständig, erstinstanzlich über die Entlassung des Gesuchstellers zu befinden.

3. Während des Gerichtsverfahrens obliegt es gemäss Art. 236 Abs. 1 StPO der Verfahrensleitung, den Antritt des vorzeitigen Strafvollzugs zu bewilligen. Personen, die sich im vorzeitigen Strafvollzug befinden, können jederzeit um ihre Freilassung ersuchen. Sie haben Anspruch auf gerichtliche Überprüfung ihres Freiheitsentzugs. Während des Berufungsverfahrens ist die Verfahrensleitung analog zur Regelung bei der Sicherheitshaft (Art. 233 StPO) zur Anordnung der Entlassung aus

dem vorzeitigen Strafvollzug zuständig (BSK StPO-Forster, Art. 233 N1; BSK StPO-Härri, Art. 236 N 20; Hug, in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 236 N11).

Nach Art. 233 StPO ist die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts «während eines Verfahrens vor dem Berufungsgericht» (vgl. den Wortlaut des Randtitels) zuständig für Entlassungsentscheide. Mit anderen Worten besteht diese Zuständigkeit während der Rechtshängigkeit des Berufungsverfahrens (BSK StPO-Forster, Art. 233 N 2). Die Strafprozessordnung verwendet den Begriff der Rechtshängigkeit in Art. 328 StPO, bestimmt allerdings nur deren Beginn (Art. 328 Abs. 1 StPO) und nicht deren Ende. Die Botschaft zur Strafprozessordnung hält indessen fest, dass die Artikel 80–83 die Vorschriften zum Abschluss eines Strafverfahrens enthalten (BBl *2005,* 1156, bezogen auf die Art. 78–81 des Gesetzesentwurfs, die inhaltlich den heute geltenden Art. 80–83 StPO entsprechen). Diesem Grundsatz folgend wird mit der Eröffnung des begründeten Urteils das Berufungsverfahren abgeschlossen. Damit endet auch die Zuständigkeit der Verfahrensleitung des Berufungsgerichts zum Entscheid über die Haftentlassung.

Nach der Regelung der StPO werden Entscheide, gegen die kein Rechtsmittel «nach diesem Gesetz» (d. h. der StPO) zulässig ist, mit ihrer Ausfällung (formell) rechtskräftig (Art. 437 Abs. 3 StPO). Wird gegen einen Entscheid der Berufungsinstanz, mit dem eine unbedingte Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme ausgesprochen wurde, beim Bundesgericht eine Strafrechtsbeschwerde eingereicht, so wird ab Rechtshängigkeit die Vollziehbarkeit der im Berufungsentscheid angeordneten Rechtsfolgen bis zum Entscheid über die Beschwerde gehemmt (Art. 103 Abs. 2 lit. b BGG). Die materielle Rechtskraft des Berufungsentscheids ist entsprechend bis zum Zeitpunkt der Ausfällung des Entscheids des Bundesgerichts hinausgeschoben (Art. 61 BGG; Nicolas Von Werdt, Handkommentar BGG, N 2 zu Art. 103). An der formellen Rechtskraft des Entscheides ändert sich hingegen nichts (BSK BGG-Ämisegger/Forster, Art. 103 N 23a). «Mit dem Institut der aufschiebenden Wirkung werden durch ein vorinstanzliches Urteil angeordnete Rechtsfolgen bis zum endgültigen Entscheid des Bundesgerichts einstweilen suspendiert. Gerade im Bereich unbedingter Freiheitsstrafen soll mit der gesetzlichen Suspensivwirkung verhindert werden, dass durch den umgehenden Vollzug nur schwer wiedergutzumachende Nachteile geschaffen werden» (BGer 6B_371/2008 E. 3.2).

Seit das begründete Urteil in der vorliegenden Strafsache den Parteien am 9. Dezember 2011 eröffnet wurde, ist das Strafverfahren nicht mehr beim Berufungsgericht hängig und dessen Verfahrensleitung ist nicht mehr zuständig zur Anordnung der Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug.

4. Aus den Äusserungen des Bundesgerichts in seinem Schreiben an das Amt für Justizvollzug geht hervor, dass sich auch das Bundesgericht zur Behandlung des vorliegenden Gesuchs erstinstanzlich nicht als zuständig erklären dürfte. Bereits in seinem Entscheid 1B_92/2009 vom 21. April 2009 hat es festgehalten, dass

ein Gesuch um Haftentlassung einer Beurteilung im Rahmen von Art. 103 BGG (aufschiebende Wirkung) bzw. Art. 104 BGG (andere vorsorgliche Massnahmen) von vornherein nicht zugänglich ist. Im gleichen Sinn hat es unter der Herrschaft des OG und der BStP entschieden: Die Einreichung einer Nichtigkeitsbeschwerde oder staatsrechtlichen Beschwerde gegen ein Strafurteil habe nicht zur Folge, dass die Zuständigkeit insbesondere zur Anordnung einer Verhaftung oder Haftentlassung den kantonalen Behörden entzogen und auf das Bundesgericht übertragen werde (BGE 107 Ia 3, Regeste Ziff. 1). Vielmehr bleibe «die Zuständigkeit des Urteilskantons an sich in vollem Umfange bestehen» (BGE 107 Ia 3 E. 2). Da somit trotz Weiterzugs eines Strafurteils ans Bundesgericht die Zuständigkeit zur Anordnung von Haft oder einer Haftentlassung und damit auch zur Anordnung der Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug bei den kantonalen Behörden verbleibt (vgl. auch BSK BGG-Meyer/Dormann, Art. 103 N 27 und Fn 61), eine kantonale Zuständigkeit der Verfahrensleitung des Berufungsgerichts nach Eröffnung des begründeten Entscheides mangels einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage aber ausscheidet und der Berufungsentscheid mit der Eröffnung formell in Rechtskraft erwachsen ist, erscheint es sachgerecht, den Entscheid über die Entlassung aus dem vorläufigen Strafvollzug nach Abschluss des Berufungsverfahrens der für den Strafvollzug zuständigen Behörde zuzuweisen. Im Kanton St.Gallen ist dies das Amt für Justizvollzug (Art. 19 Abs. 1 lit. b EGStPO). Wäre der Berufungsentscheid auch materiell rechtskräftig, hätte es im vorliegenden Fall angesichts des vom Gesuchsteller bereits erstandenen Freiheitsentzugs eine bedingte Entlassung (Art. 86 StGB) zu prüfen (Art. 59 Abs. 1 lit. g Ziff. 3 EGStPO). Die Zuständigkeit alleine mit dem Hinweis auf die gesetzliche Suspensivwirkung der beim Bundesgericht eingereichten Beschwerde (Art. 103 Abs. 2 lit. b BGG) zu verneinen, würde den Sinn dieses Rechtsinstituts ins Gegenteil verkehren.

5. Nachdem die Zuständigkeit der Verfahrensleitung verneint und auf das Gesuch um Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug nicht eingetreten wird, wird das Gesuch an das Amt für Justizvollzug des Kantons St.Gallen weitergeleitet (Art. 91 Abs. 4 StPO analog).

(. . .)

Das Amt für Justizvollzug anerkannte schliesslich seine Zuständigkeit und entliess den Gesuchsteller per 25. Juni 2012 aus dem vorzeitigen Strafvollzug.

## 68

*Art. 304 StPO (SR 312.0).* Minimale inhaltliche Begründungsanforderungen von Strafanzeigen.

*Anklagekammer, 4. April 2012*

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt. Sie verfügt nach Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO die Nichtanhandnahme, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind.

3.1. Es obliegt grundsätzlich dem Strafkläger, im Strafantrag das Tatgeschehen darzustellen, dessen Verfolgung beantragt wird. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Antragsteller das Tatgeschehen rechtlich qualifiziert. Mit der Strafanzeige soll die Strafbehörde über das Bestehen eines bestimmten Sachverhalts informiert werden, wobei dies inhaltlich und insbesondere auch in zeitlicher Hinsicht konkret zu begründen ist. Dies beinhaltet insbesondere auch, dass ein Strafantragsteller insoweit vorhandene Beweise, namentlich Unterlagen, einreicht, welche in seinem Besitz sind bzw. die er selber erhältlich machen könnte.

3.2. ...

3.3. In den Strafanzeigen des Beschwerdeführers wird in tatsächlicher Hinsicht, insbesondere in Bezug auf die Zeitpunkte der angezeigten Vorfälle, kein Tatgeschehen dargestellt, woraus sich konkrete Verdachtsmomente hierfür ableiten liessen. Die Strafanzeigen enthalten weitestgehend keine Sachverhaltsdarstellungen in inhaltlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht, woraus sich konkrete Verdachtsmomente für ein mutmasslich strafbares Verhalten durch die Beschwerdegegnerin ergeben könnten. Allein der Umstand, dass die Geschäftsbeziehungen der beiden Verfahrensbeteiligten nicht erfolgreich verliefen und im Konkurs der gemeinsamen Gesellschaft mit beschränkter Haftung endete, vermag für sich allein die Eröffnung einer Strafuntersuchung wegen angeblicher Delikte nicht zu rechtfertigen. Auch sind offensichtlich dem damals für das Konkursverfahren über die X. GmbH zuständigen Konkursamt keine strafrechtlich relevanten Ungereimtheiten aufgefallen, andernfalls das Amt grundsätzlich von Amtes wegen zu einer Strafklage verpflichtet gewesen wäre. Sodann fehlen in den Strafanzeigen Ausführungen in zeitlicher Hinsicht wegen angeblich unterlassener Hilfeleistungen, Körperverletzungen und Tätlichkeiten, welche die Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer begangen haben soll.

3.4. Im Weiteren erweisen sich die Ausführungen der Vorinstanz bezüglich des nicht fristgerecht gestellten Strafantrages in Bezug auf die Straftatbestände der Tätlichkeiten, der Verletzung des Schriftgeheimnisses, der Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses und der Verleumdung als rechtens. Die Verfahrensbeteiligten waren damals Familiengenossen, weil sie in gemeinsamem Haushalt lebten (Art. 110 Abs. 2 StGB). Die vom Beschwerdeführer diesbezüglich geltend gemachten Einwände, wonach er die Polizei kurz nach der Tat eingeschaltet habe, jedoch abgewiesen worden sei, er von der Beschwerdegegnerin bedroht worden sei, weitere rechtliche Schritte einzuleiten, sowie dass Letztere verschie-

dene Post zur Einhaltung von Fristen unterschlagen habe, erweisen sich als nicht stichhaltig. Der seiner Strafanzeige zugrunde liegende Sachverhalt datiert aus den Jahren 2004 bis 2007 und liegt damit schon viele Jahre zurück. Es sind keine stichhaltigen Gründe gegeben, welche ein solch langes Zuwarten mit der Einreichung einer Strafanzeige in Bezug auf die gesetzliche Antragsfrist von 3 Monaten zu rechtfertigen vermöchte.

3.5. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht konkret, namentlich in zeitlicher und örtlicher Hinsicht, aufgezeigt, gestützt auf welchen Sachverhalt sich die Beschwerdegegnerin der Nötigung, der Drohung bzw. der Erpressung schuldig gemacht haben könnte. Unter solchen Voraussetzungen ist es grundsätzlich nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, einen nur pauschal angezeigten Sachverhalt im Rahmen einer Strafuntersuchung abzuklären.

Bemerkung: Das Bundesgericht wies eine Beschwerde gegen diesen Entscheid ab (1B_316/2012).

## 69

*Art. 353 i.V. m. Art. 9 und Art. 126 Abs. 2 lit. a StPO (SR 312.0).* Wird ein Strafbefehl nach erfolgter Einsprache zur Anklageschrift, müssen sowohl die Sachverhaltsumschreibung als auch die Substantiierung der erfüllten Straftatbestände den Anforderungen an eine Anklage genügen. Mit der Überweisung des Strafbefehls an das Gericht wird sodann das ordentliche Gerichtsverfahren eingeleitet, womit das Gericht grundsätzlich auch über adhäsionsweise geltend gemachte Zivilklagen entscheiden kann.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 22. Oktober 2012*

Aus den Erwägungen:

II. 1. Der objektive Tatbestand der Sachentziehung setzt als Tatobjekt eine bewegliche Sache voraus, die dem Berechtigten ohne Aneignungsabsicht entzogen wird. Entziehen meint grundsätzlich die Beseitigung der Grundlage für die tatsächliche Ausübung des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte an der Sache. Die Sachentziehung muss dem Berechtigten sodann einen erheblichen Nachteil zugefügt haben, wobei geringfügige Beeinträchtigungen nicht genügen. Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz, auch hinsichtlich des erheblichen Nachteils (vgl. zum Ganzen: Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, N 3–9 zu Art. 141).

2. a) Nach dem Anklagegrundsatz gemäss Art. 9 StPO kann eine Straftat nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte

Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhoben hat. Demnach bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens. «Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Es muss aus ihr erkennbar sein, inwiefern die inkriminierte Handlung den objektiven und subjektiven Tatbestand des angerufenen Straftatbestandes erfüllt. Das Gericht ist an den in der Anklageschrift wiedergegebenen Sachverhalt gebunden, nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde» (BGer. 6B_60/2012 mit weiteren Verweisen). Der Anklagegrundsatz gemäss Art. 9 StPO ist auch dann einzuhalten, wenn der Strafbefehl nach erfolgter Einsprache zur Anklageschrift wird, weshalb die Sachverhaltsumschreibung (Art. 353 lit. c StPO) ebenso wie die Substantiierung der erfüllten Straftatbestände (Art. 353 lit. d StPO) den Anforderungen an eine Anklage nach Art. 9 StPO genügen müssen (vgl. dazu Schmid, Praxiskommentar, Art. 353 N 1; Schwarzenegger, in: Donatsch/ Hansjakob/Lieber, Kommentar StPO, Art. 353 N 3 und 4; BSK StPO-Riklin, Art. 353 N 4). Wenn daher die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl von einer im Vergleich zum Urteil (vgl. Art. 81 StPO) zulässigen stark verkürzten Begründung Gebrauch macht (vgl. dazu Botschaft zur StPO, BBl *2006,* S. 1290), entbindet sie das nicht, vor der Überweisung des Strafbefehls samt Akten ans Gericht den Strafbefehl daraufhin zu überprüfen, ob er als gültige Anklageschrift im Sinne von Art. 9 StPO genügt.

b) Diesen Anforderungen genügt der Strafbefehl vom 29. April 2011 offenkundig nicht, enthält er doch weder Ausführungen zum angeblich «erheblichen Nachteil», der der X GmbH zugefügt worden sein soll, noch Ausführungen zum subjektiven Tatbestand. Als Folge der Verletzung von Art. 9 StPO hätte der zur Anklageschrift gewordene Strafbefehl vorliegend im Rahmen der Vorprüfung (vgl. Art. 329 StPO) zur Ergänzung an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen und, sofern die Anklage auch danach nicht genügt hatte, das Verfahren eingestellt werden sollen (vgl. dazu Schmid, Praxiskommentar, Art. 9 N 4; BSK StPO-Niggli/Heimgartner, Art. 9 N 54 f.).

Während eine Feststellung der Verletzung des Anklagegrundsatzes im erstinstanzlichen Verfahren zunächst zur Rückweisung der Anklage an die Staatsanwaltschaft und für den Fall der Nichtbehebung des Mangels zur Einstellung des Verfahrens führt, erscheint die Situation im Berufungsverfahren nicht in gleichem Masse eindeutig. Eine Verletzung des Anklagegrundsatzes durch die erstinstanzliche Verurteilung kann mit Berufung wegen Rechtsverletzung beim Berufungsgericht zwar angefochten werden, doch erscheint es aufgrund des Fehlens diesbezüglicher Bestimmungen äusserst fraglich, ob das Berufungsgericht eine Anklage zur Ergänzung an die Staatsanwaltschaft zurückweisen kann (BSK StPO-Niggli/Heimgartner, Art. 9 N 63).

Vorliegend kann diese Frage jedoch offen gelassen werden, da die Staatsanwaltschaft an der Berufungsverhandlung zum erheblichen Nachteil keine neuen oder

ergänzenden Ausführungen vorgetragen, sondern sich die Erwägungen des Einzelrichters im vorinstanzlichen Entscheid S. 8 zu eigen gemacht hat. Weder die dort angeführten «erheblichen Umtriebe» noch der angebliche «Reputationsverlust» sind aber in irgendeiner Form belegt. Dies trifft auch hinsichtlich des weiteren Hinweises auf die von der Privatklägerin eingereichten Rechnungen betreffend Reparatur des Baggers und Rücktransportkosten zu (act. A/3). Dass der Beschuldigte den Bagger beschädigt haben soll, ergibt sich ebenfalls nicht aus der Anklageschrift und inwiefern der Privatklägerin ausserordentliche Rücktransportkosten entstanden sein sollten, ist nicht begründet. Selbst wenn also (was allerdings äusserst fraglich erscheint [vgl. dazu BSK StPO-Niggli/Heimgartner, Art. 350 N 9]) eine Ergänzung der Anklage im Berufungsverfahren als zulässig erachtet würde (wobei der Beschuldigte diesfalls einer Instanz verlustig ginge), kann eine Verurteilung des Beschuldigten nicht erfolgen, da der Nachweis, dass der Privatklägerin ein erheblicher Nachteil entstanden ist, nicht erbracht wurde. Nicht erfüllt ist sodann der subjektive Tatbestand. Dass der Beschuldigte vorsätzlich der Privatklägerin einen erheblichen Nachteil zufügen wollte oder auch nur eventualvorsätzlich in Kauf genommen hätte, ergibt sich wiederum weder aus dem zur Anklageschrift gewordenen Strafbefehl noch aus den Akten. Seine Aussagen in der Untersuchung wie an der Berufungsverhandlung belegen vielmehr das Gegenteil. Diesbezüglich sei insbesondere die Aussage anlässlich der Berufungsverhandlung angeführt, wo der Beschuldigte erklärte, er habe den Bagger an einem Ort, etwa zwei bis drei Kilometer von der Baustelle entfernt, untergestellt. Dort habe der Bagger keinen Schaden nehmen können. Er wüsste nicht, welchen Nachteil der Inhaber der Privatklägerin durch den Abtransport hätte erleiden können. Hätten sie ihn informiert, die Umgebungsarbeiten seien fremd vergeben worden und er solle den Bagger abtransportieren, wären ihm dieselben Kosten entstanden (act. B/19, S. 4 ff.).

c) Der Beschuldigte ist vom Vorwurf der Sachentziehung freizusprechen.

3. Der Freispruch hat sodann zur Folge, dass die Zivilklage auf den Zivilweg zu verweisen ist, da der Sachverhalt nicht spruchreif ist. Die auf BSK StPO-Dolge, Art. 126 N 35 abgestützte Begründung der Vorinstanz, dass «das Gericht adhäsionsweise geltend gemachte Zivilklagen auf den Zivilweg verweis[e], wenn das Strafverfahren im Strafbefehlsverfahren erledigt» werde (vi Entscheid, S. 13), erscheint unzutreffend, sofern die Vorinstanz damit ausdrücken wollte, dass das Strafgericht nicht über eine Zivilklage entscheiden könne, wenn ein Strafbefehlsverfahren vorausgegangen ist. Diese Auffassung liesse sich auch nicht auf den angeblich klaren Gesetzeswortlaut stützen. Denn mit der Überweisung des Strafbefehls als Anklageschrift an das Gericht wird das Strafverfahren gerade nicht im Strafbefehlsverfahren erledigt, sondern es wird das ordentliche Gerichtsverfahren eingeleitet. Art. 126 Abs. 2 lit. a StPO findet daher keine Anwendung.

**70**

*Art. 382 StPO (SR 312.0).* Wer bei einem Verkehrsunfall nur einen Sachschaden erleidet, ist nicht Geschädigter im Sinn von Art. 115 StPO und kann deshalb auch keine Beschwerde gegen die im Strafverfahren gegen den Unfallgegner erlassene Nichtanhandnahmeverfügung erheben.

*Anklagekammer, 31. Oktober 2012*

Aus den Erwägungen:

2. Bereits unter dem Regime des bis Ende 2010 in Kraft stehenden kantonalen Strafprozessgesetzes vom 1. Juli 1999 galt, dass nach Art. 42 aStP nur Strafklage erheben und im Strafverfahren Parteirechte ausüben kann, wer durch eine strafbare Handlung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen erscheint. Als Betroffene im Sinn von Art. 42 aStP gilt diejenige Person, welcher durch das Delikt unmittelbar ein Schaden zugefügt wurde oder zu erwachsen drohte. Erforderlich ist dabei, dass die Beeinträchtigung in der Rechtsstellung der betroffenen Person eine unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung darstellt (BGE 117 Ia 137; 120 Ia 223); die Straftat muss sich von ihrem Gehalt her gegen das durch die Strafandrohung (mit)geschützte individuelle Recht oder Rechtsgut richten (BGE 119 Ia 344); entscheidendes Kriterium für das Zugeständnis von Parteirechten bildet somit eine Analyse des geschützten Rechtsguts der angerufenen Strafbestimmung (vgl. GVP 2001 Nr. 73 E. 3 mit Hinweisen; vgl. auch GVP 2004 Nr. 65). Im in GVP 2001 Nr. 73 veröffentlichten Entscheid hat die Anklagekammer erwogen, dass der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der einzig in Frage kommenden einfachen Verkehrsregelverletzung gemäss Art. 90 Ziff. 1 SVG nicht in seinen unmittelbaren Rechten verletzt sei. Daran vermöge grundsätzlich auch nichts zu ändern, ob ihm zivilrechtliche Ansprüche gegenüber dem Kollisionsgegner zustehen oder nicht. Der Beschwerdeführer könne deshalb in Bezug auf die in Frage kommenden Verkehrsregelverletzungen durch die Beschwerdegegner weder Strafklage erheben noch Parteirechte ausüben und es stehe ihm gegen die den Kollisionsgegnern gegenüber erlassenen strafrechtlichen Entscheide auch kein Rechtsmittel zur Verfügung.

3. Die seit dem 1. Januar 2011 anwendbare Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) hat am Gesagten im Ergebnis nichts geändert. Die Rechtsmittellegitimation des Beschwerdeführers kann sich im vorliegenden Verfahren nur aus Art. 382 StPO ergeben. Danach kann jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, ein Rechtsmittel ergreifen (Abs. 1). Die Privatklägerschaft kann einen Entscheid hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion nicht anfechten (Abs. 2). Daraus folgert die Lehre, dass der Privatkläger den Schuldspruch anfechten kann, soweit er Geschädigter zum entsprechenden Tatbestand ist (Art. 115 StPO) und sich als Strafkläger konstituiert hat (Art. 118 f. StPO) (BSK StPO-Martin Ziegler, Art. 382 N 4).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist als Geschädigter im Sinne von Art. 115 StPO anzusehen, wer Träger des Rechtsgutes ist, das durch die fragliche Strafbestimmung vor Verletzung oder Gefährdung geschützt oder zumindest mitgeschützt werden soll. Im Zusammenhang mit Strafnormen, die nicht primär Individualrechtsgüter schützen, gelten diejenigen Personen als Geschädigte, die durch die darin umschriebenen Tatbestände in ihren mitgeschützten Rechtsgütern beeinträchtigt werden, sofern diese Beeinträchtigung unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist. Werden durch Delikte, die (nur) öffentliche Rechtsgüter beeinträchtigen, private Interessen auch, aber eben bloss mittelbar verletzt, so ist der Betroffene nicht Geschädigter im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO (Bundesgerichtsurteile 1B_432/2011 E. 2.3 und 1C_344/2012 E. 2.2). Im Urteil 1B_432/2011 hat das Bundesgericht entschieden, dass die Verkehrsregeln nebst dem allgemeinen Interesse der Verkehrssicherheit höchstens die körperliche Integrität der Verkehrsteilnehmer schützen, nicht aber deren Eigentum bzw. Vermögen. So stellt ein reiner Sachschaden als Folge einer Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Ziff. 1 SVG keine unmittelbare Verletzung in eigenen Rechten im Sinne von Art. 115 StPO dar, sondern nur eine mittelbare Folge des Verstosses gegen die Verkehrsregeln. Der Kollisionsbeteiligte, der bloss Sachschaden erlitten hat, ist daher nach dieser Vorschrift nicht eine durch die Verkehrsregelverletzung geschädigte Person. Er kann sich demzufolge nicht als Privatkläger gemäss Art. 118 StPO am Strafverfahren beteiligen (E. 3.2). Das Bundesgericht verneinte mit weiteren Ausführungen ausdrücklich eine Ausdehnung der Geschädigtenstellung auf Personen, die lediglich einen Sachschaden erlitten haben (vgl. E. 4.1).

Diese Voraussetzungen treffen auch im vorliegenden Fall zu. Der Beschwerdeführer erlitt bei der Kollision bloss einen Sachschaden, wobei das beschädigte Auto aber offenbar seiner Mutter gehört. Er wurde beim Verkehrsunfall nicht verletzt. Der Beschwerdeführer macht im Übrigen keine konkret begründete unmittelbare Betroffenheit geltend, was allenfalls eine Beschwerdeberechtigung zu begründen vermöchte. Da es daran im vorliegenden Fall fehlt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

**71**

*Art. 383 StPO (SR 312.0).* Zulässigkeit der Auferlegung einer Sicherheitsleistung im Beschwerdeverfahren betreffend Nichtanhandnahme. Eine Nachfristansetzung bei versäumter Leistung ist gesetzlich nicht vorgesehen.

*Anklagekammer, 24. Januar 2012*

Aus den Erwägungen:

4.1. Das Gesetz ermächtigt die Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz vorbehaltlos zur Auferlegung einer Sicherheitsleistung. Voraussetzungen werden keine genannt, so dass die Verfügung betreffend Sicherheitsleistung auch nicht näher zu begründen ist. Die inzwischen zu Art. 383 StPO ergangene Literatur ist keineswegs einhellig. Während sich die Gesuchsteller auf den Zürcher Kommentar (Viktor Lieber, Art. 383 N 2) berufen, wird im Basler Kommentar (Martin Ziegler, Art. 383 N1) festgehalten, aus dem Gesetzestext gehe nicht hervor, dass von einer Sicherheitsleistung nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen sei. Der Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz steht somit bei der Auferlegung einer Sicherheitsleistung ein grosser Ermessenspielraum zu. Abgesehen davon sind der Rechtsmittelinstanz im Regelfall die wirtschaftlichen Verhältnisse der beschwerdeführenden Partei nicht bekannt. Sie erhält – unabhängig ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit – mit der Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheitsleistung einen Hinweis darauf, in welcher ungefähren Grössenordnung mit Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren zu rechnen ist.

4.2. Nebst dem geltend gemachten Nötigungsversuch sind Tatbestände wegen Ehrverletzung streitig. Letztere sind nur auf Antrag hin strafbar, womit das «Interesse an der Durchsetzung der Gerechtigkeit» ausschliesslich bei den Gesuchstellern als mutmassliche Ehrverletzungsopfer liegt.

4.3. Art. 383 StPO sieht im Gegensatz zu Art. 385 Abs. 2 StPO eine Nachfristansetzung nicht vor. Die letztere Bestimmung setzt auch voraus, dass innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist überhaupt eine, aber mangelhafte Rechtsmitteleingabe eingereicht wurde. Gänzliche Säumnis mit der Rechtsschrift hat den Ausschluss der entsprechenden Vorkehr mit den damit gesetzlich vorgesehenen Konsequenzen zur Folge. Im Übrigen ist auf verspätete Fristerstreckungsgesuche nicht einzutreten (vgl. BSK StPO-Christof Riedo, Art. 92 N 28). Es muss keine Nachfrist zur Leistung der Sicherheitsleistung angesetzt werden (BSK StPO-Martin Ziegler, Art. 383 N 2).

Im Schreiben der Anklagekammer ist ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Beschwerde nicht berücksichtigt werden kann, wenn die angesetzte Frist unbenützt abläuft. Und eine Erstreckung dieser Notfrist sei nur aus zwingenden Gründen möglich. Damit wurde auf die Rechtsfolgen der Nichtbezahlung innert angesetzter Zahlungsfrist hingewiesen.

4.4. Aus dem von den Gesuchstellern erwähnten Umstand, dass im bundesgerichtlichen Verfahren bei der Sicherstellung von Gerichtskosten, Parteientschädigungen und Barauslagen Nachfristen anzusetzen sind (Art. 62 Abs. 3 und Art. 63 Abs. 2 BGG), kann nichts zu ihren Gunsten abgeleitet werden. In der im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 393 ff. StPO anwendbaren StPO fehlt eine entsprechende gesetzliche Regelung.

## 72

*Art. 402, Art. 404, Art. 438 StPO (SR 312.0).* Für die Bestätigung der Teilrechtskraft eines erstinstanzlichen Entscheids ist das Berufungsgericht in corpore zuständig.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 5. September 2012*

Aus den Erwägungen:

3. a) Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Nur die in der Berufungserklärung (oder einer Anschlussberufung) nicht angefochtenen Punkte werden rechtskräftig und vollstreckbar (Maurer, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 398). Eine Bestätigung der Vollstreckbarkeit der nicht angefochtenen Punkte kann während des Berufungsverfahrens oder auch erst im Rahmen des Berufungsentscheids erfolgen (Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 402 N 2).

b) Unklar ist zunächst, ob für eine während des Berufungsverfahrens zu erteilende Rechtskraftbestätigung die erste Instanz oder aber das Berufungsgericht zuständig ist. Gemäss Art. 438 StPO vermerkt grundsätzlich die Strafbehörde, welche den Entscheid gefällt hat, den Eintritt der Rechtskraft. Nachdem die Sache im betreffenden Zeitpunkt indessen nicht mehr beim Erstgericht, sondern bei der Berufungsinstanz hängig ist, und überdies nur Letztere Kenntnis von einer allfälligen Anschlussberufung hat, sprechen gewichtige Gründe für eine Zuweisung an die Berufungsinstanz (BSK StPO-Eugster, Art. 402 N 3; Schmid, a. a. O., Art. 402 N 3; implizit auch Maurer, a. a. O., S. 398; Hug, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 402 N 2). Mit der Lehre ist somit von der funktionellen Zuständigkeit der Berufungsinstanz auszugehen.

c/aa) Daran anschliessend stellt sich die Frage nach der internen Zuständigkeit bei der Berufungsinstanz. Die Lehre weist diese Kompetenz soweit ersichtlich einhellig der Verfahrensleitung zu (vgl. BSK StPO-Eugster, a. a. O., Art. 402 N 3; Schmid, a. a. O., Art. 402 N 3; Maurer, a. a. O., S. 398; unklar Hug, a. a. O., Art. 402 N 2). Sie übernimmt dabei ohne weitere Erörterung die Ausführungen der Botschaft, wonach «die Verfahrensleitung die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des Urteils bezüglich dieser [d. h. der nicht angefochtenen] Punkte feststellen [wird]» (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl *2006,* 1315).

bb) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Gemäss Art. 404 Abs. 1 StPO überprüft das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten. Die Frage, welche Punkte im Einzelfall angefochten sind, erschöpft sich nicht in einer einfachen «Bestätigung»; vielmehr hat die Festlegung bzw. Eingrenzung des Anfechtungsumfangs direkten Einfluss auf den Umfang des ab-

schliessenden Sachentscheids. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sachgerecht, dass die Verfahrensleitung den Berufungsgegenstand (insbesondere wenn dessen Umfang an sich bereits strittig ist) vorgängig eingrenzen und so allenfalls der materiellen Beurteilung durch das Gesamtgericht entziehen kann. Der Umfang der Überprüfung ist somit (auf der Grundlage der Berufungserklärung des Appellanten; Art. 399 Abs. 3 StPO) durch den in der Sache zuständigen Spruchkörper des Gerichts festzulegen. Daran ändert nichts, dass die Verfahrensleitung gemäss Art. 400 Abs. 1 StPO eine Vorprüfung bezüglich des Anfechtungsumfangs vorzunehmen hat. Die Zuständigkeit der Verfahrensleitung erschöpft sich in diesem Zusammenhang in der Überprüfung der Berufungserklärung und der Aufforderung zur Präzisierung; ein allfälliger Nichteintretensentscheid wäre wiederum durch «die Rechtsmittelinstanz», d. h. das Gesamtgericht, zu fällen (Art. 385 Abs. 2 StPO). Insofern liegt eine Art. 329 StPO vergleichbare Situation vor: Die Prüfung der Anklage durch die (erstinstanzliche) Verfahrensleitung erfolgt nicht in einem formalisierten Verfahren, das mit einem Zulassungs- oder Nichtzulassungsentscheid endet. Die Verfahrensleitung entscheidet diesbezüglich nichts. Stellt sie Mängel oder Prozesshindernisse fest, kann sie nur dem Gericht die geeigneten Vorkehren beantragen. Sie hat aber darüber selbst keinen Entscheid zu fällen; dies obliegt dem Gericht (BGer. 1B_703/2011 E. 2.6). Diese Erwägungen gelten sinngemäss auch in Bezug auf die Feststellung des Anfechtungsumfangs. Selbst wenn man im Übrigen grundsätzlich die Verfahrensleitung als zuständig erachten wollte, spricht nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichts gegen einen Entscheid des Gerichts in corpore (BGE 138 IV 81 E. 2.1).

cc) Nach dem Gesagten ist für die Bestätigung über die Teilrechtskraft eines erstinstanzlichen Entscheids das Berufungsgericht in corpore zuständig.

(. . .)

5. Über den Umfang der Anfechtung wäre spätestens im Rahmen des Endentscheids ohnehin zu befinden gewesen (vgl. Art. 404 Abs. 1 StPO); der durch den vorgezogenen Entscheid verursachte Mehraufwand ist vernachlässigbar. Die Kosten verbleiben deshalb bei der Hauptsache; deren Verlegung folgt dem Endentscheid.

## 73

*Art. 17 Abs. 2 lit. b EG-StPO (sGS 962.1).* Kein Ermächtigungsentscheid erforderlich für Mitarbeitende der öffentlichen Spitäler des Kantons St. Gallen im Rahmen ihrer dortigen normalen ärztlichen Verrichtungen. Ausnahmen. (Praxisänderung)

*Anklagekammer, 28. November 2012*

Gestützt auf das von der Staatsanwaltschaft der Anklagekammer unterbreitete rechtsmedizinische Gutachten stellt sich die Frage, ob im Zusammenhang mit der Notfallbehandlung einer Person in einem öffentlichen Spital hinsichtlich deren Todes Anhaltspunkte für ein mutmasslich strafbares Verhalten durch behandelnde Ärzte gegeben sind, weshalb allenfalls die Ermächtigung zur Durchführung eines Strafverfahrens zu erteilen wäre.

Aus den Erwägungen:

2. Vorerst ist von Amtes wegen zu prüfen, ob im Zusammenhang mit dem angezeigten Sachverhalt ein Eröffnungsentscheid im Sinne von Art. 17 Abs. 2 lit. b EG-StPO erforderlich ist. Danach entscheidet die Anklagekammer – von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen – über die Eröffnung des Strafverfahrens gegen Behördemitglieder oder Mitarbeitende des Kantons und der Gemeinden wegen strafbarer Handlungen, die deren Amtsführung betreffen.

2.1. Die gesetzliche Grundlage für das Ermächtigungsverfahren ergibt sich aus Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO (vgl. auch BGE 137 IV 269 ff. E.2.2). Durch das Ermächtigungserfordernis sollen Behördemitglieder und Beamte vor mutwilliger Strafverfolgung geschützt und es soll damit das reibungslose Funktionieren staatlicher Organe sichergestellt werden (BSK StPO-Christof Riedo/Gerhard Fiolka, Art. 7 N74). Dabei bleibt das rechtliche Verhältnis zwischen der betreffenden Person und dem Staat ohne Belang. Es kann sich um einen Beamten, einen öffentlich-rechtlichen Angestellten oder um einen Arbeitnehmer im Sinne von Art. 319 ff. des Obligationenrechts handeln. Erfasst sind überdies auch Personen, die lediglich in einem Nebenamt für das Gemeinwesen tätig sind. Ohne rechtliche Bedeutung ist schliesslich auch die hierarchische Stellung der betreffenden Beamten bzw. Behördemitglieder (vgl. BSK StPO-Christof Riedo/Gerhard Fiolka, Art. 7 N 85).

2.2. Ein Ermächtigungsentscheid ist nur für die Verfolgung von im Amt begangener strafbarer Handlungen vorgesehen. Vorausgesetzt ist ein Handeln als Beamter bzw. Mitglied einer Behörde, womit grundsätzlich ein Zusammenhang zwischen der deliktischen Tätigkeit und der amtlichen bzw. dienstlichen Stellung besteht. Dabei ist mitentscheidend, ob der betreffende Beamte durch seine amtliche bzw. dienstliche Tätigkeit in die Lage versetzt wird, entsprechende Delikte begehen zu können. Die amtliche Stellung muss also die deliktische Tätigkeit massgeblich fördern (vgl. BSK StPO-Christof Riedo/Gerhard Fiolka, Art. 7 N 94).

Entscheidend für die Qualifikation als Behördemitglied oder Beamter (im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB) ist nicht die rechtliche Natur des Wahl- oder Anstellungsverhältnisses, sondern allein die Wahrnehmung von Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit (BGE 135 IV 201). Dabei ist grundsätzlich von einem funktionalen Beamtenbegriff auszugehen. Ausgangspunkt ist der Schutz der Beamten vor mutwilliger Strafverfolgung und die Sicherstellung des reibungslosen Funktionierens staatlicher Organe. Mitarbeitende des Kantons oder einer Gemeinde, welche gestützt auf eine gesetzliche Befugnis etwas auch gegen den Willen von Betroffenen

durchzusetzen haben, handeln hoheitlich. Erforderlich ist ein Handeln in Ausübung amtlicher Pflichten (vgl. BGE 121 IV 223). Damit zusammenhängende Vorwürfe strafbaren Verhaltens setzen für die Durchführung eines Strafverfahrens einen Ermächtigungsentscheid der Anklagekammer voraus.

2.3. Kein Ermächtigungserfordernis soll für jene Personen gelten, welche zwar Mitarbeitende des Kantons bzw. einer Gemeinde sind, ihre dortige Tätigkeit indes keine hoheitlichen Befugnisse umfasst, etwas gegen den Willen von Betroffenen durchzusetzen. Dies trifft grundsätzlich für die (auch ärztlichen) Mitarbeitenden der öffentlichen Spitäler des Kantons St.Gallen zu. In öffentlichen Spitälern (wie im Übrigen auch in privaten Kliniken) wird mit dem Patienten ein (allenfalls stillschweigender) Behandlungsvertrag abgeschlossen. Auch im Rahmen einer notfallmässigen ärztlichen Behandlung haben die Mitarbeitenden der öffentlichen Spitäler keine hoheitlichen Befugnisse gegenüber einem Patienten. ...

2.4. Vom angeführten Normalfall zu unterscheiden sind (ärztliche) Mitarbeitende der öffentlichen Spitäler, welche in amtlicher bzw. hoheitlicher Funktion tätig sind, wie z.B. der von der Behörde mit der Begleitung eines Ausschaffungshäftlings betraute Arzt (vgl. BGE 130 IV 30 f.) oder die eine behördlich verfügte Entnahme einer Blutprobe vornehmende Medizinalperson. Hoheitlich handeln aber auch Mitarbeitende der kantonalen Spitäler – einschliesslich der psychiatrischen Kliniken –, welche im Rahmen von Fällen betreffend fürsorgerischem Freiheitsentzug Behandlungen vorzunehmen haben. Sodann sind amtsärztliche Tätigkeiten ebenfalls als hoheitlich einzustufen, weil sie bei der (allenfalls gar zwangsweisen) Durchsetzung von gesetzlichen Vorschriften mitwirken. Schliesslich haben auch die Mitarbeitenden des Instituts für Rechtsmedizin grundsätzlich eine hoheitliche Befugnis inne (vgl. Art. 183 i.V. m. Art. 253 StPO).

2.5. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage der Eröffnung eines Strafverfahrens wegen eines allfälligen ärztlichen Fehlverhaltens bzw. eines Behandlungsfehlers durch die Ersthelfer in der Notaufnahme des Spitals X. (Intubation des Patienten, welcher wegen Halsschmerzen die Notaufnahme aufgesucht hatte, erst durch den 10 bis 15 Minuten nach dem Vorfall hinzugekommenen Narkosearzt, was vermutlich zu einem sauerstoffmangelbedingten Hirnschaden und zum Tod des Patienten zwei Tage später führte). Die damit verbundene ärztliche Behandlung erfolgte ohne hoheitliche Befugnisse. Vielmehr hatte der Patient wegen Halsschmerzen aus freier Wahl das öffentliche Spital X. aufgesucht. Unter solchen Voraussetzungen ist – in Änderung der bisherigen Praxis – kein Ermächtigungsverfahren gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO i.V. m. Art. 17 Abs. 2 lit. b EG-StPO durchzuführen.

3. Es obliegt somit der Staatsanwaltschaft darüber zu befinden, ob gestützt auf das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin am Kantonsspital St.Gallen vom x.y. die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Strafuntersuchung gegeben sind.

## 74

*Art. 55 a, Art. 248 Abs. 1 aStP/SG; Art. 31 und 32 BV (SR 101); Art. 6 EMRK (SR 0.101).* Unter dem bis am 31. Dezember 2010 in Kraft gewesenen Strafprozessgesetz des Kantons St.Gallen bestand kein Anlass, neben den in Art. 248 Abs. 1 aStP/SG aufgeführten noch weitere Wiederaufnahmegründe zuzulassen (E. 5a). Das alte st.gallische Strafprozessgesetz kannte keine mit der notwendigen Verteidigung nach Art. 130 StPO vergleichbare Regelung. Jedoch konnten es die konkreten Umstände eines Falles gebieten, einem Beschuldigten aufgrund des aus der Verfassung und der EMRK fliessenden Rechts auf ein faires Verfahren auch ohne entsprechendes Ersuchen von Amtes wegen einen Rechtsvertreter beizugeben (E. 5b). Im zu beurteilenden Fall fehlte es an solchen konkreten Umständen.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 9. Januar 2012*
*–> Bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_ 288/2012 vom 6. Dezember 2012)*

Aus den Erwägungen:

5. Nach Art. 248 Abs. 1 aStP/SG ist die Wiederaufnahme eines durch Urteil rechtskräftig erledigten Strafverfahrens zulässig, wenn durch eine strafbare Handlung auf das Ergebnis des Strafverfahrens eingewirkt wurde oder wenn erhebliche Tatsachen oder Beweismittel glaubhaft gemacht werden, die der entscheidenden Instanz nicht bekannt waren oder wenn der Entscheid einer internationalen Behörde in der gleichen Sache dies erfordert.

a) Der Beschuldigte macht in seinem Wiederaufnahmegesuch weder eine strafbare Handlung, noch neue Tatsachen oder Beweismittel und auch nicht einen Entscheid einer internationalen Behörde geltend. Zusammengefasst rügt er einzig, die Strafkammer des Kantonsgerichts habe die mündliche Berufungsverhandlung vom 30. August 2010 ohne einen notwendigen Verteidiger durchgeführt. Damit habe sie gegen das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK verstossen. Die Wiederaufnahme wegen Verfahrensfehlern sei ausnahmsweise kraft Bundesrechts zuzulassen, wenn eine im Strafverfahren zu Lasten des Beschuldigten angewendete Verfahrensvorschrift gegen die EMRK verstosse, oder wenn eine Individualbeschwerde seitens der EMRK-Organe geschützt worden sei.

Art. 385 StGB schreibt den Kantonen vor, gegenüber Urteilen eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten zuzulassen, wenn «erhebliche[] Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gericht zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren», vorliegen. Dabei handelt es sich um eine bundesrechtliche Minimalvorschrift, die seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung nur noch für die vor dem 1. Januar 2011 ergangenen Urteile von Bedeutung ist. Von Bundesrechts wegen haben damit die Kantone für Verfahrensfehler, mögen sie noch so gravierend sein, keine Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfah-

rens vorzusehen (vgl. auch Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 102 N 3). Selbst gegen Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, bei denen allfällige Verfahrensfehler selbstredend nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel gerügt werden können, steht das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften nur in eingeschränktem Umfang zur Verfügung. Nach Art. 121 BGG kann nämlich die Revision eines Entscheids des Bundesgerichts wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften nur verlangt werden, wenn die Vorschriften über die Besetzung des Gerichts oder über den Ausstand verletzt worden sind, wenn das Gericht einer Partei mehr oder, ohne dass das Gesetz es erlaubt, anderes zugesprochen hat, als sie selbst verlangt hat, oder weniger als die Gegenpartei anerkannt hat, wenn einzelne Anträge unbeurteilt geblieben sind und wenn das Gericht in den Akten liegende erhebliche Tatsachen aus Versehen nicht berücksichtigt hat. Verstösst ein Entscheid des Bundesgerichts aus einem anderen Grund gegen das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK kann die Revision nach Art. 122 BGG nur verlangt werden, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind. Die Schweizerische Strafprozessordnung enthält in Art. 410 Abs. 1 und 2 StPO eine abschliessende Aufzählung der Gründe, die zur Revision eines Entscheids führen (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 410 N12). Verfahrensmängel werden davon nicht erfasst, es sei denn, der Europäische Gerichtshof habe in einem endgültigen Urteil eine EMRK-Verletzung festgestellt (Art. 410 Abs. 2 lit. a StPO). Der Revisionsgrund der «neuen Tatsachen» (Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO) muss sich sodann gegen die materielle Urteilsgrundlage richten; Tatsachen betreffend dem Verfahren sind unbeachtlich (Fingerhuth, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 410 N 54; BSK StPO-Heer, Art. 410 StPO N 54).

Insgesamt ergibt sich, dass kein Anlass dafür besteht, neben den in Art. 248 Abs. 1 aStP/SG aufgeführten noch weitere Wiederaufnahmegründe zuzulassen. Da der Beschuldigte keinen der in Art. 248 Abs. 1 aStP/SG aufgezählten Gründe vorbringt, ist sein Wiederaufnahmegesuch bereits aus diesem Grund abzuweisen. Zum gleichen Ergebnis führt die Anwendung der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung. Im Übrigen ist – wie sich nachfolgend ergibt – der Entscheid der Strafkammer vom 30. August 2010 auch nicht in Verletzung von Art. 6 EMRK ergangen.

b) Mit Entscheid des Kreisgerichts St.Gallen vom 3. Dezember 2009 wurde der Beschuldigte der schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig erklärt und zu einer Freiheitsstrafe von 3½ Jahren verurteilt. Vom 11. März 2009 bis zu seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft am 22. Juni 2009 wurde der Beschuldigte von Rechtsanwalt A amtlich und anschliessend bis zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung am 3. Dezember 2009 privat verteidigt. Am 5. März 2010 erhob Rechtsanwalt A gegen den Entscheid vom 3. Dezember 2009 Berufung beim Kantonsgericht mit dem Antrag, der Beschuldigte sei von Schuld und

Strafe freizusprechen. Am 10. März 2010 erhob die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung mit dem Antrag, der Beschuldigte sei zu einer Freiheitsstrafe von 4½ Jahren zu verurteilen. Mit Verfügung vom 29. März 2010 gewährte das Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St.Gallen dem Beschuldigten die amtliche Verteidigung insoweit, als die Verteidigungskosten den Betrag von Fr. 5000.– übersteigen. Die amtliche Verteidigung wurde Rechtsanwalt A übertragen. Am 8. Juni 2010 wurden der Beschuldigte, sein Verteidiger, der Untersuchungsrichter und eine Dolmetscherin auf den 30. August 2010 zur mündlichen Berufungsverhandlung vorgeladen. Mit Schreiben vom 17. August 2010 teilte das Sicherheits- und Justizdepartement dem Beschuldigten mit, sein Verteidiger, Rechtsanwalt A, habe am 16. August 2010 mangels Leistung des Selbstbehalts von Fr. 5000.– um Entbindung von der amtlichen Verteidigung ersucht. Der Beschuldigte wurde aufgefordert, bis 25. August 2010 bekannt zu geben, ob er die weitere Verteidigung durch Rechtsanwalt A wünsche, und nachzuweisen, dass er ihm im Rahmen des vorläufigen Selbstbehalts von Fr. 5000.– zumindest einen Kostenvorschuss geleistet habe bzw. zu begründen, weshalb er dazu nicht bereit sei. Auf dieses Schreiben reagierte der Beschuldigte nicht. Mit Verfügung vom 27. August 2010 entband das Sicherheits- und Justizdepartement Rechtsanwalt A von der amtlichen Verteidigung. Am 30. August 2010 führte die Strafkammer des Kantonsgerichts die mündliche Berufungsverhandlung im Beisein des nicht mehr verteidigten Beschuldigten, des Untersuchungsrichters und der Dolmetscherin durch. Sie wies die Berufung und die Anschlussberufung ab. Die Strafkammer hielt in ihrem begründeten Entscheid vom 30. August 2010 fest, Gründe für eine notwendige Verteidigung nach Art. 55 aStP/SG seien nicht ersichtlich.

Nach Art. 55 aStP/SG bestellt das Sicherheits- und Justizdepartement auf Antrag des Untersuchungsrichters oder des Gerichtspräsidenten einen amtlichen Verteidiger, wenn der Beschuldigte infolge geistiger oder körperlicher Beeinträchtigung oder aus anderen Gründen seine Rechte nicht ausreichend wahren kann und die Verbeiständung durch den gesetzlichen Vertreter oder der Beizug eines Übersetzers nicht genügt. Das bis am 31. Dezember 2010 in Kraft gewesene Strafprozessgesetz des Kantons St.Gallen kannte demnach keine mit der notwendigen Verteidigung nach Art. 130 StPO vergleichbare Regelung. So musste die beschuldigte Person nicht zwingend verteidigt werden, wenn etwa eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr drohte oder die Staatsanwaltschaft vor dem Gericht persönlich auftrat. Die notwendige Verteidigung nach Art. 55 aStP/SG setzte vielmehr voraus, dass die beschuldigte Person wegen geistiger oder körperlicher Beeinträchtigung oder aus anderen Gründen seine Rechte nicht ausreichend wahren konnte. Vorliegend macht der Beschuldigte nicht einmal im Wiederaufnahmeverfahren geltend, er sei am 30. August 2010 geistig oder körperlich beeinträchtigt gewesen. Seinen mangelnden Sprachkenntnissen wurde anlässlich der Berufungsverhandlung vom 30. August 2010 durch die Anwesenheit einer Dolmetscherin Rechnung getragen. Nach Massgabe von Art. 55 aStP/SG war demnach die Strafkammer berechtigt, vom Beizug eines notwendigen Verteidigers abzusehen.

Nichts anderes ergibt sich auch aus der Bundesgerichtspraxis zu Art. 29 Abs. 3, Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie zu Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. c EMRK (vgl. BGE 131 I 350). Danach fliesst aus Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK keine eigentliche Pflicht, unter bestimmten Voraussetzungen eine obligatorische Verteidigung des Beschuldigten anzuordnen (BGE 131 I 350 E. 3.4). Hingegen besitzt der Beschuldigte nach Art. 31 und 32 BV sowie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK einen Anspruch auf ein faires Verfahren. Daraus leitet sich nach der Praxis des Bundesgerichtes für den Richter die Pflicht ab, rechtsungewohnte, nicht anwaltlich vertretene Verfahrensbeteiligte über ihre prozessualen Rechte im Allgemeinen aufzuklären und sie insbesondere frühzeitig auf ihr Recht hinzuweisen, jederzeit einen Verteidiger beiziehen zu können. Aufgrund ihrer Fürsorge- und Aufklärungspflicht nach Art. 32 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 2 BV haben die mit der Strafverfolgung betrauten Behörden für die Voraussetzungen eines fairen Strafverfahrens zu sorgen und allenfalls auch ohne entsprechendes Zutun des Beschuldigten für eine hinreichende Rechtsvertretung zu sorgen. Die konkreten Umstände eines Falles können es somit gebieten, dass einem Beschuldigten aufgrund der Verfassung auch ohne entsprechendes Ersuchen von Amtes wegen ein Rechtsvertreter beigegeben wird (BGE 131 I 350 E. 4.1 und 4.2).

Vorliegend fehlte es am 30. August 2010 an solchen konkreten Umständen. Der Beschuldigte wurde bereits kurz nach seiner Festnahme am 19. Februar 2009, anlässlich seiner untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 20. Februar 2009, darauf aufmerksam gemacht, dass er berechtigt sei, einen Verteidiger beizuziehen und dass bei Bedürftigkeit gestützt auf Art. 56 aStP/SG die Möglichkeit einer amtlichen Verteidigung bestehe. Von diesem Recht machte er in der Folge Gebrauch, wurde er doch bis zu seiner Haftentlassung am 22. Juni 2009 von Rechtsanwalt A amtlich und danach bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Kreisgericht vom 3. Dezember 2009 privat verteidigt. Für das Berufungsverfahren bewilligte das Sicherheits- und Justizdepartement dem Beschuldigten erneut die amtliche Verteidigung, dies allerdings nur soweit, als die Verteidigungskosten den Betrag von Fr. 5000.– übersteigen. Diese Verfügung vom 29. März 2010 erwuchs unangefochten in Rechtskraft. In der Folge verzichtete der Beschuldigte freiwillig auf eine Verteidigung, indem er sich weigerte, seinem Verteidiger einen Kostenvorschuss zu leisten, und auf das Schreiben des Sicherheits- und Justizdepartements vom 17. August 2010 überhaupt nicht reagierte. Unter diesen Umständen war die Strafkammer im Vorfeld der Berufungsverhandlung vom 30. August 2010 nicht verpflichtet, den Beschuldigten ein weiteres Mal auf sein Recht hinzuweisen, einen Verteidiger beizuziehen oder gar für ihn von Verfassungsrechts wegen einen notwendigen Verteidiger zu benennen, steht es doch dem Beschuldigten verfassungsrechtlich grundsätzlich frei, sich in den unterschiedlichen Stadien des Strafverfahrens selbst zu verteidigen (BGE 131 I 350 E. 3.1). Damit steht fest, dass die Strafkammer bei ihrem Entscheid vom 30. August 2010 nicht gegen das verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Gebot des Rechts auf ein faires Verfahren verstossen hat.

## 4. Rechtsanwälte und Rechtsagenten

### 75

*Art. 12 lit. a BGFA (SR 935.61).* Voraussetzungen für eine zulässige Kontaktaufnahme eines Rechtsanwalts mit einem Zeugen bzw. einer Auskunftsperson im Rahmen eines Strafverfahrens.

*Anwaltskammer, 11. Januar 2012*

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 12 lit. a BGFA üben die Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus. Die Umschreibung der Berufsregeln in Art. 12 BGFA ist zwar abschliessender Natur, dennoch können die Standesregeln zur Auslegung hinzugezogen werden, sofern die betreffende Standesregel eine landesweit in nahezu allen Kantonen geltende Auffassung zum Ausdruck bringt (BGE 130 II 270 E. 3.1.1.). Gemäss Art. 7 der Standesregeln des schweizerischen Anwaltsverbandes vom 1. Juli 2005 unterlassen Anwälte jede Beeinflussung von Zeugen und Sachverständigen. Die Regelung hinsichtlich der Beeinflussung von Zeugen durch Anwälte ist mit der Aufnahme in die schweizerischen Standesregeln landesweit anerkannt, liegt im öffentlichen Interesse und trägt zur Vertrauensbildung der Öffentlichkeit in den Beruf des Anwalts bei. Sie ist daher zur Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel «sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung» (Art. 12 lit. a BGFA) heranzuziehen bzw. stellt einen Teilgehalt der entsprechenden Berufsregel dar. Unter berufsrechtlichen Gesichtspunkten ist es deshalb dem Anwalt verwehrt, Handlungen vorzunehmen, die darauf ausgerichtet sind oder zumindest geeignet erscheinen, Zeugen zu beeinflussen oder in anderer Weise zur Verfälschung von Beweisen beizutragen (vgl. auch BGE 136 II 551 E. 3.2.1; Bger 2C_909/2010 E. 2.1; GVP 1994 Nr. 74; ZR 106 (2007) Nr. 35 S. 164).

2. Die Wahrheitsfindung und Befragung von Zeugen oder Auskunftspersonen im Strafverfahren ist grundsätzlich Aufgabe der Strafverfolgungsbehörde und des Gerichts. Ein Anwalt kann ausnahmsweise, aus wichtigen Gründen und nur mit Zurückhaltung und Vorsicht Kontakt zu Personen aufnehmen, welche als Zeugen oder Auskunftspersonen in Betracht kommen. Die Auskünfte dürfen bei einer direkten Kontaktaufnahme nicht anderweitig zu erhalten sein. Ist die Befragung sachlich gerechtfertigt – was in Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden muss –, so ist sie zulässig, sofern dabei keine unerlaubte Beeinflussung des Zeugen erfolgt. Der Anwalt hat jeden Anschein einer möglichen Beeinflussung zu vermeiden und muss sicherstellen, dass sein Vorgehen nicht eine Verfälschung des Beweisergebnisses mit sich bringt. Es genügt die naheliegende Möglichkeit einer Beeinflussung, ob eine solche dann tatsächlich erfolgt und zu einer inhaltlich veränderten Zeugenaussage führt, ist nicht entscheidend. Die störungsfreie Sach-

verhaltsermittlung durch das Gericht oder die Untersuchungsbehörde muss gewährleistet bleiben. Zudem muss die Kontaktaufnahme den Interessen der eigenen Klientschaft dienen (BGE 136 II 551 E. 3.2.2 f. mit diversen Hinweisen zu den Lehrmeinungen; Bger 2C_909/2010 E. 2.1; GVP 1994 Nr. 74; BJM 1/2006 S. 47/49; ZR 106 (2007) Nr. 35 S. 161 ff.; ZR 96 (1997) Nr. 44; ZR 95 (1996) Nr. 43 S. 131 f.; ZR 81 (1982) Nr. 40 S. 103).

Sachliche Gründe für eine Befragung können beispielsweise vorliegen, wenn sich ein Anwalt Instruktionen über den Prozessstoff geben lassen will, um das Prozessrisiko abzuschätzen, oder wenn der Anwalt Informationen über Tatsachen sucht, von denen das künftige rechtliche Vorgehen abhängt (wie z. B. Prozesseinleitung, Einlegung oder Rückzug eines Rechtsmittels, Aufstellung einer Behauptung, Stellung eines Beweisantrages, Vornahme einer bedeutenden Prozesshandlung) (BGE 136 II 551 E. 3.2.2; Bger 2C_909/2010 E. 2.1; ZR 95 (1996) Nr. 43 S. 132; GVP 1994 Nr. 47; ZR 61 (1962) Nr. 5 S. 13).

Ist die private Befragung aus sachlichen Gründen ausnahmsweise zulässig, so muss Gewähr geboten werden, dass keine Beeinflussung des Zeugen stattfindet, respektive dass auch nicht der Anschein einer Beeinflussung entsteht. Entscheidend ist die Art und Weise, wie die Befragung durchgeführt wird; diese hat vom Rechtsanwalt mit der erforderlichen Zurückhaltung und grosser Vorsicht zu erfolgen. Um der Gefahr einer Beeinflussung des potenziellen Zeugen bzw. dem blossen Anschein einer unzulässigen Einflussnahme entgegenzuwirken, sind entsprechende Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen, die dazu beitragen, das Vorgehen transparent zu machen, und die es den Behörden später ermöglichen, sich ein Bild vom Vorgang zu machen. Zudem dienen diese Vorsichtsmassnahmen dem Schutz des Anwalts, sich von einem Vorwurf der versuchten Zeugenbeeinflussung oder der Vereitelung von Untersuchungshandlungen zu befreien. So soll der Anwalt den Zeugen schriftlich um ein Gespräch ersuchen und ihn darauf hinweisen, dass er weder verpflichtet ist zu erscheinen, noch auszusagen. Ebenfalls soll der Anwalt dem Zeugen mitteilen, im Interesse welches Mandanten das Gespräch stattfinden soll. Das Gespräch soll ohne den Mandanten und wenn immer möglich in den Räumlichkeiten des Anwalts stattfinden. Unerlässlich erscheint regelmässig der Beizug von unabhängigen Zeugen. Allenfalls wäre auch eine Ton- oder Bildaufnahme in Erwägung zu ziehen, um dem Verdacht einer unzulässigen Einwirkung auf die befragte Person entgegenzuwirken. Der Rechtsanwalt hat jegliche Druckausübung auf den Zeugen zu unterlassen. Unzulässig ist es, den Zeugen zu einer bestimmten Aussage oder überhaupt zu irgendeiner Aussage zu drängen, ihm für den Fall des Schweigens mit Nachteilen zu drohen oder ihm Suggestivfragen zu stellen (BGE 136 II 551 E. 3.2.2; Bger 2C_909/2010 E. 2.1; BJM 1/2006 S. 49, 53; VZR, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1998, S. 64 f.; ZR 96 (1997) Nr. 44).

3. a) Rechtsanwalt A.___ legt dar, die Befragung der beiden Auskunftspersonen sei nötig gewesen, um über das weitere Vorgehen entscheiden zu können. Ihre

Aussagen seien wesentlich gewesen zur Beurteilung, ob an der Einsprache festgehalten oder diese aber zurückgezogen würde. Der Entscheid zur Stellung des Antrags um erneute Einvernahme sei das Resultat der Befragung gewesen und nicht deren Anlass. Die telefonische Befragung sei einzig im Interesse des Mandanten zur Abschätzung der Prozesschancen erfolgt.

Sowohl der Mandant von Rechtsanwalt A. als auch die Ehefrau des Mandanten wurden verdächtigt, Betäubungsmittel verkauft zu haben. Der Mandant soll entsprechende Tätigkeiten vehement bestritten haben, während dessen Ehefrau den Strafbefehl akzeptiert habe. Gemäss den Aussagen des Mandanten könne es sein, dass die Auskunftspersonen Betäubungsmittel von seiner Ehefrau bezogen hätten, was hingegen den Aussagen der Auskunftspersonen widersprach, diese hatten zu Protokoll gegeben, die Betäubungsmittel vom Mandanten bezogen zu haben. Zum Aufschluss der Frage, von welcher Person die Betäubungsmittel tatsächlich bezogen wurden und damit zur Klärung der Erfolgsaussichten einer Einsprache war die Kontaktierung der Auskunftspersonen ohne Weiteres geeignet. Sie erschien zudem auch als einzige Möglichkeit, zu entsprechenden Informationen zu gelangen. Damit war die Kontaktierung der Auskunftspersonen sachlich gerechtfertigt. Ebenso lag sie im Interesse des Mandanten, um diesen allenfalls von einem aussichtslosen Rechtsmittelverfahren abzuhalten.

b) Bezüglich der Art und Weise, wie die Befragung durchgeführt wurde, legte Rechtsanwalt A. dar, dass er zwar weder eine vorgängige schriftliche Anfrage gemacht habe, noch einen unabhängigen Gesprächszeugen beigezogen habe. Er habe die Auskunftspersonen telefonisch kontaktiert und sich als Verteidiger von O. im Strafverfahren wegen Betäubungsmitteldelikten vorgestellt. Er habe sie gefragt, ob sie bereit seien, Auskunft zu erteilen, und dabei betont, dass es wichtig sei zu erfahren, «wie es genau war». Er habe sie gefragt, ob sie sich erinnern könnten, von wem sie das Marihuana bezogen hätten, wobei beide jeweils geantwortet hätten, dass sie es von der Ehegattin bekommen hätten. Er habe sie darauf hingewiesen, dass sie bei der Einvernahme O. als Verkäufer bezeichnet hätten, und sie gebeten, ohne Rücksicht auf ihn oder seinen Mandanten die Wahrheit zu sagen. Sie hätten beide mitgeteilt, sie hätten die Eheleute gesamthaft betrachtet und es habe für sie bei der Aussage keine Rolle gespielt, ob sie von dem einen oder anderen Ehegatten das Marihuana bezogen hätten. Beide hätten sich mit einer erneuten Einvernahme einverstanden erklärt. Er habe mit diesem Vorgehen die nötigen Vorkehrungen zur Vermeidung von jeglicher Beeinflussung getroffen.

Entgegen der Auffassung von Rechtsanwalt A. hat er mit dem von ihm gewählten Vorgehen keine Gewähr geboten, dass nicht der Anschein einer unzulässigen Beeinflussung entsteht. Das Telefongespräch kann von einer aussenstehenden, nicht anwesenden Person nicht nachvollzogen und die gestellten Fragen können nicht überprüft werden. Das Vorgehen war im Gegenteil intransparent und ermöglicht es den Behörden nicht, sich später ein Bild vom Vorgang zu machen. Vielmehr wäre es geboten gewesen, ein persönliches Gespräch in der Anwesenheit eines

unabhängigen Zeugen oder allenfalls unter Beizug einer Ton- oder Bildaufnahme durchzuführen. Nur ein solches Vorgehen hätte es den Untersuchungsbehörden erlaubt, sich ein objektives und nachvollziehbares Bild des Gesprächs und der einzelnen gestellten Fragen und Antworten zu machen; aufgrund der nun erfolgten Schilderung des Ablaufs des Telefongesprächs durch Rechtsanwalt A. ist dies hingegen nicht möglich. Besondere Vorsichtsmassnahmen wären insbesondere auch deshalb angebracht gewesen, weil beide Auskunftspersonen anlässlich der Einvernahme auf die Fragen, wer Marihuana verkauft habe, ausdrücklich und klar (auch) O. als Verkäufer bezeichneten (act. 1 Beilage D3 Fragen 13, 16; Beilage D4 Fragen 11, 14, 22). Zudem hatte die Ehefrau von O., welche später anstelle ihres Ehemannes belastet wurde, den gegen sie ausgefällten Strafbefehl bereits akzeptiert. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass O. lediglich über eine Jahresaufenthalterbewilligung B verfügte und damit mit einem Strafurteil sein Bleiberecht riskierte. Gerade unter einer solchen Konstellation ist naheliegend, dass bei einer intransparenten Befragung der Auskunftspersonen schnell der Anschein einer unzulässigen Beeinflussung oder gar Absprache entstehen kann. Da es für eine unzulässige Befragung von Auskunftspersonen genügt, wenn ein Anschein einer Beeinflussung entsteht, kann offen bleiben, ob letztlich auch eine Beeinflussung erfolgte; zugunsten von Rechtsanwalt A. bleibt jedoch darauf hinzuweisen, dass keine entsprechenden Anhaltspunkte vorliegen.

c) Zusammenfassend ist festzustellen, dass für eine Befragung der beiden Auskunftspersonen durch Rechtsanwalt A. zwar sachliche Gründe und ein Interesse des Mandanten vorhanden waren, die Art der Befragung hingegen nicht Gewähr bot, einen Anschein einer Beeinflussung zu verhindern. Damit hat Rechtsanwalt A. Art. 12 lit. a BGFA (sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung) verletzt.

## 76

*Art. 12 lit. c und lit. d BGFA (SR 935.61).* Interessenkollision und Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts. Ein Rechtsanwalt, der neben seiner (nebenberuflichen) Anwaltstätigkeit als Staatsanwalt tätig ist, kann keine anwaltliche Vertretung der Privatklägerschaft in einem von seinem Amt geführten Strafverfahren übernehmen.

*Anwaltskammer, 11. Januar 2012*

Rechtsanwalt A., der neben seiner nebenberuflichen Anwaltstätigkeit als Staatsanwalt tätig ist, vertritt die Privatklägerschaft im Rahmen eines Strafverfahrens gegenüber dem Untersuchungsamt, bei welchem er selber als Staatsanwalt tätig ist.

Aus den Erwägungen:

1. a) Anwälte meiden jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen (Art. 12 lit. c BGFA). Die entsprechende Treuepflicht gegenüber dem Klienten ist umfassender Natur und erstreckt sich auf alle Aspekte des Mandatsverhältnisses. Sie steht im Zusammenhang mit der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA, nach welcher die Rechtsanwälte «ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben» haben, wie auch mit Art. 12 lit. b BGFA, der sie zur Unabhängigkeit verpflichtet (BGer 2C_407/2008 E. 3.2; 2C_121/2009 E. 5.1; BGE 134 II 108 E. 3; ZR 109 (2010) Nr. 54 S. 213). Es genügt für die Bejahung eines Interessenkonflikts, dass sich der Anwalt in seinen Entscheidungen für einen Klienten nicht frei fühlt, weil diese seine eigenen oder die Interessen Dritter tangieren könnten, mit denen der Anwalt aus irgendwelchen Gründen verbunden ist (Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 12 N 84).

Der Gesetzeswortlaut von Art. 12 lit. c BGFA spricht von «jedem» Konflikt; entsprechend ist von einem weiten Konfliktbegriff auszugehen (Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 794; ZR 109 (2010) Nr. 54 S. 213). Die Berufspflichten der Anwälte beziehen sich somit nicht nur auf die Beziehung des Anwalts zum eigenen Klient, sondern erfassen die gesamte Berufstätigkeit des Rechtsanwalts, d. h. dessen sämtliche beruflichen Handlungen und somit auch das sonstige Geschäftsgebaren (BGer 2C_407/2008 E. 3.3; BGE 131 I 223 E. 3.4; Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 84a und N 6). Interessenkonflikte können sich daher auch aus Interessenlagen ergeben, die nicht nur anwaltlich begründet sind; entsprechend ist nicht gefordert, dass die Interessenkollision vor allem oder ausschliesslich aus anwaltlicher Mandatsführung abgeleitet wird. Entscheidend ist einzig der Sachzusammenhang. Vorausgesetzt wird eine Bindung, die nahelegt, dass der Anwalt bei seiner Berufstätigkeit auf die Interessen dieser Person Rücksicht nimmt, so dass die vorbehaltslose Interessenwahrung für den Klienten beeinträchtigt wird bzw. Vertraulichkeitskonflikte entstehen könnten (ZR 109 (2010) Nr. 54 S. 213; Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 84a und N 6; Pfister, Aktuelle Entscheide zur Interessenkollision, plädoyer 4/10 S. 66 f. m.w.H.). Andere Personen können ausser dem Klienten irgendwelche Dritte sein, der Staat oder der Anwalt selbst (Schiller, a. a. O., N 796).

Ein Anstellungsverhältnis begründet eine geschäftliche Beziehung mit besonders intensiver Bindung an den Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer kann ein existenzielles Interesse haben, auf seinen Arbeitgeber Rücksicht zu nehmen. Die Bindung zum Arbeitgeber ist in aller Regel geeignet, den Arbeitnehmer auch bei der Berufstätigkeit ausserhalb der Anstellung zu beeinflussen. Anwälte dürfen daher keine Mandate führen, die den Interessen ihres Arbeitgebers widersprechen. Der Anwalt darf nur Mandate übernehmen, die klar ausserhalb des Tätigkeitsbereichs des Arbeitgebers liegen, insbesondere darf er weder seinen Arbeitgeber selber, noch dessen Geschäftspartner oder Kunden vertreten (Schiller, a. a. O., N 915, N

918; BGE 130 II 87 E. 4.3.3 und E. 6.3.1). Für die Anwaltstätigkeit von nebenamtlichen Beamten gilt das Gleiche wie für den teilzeitig angestellten Anwalt (Schiller, a. a. O., N 935), entsprechend hat dies auch für Behördenmitglieder wie Staatsanwälte zu gelten, die teilzeitig als Anwälte tätig sind. Relevante Mandatskonflikte ergeben sich daher für den Anwalt als Behördenmitglied (insbesondere) dann, wenn sie in den Zuständigkeitsbereich seiner Amtsstelle fallen (so ausdrücklich für nebenamtliche Beamte bei Schiller, a. a. O., N 938).

b) Rechtsanwalt A. ist neben seiner (nebenberuflichen) Anwaltstätigkeit hauptamtlich zu [. . .]Prozent als Staatsanwalt beim Untersuchungsamt Z. tätig. Die von ihm ausgeübte Vertretung der Privatklägerschaft erfolgt gegenüber dem Untersuchungsamt Z., mithin gegenüber seinem Arbeitgeber bzw. der Amtsstelle, bei welcher er hauptamtlich tätig ist. Das ausgeübte anwaltliche Mandat betrifft damit klar ein Mandat, das im Tätigkeitsbereich des Arbeitgebers liegt bzw. in den Zuständigkeitsbereich der Amtsstelle fällt. Der Umstand, dass der Fall beim Untersuchungsamt intern einer anderen Gruppe zugeteilt worden ist, vermag daran nichts zu ändern. Entgegen der Auffassung von Rechtsanwalt A. beinhaltet die Vertretung der Privatklägerschaft nicht gleichläufige Interessen wie die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft. Als Vertreter der Privatklägerschaft kann er vielmehr auch gehalten sein, einen anderen Verfahrensabschluss – als von der Staatsanwaltschaft beabsichtigt – anzustreben, so beispielsweise wenn die Einstellung des Verfahrens zur Diskussion steht. Ebenso kann die Behandlung der Zivilforderungen im Falle des Erlasses eines Strafbefehls (Verweisung auf den Weg des Zivilprozesses, Art. 353 Abs. 2 StPO) zu einer divergierenden Interessenlage führen. Schliesslich können auch unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich abzunehmender Beweise und der Teilnahmerechte der Privatklägerschaft entstehen. Die gleichzeitige Tätigkeit als Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft und rechtliche Vertretung der Privatklägerschaft gegenüber der Staatsanwaltschaft birgt damit ohne Weiteres die nahe Möglichkeit von konkreten Interessenkollisionen. Die Bindung an den Arbeitgeber ist zudem geeignet, Rechtsanwalt A. bei seiner anwaltlichen Tätigkeit zu beeinflussen. So ist es durchaus denkbar, dass er aus Loyalitätsgründen gegenüber Arbeitskollegen nicht mit der gleichen Hartnäckigkeit und Kritik auftritt als ohne die entsprechende Bindung. Eine vorbehaltslose Interessenwahrung kann auch dadurch verletzt werden, dass bei einem Vorgehen gegen den eigenen Arbeitgeber, von dem er den Hauptteil seines Einkommens bezieht, eine «mentale und moralische Barriere» vorhanden ist und entsprechend zurückhaltender prozessiert wird.

c) Insgesamt legt eine solche Situation nahe, dass sich der Rechtsanwalt in seinen Entscheidungen für einen Klienten in der Rolle eines Privatklägers nicht frei fühlt, weil er sich mit einer vorbehaltslosen Interessenwahrung in Konflikt mit den Interessen des Arbeitgebers «Staatsanwaltschaft» begeben würde. Ist ein derartiger Konflikt absehbar, so darf die Interessenvertretung gar nicht übernommen werden (vgl. BGer 2C_121/2009 E. 5.1; BGE 134 II 108 E. 4.2.1; Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 85). Das Gesetz untersagt bereits die Konfliktsitua-

tion als solche, nicht erst das Tätigwerden gegen die Interessen des Klienten. Entsprechend ist das Führen von Mandaten in einer Konfliktsituation unzulässig. Dass einem Klienten durch den Konflikt ein Nachteil erwächst, ist nicht erforderlich. Folgerichtig hat der Anwalt alle Mandate abzulehnen, die ihn in eine solche Situation bringen würden (Pfister, Aktuelle Entscheide zur Interessenkollision, plädoyer 4/10 S. 66 m.w.H.; Schiller, a. a. O., N 803, N 845). Rechtsanwalt A. hat damit Art. 12 lit. c BGFA (Verbot der Interessenkollision) verletzt.

d) Entgegen der Auffassung von Rechtsanwalt A. kann alleine aus dem Umstand, dass der Privatklägerschaft seine hauptberufliche Tätigkeit als Staatsanwalt beim Untersuchungsamt Z. bekannt ist, keine Einwilligung in eine Interessenkollision abgeleitet werden.

Da die Bindung an den Arbeitgeber erheblich sein kann, ist eine Einwilligung des Klienten zu Konflikten mit Interessen des Arbeitgebers besonders sorgfältig und kritisch zu prüfen (Schiller, a. a. O., N 921). Die Tragweite der Interessenbindung an den Arbeitgeber war der Privatklägerschaft kaum bekannt, vielmehr erhoffte sie sich aus der bekannten, gleichzeitigen Tätigkeit bei der Staatsanwaltschaft sachliche und fachliche Vorteile. Eine explizite Einwilligung nach entsprechender Aufklärung liegt zudem nicht vor, eine allfällige stillschweigende Einwilligung ist im Zusammenhang mit den oben erwähnten Vorwürfen nicht ausreichend. Der Klient muss wissen, wozu er eine Einwilligung erteilt; die Einwilligung muss klar und eindeutig sein. Sie ist mit Vorteil schriftlich abzufassen (Pfister, Aktuelle Entscheide zur Interessenkollision, plädoyer 4/10 S. 68, S. 71 mit Verweis auf den [offenbar unveröffentlichten] Beschluss AK vom 6.5.2010 KG 090024).

2. a) Anwälte üben ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus (Art. 12 lit. b BGFA). Die Frage der Unabhängigkeit ist verknüpft mit der in Art. 12 lit. c BGFA festgeschriebenen Berufspflicht des Anwalts, jeden Konflikt zwischen den Interessen seiner Klientschaft und denjenigen anderer Personen, Unternehmungen oder Organisationen, mit denen er geschäftlich oder privat in Beziehung steht, zu vermeiden. Der Anwalt muss insoweit Gewähr dafür bieten, dass sämtliche Handlungen, die er in einer Angelegenheit vornimmt, ausschliesslich vom Interesse seines Mandanten bestimmt sind. Wer sich an einen Anwalt wendet, soll gewiss sein dürfen, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten (BGE 130 II 87 E. 4.2 m.w.H.). Nur wer sich frei hält von beruflichen, persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeiten ist in der Lage, sich rückhaltlos für die Interessen eines Dritten einzusetzen. Wer hingegen so eng mit anderen Personen verbunden ist, dass er ängstlich nach den Konsequenzen schielen muss, die sein Tun für diese und deren Reaktion für ihn hat, wird nie seine ganze Kraft für die Durchsetzung der Interessen seiner Klienten einsetzen können (Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 58). Die Ausübung eines Mandats unter dem Einfluss des Arbeitgebers ist mit dem Erfordernis der anwaltlichen Unabhängigkeit nicht vereinbar (BGE 130 II 87 E. 4.3.3). Der angestellte Anwalt kann die

verlangte Unabhängigkeit aufweisen, wenn er seine Anwaltstätigkeit ausserhalb dieses Angestelltenverhältnisses ausübt und sich auf Mandate beschränkt, die auch klar ausserhalb des Tätigkeitsbereich seines Arbeitgebers liegen (BGE 130 II 87 E. 5.2).

b) Im Rahmen des Eintrags von Rechtsanwalt A. in das Anwaltsregister war aufgrund seiner hauptberuflichen Tätigkeit bei der Staatsanwaltschaft Z. das Fehlen der (institutionellen) Unabhängigkeit (nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) zu vermuten. Diese Vermutung konnte durch die Bestätigung des vorgesetzten Staatsanwalts vom [. . .] grundsätzlich widerlegt werden (vgl. BGE 130 II 87 E. 5.1.1, E. 6.3.1). Dabei ging es (einzig) um die Prüfung der institutionellen Unabhängigkeit und insbesondere um die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses und die getroffenen organisatorischen Vorkehrungen, die eine Beeinflussung der anwaltlichen Tätigkeit durch die Interessen des Arbeitgebers grundsätzlich verunmöglichen sollten. Vorliegend zu prüfen bleibt die (mandatsbezogene) Unabhängigkeit im Zuge der Berufsausübung nach Art. 12 lit. b BGFA.

Die an Rechtsanwalt A. adressierte und von ihm eingereichte Bestätigung des vorgesetzten Staatsanwalts [. . .] weist darauf hin, dass sich Rechtsanwalt A. verpflichtet habe, «gesamtschweizerisch auf die Übernahme von Strafprozessen als Verteidiger oder Strafkläger- bzw. Opfervertreter sowie auf das Führen von Prozessen gegen die Staatsanwaltschaft oder den Kanton St.Gallen aus Staatshaftung zu verzichten» und dass er «bei einer Feststellung, dass ein von [ihm] als Anwalt geführtes Mandat einen Konnex zu einem Strafverfahren hat, den Amtsleiter des Untersuchungsamts Z. zu informieren und das Mandat niederzulegen» hat [. . .].

Ob die Auslegung der Formulierung «bei einer Feststellung, dass ein vom [mir] als Anwalt geführtes Mandat einen Konnex zu einem Strafverfahren hat» so – wie von Rechtsanwalt A. vorgebracht – zu verstehen ist, dass ein bei der Staatsanwaltschaft hängiges Strafverfahren einen Konnex zu einem seiner (potenziellen) Mandaten aufweise und er einen Zusammenhang zwischen diesen zwei Fällen feststelle, was aber vorliegend nicht der Fall sei, da es nur dieses eine Verfahren gäbe, kann offen bleiben. Hinsichtlich der Unabhängigkeit zentral ist, dass Rechtsanwalt A. keine Vertretung in einem Verfahren übernehmen kann, das im Tätigkeitsbereich seines Arbeitgebers liegt (vgl. oben E. II.2.a). Unter dem Aspekt der Unabhängigkeit muss ausgeschlossen werden, dass Rechtsanwalt A. eine rechtliche Vertretung in einem Verfahren inne hat, das gleichzeitig bei seinem Arbeitgeber geführt wird, da er sich als angestellter Arbeitnehmer von den Interessen seines Arbeitgebers nicht völlig freimachen und durch ein vom Interesse des Klienten abweichendes Interesse des Arbeitgebers beeinflusst werden kann. So können die Interessen insbesondere bei der Art des Verfahrensabschlusses, bei der Beweiserhebung, bei der Beurteilung der Zivilforderung wie auch der Art und Weise der Gewährung der Teilnahmerechte divergieren und die nahe Möglichkeit von konkreten Interessenkollisionen oder die Gefahr der Beeinflussung in sich bergen. Auch die Art der Prozessführung und des Auftretens gegenüber dem eigenen Arbeitgeber kann

nicht in der gleichen freien und unabhängigen Weise erfolgen, wie dies ein nicht gebundener Anwalt tun könnte und sollte (vgl. auch oben, E. II.1.b). Schliesslich kann bei solchen Konstellationen und sachlicher Verknüpfung von Interessenvertretungen auch eine Gefährdung des Anwalts- oder Amtsgeheimnis nicht ausgeschlossen werden. Folglich liegen Interessenbindungen vor, welche die von Art. 12 lit. b BGFA geforderte Unabhängigkeit nicht mehr zu gewährleisten vermögen. Im Sinne einer klaren, transparenten und für den Rechtssuchenden überblickbaren Ordnung erweist sich der generelle Ausschluss von rechtlichen Vertretungen, welche Strafverfahren beim Untersuchungsamt Z. betreffen, als geradezu geboten, um die verlangte Unabhängigkeit sicherzustellen und durchzusetzen. So lässt denn auch die Bestätigung des vorgesetzten Staatsanwalts vom [...] eine gesamtschweizerische Tätigkeit in Strafprozessen als Verteidiger oder Strafkläger- bzw. Opfervertreter nicht zu.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Rechtsanwalt A. durch die Übernahme der Vertretung der Privatklägerschaft in einem beim Untersuchungsamt Z. anhängigen Strafverfahren das Gebot der Unabhängigkeit nach Art. 12 lit. b BGFA verletzt hat.

## 5. Schuldbetreibung und Konkurs

### 77

*Art. 20a Abs. 3 SchKG (SR 281.1) i.V. m. Art. 27 Abs. 3 EG-SchKG (sGS 971.1) und Art. 10bis Abs. 1 VRP (sGS 951.1).* Anforderung an die Bezeichnung einer Zustelladresse in der Schweiz. Die Aufforderung zur Bezeichnung einer Zustelladresse in der Schweiz hat auf dem ordentlichen Rechtshilfeweg zu erfolgen. Eine telefonische Anfrage an den Ehemann der Beschwerdeführerin ist ungenügend.

*Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 15. August 2012*

Das Kreisgericht klärte bei der Gemeinde ab, ob die Beschwerdeführerin in der Schweiz angemeldet ist. Es erhielt die Auskunft, dass das Betreibungsamt die Post jeweils nach X. zustelle, da sich die Beschwerdeführerin mit ihrem Ehemann regelmässig dort aufhalte. Ebenso erhielt das Kreisgericht die Natelnummer des Ehemannes. In der Folge nahm das Kreisgericht telefonisch Kontakt auf mit dem Ehemann, dieser soll bestätigt haben, dass die Post an die Anschrift in X. gesendet werden soll. Die eingeschriebenen Briefe, mit welchen u. a. die Leistung eines

Kostenvorschusses eingefordert wurde, holte die Beschwerdeführerin nicht ab. In der Folge schrieb das Kreisgericht das Verfahren infolge Nichtleistung des Kostenvorschusses ab, wogegen die Beschwerdeführerin Beschwerde erhob.

Aus den Erwägungen:

5. a) Beteiligte mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland bezeichnen eine Zustelladresse in der Schweiz oder einen Vertreter mit Wohn- oder Geschäftssitz in der Schweiz (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V. m. Art. 27 Abs. 3 EG-SchKG und Art. 10$^{bis}$ Abs. 1 VRP).

Die erste Mitteilung bzw. Aufforderung, in der die Nennung einer Zustelladresse in der Schweiz verlangt und allenfalls Sanktionen angedroht werden, ist auf dem dafür vorgesehenen ordentlichen Rechtshilfeweg zuzustellen (so früher ausdrücklich Art. 74 aGerG; Holenstein, Gerichtsgesetz des Kantons St.Gallen vom 2. April 1987, Art. 74 Anm. 3 und Art. 73 Anm. 7; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 8.43). Eine direkte Postzustellung nach Deutschland ist nicht zulässig (www.rhf. admin.ch/rhf/de/home/rhf/index/laenderindex/deutschland.html).

b) Alleine die mündliche Information, dass das Betreibungsamt bisher die Zustellungen an die Anschrift in X. vorgenommen habe, stellt keine genügende Begründung eines Zustelldomizils in der Schweiz dar. Schriftliche Unterlagen, wonach die Beschwerdeführerin gegenüber dem Betreibungsamt die Anschrift in X. für die vorliegende Betreibung und die damit zusammenhängenden Verfahren als Zustelldomizil bezeichnet hätte, liegen weder bei den vorinstanzlichen Akten, noch hat die Vorinstanz solche Unterlagen der Stellungnahme [. . .] beigelegt. Die telefonische Bestätigung des Ehemannes der Beschwerdeführerin, dass die Zustellungen an die Anschrift in der Schweiz erfolgen könnten, erfolgte ohne Vorlage einer entsprechenden Vollmacht der Beschwerdeführerin. Zudem dürfte eine lediglich mündliche Angabe eines Zustelldomizils in beweisrechtlicher Hinsicht angesichts der weitreichenden Folgen im Falle eines Säumnisses ebenfalls ungenügend sein. Daran würde auch eine Aktennotiz nichts ändern; eine solche wurde aber vorliegend ebenfalls nicht erstellt.

c) Damit ist festzuhalten, dass die von der Vorinstanz verwendete «Zustelladresse» kein rechtsgültig bezeichnetes Zustelldomizil darzustellen vermag, welches allfällige Säumnisfolgen rechtsgültig eintreten liesse. Die Beschwerdeführerin ist vielmehr entweder auf dem ordentlichen Rechtshilfeweg anzuschreiben oder auf diesem Weg aufzufordern, ein Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde hinsichtlich der von der Vorinstanz vorgenommenen Abschreibung des Verfahrens [. . .] mangels Leistung des Kostenvorschusses zu schützen ist und der vorinstanzliche Entscheid diesbezüglich aufgehoben wird. Das Kreisgericht hat mit der Beschwerdeführerin entweder auf dem ordentlichen Rechtshilfeweg zu korrespondieren oder aber die gültige Bezeichnung eines Zustelldomizils im Sinne der obigen Erwägungen nachzuholen.

## 78

*Art. 22 SchKG, Art. 50 Abs. 2 SchKG (SR 281.1).* Nichtigkeit einer Pfändungsankündigung bei einer Betreibung am Spezialdomizil. Nichtigkeitsbegründend ist die Verletzung von Normen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse der nicht am Verfahren beteiligten Personen erlassen worden sind. Die Verletzung von Normen, die nur im Interesse von Verfahrensbeteiligten erlassen worden sind, gilt als einfache Rechtsverletzung, welche nur mit Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG geltend gemacht werden kann. Der Zahlungsbefehl und die Mitteilung des Verwertungsbegehrens stellen Verfügungen dar, welche im Interesse der Verfahrensbeteiligten stehen; werden Vorschriften im Zusammenhang mit diesen Verfügungen verletzt, liegt keine Nichtigkeit vor. Aufgrund der Möglichkeit des Pfändungsanschlusses und der damit denkbaren Beeinträchtigung von Interessen Dritter ist eine nicht am Wohnsitz des Schuldners erlassene Pfändungsankündigung und eine nicht am Wohnsitz vorgenommene Pfändung grundsätzlich nichtig. Bei einer Betreibung am Spezialdomizil nach Art. 50 Abs. 2 SchKG ist ein Pfändungsanschluss hingegen nicht möglich. Entsprechend können keine Drittinteressen beeinträchtigt werden, so dass eine solche Pfändungsankündigung bzw. eine nicht am Wohnsitz vorgenommene Pfändung bei einer Betreibung an einem Spezialdomizil nach Art. 50 Abs. 2 SchKG nicht nichtig ist.

*Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 11. Dezember 2012*

Der Beschwerdeführer verfügt über einen ausländischen Wohnsitz; in der Schweiz wurde eine Betreibung gegen ihn an einem Spezialdomizil nach Art. 50 Abs. 2 SchKG eingeleitet. Nach Durchführung des Rechtsöffnungsverfahrens und einer Klage auf Aberkennung der Forderung erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen das Verwertungsbegehren, die Pfändungsurkunde und den Zahlungsbefehl. Die Vorinstanz stellte fest, dass die Beschwerde verspätet eingereicht wurde und verneinte eine von Amtes wegen jederzeit feststellbare Nichtigkeit der Verfügungen.

Aus den Erwägungen:

5. [. . .]

Soweit der Schuldner eine «Aufhebung» dieser angefochtenen Betreibungshandlungen bzw. Verfügungen beantragt, ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz zu Recht feststellte, dass die vorinstanzliche Beschwerde zu spät erfolgte und insoweit zu Recht auf die Beschwerde nicht eintrat. Eine Aufhebung ist daher nur (von Amtes wegen) möglich, sofern die entsprechenden Verfügungen nichtig

wären; eine «separate» Aufhebung ohne Feststellung der Nichtigkeitsfolgen – wie dies der Schuldner sinngemäss eventualiter beantragt [. . .] – ist mangels Einhaltung der vorinstanzlichen Beschwerdefrist nicht möglich [. . .].

Es ist daher zu prüfen, ob die am Spezialdomizil bzw. ehemaligen Wohnsitz des Schuldners angehobene Betreibung, bzw. der dabei erlassene Zahlungsbefehl, die Pfändungsurkunde (inkl. Pfändungsankündigung) und die Mitteilung des Verwertungsbegehrens nur (mit Beschwerde innert Frist) anfechtbar oder – was von Amtes wegen jederzeit festzustellen wäre – nichtig sind.

6. a) Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung bewirkt in der Regel nur deren Anfechtbarkeit, d. h. die Verfügung ist an sich grundsätzlich gültig und damit rechtswirksam, aber sie kann vom Verfahrensbeteiligten während einer bestimmten Frist in einem förmlichen Verfahren angefochten werden (BSK SchKG I – Cometta/Möckli, Art. 22 N 4). Im Allgemeinen ist die Verletzung einer Vorschrift über die örtliche Zuständigkeit rechtzeitig mit Beschwerde zu rügen, denn grundsätzlich ist eine am falschen Ort angehobene Betreibung nicht nichtig. Erhebt daher ein Schuldner nicht rechtzeitig Beschwerde, kann er sich später nicht mehr auf die Unzuständigkeit berufen. Hingegen sind am unrichtigen Betreibungsort vorgenommene Betreibungshandlungen nichtig, wenn dies das öffentliche Interesse oder die Rücksichtnahme auf die Interessen der allenfalls in unbekannter Zahl beteiligten Dritten gebietet. Nichtigkeitsbegründend ist mithin die Verletzung von Normen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse der nicht am Verfahren beteiligten Personen erlassen worden sind. Die Nichtigkeit, d. h. die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, ist nur ausnahmsweise anzunehmen (Art. 22 Abs. 1 SchKG; BSK SchKG I – Cometta/Möckli, Art. 22 N 8 f.; BSK SchKG I – Schmid, Art. 46 N 30 f.; Lorandi, a. a. O., Art. 22 N 17). Die Verletzung von Normen, die nur im Interesse von Verfahrensbeteiligten erlassen worden sind, gilt als einfache Rechtsverletzung, welche nur mit Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG geltend gemacht werden kann (Lorandi, a. a. O., Art. 22 N 17).

b) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine nicht am Wohnsitz des Schuldners erlassene Pfändungsankündigung und eine nicht am Wohnsitz vorgenommene Pfändung als nichtig anzusehen. Diese Rechtsprechung beruht auf der Überlegung, dass eine solche Pfändungsankündigung bzw. Pfändung nicht nur die Interessen von Gläubiger und Schuldner, sondern auch diejenigen Dritter betrifft, nämlich allfälliger weiterer Gläubiger, die sich der Pfändung gemäss Art. 110 f. SchKG anschliessen können (BGE 105 III 60 E. 1.; BGer 7B.17/2007 E. 6.3; Lorandi, a. a. O., Art. 22 N 72; BSK SchKG I – Schmid, Art. 46 N 33; BSK SchKG I – Cometta/Möckli, Art. 22 N 13). Die Nichtigkeit betrifft jedoch nicht auch den der Pfändung zugrunde liegenden Zahlungsbefehl, weil das Recht auf Teilnahme erst die Pfändung betrifft. Der Erlass eines Zahlungsbefehls durch ein örtlich unzuständiges Betreibungsamt ist lediglich anfechtbar (BGE 68 III 33 S. 35; BSK SchKG I – Schmid, Art. 46 N 33, N 35; Lorandi, a. a. O., Art. 22 N 83).

Sind keine derartigen Drittinteressen (wie der Pfändungsanschluss) im Spiel, so besteht kein Grund, eine von einem unzuständigen Amt vollzogene Pfändung bzw.

erlassene Pfändungsankündigung als nichtig zu betrachten. Die Rechtsprechung verwehrt deshalb dem Schuldner, sich auf Nichtigkeit der Pfändung zu berufen, wenn er geltend machen will, er wohne im Ausland und müsse dort betrieben werden, weil eben die Anschlussrechte anderer Gläubiger bei einer Pfändung im Ausland ausser Betracht fallen. Eine solche Pfändung bzw. Pfändungsankündigung ist bloss anfechtbar (BGE 105 III 60 E. 1. m.w.H.; BGer 7B.17/2007 E. 6.3; BGE 68 III 33, S. 36; 63 III 114 S. 115 m.w.H.; BSK SchKG I – Schmid, Art. 46 N 35 f.).

7. Sowohl der Zahlungsbefehl als auch die Mitteilung des Verwertungsbegehrens stellen Verfügungen dar, welche im Interesse der Verfahrensbeteiligten (insbesondere des Schuldners; vgl. Lorandi, a. a. O., Art. 22 N 83) stehen. Werden Vorschriften im Zusammenhang mit diesen Verfügungen verletzt, so sind weder öffentliche Interessen, noch Interessen von nicht am Verfahren beteiligten Dritten verletzt (vgl. auch oben, E. 6.a). Der Zahlungsbefehl vom [. . .] wie auch die Mitteilung des Verwertungsbegehrens vom [. . .] sind daher nicht nichtig.

Die Frist zur Anfechtung dieser Verfügungen auf dem Beschwerdeweg ist – wie die Vorinstanz zu Recht feststellte – vor Einreichung der erstinstanzlichen Beschwerde abgelaufen.

8. a) Hinsichtlich der Pfändungsankündigung bzw. Pfändungsurkunde kam die Vorinstanz zum Schluss, dass keine zu berücksichtigende Drittinteressen oder öffentliche Interessen im Spiel sind, welche es rechtfertigen würden, die Pfändung als nichtig zu erklären.

b) Der Schuldner wendet dagegen ein, dass sowohl seine Konsortialpartner als auch [K.] im Zusammenhang mit de[n] noch nicht abgeschlossenen [Werkvertragsarbeiten] wie auch der künftigen Liquidation der einfachen Gesellschaft potenzielle Gläubiger seien. Diese könnten sich im Gegensatz zum vorliegenden Gläubiger auf einen schweizerischen Betreibungsort gemäss Art. 50 Abs. 1 SchKG berufen, da das Konsortium und damit auch er in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung besitzen würden. Damit seien Drittinteressen in der Schweiz betroffen und die genannten Betreibungshandlungen nichtig.

c) Der Gläubiger leitete sein Betreibungsbegehren beim Betreibungsamt [Z.] ein mit dem Hinweis, dass es sich um eine Betreibung am Spezialdomizil nach Art. 50 Abs. 2 SchKG [. . .] handle und der Schuldner im Ausland [. . .] wohne.

[. . .]

Bleibt es damit aber bei der Betreibung am Spezialdomizil nach Art. 50 Abs. 2 SchKG, so ist zu berücksichtigen, dass dieser Betreibungsort nur für die Verbindlichkeit gewährt wird, auf welche sich die Domizilwahl bezieht. Er stellt also einen besonderen Betreibungsort für die Betreibung durch einen einzigen Gläubiger und für die Zwangsvollstreckung einer einzigen Verbindlichkeit dar. An diesem Ort ist ein Pfändungsanschluss im Sinne von Art. 111 SchKG nicht zulässig (vgl. Pra 71 [1982] Nr. 47 S. 109 ff., E. 4.a. und 4.e). Ist aber die Betreibung auf einen einzigen Gläubiger und eine einzige Verbindlichkeit beschränkt, so ist nicht nur der privilegierte Pfändungsanschluss nach Art. 111 SchKG, sondern auch der «normale»

Pfändungsanschluss nach Art. 110 SchKG ausgeschlossen (so auch Ammon/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 10 N 30; Jäger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG I, 4. A., Zürich 1997, Art. 50 N 10 und KUKO SchKG – Bolliger/Jeanneret, Art. 50 N 14; sie alle treffen keine weitere Unterscheidung betreffend die Art des Pfändungsanschlusses).

Ist aber ein Pfändungsanschluss nicht möglich, so können auch keine Drittinteressen beeinträchtigt werden. Sind damit – entgegen der Auffassung des Schuldners – keine solchen Anschlussrechte von Dritten bzw. allfälligen anderen Gläubigern betroffen, so ist die Pfändung bzw. Pfändungsurkunde und Pfändungsankündigung ebenfalls nicht nichtig.

9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vom Schuldner angefochtenen Verfügungen des Betreibungsamtes (Zahlungsbefehl, Mitteilung des Verwertungsbegehrens, Pfändungsankündigung, Pfändungsurkunde) nicht nichtig sind; die Beschwerdefrist von zehn Tagen wurde anlässlich der vorinstanzlichen Beschwerdeeingabe des Schuldners nicht gewahrt. Damit kann offen bleiben, ob die Betreibung in Z. letztlich korrekt war. Die dort angehobene Betreibung ist nicht aufzuheben und die Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid ist abzuweisen.

## 79

*Art. 86 SchKG (SR 281.1); Art. 91 Abs. 1 Satz 2 und Art. 308 Abs. 2 ZPO (SR 272).* Bei der Rückforderungsklage gehören auch die vom Betreibungsschuldner bezahlten Betreibungskosten und Inkassogebühren zum Streitwert.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 24. Mai 2012*

Aus den Erwägungen:

2. a) Mit der Beschwerde anfechtbar sind unter anderem nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide (Art. 319 lit. a ZPO). Nicht berufungsfähig sind dabei in – wie hier – vermögensrechtlichen Angelegenheiten getroffene Entscheide, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Begehren weniger als Fr. 10 000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Von einem Streitwert von unter Fr. 10 000.–, nämlich Fr. 9900.–, ging, wie ausgeführt, auch die Vorinstanz aus. Sie stützte sich dabei auf Art. 73 Abs. 3 ZPO/SG, wonach laufende Zinsen, Früchte, Vorbehalte und Kosten des laufenden Prozesses für den Streitwert nicht berücksichtigt würden. Zu Letzteren gehörten, so die Vorinstanz, auch die Kosten eines vorangegangenen Betreibungsverfahrens. Was für die Betreibungskosten des Aberkennungsprozesses gelte, habe für solche Kosten auch bei einer Rückforderungsklage zu gelten. Der Streitwert betrage

daher unter Vernachlässigung der in der ursprünglichen Betreibung bezahlten Zahlungsbefehlskosten und der Inkassogebühren Fr. 9900.– (vi-Entscheid, S. 2 f.).

b) Die Vorinstanz wies in den Erwägungen zu Recht darauf hin, dass für die Weiterziehbarkeit ihres Entscheids gestützt auf Art. 405 Abs. 1 ZPO die Schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung gelangt, mit der Folge, dass die von Amtes wegen zu prüfenden Voraussetzungen für das Eintreten auf das Rechtsmittel, wozu auch der massgebliche Streitwert gehört (vgl. Art. 59 ZPO und Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich 2010, N 90 zu Art. 59 ZPO), nicht nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht, sondern nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung zu beurteilen sind. Die unterschiedliche Rechtsgrundlage ist dabei hier insofern ohne entscheidende Bedeutung, als vergleichbar mit der bisherigen Regelung auch nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt wird (zur diesbezüglichen bisherigen Regelung vgl. Art. 73 Abs. 1 ZPO/SG) und Zinsen sowie Kosten des laufenden Verfahrens (aber) nicht berücksichtigt werden (Art. 91 Abs. 1 ZPO).

c) Hier lautete das Rechtsbegehren auf Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Fr. 10 019.85, wobei sich dieser Betrag zusammensetzt aus der gegen die Klägerin in Betreibung gesetzten und von ihr bezahlten Forderung von Fr. 9900.–, den Kosten des Zahlungsbefehls des Betreibungsamtes St.Gallen von Fr. 70.– und den Inkassogebühren von Fr. 49.85 für die Zahlung an das Betreibungsamt. Angesichts der primären Massgeblichkeit des Rechtsbegehrens und des Umstands, dass selbst bei offenkundigem Überklagen der Streitwert dem Betrag entspricht, dessen Bezahlung verlangt wird (vgl. Stein-Wigger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a. a. O., N 16 und N 17 zu Art. 91 ZPO, mit weiteren Hinweisen), kann man sich fragen, weshalb die Vorinstanz nicht ohne weiteres von einem Streitwert von Fr. 10 019.85 ausgegangen ist. Zuzugestehen ist ihr allerdings, dass sie den Streitwert von Amtes wegen im Hinblick auf die Zuständigkeit, die Verfahrensart und die Weiterziehbarkeit feststellen musste und in diesem Zusammenhang die allfällige Nebenforderungsqualität der Fr. 70.– Zahlungsbefehlskosten und der Fr. 49.85 Inkassogebühren im Sinn von Art. 73 Abs. 3 ZPO/SG bzw. Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO prüfen durfte. Zuzugestehen ist ihr überdies, dass Lehre und Rechtsprechung in der Tat im vorangegangenen Verfahren entstandene Aufwendungen wie Betreibungs-, Rechtsöffnungs-, Arrest- oder Hinterlegungskosten zu den für die Streitwertfestsetzung irrelevanten Kosten des laufenden Verfahrens zählen, mit der Folge, dass z. B. die Betreibungs- und die Rechtsöffnungskosten den Streitwert des Aberkennungsverfahrens nicht beeinflussen (Stein/Wigger, a. a. O., N 33 zu Art. 91 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 13 zu 73 ZPO/SG; GVP 1986 Nr. 46). Von Letzterem, d. h. vom Aberkennungsverfahren nach Art. 83 Abs. 2 SchKG, unterscheidet sich die Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG aber dahingehend, dass der vorausgesetzte unmittelbare Zusammenhang zwischen den beiden Verfahren fehlt. Zwar knüpft auch

die Rückforderungs- wie die Aberkennungsklage an eine Betreibung an. Bei der Aberkennungsklage ist diese Betreibung aber noch pendent und geht es bei der Klage gerade darum, festzustellen, ob der Betreibungsschuldner zur fraglichen Zahlung verpflichtet ist oder nicht und ob die pendente Betreibung fortgesetzt werden kann oder nicht. Beim Rückforderungsverfahren ist die Betreibung hingegen abgeschlossen und ist nicht nur zu prüfen, ob der Betreibungsschuldner zur Zahlung verpflichtet gewesen wäre, sondern auch, ob er unter Betreibungszwang (Art. 86 Abs. 1 SchKG: «... infolgedessen ...») bezahlt hat. Die Fragestellung geht mit andern Worten weiter. Deshalb erscheint angezeigt, die Kosten des der Rückforderungsklage vorangegangenen Betreibungsverfahrens nicht als Nebenforderungen, sondern als den Streitwert beeinflussende Positionen zu betrachten. Hierfür spricht insbesondere auch der Vergleich mit den Zinsen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung beeinflussen (akzessorische) Zinsforderungen nämlich zwar den Streitwert nicht nur dann nicht, wenn sie in Prozenten oder in Geld als gesonderter Klageposten geltend gemacht werden, sondern auch dann, wenn sie zum Kapital geschlagen werden. Dies gilt aber dann nicht, wenn die Zinsen Berechnungskomponenten für Regressforderungen oder für Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung darstellen und in diesen Forderungen aufgegangen sind (BGE 118 II 363 und BGE 61 II 334 E. 1; Stein-Wigger, a. a. O., N 30 f. zu Art. 91 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 11.a zu Art. 73 ZPO/SG). Genauso, d. h. im Sinn des Letzteren, verhält es sich auch vorliegend, indem zum Kapital mit den Zahlungsbefehlskosten und der Inkassogebühr zwei zusätzliche Positionen den zurückverlangten Gesamtbetrag bilden, wobei die eine – die Inkassogebühr – nicht einmal dem beklagten Gläubiger zugekommen ist, sondern an das Betreibungsamt bezahlt wurde.

d) Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert damit – zusammenfassend – zu Unrecht mit Fr. 9900.–. Auszugehen ist vielmehr von Fr. 10 019.85, und zwar, weil, wie ausgeführt, der Streitwert als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen ist, unabhängig davon, dass keine der Parteien gegen die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz Einwendungen erhob. Die unrichtige Annahme der Vorinstanz hat zur Folge, dass die Rechtsmittelbelehrung falsch war; das Urteil der Vorinstanz ist somit nicht beschwerdefähig bzw. es wäre das Rechtsmittel der Berufung dagegen zu erheben gewesen. Auf die Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden.

## 80

*Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG (SR 281.35).* Ablehnung der Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist, Kostenfolgen. Die Inanspruchnahme der unteren Aufsichtsbehörde bei der Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags unterliegt einer Gebühren- und Entschädigungspflicht. Die Gebühr ist auf Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG abzustützen.

*Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 6. Juli 2012*

Aus den Erwägungen:

5. d) Die Beschwerde gegen die Ablehnung der Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist ist daher abzuweisen. Nichtigkeitsgründe sind nicht ersichtlich. [. . .]

6. a) Der Schuldner wendet sich zudem gegen die vorinstanzliche Parteientschädigung.

b) Gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG ist das Beschwerdeverfahren nach Art. 17 f. SchKG vor den kantonalen Aufsichtsbehörden kostenlos. Die betreibungsrechtliche Beschwerde bezweckt die Aufhebung oder Abänderung von gesetzwidrigen oder unangemessenen Verfügungen; sie ist dazu bestimmt, die Amtshandlungen der Schuldbetreibungs- und Konkursorgane korrigieren zu lassen, sofern sie die Bestimmungen oder den Sinn und Geist des Bundesrechts verletzen oder dieses aufgrund der gegebenen Verhältnisse nicht angemessen anwenden, sowie ihre Untätigkeit zu rügen. In solchen Konstellationen soll den Betroffenen die Möglichkeit eines einfachen Beschwerdeverfahrens ohne Kostenrisiko offen stehen (BSK SchKG I – Cometta/Möckli, Art. 17 N1, N 24; BGE 131 III 136 E. 3.2.1).

c) Bei der Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages geht es nicht um die Überprüfung einer allenfalls fehlerhaften behördlichen Verfügung; vielmehr liegt die verpasste Frist im Verantwortungsbereich der ersuchenden Partei. Entsprechend stellt das erstinstanzliche Verfahren zur Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist kein Beschwerdeverfahren nach Art. 17 f. SchKG dar, welches der Überprüfung einer Amtshandlung der Schuldbetreibungs- und Konkursorgane dienen und damit eine Kostenlosigkeit rechtfertigen würde. Die Inanspruchnahme der unteren Aufsichtsbehörde unterliegt damit einer Gebührenpflicht (Entscheid Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Basel-Stadt vom 12. Oktober 2004 [AB 2004/42], in: Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt, Bericht über die Rechtsprechung im Jahr 2004, S. 4; BSK SchKG I – Normann, Art. 33 N16; Entscheid Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Basel-Landschaft vom 22. September 1998, in: BlSchK 2000 S. 29). Da es sich jedoch nicht um einen gerichtlichen Entscheid in betreibungsrechtlichen Summarsachen handelt, fällt eine Spruchgebühr nach Art. 48 GebV SchKG ausser Betracht. Der Kostenspruch stützt sich vielmehr auf Art. 1 Abs. 2

GebV SchKG, wonach für eine nicht besonders tarifierte Verrichtung eine Gebühr bis zu Fr. 150.– erhoben werden kann (Entscheid Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Basel-Stadt vom 12. Oktober 2004 [AB 2004/42], in: Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt, Bericht über die Rechtsprechung im Jahr 2004, S. 4; für die analoge Einstufung der Kostenpflicht einer Neuschätzung des Verkaufswerts eines Grundstückes nach Art. 9 VZG vgl. BGE 131 III 136; a. A. BSK SchKG I – Normann, Art. 33 N16 und Entscheid Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Basel-Landschaft vom 22. September 1998, in: BlSchK 2000 S. 29). Die von der Vorinstanz festgesetzte Gebühr von Fr. 150.– ist daher nicht zu beanstanden.

Hinsichtlich der Entschädigungspflicht ist darauf hinzuweisen, dass der Gegenpartei ein nicht unerhebliches Interesse am Verfahrensausgang zukommt. Sie hatte daher ein legitimes Anliegen, eine Vernehmlassung einzureichen und den eigenen Standpunkt darzulegen. Bei einem grundsätzlich kostenpflichtigen Verfahren kommt ihr deshalb auch ein Anspruch auf eine Parteientschädigung zu. Die von der Vorinstanz verfügte Entschädigungspflicht erweist sich als korrekt und die festgesetzte Höhe von Fr. 200.– als angemessen.

d) Die Beschwerde ist daher auch hinsichtlich der gerügten Kosten- und Entschädigungspflicht abzuweisen. Nichtigkeitsgründe sind nicht ersichtlich.

## I. Staats- und Verwaltungsrecht

### 1. Verfassung

**81**

*Art. 19 und 62 BV (SR 101); Art. 52 f. VSG (sGS 213.1).* Die Schülerin oder der Schüler hat grundsätzlich die öffentliche Schule am Ort zu besuchen, wo sie oder er sich aufhält. Ausnahmsweise kann der Schulrat den auswärtigen Schulbesuch bewilligen, wenn besondere Gründe, wie unzumutbare Schulwege oder eine sinnvolle Klassenbildung es rechtfertigen. Dem aufnehmenden Schulträger ist dafür ein angemessenes Schulgeld zu zahlen. Die Angemessenheit des Schulgeldes für einen auswärtigen Schulbesuch richtet sich grundsätzlich nach den Vollkosten der Beschulung in der auswärtigen Gemeinde. Ob ein Schulweg als zumutbar gilt, ist gestützt auf die Würdigung der konkreten Umstände zu beurteilen. Einer Oberstufenschülerin ist ein Schulweg, der in 45 Minuten zu Fuss und mit dem Bus zurückgelegt werden kann, zumutbar. Daran ändert die Tatsache nichts, dass der Schulweg an einem näher gelegenen Oberstufenschulhaus eines anderen Schulträgers vorbeiführt.

*Erziehungsrat, 21. November 2012*

Sachverhalt:

A. Der Weiler H. liegt auf dem Gebiet der Gemeinde X., seine Bewohner sind jedoch aufgrund der geografischen Lage mehr nach Y. orientiert. Aufgrund eines Vertrages aus dem Jahr 2003 zwischen den Gemeinden X. und Y. besuchen die Kinder aus dem Weiler H. den Kindergarten und die Primarschule in Y. Grund dafür ist ein Entscheid des Erziehungsrates aus dem Jahr 2001, in dem der Schulweg nach X. für Kindergarten- und Primarschüler als unzumutbar beurteilt wurde.

B. Die Eltern von N. beantragten, letztere sei auch während der Oberstufenschulzeit in Y. zu beschulen bzw. für sie sei ein auswärtiger Schulbesuch zu bewilligen. Sie machten im Wesentlichen geltend, der Weg nach X. sei aufgrund seiner Länge und Gefährlichkeit auch für eine Oberstufenschülerin unzumutbar. Es sei zudem problematisch, eine Schülerin während der Frühpubertät aus ihrem gewohnten sozialen Umfeld zu reissen. Das Wohl des Kindes sei höher zu gewichten als finanzpolitische Überlegungen der Gemeinde X.

Aus den Erwägungen:

3. a) Art. 19 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) gewährleistet als Grundrecht den Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Nach Art. 62 Abs. 1 und 2 BV sorgen die für das Schulwesen zuständigen Kantone für einen ausreichenden, allen Kindern offen stehenden und an öffentlichen Schulen unentgeltlichen obligatorischen Grundschulunterricht. Aus der Verpflichtung von Art. 19 i.V. m. Art. 62 BV, dass die Kantone für ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht zu sorgen haben, folgt nicht, dass Kinder im schulpflichtigen Alter Unterricht an einem beliebigen Ort beanspruchen können (Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich/St.Gallen 2008, Kommentar zu Art. 62 BV, Rz. 32 ff.). Der verfassungsrechtliche Anspruch umfasst ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen. Er ist nicht gleichbedeutend mit dem Anspruch auf optimale bzw. geeignetste Schulung eines Kindes (BGE 138 I 162 E. 3.2).

b) Die Schülerin oder der Schüler hat nach Art. 52 des Volksschulgesetzes (sGS 213.1, abgekürzt VSG) grundsätzlich die öffentliche Schule am Ort zu besuchen, wo sie oder er sich aufhält. Ausnahmsweise kann der Schulrat den auswärtigen Schulbesuch bewilligen, wenn besondere Gründe, wie unzumutbare Schulwege oder eine sinnvolle Klassenbildung, es rechtfertigen (Art. 53 Abs. 1 VSG). Diese Aufzählung ist exemplarisch, nicht abschliessend, d. h. abgesehen vom Schulweg können auch andere Gründe für die Bewilligung des Schulbesuchs ausserhalb der Aufenthaltsgemeinde sprechen (GVP 1994 Nr. 85 und 1999 Nr. 83). Andererseits ist Art. 53 Abs. 1 VSG eine Kann-Vorschrift, womit der Schulrat einer besonderen Situation grundsätzlich auch auf andere Weise als mit der Bewilligung des auswärtigen Schulbesuchs Rechnung tragen kann. Dieses Ermessen des Schulrates ist gerechtfertigt, denn mit einem auswärtigen Schulbesuch wird das Territorialitätsprinzip, welches die gebietskörperschaftliche Schulorganisation prägt, durchbrochen und eine Ausnahmesituation begründet. Diese führt für den bewilligenden Schulträger zu einer erheblichen finanziellen Belastung, dem keine nennenswerten Kosteneinsparungen gegenüberstehen, und kann unter Umständen zu Komplikationen bei der eigenen Klassenplanung führen (GVP 1995 Nr. 85 und 1999 Nr. 83). Besondere Gründe für einen auswärtigen Schulbesuch sind daher nicht leichthin anzunehmen.

4. a) Die Rekurrenten erachten den Schulweg ins OZ S. sowohl über W. als auch über A. als unzumutbar.

b) Ob ein Schulweg als zumutbar gilt, ist gestützt auf eine Würdigung der konkreten Gesamtumstände zu beurteilen. Es ist hierbei nicht allein die Länge des Schulwegs, sondern es sind alle konkreten Umstände zu berücksichtigen. Die Zumutbarkeit eines Schulweges hängt neben der Länge von der zu überwindenden Höhendifferenz, der Beschaffenheit des Weges und den damit verbundenen Gefahren sowie vom Alter und von der Konstitution der betroffenen Kinder ab. Was einem Oberstufenschüler zugemutet werden darf, kann ein Kind im Kindergartenalter überfordern. Massgebend sind objektive Kriterien. Ob ein Weg subjektiv als lang, schlecht begehbar oder gefährlich empfunden wird, muss ausser Betracht bleiben (Bundesgerichtsurteil 2C_495/2007 vom 27. März 2008, E. 2.2; GVP 2008 Nr. 7; Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Auflage, Bern 2003, S. 226 ff.).

Zur Frage der zumutbaren Länge eines Schulweges besteht eine reichhaltige kasuistische Rechtsprechung von kantonalen und eidgenössischen Gerichten und Behörden (vgl. Sándor Horváth, Der verfassungsmässige Anspruch auf einen zumutbaren Schulweg, in: ZBl *2007,* S. 633–665). Als zumutbar erachtet wurde etwa der Schulweg für eine Primarschülerin der 1. Klasse von insgesamt 40 Minuten, der teils zu Fuss (ca. 15 Minuten bis zur Bushaltestelle) und teils mit dem Schulbus (restliche Zeit) zu bewältigen ist, auch wenn sich dies gemäss Bundesgericht an der oberen Grenze bewegt, was von einem Erstklässler noch verlangt werden kann (Bundesgerichtsurteil 2C_495/2007 vom 27. März 2008, E. 2.3). Kommen keine zusätzlichen Erschwernisse dazu, wie etwa bedeutende Höhenunterschiede oder besonders steile Partien, so gelten 2,5 km oder eine halbe Stunde Fussmarsch in jedem Fall als zumutbar, auch für Kinder im Kindergartenalter (Plotke, a. a. O., S. 227). Dagegen wurde etwa ein Schulweg von viermal 3,2 km, für den eine Viertklässlerin jeweils 40 bis 45 Minuten braucht, auch dann als unzumutbar erachtet, wenn er ausschliesslich durch verkehrsberuhigte Zonen führt. Als eindeutig nicht zumutbar wurde eine Schulweg von 2,9 km erachtet, für den ein siebenjähriges Schulkind rund 60 Minuten braucht und der zum Teil bei Dunkelheit sowie im Wald bewältigt werden muss (Horváth, a. a. O., S. 649 f.).

c) Bei den Schulwegvarianten über W. weisen die Rekurrenten nicht nur auf den Zeitbedarf, sondern auch auf Sicherheitsüberlegungen hin. So führen sie etwa aus, dass das Gebiet im Wald oberhalb vom B. für Übergriffe «ideal» wäre und es vor einiger Zeit auch schon zu einem Vorfall gekommen sei. Aufgrund des Augenscheins ist es zwar nachvollziehbar, dass sich ein Mädchen in der ersten Oberstufenklasse in der Dunkelheit auf dem Weg durch den Wald zwischen dem Weiler H. und B. unwohl fühlen kann. Ob damit der Schulweg (auch bei Tageslicht) als unzumutbar gilt, kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, nachdem die Wegvariante über A. vom Zeitbedarf her mit der Wegvariante über W. vergleichbar ist. Unter diesen Umständen ist der Auffassung des Schulamtes zuzustimmen, wonach die Schulwegvariante über A. zu bevorzugen ist.

Nachdem der Schulweg ins OZ M. Y. von den Rekurrenten als zumutbar erachtet wird und von N. als identischer Schulweg ins unmittelbar benachbarte Schulhaus E. bereits während der Kindergarten- und Primarschulzeit zurückgelegt wurde, muss auch der fast gleiche Weg vom Weiler H. zur Bushaltestelle A., die sich in der Nähe der erwähnten Schulanlage befindet, sowohl unter dem Blickwinkel der Gefährlichkeit als auch aufgrund der Länge, der zu überwindenden Höhendifferenz und der Beschaffenheit des Weges als zumutbar erachtet werden. Etwas anderes wird von den Rekurrenten auch nicht behauptet. Die Tatsache, dass der Schulweg sich für die Oberstufe mit der Busfahrt auf 40 bzw. 45 Minuten verlängert macht ihn für eine Oberstufenschülerin nicht unzumutbar. Daran ändert mit Blick auf den grundsätzlichen Vorrang des Territorialitätsprinzips (oben Ziff. 3 Bst. b) auch die Tatsache nichts, dass der Weg zur Bushaltestelle A. nahe beim OZ M. in Y. vorbei führt. Ebenfalls zumutbar ist es für N., ihr Mittagsessen, wie andere Oberstufenschülerinnen und -schüler, viermal wöchentlich in den von der Gemeinde X. zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten einzunehmen.

Die Ausführungen der Rekurrenten, wonach es gewisse Vorteile hat, wenn die Oberstufenschülerinnen und -schüler gemeinsam mit ihren jüngeren Geschwistern und Nachbarskindern den Schulweg nach Y. zurücklegen können, sind zwar subjektiv nachvollziehbar. Dennoch stellt dies objektiv kein besonderer Grund dar, der eine auswärtige Beschulung rechtfertigen würde. Immerhin besucht derzeit auch ein weiteres Mädchen vom Weiler H. das OZ S. Gemäss Angaben der Rekurrenten wird dieses Mädchen von ihrem Vater zum OZ S. gefahren und dort auch wieder abgeholt. Somit könnte von den Rekurrenten geprüft werden, ob es möglich wäre, dass N. mit diesen Nachbarn mitfährt. Doch selbst wenn dies aufgrund von unterschiedlichen Unterrichtszeiten oder wegen anderer Gründe nicht möglich sein sollte, ist der Schulweg ins OZ S. für eine Oberstufenschülerin wie N. auch dann zumutbar, wenn sie ihn allein zurücklegen muss. Der Schulweg mit dem Fahrrad oder zu Fuss nach A. ist N. vertraut und auch zusammen mit der Busfahrt zum OZ S. für sie als Oberstufenschülerin zumutbar.

5. a) Weiter ist zu prüfen, ob andere besondere Gründe als der Schulweg einen auswärtigen Schulbesuch rechtfertigen können.

b) Von den Rekurrenten wird vorgebracht, dass sie, wie auch die anderen Bewohner des Weilers H., stark nach A. orientiert seien, so etwa beim Einkaufen oder im Vereinsleben. Dies allein kann jedoch kein besonderer Grund im Sinn von Art. 53 Abs. 1 VSG sein. Zum einen ist es den Rekurrenten und N. auch bei einem Schulbesuch in X. unbenommen, ihre Lebensführung weiterhin nach A. auszurichten. Zum anderen kann davon ausgegangen werden, dass mit dem Schuleintritt von N. in X. automatisch mehr Kontakte zu anderen Schulkindern in X. entstehen werden.

c) Soweit die Rekurrenten geltend machen, dass den Kindern des Weilers H. das ländlich geprägte Y. eher entspreche als ein städtisches Quartier, ist darauf hinzuweisen, dass die Rekurrenten und N. zwar in einem abgelegenen Weiler, aber

dennoch auf dem Gebiet von X. wohnen. Es kann deshalb von ihnen erwartet werden, dass sie sich zumindest bis zu einem gewissen Grad auch in ihrer eigenen Gemeinde integrieren. Eine solche Integration kann gerade auch durch einen Schulbesuch gefördert werden. Abgesehen davon ist auch Y. nicht ausgesprochen ländlich geprägt bzw. stark mit X. verflochten.

d) Weiter bringen die Rekurrenten vor, dass es äussert kritisch sei, die Kinder des Weilers H. mitten in der Frühpubertät aus ihrem vertrauten sozialen Umfeld zu reissen und in ein städtisches Quartier in die Oberstufe zu schicken, in dem sie niemand kennen würden. Dazu ist festzuhalten, dass es im vorliegenden Rekursverfahren nicht generell um die auswärtige Beschulung der Kinder des Weilers H. geht, sondern einzig um die Beschulung von N. Von den Rekurrenten wird nicht substantiiert dargelegt, weshalb es für N. problematisch sein soll, wenn sie sich in einer neuen Klasse einordnen muss. Es kann nicht generell davon ausgegangen werden, dass dies für jedes Kind mit Schwierigkeiten verbunden ist. Die Gewährleistung des kontinuierlichen Unterrichts ist in der Praxis zum auswärtigen Schulbesuch lediglich in wenigen Ausnahmefällen angezeigt. So ist etwa Schülerinnen und Schülern der sechsten Primarklasse, die nach Beginn des Schuljahres den Aufenthalts- bzw. Schulort wechseln, mit Blick auf das Übertrittsverfahren in die Oberstufe grundsätzlich Gelegenheit zu geben, den Primarunterricht am bisherigen Aufenthalts- bzw. Schulort abzuschliessen (vgl. GVP 1999 Nr. 83).

Sodann ist zu berücksichtigen, dass sich in X. zu Beginn der Oberstufe zahlreiche Schülerinnen und Schüler noch nicht kennen. Die Vorinstanz hält zu Recht fest, dass sich die meisten Schülerinnen und Schüler beim Übertritt in die Oberstufe von ihrem bisherigen Klassenverband lösen müssen.

6. a) Die Rekurrenten bringen weiter vor, dass die Gemeinde Z. den Kindern des ca. 300 m oberhalb des Weilers H. gelegenen Weilers St. die auswärtige Beschulung in Y. nicht nur während der Primarschule, sondern auch während der Oberstufe erlaubt habe. Die Gemeinde Z. habe für ihren Entscheid praktisch die gleichen Voraussetzungen gehabt wie im vorliegenden Fall die Gemeinde X. Es widerspreche dem Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn Kindern des Weilers H. dieses Recht nicht ebenfalls eingeräumt werde.

b) Von einer rechtsungleichen Behandlung kann grundsätzlich nur dann die Rede sein, wenn die gleiche Behörde gleichartige Fälle unterschiedlich behandelt (BGE 121 I 49 E. 3c; 104 Ia 156 E. 2b). Art. 53 VSG räumt dem Schulrat bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund im Sinn von Art. 53 abs. 1 VSG vorliegt, ein weites Ermessen ein. Dieses Ermessen kann in verschiedenen Gemeinden unterschiedlich ausgeübt werden, ohne dass damit der Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt wäre. Auch dies ergibt sich aus dem Territorialitätsprinzip, d. h. der Zuständigkeit der Gemeinden als Gebietskörperschaften für die Führung der öffentlichen Volksschule. Es erübrigt sich deshalb, genauer abzuklären, aus welchen Gründen die Gemeinde Z. den Schülerinnen und Schülern des Weilers St. den auswärtigen Schulbesuch bewilligt hat bzw. ob die örtlichen Gegebenheiten (z. B. Klassenver-

hältnisse, Anzahl Schülerinnen und Schüler, finanzielle Situation und Schulweg) tatsächlich vergleichbar sind.

7. a) Zum Argument der Vorinstanz, wonach X. mit ihren finanziellen Mitteln haushälterisch umzugehen habe, entgegnen die Rekurrenten, dass das Schulgeld, wenn es kostengerecht festgelegt würde, für die auswärtige Beschulung nicht teurer wäre, als wenn X. diese Aufgabe selber übernehme. Ausserdem würden auch die Kosten für den Schultransport wegfallen. Hinzu komme, dass X. von anderen Gemeinden ein Vielfaches dessen an Schulgeldern erhalte, was sie für die zehn Kinder des Weilers H. an Y. bezahlen müsste.

b) Wird eine auswärtige Beschulung bewilligt, hat die aufnehmende Schulgemeinde Anspruch auf ein angemessenes Schulgeld (Art. 53 Abs. 2 VSG). Die Höhe dieses Schulgeldes haben die betroffenen Gemeinden festzulegen, wobei der Grundsatz zu beachten ist, dass die öffentlichen Mittel wirtschaftlich und wirksam zu verwenden sind (Art. 82 Abs. 2 der Verfassung des Kantons St.Gallen [sGS 111.1, abgekürzt KV]). Die Angemessenheit des Schulgeldes richtet sich grundsätzlich nach den Vollkosten der Beschulung in der auswärtigen Gemeinde.

Die Vollkosten beinhalten z. B. die Ausgaben für Löhne, Schulmaterial, Gebäudeunterhalt sowie technische Ausrüstungen für Labor, Handarbeits- und Werkräume. Der von der Gemeinde X. erwähnte Betrag von Fr. 19 500.–, der von Y. bei einem auswärtigen Schulbesuch von N. im Schuljahr 2012/13 voraussichtlich in Rechnung gestellt würde, bewegt sich im Rahmen des Üblichen. Nachvollziehbar sind auch die Ausführungen der Gemeinde X., dass erhebliche Kosteneinsparungen in der eigenen Gemeinde nur bei stark sinkenden Schülerzahlen auszumachen wären, welche die Streichung von ganzen Klassen oder die Schliessung von Schulhäusern ermöglichten; solche Schliessungen würden aufgrund der derzeit zehn schulpflichtigen Kinder des Weilers H., von denen nur zwei Jahrgänge doppelt vertreten sind, nicht möglich sein. Weiter ändert auch die Tatsache, dass die Gemeinde X. von einigen umliegenden Gemeinden ohne Oberstufen Schulgelder erhält, nichts daran, dass sie mit Blick auf den haushälterischen Umgang mit Gemeindemitteln die Bewilligung des auswärtigen Schulbesuchs ablehnen kann, wenn dafür wie vorstehend festgestellt (Ziff. 4 und 5) keine besondere Gründe im Sinn von Art. 53 Abs. 1 VSG vorliegen.

## 82

*Art. 19 und 62 BV (SR 101); Art. 16 VVU (sGS 213.12).* Über Urlaubsgesuche entscheidet der Schulrat nach pflichtgemässem Ermessen. Mit Rücksicht auf die verfassungsmässige Schulpflicht ist bei der Bewilligung von Abwesenheiten aber Zurückhaltung zu üben. Urlaub setzt einen triftigen Grund und eine formelle Bewilligung voraus.

*Erziehungsrat, 27. Juni 2012*

Sachverhalt:

A. Die Eltern S. stellten im Herbst 2011 dem Schulrat X. das Gesuch, ihre beiden Kinder L. und N. in der Zeit zwischen den Sommer- und Herbstferien 2012 während 7 Wochen vom Schulunterricht zu beurlauben. Zur Begründung führten sie an, der Arbeitgeber habe dem Vater eine Auszeit von 12 Wochen gewährt, um auftanken und durchatmen zu können. Diese einmalige Chance wollten die Eltern nutzen, um als Familie gemeinsam eine ausserordentliche Zeit zu erleben. Dies v.a., weil durch das berufliche Engagement im Alltag die wertvolle Familienzeit des Vaters sehr knapp bemessen sei. Die Mutter sei ausgebildete Pädagogin (Kindergärtnerin) und beide Elternteile hätten ein abgeschlossenes Studium. Sie könnten ihren Kindern deshalb den Schulstoff während dem Urlaub so vermitteln, dass sie nach den Herbstferien wieder in den normalen Schulalltag in der angestammten Klasse einsteigen könnten.

B. Der Schulrat X. lehnte das Gesuch im Wesentlichen mit der Begründung ab, Ferienverlängerungen könnten nur in begründeten Ausnahmefällen bewilligt werden. Ein solcher liege bei den Gesuchstellern nicht vor.

C. Einen Rekurs gegen die Verfügung des Schulrates X. hiess die zuständige Regionale Schulaufsicht gut und bewilligte den Urlaub. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, die Situation des Vaters sei nicht mit einem normalen Sabbatical zu vergleichen, sondern habe den Charakter einer vom Arbeitgeber bewilligten Auszeit im Sinn einer dringend benötigten Erholung von den Belastungen des Arbeitsalltages. Auch die Mutter sei aufgrund der ADHS-Situation von N. stark gefordert. Eine gemeinsame Zeit weg vom bekannten Umfeld sei deshalb als Chance für die Familie zu betrachten, die Stressfaktoren zu reduzieren und auftanken zu können. Gegen diesen Entscheid rekurrierte der Schulrat X. beim Erziehungsrat.

Aus den Erwägungen:

6. a) Schülerinnen und Schüler haben nicht nur ein verfassungsmässiges Recht, sondern auch die Pflicht, den Grundschulunterricht zu besuchen (Art. 19 und 62 BV). Voraussehbare Abwesenheit vom Unterricht bedarf deshalb der vorgängigen Bewilligung durch den Schulrat (Art. 16 Abs. 1 der Verordnung über den Volksschulunterricht [sGS 213.12, abgekürzt VVU]). Der Schulrat regelt das Verfahren für die vorgängige Bewilligung von Abwesenheit (Art. 16 Abs. 3 Bst. a VVU). Er ent-

scheidet über Urlaubsgesuche nach pflichtgemässem Ermessen. Mit Rücksicht auf die verfassungsmässige Schulpflicht ist bei der Bewilligung von Abwesenheiten aber Zurückhaltung zu üben. Urlaub setzt einen triftigen Grund und eine formelle Bewilligung voraus (Jürg Raschle, Schulrecht der Volksschule im Kanton St.Gallen, 2. Auflage, Rorschach 2008, S. 75 ff.).

b) Verlassen die Eltern mit ihrem Kind das Gemeindegebiet für längere Zeit, so läuft ihre Abwesenheit unter Umständen auf eine Verlegung des schulrechtlichen Aufenthaltes hinaus. Dies mit der Konsequenz, dass das Kind nicht beurlaubt zu werden braucht, sondern von der Schule als generell abgemeldet gilt. Ob bzw. nach welcher Zeit der schulrechtliche Aufenthalt als aufgegeben gilt, kann nicht abstrakt bestimmt werden. Die Konstanz des für den schulischen Aufenthalt massgebenden faktischen Lebensmittelpunktes hängt nicht von der objektiven Zeitmessung, sondern auch von den subjektiven Erwartungen ab. Das Verwaltungsgericht hat diesbezüglich in einem neueren Entscheid festgehalten, dass selbst eine rund dreimonatige Abwesenheit eines Kindes nicht zur Folge hat, dass der schulische Aufenthalt zwischenzeitlich aufgehoben wird, wenn die Eltern nicht die Absicht haben, die Schweiz endgültig zu verlassen und im Ausland sesshaft zu werden (Urteil des Verwaltungsgerichts B 2010/240 vom 12. April 2011).

7. Vorliegend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die Verfügung der Rekurrentin zu Recht aufgehoben und in der Folge das Gesuch der Rekursgegner, ihre zwei Kinder in der Zeit zwischen den Sommer- und den Herbstferien 2012 während 7 Wochen zu beurlauben, gutgeheissen hat.

a) Die Rekursgegner begründeten ihr Urlaubsgesuch mit der Auszeit, die dem Rekursgegner von seinem Arbeitgeber gewährt worden sei, um auftanken und durchatmen zu können. Diese einmalige Gelegenheit wollten sie nutzen, um gemeinsam als Familie eine ausserordentliche Zeit erleben zu können. Dies v. a. auch, weil durch das berufliche Engagement des Rekursgegners die Familienzeit sehr knapp bemessen sei. Die Rekurrentin hatte dieses Gesuch nach pflichtgemässem Ermessen zu prüfen und dabei alle massgeblichen Umstände des Einzelfalles gegeneinander abzuwägen. Dieser Pflicht ist sie nachgekommen: Die Verfügung vom 17. November 2011 ist einlässlich und nachvollziehbar begründet und die Umstände des Einzelfalles wurden soweit relevant einbezogen. Die Rekurrentin hat insbesondere erwogen, dass eine Auszeit für den Vater keine Ausnahmesituation für die Kinder in dem Sinn nach sich ziehe, dass eine Ferienverlängerung gerechtfertigt wäre. Dies insbesondere auch deshalb, weil die Auszeit auch so gestaltet werden könne, dass für die Kinder der normale Rhythmus mit 5 Wochen Sommerferien und dann wieder dem ordentlichen Schulbesuch gewährleistet bleibe. Besonders gewichtet hat die Rekurrentin, dass für N. im Sommer ein Stufenwechsel und damit verbunden ein Klassen- und Lehrpersonenwechsel stattfinden wird. Zusammengefasst hat die Rekurrentin bei der Beurteilung des Urlaubsgesuchs alle massgeblichen Umstände geprüft und gegeneinander abgewogen. Dass sie dabei die verfassungsrechtliche Schulpflicht, welche aufgrund des Sonderstatusverhält-

nisses auch Einschränkungen der persönlichen Freiheit der Schülerinnen und Schüler zulässt bzw. gebietet, sowie das Interesse an einer möglichst lückenlosen Erfüllung der Schulpflicht und an einem geordneten Schulbetrieb höher gewichtet hat als das private Interesse der Rekursgegner, mit der ganzen Familie eine ausserordentliche Zeit zu verbringen, ist nicht zu beanstanden. Sie ist dabei ihrer Pflicht nachgekommen, den Grundschulunterricht zu gewährleisten. Zusammengefasst kann der Rekurrentin nicht vorgeworfen werden, sie habe ihr Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt bzw. dieses in unzulässiger Weise unterschritten oder missbraucht.

b) Zu prüfen bleibt, ob die Rekurrentin im vorliegenden Fall im Rahmen der korrekten Ermessensbetätigung aufgrund der konkreten Umstände von ihrer strengen Praxis hätte abweichen müssen.

ba) Die Vorinstanz hält fest, die Rekurrentin habe es unterlassen, Kriterien aufzulisten, die zu einem begründeten Urlaub führen könnten. Sie (die Vorinstanz) habe deshalb ihren Ermessensspielraum genutzt und anders entschieden als die Rekurrentin.

Dazu ist festzuhalten, dass die Rekurrentin nicht verpflichtet ist, für die Bewilligung von Urlauben Kriterien aufzustellen. Sie ist lediglich angehalten, das Verfahren für die vorgängige Bewilligung von Abwesenheit zu regeln (Art.16 Abs.3 VVU). Der Erlass solcher Kriterien wäre auch nur bedingt dienlich bzw. zulässig, weil damit die Gefahr einer unzulässigen Schematisierung bzw. Ermessensunterschreitung steigen würde. Vorliegend ist zudem zu beachten, dass die Rekurrentin die Verhältnisse vor Ort und insbesondere die Zahl ähnlich gelagerter Fälle besser kennt als die Vorinstanz und der Erziehungsrat. Vor diesem Hintergrund ist die Aufhebung einer Verfügung aus Ermessensgründen besonders sorgfältig zu prüfen.

bb) Die Vorinstanz hält fest, die generelle Haltung, dass ein ordentliches Sabbatical eines Elternteils nicht automatisch eine Beurlaubung der Kinder vom obligatorischen Unterricht nach sich ziehe und dass eine solche Auszeit durchaus sinnvoll in verschiedenen Sequenzen oder als persönliche Weiterbildung ohne Einbezug der Kinder genutzt werden könne, werde von ihr ungeteilt unterstützt. Vorliegend habe die Auszeit aber nicht den Charakter eines normalen Sabbaticals im Sinn einer Auszeichnung für ein langjähriges Berufsengagement, sondern sie sei dem Rekursgegner zur dringend benötigten Erholung von den Belastungen des Arbeitsalltags bewilligt worden. Eine Auszeit, die nicht am Wohnort stattfinde, an dem der Rekursgegner ständig mit den beruflichen Fragestellungen konfrontiert werde, sei in diesem speziellen Fall als Chance für die Familie zu betrachten, die Stressfaktoren zu reduzieren und auftanken zu können. Im andern Fall müsste eine Verstärkung der Krise befürchtet werden, die dem familiären, beruflichen und schulischen Umfeld mit Sicherheit schade und auch den Kindern zum Nachteil gereichen würde.

Dieser Ansicht der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Situation der Rekursgegner von anderen Eltern, die eine berufliche Auszeit – sei es nun aus gesundheitlichen Gründen oder im Rahmen eines

«normalen» Sabbaticals – geniessen, wesentlich unterscheidet. Die Rekursgegner selber begründeten ihr Gesuch damit, sie wollten die einmalige Chance dieser Auszeit nutzen, um gemeinsam als Familie eine ausserordentliche Zeit erleben zu können. Dies v. a. auch, weil durch das berufliche Engagement des Rekursgegners die Familienzeit sehr knapp bemessen sei. Es dürfte die Regel sein, dass die Familienzeit von Elternteilen, die in den Genuss einer Auszeit kommen, knapp bemessen ist. Solche Auszeiten werden normalerweise erst ab einer gewissen Verantwortungsstufe überhaupt ermöglicht, die auch eine erhöhte berufliche bzw. zeitliche Belastung mit sich bringt, die sich zulasten der Familienzeit auswirkt. Der Entscheid, eine entsprechende Tätigkeit auszuüben und damit auch Einschränkungen in anderen Lebensbereichen hinzunehmen, samt seinen Konsequenzen liegt in der Privatautonomie des jeweiligen Elternteils. Er führt nicht zum Anspruch auf Beurlaubung der Kinder vom Schulunterricht, um die verpasste Familienzeit nachzuholen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sind aus den Akten auch keine Anzeichen erkennbar, dass die gesamte Familie eine Auszeit brauchen würde, «um wieder Fuss fassen» zu können: Dass das Familiengleichgewicht – abgesehen von der knapp bemessenen Familienzeit, die aber nach dem Gesagten nicht von der Schule zu verantworten und auszugleichen ist – aus dem Lot wäre und insbesondere auch die Rekursgegnerin eine Auszeit dringend benötigen würde, bestreiten die Rekursgegner im vorliegenden Verfahren ausdrücklich.

Der Arbeitgeber hat dem Rekursgegner eine Auszeit zur dringend benötigten Erholung von den Belastungen des Arbeitsalltags bewilligt. Wie die Rekurrentin zu Recht festhält, bedeutet dies aber nicht, dass bei der ganzen Familie eine Auszeit zur Verhinderung einer Krise angezeigt ist. Solche Gründe ergeben sich auch aus den ausführlichen Stellungnahmen der Rekursgegner im vorliegenden Rekursverfahren nicht. Die Beurteilung der Situation des Rekursgegners durch seinen Arbeitgeber kann ausserdem das Ermessen der Rekurrentin nicht in dem Sinn einschränken, als damit zwingend ein Urlaub für die Kinder zu bewilligen wäre. Zwar ist es vor dem Hintergrund der offensichtlich sehr hohen Arbeitsbelastung des Rekursgegners und der dadurch knapp bemessenen Familienzeit nachvollziehbar, dass die Rekursgegner während der Auszeit möglichst viel Zeit als Familie verbringen wollen. Dies ist aber auch mit der Aufteilung der Auszeit in verschiedene Sequenzen möglich. Mit den Sommer- und Herbstferien stehen ihnen dafür auch ohne Urlaub 8 Wochen zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund stellt die Ablehnung des Urlaubsgesuchs keinen unangemessenen bzw. unverhältnismässigen Eingriff dar. Dies umso weniger, als bei der Interessensabwägung auch das Interesse der Kinder und der Schule an einem geordneten und möglichst ununterbrochenen Unterrichtsbesuch zu berücksichtigen ist. Dies trifft in besonderem Mass für N. zu, dem ein Klassenwechsel und damit zahlreiche Veränderungen bevorstehen. Dass die Rekurrentin diesen Umstand mit Blick auf die ADHS-Problematik von N. besonders gewürdigt bzw. gewichtet hat, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden.

8. Die Rekursgegner machen geltend, mit der Ablehnung des Gesuchs habe die Rekurrentin gegen den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung verstossen. Entgegen der Interpretation der Rekursgegner gestattet dieser Grundsatz aber nicht nur die Gleichbehandlung von absolut gleich gelagerten Fällen. Es reicht, wenn zwei Sachverhalte in Bezug auf die für die anzuwendende Norm relevanten Tatsachen gleich sind. Es ist der Rekurrentin deshalb auch nicht vorzuwerfen, dass sie bei der Beurteilung von Urlaubsgesuchen «Kategorien» bildet, die sie in der Folge grundsätzlich gleich beurteilt. Sie verletzt damit den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht, sondern ermöglicht dessen praktische Durchsetzung.

Bei längeren Urlauben wie dem vorliegend umstrittenen ist mit Blick auf die verfassungsmässige Schulpflicht in der Regel eine restriktive Praxis anzuwenden (vorstehend Ziff. 6 Bst. a). Im Sinn einer Gesamtsicht und zur Sicherstellung der rechtsgleichen Behandlung ist die Rekurrentin auch gehalten, bei ihren Entscheiden die Auswirkungen auf mögliche künftige Fälle zu beachten. Die Gefahr eines Präjudizes für zukünftige Urlaubsgesuche ist vorliegend nicht von der Hand zu weisen.

9. Zusammengefasst hat die Rekurrentin das Gesuch der Rekursgegner, L. und N. zwischen den Sommer- und den Herbstferien 2012 während 7 Wochen vom Unterricht zu beurlauben, rechtlich korrekt und sachlich angemessen abgelehnt. Der Rekurs ist deshalb gutzuheissen und der Entscheid der Vorinstanz vom 16. März 2012 aufzuheben.

## 2. Bürgerrecht

### 83

*Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101); Art. 40 BRG (sGS 121.1).* Wirkt eine einbürgerungswillige Person bei der Abklärung ihrer Einbürgerungseignung nicht mit, so hat der Einbürgerungsrat sie zunächst unter Ansetzung einer Nachfrist auf die Folgen der fehlenden Mitwirkung hinzuweisen. Zeitigt der Hinweis keinen Erfolg, so ist das Einbürgerungsgesuch abzuweisen. Ein Verfahrensabbruch kommt mangels entsprechender Rechtsgrundlage nicht in Betracht. Der Einbürgerungsrat entscheidet nach pflichtgemässem Ermessen, ob im Verfahren der Besonderen Einbürgerung ein Einbürgerungsgespräch stattfindet und sich die einbürgerungswillige Person hierbei durch eine Drittperson begleiten lassen kann.

*Departement des Innern, 28. November 2012*

Aus den Erwägungen:

4.2. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er – im Sinn eines Verfahrensgrundsatzes – ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Hoheitsakts dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör richtet sich in erster Linie nach den kantonalen Verfahrensvorschriften und subsidiär – sofern sich der kantonale Rechtsschutz als ungenügend erweist – nach Art. 29 Abs. 2 BV. Zu den wesentlichen Inhalten gehört der Anspruch auf vorgängige Orientierung und Äusserung, das Recht auf Akteneinsicht, das Recht auf Mitwirkung am Beweisverfahren und der Anspruch auf Prüfung sowie auf Begründung (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht 6. Aufl., Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 1680 ff.). Die einzelnen Teilgehalte können allerdings häufig nicht isoliert betrachtet werden, sondern sie überschneiden sich bzw. greifen ineinander über (vgl. M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 204 f.).

Im Verfahren der Besonderen Einbürgerung schreibt Art. 40 BRG in Bezug auf rechtliche Gehörsgewährung überdies ausdrücklich vor, dass der Einbürgerungsrat der gesuchstellenden Person Gelegenheit zur Stellungnahme und zum Rückzug des Einbürgerungsgesuchs gibt, wenn er beabsichtigt, die Einbürgerung abzulehnen.

4.3. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass sie die Einbürgerungsgesuche der Rekurrenten nicht abgewiesen, sondern das Einbürgerungsverfahren abgebrochen habe, weshalb Art. 40 BRG vorliegend nicht zur Anwendung gelange. Im angefochtenen Beschluss wird als Grund für den Verfahrensabbruch die Undurchführbarkeit des Einbürgerungsgesprächs genannt. Damit beruft sich die Vorinstanz sinngemäss auf die fehlende Mitwirkung der Rekurrenten bei der Abklärung ihrer Einbürgerungseignung. Das Einbürgerungsverfahren ist ein erstinstanzliches Gesuchsverfahren. Weder das Gesetz über das St.Galler Bürgerrecht noch dasjenige über die Verwaltungsrechtspflege enthalten Bestimmungen darüber, wie auf die unterlassene Mitwirkung der Beteiligten in einem solchen Verfahren zu reagieren ist. Ist die fehlende Mitwirkung mit einem Rechtsverlust für den Betroffenen verbunden, so ist dieser aber auf jedem Fall unter Ansetzung einer Nachfrist auf die daran anknüpfenden Folgen hinzuweisen. Die Verpflichtung zur vorgängigen Warnung leitet sich aus dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör ab und gilt somit unabhängig von der Anwendbarkeit von Art. 40 BRG. Die Vorinstanz kann aus der fehlenden Abweisung der rekurrentischen Einbürgerungsgesuche deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sie hätte den Rekurrenten trotzdem einen neuen Gesprächstermin ansetzen und sie auf die Folge einer allfälligen Unterlassung der Mitwirkung aufmerksam machen müssen. Es wäre folglich an ihr und nicht an den Rekurrenten bzw. deren Eltern gelegen, auf die Gesprächsdurchführung zu beharren. Dementsprechend ist festzustellen, dass bei der Beschlussfassung der rechtliche Gehörsanspruch der Rekurrenten verletzt worden ist.

In Beachtung des vorstehend Dargelegten ist der Vollständigkeit halber auch zu erwähnen, dass mangels anderslautender Vorgabe eine unterlassene Mitwirkung in der Regel zu einer Abweisung des Gesuchs führen dürfte. Eine Ausnahme wäre dann zu machen, wenn die massgebliche Tatsache durch leicht zugängliche Beweise von der Behörde selbst feststellbar wäre oder deren Abklärung im öffentlichen Interesse läge. Die Behörde hätte diesfalls den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl., Diss. St.Gallen 2003, Rz. 608 f.; Kölz/Bosshart/Rühl, Kommentar zum Verwaltungsrechtsplfegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 7 N 68 ff.). Der Verfahrensabbruch ist als Beendigungsmöglichkeit eines Einbürgerungsverfahrens im Gesetz über des St.Galler Bürgerrecht nicht vorgesehen. Vorliegend müsste die Folge der fehlenden Mitwirkung demnach in der Abweisung des Einbürgerungsgesuchs – aufgrund nicht belegbarer Einbürgerungseignung – bestehen. Der von der Vorinstanz gewählten Lösung würde demnach – unabhängig von der Frage nach der rechtlichen Gehörsverletzung – auch die entsprechende Rechtsgrundlage fehlen. Immerhin müsste sie aber als Beendigung des Einbürgerungsverfahren ohnehin sinngemäss als Abweisung des Einbürgerungsverfahrens verstanden bzw. ausgelegt werden, auch wenn die Abweisung dann lediglich auf einer nicht feststellbarer – in Abweichung zur nicht gegebenen – Einbürgerungseignung gründen würde.

4.4. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur und führt bei Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des betreffenden Entscheids bzw. der betreffenden Verfügung (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 990). Eine Heilung des Mangels ist ausnahmsweise möglich, wenn die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder Beweisabnahme in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden kann, das eine Prüfung im gleichen Umfang wie die Vorinstanz gestattet. Zur Begründung führt das Bundesgericht an, dass eine Rückweisung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zu einem formalistischen Leerlauf und einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen würde. Der Kritik zu dieser Praxis ist insofern Rechnung zu tragen, als die Heilung der Gehörsverletzung nur mit Zurückhaltung und bei nicht besonders schwerwiegenden Verletzungen anzunehmen ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 1711 m.w.H.; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 87, S. 295 f.).

Die für die Einbürgerung massgebenden Sachverhalte sind vom Einbürgerungsrat abzuklären (Art. 40 Abs. 1 BRG). Vorliegend waren sich die Rekurrenten infolge der Verletzung ihres rechtlichen Gehörsanspruchs der Konsequenzen der Nichterfüllung ihrer Mitwirkungspflichten nicht bewusst. Diese Vorwarnung kann im vorliegenden Verfahren naturgemäss nicht nachgeholt werden. Es wäre immerhin denkbar, dass die Rekurrenten mit Blick auf die Folge einer Verweigerung bereit gewesen wären, sich erneut zu einem Einbürgerungsgespräch mit der Vorinstanz einzufinden. Derartige Gespräche sollten aufgrund ihrer Bedeutung für die Abklärung der Einbürgerungseignung auch grundsätzlich von der Vorinstanz und nicht von der

Rechtsmittelinstanz durchgeführt werden. Eine Heilung des verletzten rechtlichen Gehörsanspruchs kommt unter den gegebenen Umständen somit nicht in Betracht. Dementsprechend ist der vorinstanzliche Beschluss insoweit aufzuheben, als in dessen Ziff. 1 der Abbruch des Einbürgerungsverfahrens bestimmt wird. (...)

4.5. Die Rekursinstanz kann eine Sache zu einer neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen. Diese ist an die Rechtsauffassung gebunden, die dem Rückweisungsentscheid zugrunde liegt (Art. 56 Abs. 2 VRP).

Aus der fehlenden Heilungsmöglichkeit der rechtlichen Gehörsverletzung ergibt sich, dass die Angelegenheit vorliegend an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, damit diese in Wahrung des rechtlichen Gehörsanspruchs der Rekurrenten die Einbürgerungseignung der Rekurrenten prüft und anschliessend darüber erneut Beschluss fasst, indem sie die Einbürgerungsgesuche der Rekurrenten gutheisst oder abweist. Im diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es im Verfahren der Besonderen Einbürgerung im pflichtgemässen Ermessen des Einbürgerungsrates liegt, ob er ein Einbürgerungsgespräch mit der gesuchstellenden Person durchführen möchte oder nicht. Auch wenn die Gesuchstellenden minderjährig sind, kann von ihnen bzw. für sie daher nicht von vornherein und grundsätzlich die Teilnahme an einer solchen Unterredung verweigert werden. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall gute Gründe für den Verzicht auf eine persönliche Befragung bestehen können. Es liegt jedoch am Einbürgerungsrat diese zu prüfen und ihnen gegebenenfalls nachzugeben oder aber auf die Durchführung eines Gesprächs zu beharren und den Betroffenen diesfalls die Konsequenzen ihrer fehlenden Mitwirkung aufzuzeigen. Das Gleiche gilt für die Anwesenheit von Begleitpersonen am Einbürgerungsgespräch. Diese kann sinnvoll sein, ist aber nicht zwingend vorgeschrieben. Ob die Anwesenheit einer Drittperson dem minderjährigen Gesuchstellenden insofern dienlich ist, als sie dessen Äusserungsmöglichkeiten durch eine Entspannung der Gesprächsatmosphäre zu verbessern verspricht, hat der Einbürgerungsrat im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens zu entscheiden. Sollte eine solche Wirkung zu erwarten sein, so dürfte der Anwesenheit von Begleitpersonen an sich nichts entgegen stehen.

Infolge der Aufhebung des Beschlusses und der Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz kann vorliegend demnach offen bleiben, wer die Verantwortung für den Abbruch des Einbürgerungsgesprächs zu tragen hat und ob der Abbruch unter den gegebenen Umständen auch gerechtfertigt war. (...)

5. (...) Der Abbruch des Einbürgerungsverfahrens erfolgte unter Verletzung des rechtlichen Gehörsanspruchs der Rekurrenten. Sie hätten vorgängig über die Folgen einer allfälligen Verweigerung der Mitwirkung hingewiesen werden müssen. Eine Heilung der rechtlichen Gehörsverletzung im Rahmen des vorliegenden Rekursverfahrens ist nicht möglich. Dementsprechend ist der Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur weiteren Abklärung der Einbürgerungseignung der Rekurrenten sowie zur erneuten Beschlussfassung betreffend ihre Einbürgerungsgesuche zurückzuweisen.

## 84

*Art. 13 Abs. 1 Bst. e BRG (sGS 121.1).* Bei der ordentlichen Einbürgerung im Allgemeinen prüft das Departement des Innern die Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs auf ihre Rechtmässigkeit, nicht aber auf ihre Angemessenheit hin. Verzichtet der Ehegatte der Einbürgerungskandidatin auf die Einreichung eines Einbürgerungsgesuchs, so kann der Einbürgerungskandidatin allein deswegen nicht vorgehalten werden, sie unterstütze und fördere ihren Ehegatten zu wenig bei der Integration in die Schweizer Verhältnisse.

*Departement des Innern, 14. September 2012*

Aus den Erwägungen:

4.

4.1. Mit Rekurs können grundsätzlich alle Mängel der angefochtenen Verfügung geltend gemacht werden. Ist allerdings der Autonomiebereich einer Gemeinde betroffen, kann sich die Rekurrentin vor der kantonalen Rekursinstanz nicht auf die Unangemessenheit der Verfügung berufen (Art. 46 VRP). Eine Gemeinde ist dort autonom, wo die Gesetzgebung ihre Entscheidungsfreiheit nicht einschränkt (Art. 89 Abs. 1 KV).

4.2. Bei der vorliegend strittigen ordentlichen Einbürgerung im Allgemeinen besteht kein Anspruch auf Erteilung des Bürgerrechts. Dies kommt insbesondere in Art. 12 BRG zum Ausdruck, indem festgehalten wird, dass Ausländerinnen und Ausländer eingebürgert werden können, wenn sie zur Einbürgerung geeignet sind. Eine ordentliche Einbürgerung im Allgemeinen kann somit – muss aber nicht – vorgenommen werden (vgl. auch Botschaft zur Verfassung des Kantons St. Gallen vom 17. Dezember 1999, in: ABl *2000,* 412 ff.). Besteht kein Anspruch auf Erteilung des Bürgerrechts, entscheidet das zuständige Organ nach Ermessen (Y. Hangartner, Grundsatzfragen der Einbürgerung nach Ermessen [Grundsatzfragen], in: ZBl *6/2009,* S. 297 ff.; Y. Hangartner, Neupositionierung des Einbürgerungsrechts [Neupositionierung], in: AJP *2004,* S. 7 ff.). Das Ermessen ist innerhalb der Schranken des Bundesrechts sowie des kantonalen Rechts auszuüben. Innerhalb dieser Schranken ist dem Einbürgerungsorgan infolge der Besonderheit der ordentlichen Einbürgerung im Allgemeinen allerdings die «Freiheit der Entscheidung von Fall zu Fall» zuzugestehen, (Hangartner, a. a. O. [Grundsatzfragen], S. 294), in welcher die Gemeinde gestützt auf ihre Autonomie als verfassungsrechtlich geschützt anzusehen ist (Urteil des Bundesgerichtes 1P.214/2003 vom 12. Dezember 2003, Erw. 3.5.1; VerwGE vom 31. Mai 2012 [B2011/229], Erw. 3.1.2., m.w.H.).

Das Departement des Innern hat die strittige Verfügung dementsprechend auf ihre Rechtmässigkeit, nicht aber auf ihre Angemessenheit hin zu prüfen. Eine Rechtsverletzung liegt bei einer Ermessensüberschreitung oder –unterschreitung

sowie beim Ermessensmissbrauch vor (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Aufl., Basel und Stuttgart 1986, Nr. 67, S. 417 f.). Die unzweckmässige Handhabung des Ermessens stellt keine Rechtsverletzung dar, wohl aber dessen Betätigung unter unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften widersprechenden Gesichtspunkten oder in Verletzung allgemeiner Rechtsprinzipien wie dem Willkürverbot, der Rechtsgleichheit, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit oder von Treu und Glauben (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht 6. Aufl., Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 460 ff.).

5.

5.1. Beim Verfahren der ordentlichen Einbürgerung beschränkt sich die Bundesgesetzgebung auf die Aufzählung der Einbürgerungsvoraussetzungen (Art. 14 und 15 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts [SR 141.0; abgekürzt BüG]), welche der Bewerber oder die Bewerberin für die Erteilung der bundesrechtlichen Einbürgerungsbewilligung erfüllen muss. Danach muss der Bewerber in formeller Hinsicht eine zwölfjährige Wohnsitzdauer in der Schweiz nachweisen können. In materieller Hinsicht muss er die Eignungsvoraussetzungen der Integration und des Vertrautseins mit den Verhältnissen und Lebensformen in der Schweiz erfüllen. Integration bedeutet die Aufnahme der ausländischen Person in die schweizerische Gemeinschaft und die Bereitschaft der Person, sich in das gesellschaftliche Umfeld einzufügen, ohne deswegen aber die Eigenheit oder Staatsangehörigkeit aufgeben zu müssen (vgl. Botschaft zur Änderung des Bürgerrechtsgesetzes vom 26. August 1987, in: BBl *1987 III,* 305). Mit dem Vertrautsein ist die Übernahme der schweizerischen Lebensgewohnheiten und Sitten gemeint. Es bedeutet einen Zustand bereits fortgeschrittener Integration und beruht auf einer im Ermessen des einzelnen Ausländers liegenden Entwicklung, die darin besteht, die ausländische und die schweizerische Kultur zu verbinden (vgl. Botschaft, a. a. O., in: BBL *1987 III,* 305). Des Weiteren müssen die Einbürgerungswilligen die schweizerische Rechtsordnung beachten und dürfen durch ihr Verhalten die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz nicht gefährden.

5.2. Die Kantone können weitere Einbürgerungsvoraussetzungen festlegen. Der Kanton St.Gallen hat dies bei der ordentlichen Einbürgerung im Allgemeinen sowohl in Bezug auf die Wohnsitzerfordernisse wie auch hinsichtlich der weiteren – materiellen – Einbürgerungsvoraussetzungen getan. Das Gesetz über das St.Galler Bürgerrecht verlangt eine mindestens achtjährige Wohnsitzdauer im Kanton, wovon die Einbürgerungswilligen die letzten vier Jahre ununterbrochen in der politischen Gemeinde verbracht haben müssen (Art. 9 BRG). Des Weiteren werden die bundesrechtlichen Eignungsvoraussetzungen ergänzt und erläutert, indem die Begriffe der Integration und des Vertrautseins konkretisiert und auf die örtlichen Verhältnisse ausgedehnt werden (Art. 12 bis 14 BRG). Aus ihrer gegenseitigen Verknüpfung resultiert gegenüber den bundesrechtlichen Mindestvorgaben eine Verschärfung der Einbürgerungskriterien (vgl. Botschaft zum Gesetz über das St.Galler Bürgerrecht vom 8. Dezember 2009, in: ABl *2010,* 22 f.). (. . .)

5.3. Anlässlich der Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs hält die Vorinstanz der Rekurrentin die fehlende Unterstützung und Förderung ihres Ehegatten bei der Integration in die Schweizer Verhältnisse entgegen (Art. 13 Abs. 1 Bst. e BRG).

Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob die hierbei genannten Gründe die Verweigerung der Bürgerrechtserteilung der Vorinstanz an die Rekurrentin zu rechtfertigen vermögen.

6.

6.1. (. . .)

6.2. In Art. 13 Abs. 1 Bst. e BRG wird verlangt, dass eine um Einbürgerung ersuchende Person die Integration der Ehepartnerin bzw. des Ehepartners fördert und unterstützt. Diese Bestimmung bezweckt die Förderung der Integration desjenigen Ehegatten, der aufgrund fehlender Voraussetzungen nicht in die Einbürgerung des anderen Ehegatten einbezogen werden kann. Der gesuchstellende Ehegatte soll in die Pflicht genommen werden, die Integrationsbemühungen des anderen Ehegatten zu fördern. Untergräbt er diese Bemühungen aufgrund kultureller, religiöser oder anderer weltanschaulicher Ansichten, erfüllt er seinerseits die Einbürgerungsanforderungen nicht (Botschaft zum Gesetz über das St.Galler Bürgerrecht vom 8. Dezember 2009, a. a. O., 25).

6.3. Vorliegend steht fest, dass der Ehegatte der Rekurrentin auf die Einreichung eines Einbürgerungsgesuchs verzichtet hat. Gemäss der Darlegung der Rekurrentin ist er selbst der Auffassung, seine Deutschkenntnisse würden für eine Einbürgerung nicht ausreichen. In diesem Zusammenhang hebt die Rekurrentin die Selbstverantwortung des Ehegatten hervor. Sie ist demnach zwar bereit, ihren Mann bei der Integration zu unterstützen, doch lehnt sie es ab, ihm in dieser Hinsicht ihren Willen aufzuzwingen. Ihre Unterstützung besteht – soweit ersichtlich – in erster Linie in ihrer Arbeitstätigkeit und ihrer eigenen guten Integrationsleistung. Der Ehegatte scheint einer Einbürgerung immerhin auch nicht grundsätzlich entgegen zu stehen. Von der Rekurrentin gestützt auf Art. 13 Bst. e BRG nun erwarten zu wollen, dass sie auf ihren Ehegatten entsprechend Druck ausübt, damit sich dieser schneller in die «richtige» Richtung entwickelt, geht an Sinn und Zweck von Art. 13 Bst. e BRG vorbei. Gemäss den Materialen wollte der Gesetzgeber damit vor allem die Einbürgerung von Personen verhindern, die sich bewusst gegen entsprechende Integrationsbemühungen ihres Ehepartners bzw. ihrer Ehepartnerin wenden. Werden Unterstützungs- und Förderungshandlungen in erster Linie im privaten Rahmen erbracht, ist deren Beleg ohnehin nur erschwert, wenn überhaupt möglich. Die Bemühungen um die Integration des Ehepartners oder der Ehepartnerin können aber gleichwohl vorhanden sein. Wenn die Rekurrentin anlässlich des Einbürgerungsgesprächs ihren Respekt vor dem Willen des Ehepartners betont, so bedeutet dies deshalb nicht, dass sie es dem Ehegatten grundsätzlich im Sinn von Art. 13 Bst. e BRG an Unterstützung oder Förderung mangeln lässt. Nicht jeder Ehegatte ist gleich einfach zu beeinflussen und es ist der Rekurrentin nicht vorzuhalten, diese Eigenschaft ihres Ehegatten anzuerkennen. Gemäss ihrer Darlegung

im Rekursverfahren versucht sie jedoch, ihrem Ehegatten die entsprechenden Freiräume zur Erbringung der Integrationsleistung zu öffnen. Ihre Arbeitstätigkeit ebenso wie ihre eigenen guten Integrationsleistungen sind unbestritten. Wenn der Ehegatte diese Freiräume nicht im Sinn der Vorinstanz nutzen will oder gegebenenfalls nicht kann – nicht jeder ist gleich sprachbegabt oder kontaktfreudig –, so liegt dies nicht mehr in der Verantwortung der Rekurrentin. Im Rahmen von Art. 13 Bst. e BRG kann sie nicht dazu verpflichtet werden, ihren Ehegatten entgegen seinem Willen zur Integration zu zwingen. Wenn sie dies anlässlich des Gesprächs auch ehrlicherweise zugibt, so darf ihr dies nicht als fehlende Unterstützung oder Förderung angelastet werden. Es bestehen vorliegend auch keine Anzeichen dafür, dass sie der Integration ihres Ehegattens in irgendeiner Weise entgegen wirken würde. Insoweit vermag die Argumentation der Vorinstanz demnach nicht zu überzeugen.

Soweit die Vorinstanz vermutet, dass die Rekurrentin und ihr Ehegatte darauf verzichtet hätten, die Einbürgerung des Ehegatten anzustreben, damit dieser dann im Nachgang zur Einbürgerung der Rekurrentin erleichtert eingebürgert werden könne, bleibt zu bemerken, dass auch die erleichterte Einbürgerung an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist. Gemäss Art. 27 Abs. 1 BüG ist hierfür unter anderem die Eheschliessung mit einem Schweizer Bürger erforderlich. Wie die Rekurrentin zu Recht ausführt, ist eine erleichterte Einbürgerung somit nur möglich, wenn der Ehegatte bereits im Zeitpunkt der Eheschliessung die schweizerische Staatsangehörigkeit besass (Ch. R. Tappenbeck, Das Bürgerrecht in der Schweiz und seine persönlichkeitsrechtliche Dimension, Diss. Zürich 2011, S. 285 m.w.H; vgl. auch die Ausführungen des Bundesamtes für Migration auf seiner Homepage: www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/themen/buergerrecht/faq.0006.html sowie Beilage 9 der Rekurrentin). Der Gesuchsteller muss zudem auch bei der erleichterten Einbürgerung unter anderem die Voraussetzung der Integration in der Schweiz erfüllen (Art. 26 Abs. 1 Bst. a BüG). Da die Rekurrentin bereits verheiratet ist, steht deren Ehegatten die Möglichkeit der erleichterten Einbürgerung infolge ehelicher Gemeinschaft mit einer Schweizer Bürgerin nicht offen. Eine gegebenenfalls nicht vorhandene Integration des Ehegatten stünde zudem der erleichterten Einbürgerung ebenfalls entgegen. Der vorinstanzliche Vorwurf der Rechtsumgehung beruht somit auf einem falschen Verständnis der massgebenden Rechtsnormen und der hierzu geübten Praxis. Er kann damit auch nicht als Grund gegen die Einbürgerung der Rekurrentin aufgeführt werden.

6.4. Soweit die Vorinstanz die Ablehnung des rekurrentischen Einbürgerungsgesuchs damit begründet, dass die Rekurrentin die Integration ihres Ehegatten zu wenig unterstützt und gefördert habe, vermag sie nach dem Gesagten somit nicht zu überzeugen. Sie hat das ihr hierbei zustehende Ermessen missbräuchlich gehandhabt und damit geltendes Recht verletzt. Der Rekurs wird diesbezüglich gutgeheissen. (. . .)

## 3. Gesundheit und Soziales

### 85

*Art. 46 GesG (sGS 311.1); Art. 94 Abs. 1 VRP (sGS 951.1); Gebührentarif für die Kantons- und Gemeindeverwaltung (sGS 821.5).* Personen, die im Rahmen der Ausübung eines Berufes der Gesundheitspflege zahlreiche falsche Abrechnungen zulasten der Krankenkassen erstellen, ihre Patientinnen und Patienten mangelhaft betreuen und bei berechtigter Kritik an diesem Gebahren die kritikübenden Personen und Institutionen unter Druck setzen, erfüllen die für die Bewilligungserteilung notwendige Voraussetzung der Vertrauenswürdigkeit nicht mehr. Entsteht ein erheblicher Untersuchungsaufwand, weil das widerrechtliche Verhalten nach Eröffnung des aufsichtsrechtlichen Verfahrens fortgesetzt wird und auch aufgrund der Akten klar belegbare Vorwürfe umfassend bestritten werden, erweist sich die Erhebung der maximalen Entscheidgebühr als gerechtfertigt.

*Gesundheitsdepartement, 10. April 2012*

Aus den Erwägungen:

12. Zusammenfassend ist festzustellen, dass X. gestützt auf die Aktenlage zahlreiche falsche Abrechnungen stellte, um Leistungen bezahlt zu erhalten, die sie nie erbracht hat. Sie nutzte hierzu das System des Tiers payant wissentlich und willentlich aus. Die zahlreichen Adressen, unter denen sie ihre Dienstleistungen anbietet, sichert ihr ein grosses Kundinnenpotenzial. Aus den Akten ist ersichtlich, dass ihre Kundinnen gestützt auf die Adressangaben davon ausgingen, eine Hebamme aus der näheren Region zu beauftragen, was zumindest für die Region Y., in welcher X. sehr aktiv ist, nicht zutrifft. Aus den Akten muss zudem geschlossen werden, dass die weiten Distanzen für die Dienstleistungserbringung immer wieder Zeitknappheiten verursachten, welcher X. offenbar entweder mit der kurzfristigen Beauftragung von Stellvertreterinnen, welche keine eigene Abrechnungsberechtigung hatten, begegnete oder mit einer minimalen Betreuungszeit von teilweise weniger als einer Viertelstunde. Damit nahm sie das Risiko in Kauf, dass Wöchnerinnen und ihre Neugeborenen gesundheitlichen Schaden erleiden, indem medizinische Probleme mindestens in den zwei aktenkundigen Fällen G. und W. nicht erkannt wurden. Personen bzw. Institutionen, die ihr Geschäftsgebaren kritisierten, wurden zunächst mit falschen Auskünften bedient und bei Insistieren teilweise massiv unter Druck gesetzt. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich Wöchnerinnen regelmässig sowohl physisch wie psychisch in einer besonders anspruchsvollen Lebensphase befinden und deshalb eines besonderen Schutzes bedürfen, erweist sich das Verhalten von X. deshalb nicht nur als den Grundsätzen einer verantwortungsvollen Ausübung des Hebammenberufes diametral entgegen

stehend, sondern muss gar als verwerflich bezeichnet werden. Damit ist X. jegliche Vertrauenswürdigkeit abzusprechen.

17. X. hat die Kosten dieser Verfügung zu tragen (Art. 94 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1). Der entstandene Untersuchungsaufwand ist als erheblich zu bezeichnen. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass dieser Umstand im Wesentlichen auf das Verhalten von X. zurückzuführen ist. Dabei ist einerseits zu beachten, dass die Beschwerden W., S., L. und R. Leistungen von X. betreffen, die nach Eröffnung des aufsichtsrechtlichen Verfahrens erbracht wurden. X. hat damit den daraus entstehenden zusätzlichen Untersuchungsaufwand billigend in Kauf genommen. Andererseits wurden auch die aufgrund der Akten klar belegbaren Vorwürfe von X. jeweils umfassend bestritten bzw. Begründungen angeführt, deren Widerlegung einen beträchtlichen Zeitaufwand erforderten. Demnach erweist sich eine Entscheidgebühr von Fr. 5000.– als gerechtfertigt (Nr. 10.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5).

## 4. Raumplanung und öffentliches Baurecht

### 86

*Art. 16a RPG (SR 700).* Fehlende Zonenkonformität eines Betriebsleiterwohnhauses für einen Betrieb mit Mutterkuhhaltung mangels Betriebsnotwendigkeit. Wohnraum für die abtretende Generation ist in erster Linie im bestehenden Gebäudevolumen zu realisieren und setzt einen aktuellen Wohnraumbedarf voraus. Für die Bemessung der objektiv gesehen für die Bewirtschaftung erforderlichen Wohnraumgrösse wird auf die kantonalen Richtwerte abgestellt.

*Baudepartement, 3. September 2012*

Die Betreiber eines knapp 19 ha grossen Landwirtschaftsbetriebs stellten bei der zuständigen Behörde im April 2011 ein Baugesuch für die Erstellung eines neuen Betriebsleiterwohnhauses. Auf dem Landwirtschaftsbetrieb, dessen Zentrum sich in rund 1300 m Fahrdistanz zur nächsten Bauzone befindet, wird im Wesentlichen Mutterkuhhaltung (28 Mutterkühe und rund 30 Kälber) betrieben. Das Baugesuch umfasste nebst der Erstellung eines neuen Betriebsleiterwohnhauses mit einer anrechenbaren Bruttogeschossfläche (aBGF) von 216 $m^2$ auch den Abbruch eines auf einem anderen Betriebsgrundstück gelegenen Wohnhauses. Das bereits bestehen-

de Betriebsleiterwohnhaus Nr. 1608 mit einer aBGF von rund 230 m² sollte nach der im Jahr 2016 geplanten Betriebsübergabe künftig als Stöckli genutzt werden. Gegen die im Januar 2012 erteilte Baubewilligung erhob die Stiftung WWF Schweiz Rekurs beim Baudepartement. Für die Beurteilung der Zonenkonformität des Bauvorhabens war vorweg zu prüfen, ob das bestehende Betriebsleiterwohnhaus für die vorliegende Nutzungsart betriebsnotwendig und damit zonenkonform war, da nur bei Bejahung dieser Frage die Erstellung von zusätzlichem zonenkonformen Wohnraum in Betracht fallen konnte.

Aus den Erwägungen:

2.1 Wohnbauten waren nach der bis 31. August 2000 geltenden Fassung von Art. 16 aRPG in der Landwirtschaftszone nur zonenkonform, wenn sie hinsichtlich Standort und Ausgestaltung in einer unmittelbaren funktionellen Beziehung zu einem Landwirtschafts- oder Gartenbaubetrieb standen und im Hinblick auf die bodenabhängige Nutzung des Landes als unentbehrlich erschienen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangte bezüglich Wohnraum, dass für ein ordnungsgemässes, zonenkonformes Bewirtschaften des Bodens ein längeres Verweilen am betreffenden Ort erforderlich sei und dieser von der nächstgelegenen Wohnzone weit entfernt lag. Das Vorrecht, ausserhalb der Bauzone zu wohnen, sollte damit einem relativ engen Personenkreis vorbehalten bleiben. Dazu zählten nur Leute, die als Betriebsinhaber oder Hilfskräfte unmittelbar in der Landwirtschaft tätig waren und ihre Familienangehörigen (BGE 121 II 67 Erw. 3a, S. 68f.; 115 IB 295 Erw. 3a, S. 299; 113 Ib 138 Erw. 4d, S. 141). Im dargestellten eng gezogenen Rahmen hat die Rechtsprechung auch Wohnraum für die abtretende Generation, die ein Leben lang in der Landwirtschaft tätig war, als zonenkonform anerkannt. Massgeblich war, dass es einem betagten Bauern nach Übergabe des Gewerbes an einen jüngeren Inhaber nicht zugemutet werden könne, seinen Hof zu verlassen. Ausserdem sei der frühere Landwirt in der Lage, mit Besorgungen oder Ratschlägen weiterhin wertvolle Dienste für die Bewirtschaftung des Hofs zu leisten, namentlich in Zeiten grosser Arbeitsbelastung oder bei Krankheit oder Militärdienst des Betriebsinhabers. Auf diese Weise könne die bäuerliche Sozialstruktur, zu der auch das Verbleiben der abtretenden Generation auf dem Hof gehöre, aufrechterhalten werden (BGE 116 Ib 228 Erw. 3a, S. 230f.; Urteil 1A. 19/2001 des Bundesgerichtes vom 22. August 2001, publ. in ZBl *103/2002,* S. 582, Erw. 3b; Urteil 1A. 78/2006 des Bundesgerichtes vom 1. Dezember 2006, Erw. 2.2).

2.2 Art. 16a RPG umschreibt die Zonenkonformität in der Landwirtschaftszone neu. Danach sind in der Landwirtschaftszone Bauten und Anlagen zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Die vorgenommene Erweiterung bezieht sich jedoch nur auf die als zonenkonform anerkannten landwirtschaftlichen Nutzungsformen, die sich jetzt nicht mehr allein auf die bodenabhängige Produktion beschränken. Dagegen sollte an den strengen Kriterien, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die

Zonenkonformität von Wohnbauten aufgestellt hatte, festgehalten werden (vgl. Botschaft des Bundesrates zu einer Teilrevision des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Mai 1996, BBl *1996 III,* S. 533; Rudolf Muggli, Kurzkommentar zum Entwurf für eine Änderung des Raumplanungsgesetzes vom 20. März 1998, Raum & Umwelt 1998, Art. 16a Rz. 4; Urteil 1A. 19/2001 des Bundesgerichtes vom 22. August 2001, publ. in ZBl *103/2002,* S. 582, Erw. 3b). Davon ging auch der Verordnungsgeber beim Erlass der neuen konkretisierenden Norm von Art. 34 Abs. 3 der Raumplanungsverordnung (SR 700.1; abgekürzt RPV) aus. Danach sind Bauten für den Wohnbedarf in der Landwirtschaftszone zonenkonform, wenn sie für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich sind. Das setzt voraus, dass aus betrieblichen Gründen die ständige Anwesenheit der bewirtschaftenden Personen erforderlich und die nächste Wohnzone weit entfernt und schwer erreichbar ist (BGE 125 III 175 Erw. 2b, S. 177f.; 121 II 307 Erw. 3b, S. 310f., je mit Hinweisen). Art. 34 Abs. 3 RPV kodifiziert die bisherige Rechtsprechung, die weiterhin wegleitend sein soll (Urteil 1A. 78/2006 des Bundesgerichtes vom 1. Dezember 2006, Erw. 2.3). Wohnraum ausserhalb der Bauzone ist nur zulässig, wenn die Bewirtschaftung aus objektiven Gründen nicht von der Bauzone aus möglich ist (Urteil 1A. 179/1987 des Bundesgerichtes vom 4. August 1987, Erw. 3a).

2.3 Die Beurteilung der Zonenkonformität hängt somit insbesondere von Art und Umfang der betriebsnotwendigen Überwachungsaufgaben, von der Distanz zur nächsten Wohnzone sowie von der Frage ab, ob das Gewerbe hauptberuflich ausgeübt wird. Ist die Betriebsführung auch von einer Wohnzone aus möglich oder verlangen die betrieblichen Verhältnisse keine dauernde Anwesenheit, fehlt es am erforderlichen sachlichen Bezug des Bauvorhabens zur landwirtschaftlichen Produktion (B.Waldmann/P. Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N14 zu Art. 16a RPG). Auf subjektive Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen kann es ebenso wenig ankommen wie auf die persönliche Zweckmässigkeit und Bequemlichkeit (BGE 121 II 67 Erw. 3a, S. 68f. mit Hinweisen; Urteil 1A. 78/2006 des Bundesgerichtes vom 1. Dezember 2006, Erw. 3.3; Urteil 1C. 67/2007 vom 20. September 2007, Erw. 3.1). Die Distanz zur nächstgelegenen Wohnzone bzw. die Zumutbarkeit eines Standorts in der Wohnzone stellt gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein eigenständiges Kriterium für die Beurteilung der Zonenkonformität bzw. der Standortgebundenheit in der Landwirtschaftszone dar (BGE 123 II 499, Erw. 3b/cc, S. 508f.; Urteil 1C. 67/2007 des Bundesgerichtes vom 20. September 2007, Erw. 3.3).

2.4 Die Rekursgegner bringen vor, ihr grosser Viehbestand erfordere für Überwachung und Betreuung der Tiere die ständige Anwesenheit des Betriebsleiters vor Ort. Auch für die Betreuung von Mutterkühen sei es erforderlich, dass der Betriebsleiter neben dem Stall wohne. Mutterkühe müssten zwar nicht regelmässig gemolken, mit den Kälbern aber trotzdem beaufsichtigt und betreut werden. Zwischen dem Tierhalter und den Tieren müsse eine enge Beziehung aufgebaut werden, was nur möglich sei, wenn der Halter regelmässigen Kontakt mit den Tieren

habe, also auf dem Hof wohne. Dadurch würden die Tiere an den Menschen gewöhnt, womit das Unfallrisiko massiv verringert werden könne. Die wirtschaftliche Führung des Betriebs bedinge ebenfalls, dass sich das Wohnhaus beim Betriebszentrum befinde. Nur so könnten die Eltern bei der Bewirtschaftung des Hofs mithelfen. Die nächsten Bauzonen seien zu weit vom Betrieb entfernt, um von dort aus den Hof bewirtschaften zu können.

Das Bundesgericht hat mit Urteil 1C. 67/2007 vom 20. September 2007 (Erw. 3.2 ff.) ein Urteil des Kantonsgerichtes Basel-Landschaft vom 7. März 2007 bestätigt, wonach die Nutzungsart der Mutterkuhhaltung gerade keine ständige Anwesenheit des Bauern erfordere, sondern sich im Gegenteil dadurch auszeichne, dass sie wenig kontroll- und arbeitsintensiv sei. Ein positiver Aspekt der Mutterkuhhaltung liege in der natürlichen Haltung der Masttiere. Das Kalb bleibe nach der Geburt bei der Mutter. Es ernähre sich zu Beginn hauptsächlich von Muttermilch. Mit der Zeit ersetze Raufutter die Milch, eiweissreiche und hoch konzentrierte Futtermittel (wie Getreide, Soja usw.) seien nur selten notwendig und würden nur begrenzt eingesetzt. Den Sommer verbrächten Kuh und Kalb zum grössten Teil auf der Weide, viele Mutterkühe würden gealpt. Im Winter würden die meisten Mutterkuhherden in einem Laufstall gehalten. Obwohl Tierbeobachtung und -pflege nicht unterschätzt werden dürften, sei ein Betriebsinhaber einer Mutterkuhhaltung wesentlich flexibler in seiner Zeitplanung als ein Milchviehhalter. Es müsse auch nicht zweimal täglich gemolken werden. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft führte in seinem Urteil unter Berufung auf den Schweizerischen Verband der Ammen- und Mutterkuhhalter weiter aus, der Arbeitszeitbedarf des Mutterkuhhalters mache knapp 50 Prozent desjenigen des Milchviehhalters aus und könne wesentlich flexibler eingeteilt werden. Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichtes (Urteil 1C. 67/2007 vom 20. September 2007, Erw. 3.4 mit Hinweis) lasse sich die Anzahl der notwendigen Kontrollgänge allenfalls auch mit technischen Überwachungseinrichtungen mit geringem Aufwand vermindern. Ebenso wenig könne mit der Gefährdung von Passanten durch Mutterkühe argumentiert werden, um einen Wohnbedarf ausserhalb des Baugebiets zu begründen. Der zusätzlichen Sicherheit der Spaziergänger müsse mittels entsprechender Umzäunung und Warnschildern Gewähr geleistet werden. Entgegen den Ausführungen der Rekursgegner ist die ständige Anwesenheit des Betriebsleiters auf dem Hof damit nicht erforderlich.

2.5 Soweit betrieblich die ständige Anwesenheit des Betriebsleiters oder von Personal nicht erforderlich ist, gilt deren Wohnraum nur als zonenkonform, wenn die nächste Bauzone weit entfernt und schwer erreichbar ist (Urteil 1A. 78/2006 des Bundesgerichtes vom 1. Dezember 2006 Erw. 3.3). Die Distanz zu den nächsten Wohnzonen von X. und Y. beträgt jeweils knapp 1300 m. Der Hof der Rekursgegner liegt etwa auf derselben Meereshöhe wie X. und rund 120 m oberhalb des Dorfzentrums von Y.Er ist über die Kantonsstrasse und die von dieser abzweigenden, gut ausgebauten und durchgehend asphaltierten Gemeindestrassen (L.strasse und L.-W.-Strasse) strassenmässig bestens erschlossen und selbst im Winter

innert weniger Fahrminuten problemlos erreichbar. Diese Distanz zur Bauzone liegt etwa im Bereich der vom Bundesgericht noch als zumutbar erachteten Entfernung von rund 1 km, jedenfalls aber klar innerhalb der zumutbaren Gehdistanz von 20 bis 30 Minuten (BGE 121 II 67, Erw. 3a, S. 69; BGE 117 IB 266, Erw. 2B, S. 268). Zudem befindet sich rund 60 m unterhalb des Betriebszentrums an der Kantonsstrasse die Postautohaltestelle, ab der der Hof der Rekursgegner über den G.-L.-Weg, einen Gemeindeweg zweiter Klasse, erreichbar ist, wobei die Gehdistanz etwa 460 m beträgt. Bei diesen Verhältnissen ist es ohne Weiteres möglich und zumutbar, die Ökonomiegebäude von der Bauzone aus zu bewirtschaften. Den Beschwerdeführern ist zwar zuzugestehen, dass ein Wohnhaus in unmittelbarer Nähe die Überwachung des Betriebs erleichtern würde. Dieser Umstand kann aber nicht allein ausschlaggebend sein. Zu beachten ist jedenfalls, dass sich eine Kontrolle der Tiere ohne grössere Schwierigkeiten auch von den angrenzenden Bauzonen aus durchführen lässt. Die Distanzen sind im betreffenden Gelände jedenfalls gering genug und die Strassen- und Wegverbindungen derart gut ausgebaut, dass auch die von den Rekursgegnern geltend gemachten wiederholten Kontrollgänge zumutbar sind. Bei einem solch kurzen Anfahrtsweg wie dem vorliegenden ist eine wirksame Überwachung des Betriebs ohne nennenswerten Zeitverlust auch von der Bauzone aus möglich. Auch wenn die Bedürfnisse der Rekursgegner durchaus nachvollziehbar sind, lässt das grosse öffentliche Interesse an der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet und an der Verhinderung von Wohnbauten in der Landwirtschaftszone, die von der Landwirtschaft objektiv nicht benötigt werden, im vorliegenden Fall die Bejahung der Zonenkonformität nicht zu. An die Voraussetzung der Betriebsnotwendigkeit sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes strenge objektive Massstäbe zu stellen (Urteile 1A. 78/2006 des Bundesgerichtes vom 1. Dezember 2006 Erw. 3.4 und 1A. 220/1999 vom 11. April 2000 Erw. 3d/aa und 1C. 67/2007 vom 20. September 2007, Erw. 3.3).

2.6 Schon das bestehende Betriebsleiterwohnhaus Nr. 1608 ist somit nicht betriebsnotwendig. Nachdem seine Zonenkonformität zu verneinen ist, kann auch kein zusätzlicher Wohnraum – und zwar unabhängig ob Stöckli oder neues Betriebsleiterwohnhaus – als zonenkonform bewilligt werden. Die angefochtene Baubewilligung der Baukommission Y. vom 11. Januar 2012 und die Teilverfügung des AREG vom 21. Dezember 2011 sind schon aus diesem Grund aufzuheben.

3. Im Weiteren ergibt die Beurteilung indessen, dass dem Bauvorhaben neben der Betriebsnotwenigkeit auch andere Gründe entgegenstehen.

3.1 Damit ein Bauvorhaben bewilligt werden kann, dürfen ihm keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 34 Abs. 4 Bst. b RPV). Dies ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu prüfen, in die sowohl öffentliche als auch private Interessen einzubeziehen sind (BGE 114 Ib 130; 112 Ib 120). Alle sich widerstreitenden Interessen müssen vollständig berücksichtigt und deren Gewichtung mit sachgerechten Erwägungen begründet werden (BGE 113 Ib 154; BGE 112 Ib 428). Lenkender Massstab der Interessenabwägung bilden hauptsächlich die Planungszie-

le und Planungsgrundsätze des Raumplanungsgesetzes (Art. 1 und 3 RPG; BGE 114 Ib 272 E. 3b mit Hinweisen). Diese bezwecken unter anderem, das Kulturland und das Siedlungsgebiet zu trennen, den Siedlungsraum zu beschränken und das Land ausserhalb des baulichen Bereichs grundsätzlich von Überbauungen freizuhalten (Art. 3 Abs. 2 und 3 RPG; BGE 114 Ib 319 Erw. 4a). Damit soll der Zersiedlung der Landschaft entgegengewirkt werden. Weiter sollen der Landwirtschaft genügende Flächen geeigneten Kulturlands erhalten bleiben (Art. 3 Abs. 2 Bst. a RPG; BGE 114 Ia 375 f.). Selbst wenn Wohnraum für die abtretende Generation als zonenkonform zu betrachten wäre, bedeutet dies noch nicht, dass der Neubau eines Stöcklis ohne weiteres zulässig ist. Kann nämlich der benötigte Wohnraum im bestehenden Wohnhaus integriert werden, so tritt er nach aussen baulich nicht in Erscheinung, und die landwirtschaftlichen Interessen sowie das Ziel, Land ausserhalb der Bauzonen von Überbauungen freizuhalten, werden kaum beeinträchtigt. Steht genügender Wohnraum nicht bereits zur Verfügung, ist solcher in erster Linie durch den Ausbau des bestehenden Bauernhauses oder durch einen entsprechenden Anbau zu schaffen. Erst wenn der Einbau zusätzlichen Wohnraums im bestehenden Gebäude aus objektiven Gründen nicht möglich ist, stellt sich die Frage, ob der Neubau eines Stöcklis, also einer eigenständigen Wohnbaute für die abtretende Generation, bewilligt werden kann (BGE 116 IB 228 S. 232). Im Rahmen der Interessenabwägung muss daher nach einer Lösung gesucht werden, die sich mit den Zielen der Raumplanung am besten verträgt, d. h. die eine möglichst geringe Beeinträchtigung der raumplanerischen Interessen nach sich zieht. Diesen öffentlichen Interessen sind die privaten Interessen des Gesuchstellers entgegen zu stellen.

Im vorliegenden Fall wurde die Frage, ob der zusätzliche Wohnraum nicht auch durch einen Aus- oder Anbau des Betriebsleiterwohnhauses hätte geschaffen werden können, von den Vorinstanzen nicht geprüft. Aus den angefochtenen Verfügungen ergibt sich entsprechend auch nicht, aus welchen Gründen rund 60 m vom heutigen Betrieb entfernt, freistehend ein weiteres Wohnhaus erstellt werden muss, obwohl das AREG sowohl in seiner «raumplanungsrechtlichen Beurteilung» vom 9. September 2010 als auch noch in seiner «raumplanungsrechtlichen Zwischenbeurteilung» vom 23. August 2011 die Auffassung vertrat, der zusätzliche Wohnraum müsse – falls dieser überhaupt betriebsnotwendig wäre – «im Hofbereich geplant werden und zwar möglichst als Anbau an das bestehende Wohnhaus.» Die blosse Behauptung der Baugesuchsteller in ihrem Schreiben vom 28. September 2011, der Einbau einer Zweitwohnung ins bestehende Betriebsleiterwohnhaus oder ein sinnvoller Anbau seien nicht möglich und der Zusatz, es sei bekannt, dass Bauernfamilien mit unnötigen Problemen zu kämpfen hätten, wenn zwei Generationen im selben Haus wohnten, reicht als Sachverhaltsabklärung für die Bewilligung eines freistehenden Wohnhauses jedenfalls nicht aus.

3.2 Abgesehen davon, dass der für die abtretende Generation benötigte Wohnraum stets vorab innerhalb bestehender Gebäudevolumen befriedigt werden muss, ist Wohnraum für die abtretende Generation auch nur dann zonenkonform, wenn

es sich um Personen handelt, die den betreffenden Betrieb geführt und auf dem Hof gelebt haben und deren Wohnraumbedarf aktuell ist. Daran fehlt es nach Lehre und Rechtsprechung mit Sicherheit, wenn eine Hofübergabe an die nächste Generation ungewiss und/oder frühestens in 20 Jahren zu erwarten ist (Waldmann/Hänni, a.a.O., N 14 zu Art. 16a RPG; Urteil des Bundesgerichtes vom 16. November 2011, publ. in ZBl *2002,* S. 142ff.). Weitere Rechtsprechung zur Klärung der Frage, was unter «aktuellem» Wohnraumbedarf für die abtretende Generation zu verstehen ist, findet sich nicht. Für die Beantwortung dieser Frage ist deshalb in erster Linie auf die jeweilige kantonale Praxis abzustimmen. Im kantonalen «Vollzugshandbuch Bauen ausserhalb Bauzonen» (im Folgenden Vollzugshandbuch) hält das AREG unter Ziff. 6.3 Bst. d, S. 43, fest, dass die Betriebsübergabe «in Kürze» bevorstehen müsse; zumindest müssten überzeugende Anhaltspunkte für eine Übergabe vorliegen (Pacht, Vorvertrag für Kauf usw.). Unter «in Kürze» verstehen das AREG und das kantonale Landwirtschaftsamt in der Praxis eine Frist von etwa 2 Jahren. Stöcklibauten werden im Kanton St.Gallen regelmässig nur unter der Voraussetzung als zonenkonform bewilligt, dass die Betriebsübergabe praktisch unmittelbar bevorsteht, was bedeutet, dass der Betriebsinhaber das Pensionsalter beinahe erreicht hat und über einen Nachfolger oder eine Nachfolgerin verfügt, welcher bzw. welche die landwirtschaftliche Ausbildung bereits abgeschlossen hat oder sich zumindest kurz vor deren Abschluss befindet. Vor dem Erreichen des Pensionsalters des Betriebsinhabers werden Stöcklibauten regelmässig nur bewilligt, wenn der Betrieb tatsächlich bereits zuvor an den Nachfolger übergeben wurde bzw. wird. In Anwendung dieser langjährigen Praxis führte das AREG in seiner «raumplanungsrechtlichen Zwischenbeurteilung» vom 23. August 2011 deshalb auch zutreffend aus, «ein aktueller Anspruch auf Stöckliwohnraum bestehe angesichts der für das Jahr 2016 geplanten Betriebsübergabe nicht.» Aus welchen Gründen das AREG in seiner Teilverfügung vom 21. Dezember 2011 von dieser Zwischenbeurteilung abrückte, wird in der Teilverfügung weder dargetan noch ergibt sich das aus den Akten. In diesen, die dem AREG schon zum Zeitpunkt der «raumplanungsrechtlichen Zwischenbeurteilung» vom 23. August 2011 bekannt waren, findet sich lediglich eine als «Vorvertrag» bezeichnete Erklärung vom 20. Oktober 2010, in der die Betriebsinhaber bestätigen, dass sie «voraussichtlich per 2016» den Landwirtschaftsbetrieb übergeben und die Nachfolger bestätigen, dass sie «voraussichtlich per 2016» den Landwirtschaftsbetrieb übernehmen. Eine solche Erklärung reicht indessen nicht aus, um einen aktuellen Wohnraumbedarf ausreichend zu begründen. Abgesehen davon, dass der derzeitige Betriebsinhaber im Jahr 2016 erst 61 Jahre alt wird und eine Betriebsübergabe schon aus diesem Gesichtspunkt fraglich erscheint, wäre dieser «Vorvertrag» mangels Beurkundung und der Festlegung eines verbindlichen Übergabezeitpunkts rechtlich auch nicht durchsetzbar. Hinzu kommt, dass der voraussichtliche Übergabetermin im Jahr 2016 die im Kanton St.Gallen geforderten Voraussetzungen für die Bewilligung von Stöckliwohnraum nicht erfüllt.

3.3 Im Weiteren ist vorliegend die Wohnraumgrösse umstritten. Nach dem vorstehend Ausgeführten kann landwirtschaftlicher Wohnraum nur in dem Umfang als zonenkonform bewilligt werden, als er objektiv gesehen für die Bewirtschaftung erforderlich ist.

3.3.1 [...]

3.3.2 [...]

3.3.3 [...]

3.3.4 Nach den seit Inkrafttreten des RPG im Kanton St.Gallen angewendeten Richtwerten für zonenkonformen Wohnraum ausserhalb der Bauzone soll die gesamte aBGF eines Landwirtschaftsbetriebs 300 $m^2$ nicht übersteigen. Dabei gilt für das Betriebsleiterwohnhaus eine Richtgrösse von 200 $m^2$, worin eine Schmutzschleuse und ein Büro von zusammen höchstens 15 $m^2$ nicht enthalten sind. Für Stöckliwohnungen gilt eine Richtgrösse von 100 $m^2$ aBGF (Vollzugshandbuch, Ziff. 6.3, Bst. c, S. 43). Gründe, von diesen Richtwerten im vorliegenden Fall abzuweichen, werden weder vorgebracht, noch sind solche ersichtlich. Nachdem die aBGF vom bestehenden Betriebsleiterwohnhaus und geplantem Neubau zusammen den Richtwert in jedem Fall massiv überschreiten, hätte die Baubewilligung auch aus diesem Grund nicht erteilt werden dürfen.

3.3.5 An diesem Ergebnis vermögen die Ausführungen des AREG und der Rekursgegner, verschiedene Räume im bestehenden Betriebsleiterwohnhaus Vers.-Nr.1608N entsprächen hinsichtlich ihrer Raumhöhe und/oder der Bodenfläche nicht den kommunalen Regelbauvorschriften oder wiesen nur eine ungenügende Isolation auf, weshalb sie ebenfalls nicht den aBGF zugerechnet werden dürften, nichts zu ändern. Zum einen ist offensichtlich, dass das eidgenössische Raumplanungsrecht nicht über kommunale Regelbauvorschriften ausgehebelt werden kann; zum anderen ist offenkundig, dass ältere landwirtschaftliche Wohnbauten regelmässig nicht den heutigen Isolationsvorschriften genügen. Dieser Umstand hat indessen nicht zur Folge, dass die Wohnräume dieser Gebäude nicht mehr zu den aBGF gezählt werden müssten.

**87**

*Art. 22 Abs. 1 RPG (SR 700); Art. 78 Abs. 2 Bst. m BauG (sGS 731.1).* Ein rund 20 m langer, mit farblich abgesetzten Ziegeln in eine Dachfläche eingebauter Reklameschriftzug ist baubewilligungspflichtig.

*Baudepartement, 19. Juni 2012*

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Rekurrentin bestreitet die Bewilligungspflicht für die Dachflächenwerbung.

3.2 Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Der für den Umfang der Bewilligungspflicht massgebende Begriff der Bauten und Anlagen wird im Bundesrecht nicht näher umschrieben (Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, Bern 2006, Art. 22, N 9, BGE 113 Ib 315 E. 2b, 119 Ib 226 E. 3a, 123 II 259 E. 3). Für die Beurteilung der Bewilligungspflicht ist entscheidend, ob mit dem Vorhaben so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 855 mit Hinweisen). Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als Bauten und Anlagen im Sinn von Art. 22 Abs. 1 RPG auch «jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen» (BGE 113 Ib 314 E. 2b, S. 315 b.; vgl. auch BGE 123 II 256 E. 3, S. 259, 120 Ib 379 E. 3c, S. 383 f., 118 Ib 49 E. 2a, S. 52; Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 22, N 10 mit zahlreichen Hinweisen; Ch. Bandli, Bauen ausserhalb der Bauzonen, Diss. Bern 1989, S. 99 ff. mit Hinweisen).

3.3 Das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen bedarf nach Art. 78 Abs. 1 BauG einer Bewilligung. Bewilligungspflichtig sind unter anderem Aussenreklamen mit insgesamt mehr als zwei Quadratmeter Ansichtsfläche, ausgenommen vorübergehende Baureklamen (Art. 78 Abs. 2 Bst. m).

Vorliegend steht fest, dass es sich beim Schriftzug «xyz.ch» um eine Reklame handelt, die mit ihrer Anbringung auf dem Dach auf das hinter der Internetadresse stehende Geschäft aufmerksam machen soll. Es kann nicht ernsthaft behauptet werden, dass es sich hierbei lediglich um eine Dachrenovation mit andersfarbigen Ziegeln handelt. Offensichtlich ist ebenfalls, dass der Namenszug, der sich über die gesamte Dachlänge von über 20 m spannt, insgesamt mehr als zwei Quadratmeter umfasst. Die Dachwerbung fällt daher unter die Bewilligungspflicht nach Art. 78 Abs. 2 Bst. m BauG.

## 88

*Art. 72 Abs. 1 BauG (sGS 731.1).* Weder Art. 72 Abs. 1 BauG noch die einschlägigen VSS-Richtlinien (Normblatt SN 640 281) stellen für sich allein eine genügende gesetzliche Grundlage dar, von einem Bauherrn im Einzelfall die Erstellung von Parkplätzen zu verlangen.

*Baudepartement, 17. Juli 2012*

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Vorinstanz hat bezüglich der ihrer Ansicht nach erforderlichen vier Pflichtparkplätze erwogen, die Bauherrschaft könne gestützt auf Art. 72 Abs. 1 des Baugesetzes (sGS 731.1., abgekürzt BauG) bei der Neuerstellung von Bauten und Anlagen grundsätzlich zur Erstellung von Parkplätzen für Motorfahrzeuge verpflichtet werden. Für die Bemessung der erforderlichen Anzahl würden die VSS-Richtlinien (Normblatt SN 640 281) als Richtwert gelten. Damit seien für die Bewohner der beiden Doppel-Einfamilienhäuser vier Parkplätze erforderlich.

2.2 [. . .]

2.3

2.3.1 Art. 72 Abs. 1 BauG bestimmt, dass der Bauherr bei Neuerstellung, Zweckänderung oder Erweiterung von Bauten und Anlagen verpflichtet werden könne, auf privatem Grund Abstellflächen für Motorfahrzeuge der Benützer oder Besucher zu schaffen, soweit die örtlichen Verhältnisse es zulassen und die Kosten zumutbar sind. Bei Art. 72 Abs. 1 BauG handelt es sich um eine Kann-Vorschrift; wenn die politische Gemeinde im kommunalen Recht – in aller Regel in ihrem Bau- oder einem separaten Parkplatzreglement – keine Verpflichtung zur Erstellung von Parkplätzen vorgesehen hat, kann sie diese nicht einzelfallweise und direkt gestützt auf Art. 72 Abs. 1 BauG verlangen (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 710; Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2010/96 vom 10. Oktober 2010, Erw. 5.1).

2.3.2 Das kommunale Recht des Stadt X. kennt keine Verpflichtung zur Erstellung von Parkplätzen auf privaten Grundstücken. Auch aus dem das Baugrundstück Nr. Y. überlagernden Gestaltungsplan ergibt sich keine derartige Verpflichtung. Wie dargelegt (vorstehend Erw. 2.3.1), stellt Art. 72 Abs. 1 BauG allein auch keine genügende gesetzliche Grundlage dar, die Erstellung von Parkplätzen zu verfügen. Dies gilt umso mehr für die VSS-Richtlinie (Normblatt 640 281), auf die sich die Vorinstanz bei der Bemessung der Anzahl Parkplätze beruft, handelt es sich dabei doch nicht um ein Gesetz im eigentlichen (materiellen) Sinn, sondern um einen Teil eines Regelwerks eines privaten Verbandes; dieses Regelwerk mag zwar in einem bestimmten Bereich den Stand der Technik wiederspiegeln, einem Verband kommen hingegen keine gesetzgeberischen Kompetenzen zu, weshalb dem von

ihm erlassenen Regelwerk auch kein allgemeiner Geltungsanspruch eigen sein kann.

2.4 Zusammenfassend ergibt sich somit, dass sich die von der Vorinstanz verfügte Auflage, wonach die Rekursgegnerin vor Baubeginn vier Parkplätze für die zukünftigen Bewohner bzw. Eigentümer der Wohnbauten in der Tiefgarage der angrenzenden Überbauung nachzuweisen habe, nicht auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützt.

## 89

*Art. 82 BauG (sGS 731.1).* Werden bewilligungspflichtige bauliche Massnahmen ohne Bewilligung ausgeführt, ist deren materielle Rechtsmässigkeit in erster Linie in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Kann ein solches mangels Baugesuchs nicht durchgeführt werden, erfolgt die Prüfung der materiellen Rechtsmässigkeit bzw. die Verhältnismässigkeit der Anordnung von Beseitigungsmassnahmen im Rahmen eines Wiederherstellungsverfahrens. Ein solches endet nicht mit der Erteilung oder Verweigerung der Baubewilligung, sondern stets nur mit der Anordnung der oder dem Verzicht auf die Beseitigung der bereits ausgeführten baulichen Massnahmen.

*Baudepartement, 4. Dezember 2012*

Aus den Erwägungen:

5.2 Werden bewilligungspflichtige bauliche Massnahmen ohne Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung erstellt, so liegt eine formelle Rechtswidrigkeit vor. Diese Tatsache für sich allein genommen vermag eine Abbruch- bzw. Wiederherstellungsverfügung noch nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist regelmässig zu prüfen, ob aufgrund des geltenden materiellen Baupolizeirechts eine ordentliche Baubewilligung oder eine Ausnahmebewilligung nachträglich erteilt werden kann (GVP 1983 Nr. 97). Ob eine erstellte Baute oder Anlage oder eine ohne Bewilligung erfolgte Zweckänderung den materiellrechtlichen Vorschriften entspricht, ist dabei grundsätzlich in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren abzuklären; von dieser Regel kann nur dann abgewichen werden, wenn die materielle Rechtswidrigkeit einer Baute oder Anlage offensichtlich ist (GVP 1983 Nr. 97). Kann weder eine ordentliche Bau- noch eine Ausnahmebewilligung erteilt werden, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, welche Massnahmen zur Wiederherstellung verhältnismässig sind (Ch. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts und der neueren zürcherischen

Rechtsprechung, Diss. Zürich 1991, N 660 ff.). Auf Massnahmen kann nur dann verzichtet werden, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand geringfügig und ohne Bedeutung für das öffentliche Interesse ist (BGE 104 Ib 303).

[. . .]

6.

6.1 Wenn kein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden kann, müssen die Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit und/oder der Verhältnismässigkeit der Anordnung der Beseitigung einer Baute oder Anlage grundsätzlich im Rahmen eines Wiederherstellungsverfahrens erfolgen. Im Unterschied zum Baubewilligungsverfahren endet das Wiederherstellungsverfahren nicht mit der Erteilung oder der Verweigerung der Baubewilligung, sondern – mangels Baugesuchs – stets nur mit der Anordnung der oder dem Verzicht auf die Beseitigung der bereits ausgeführten Bauten und Anlagen. Für das Wiederherstellungsverfahren sind die Verfahrensvorschriften des ordentlichen Baubewilligungsverfahrens (Art. 82 BauG) sachgemäss anwendbar, was bedeutet, dass das Anzeige- und Auflageverfahren im Regelfall durchzuführen ist. Das gilt jedenfalls für Fälle, in denen die Baubehörde auf die Beseitigung der unrechtmässig erstellten Bauten und Anlagen ganz oder teilweise verzichten will. Andernfalls würde das rechtliche Gehör betroffener Dritter verletzt.

## 90

*Art. 87 Abs. 1 BauG (sGS 731.1).* Die der Bewilligung eines Bauvorhabens entgegenstehenden Hindernisse müssen im öffentlichen Recht begründet sein. Dabei fallen nur solche öffentlichrechtlichen Vorschriften in Betracht, welche die Bewilligungsfähigkeit, den Umfang sowie die Gestaltung des Bauvorhabens selbst beeinflussen. Im öffentlichen Recht begründete finanzielle Ausstände des Baugesuchstellers gegenüber der Gemeinde stellen kein Hindernis dar, das die Verweigerung einer Baubewilligung rechtfertigt.

*Baudepartement, 29. Mai 2012*

Eine Gemeinde verweigerte die Behandlung eines Baugesuchs zum Abbruch eines bestehenden Wohn- und Geschäftshauses sowie zur Erstellung eines Mehrfamilienhauses auf Grundstück X. und wies dieses an den Baugesuchsteller zurück. Zur Begründung wurde angeführt, im Zusammenhang mit dem Grundstück X. bestünden zum Teil mehrjährige Ausstände an Liegenschaftsabgaben, Abwassergebühren sowie Elektrizitätsabgaben, die der Baugesuchsteller der Gemeinde bis anhin

schuldig geblieben sei. Gegen diesen Rückweisungsentscheid erhob der Baugesuchsteller Rekurs beim Baudepartement.

Aus den Erwägungen:

2. Die Baubewilligung ist zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vorliegen (Art. 87 Abs. 1 BauG).

2.1 Die Baubewilligung ist rechtlich als sogenannte Polizeierlaubnis zu qualifizieren, mit der keine neuen Rechte begründet werden, sondern nur festgestellt wird, dass dem zu Grunde liegenden Bauvorhaben keine öffentlichrechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen und Bedingungen erfüllt, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Baubewilligung. Diesfalls darf davon ausgegangen werden, dass die beabsichtigte private Tätigkeit für die polizeilichen Schutzgüter keine Gefahr darstellt; es fehlt ein polizeilicher Grund, der eine Bewilligungsverweigerung zu rechtfertigen vermag (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 847; P. Tschannen/U. Zimmerli/M. Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 44 N 24 f., 29). Vorbehältlich eines aus der Formulierung der gesetzlichen Vorgaben fliessenden Beurteilungsspielraums dürfen andere Gesichtspunkte als die gesetzlich vorgesehenen für die Bewilligungserteilung keine Rolle spielen (Tschannen/Zimmerli/Müller, a. a. O., N 30).

2.2 Die einer Baubewilligung entgegenstehenden Hindernisse müssen im öffentlichen Recht begründet sein, wozu beispielsweise auch das gesamte Umweltschutzrecht oder die feuerpolizeilichen Vorschriften zählen (Heer, a. a. O., N 850). Von Bedeutung können dabei nur solche Vorschriften sein, die einen direkten Einfluss auf die Bewilligungsfähigkeit, den Umfang und die Gestaltung eines Bauvorhabens haben. Allfällige privatrechtliche Abmachungen sind nicht von Belang. Auch darf eine Baubewilligung nicht von einem Bedürfnisnachweis abhängig gemacht werden. Die vorliegend von der Vorinstanz für die Nichtbehandlung des rekurrentischen Baugesuchs geltend gemachten finanziellen Ausstände beziehen sich zwar offenbar auf im öffentlichen Recht begründete Abgaben und Gebühren; weder diese noch die Ausstände selbst stehen aber in einem direkten Zusammenhang mit dem Bauvorhaben des Rekurrenten. Wie die Vorinstanz selbst festhält, ist die von ihr beschlossene Nichtbehandlung des Baugesuchs vielmehr gemeindepolitisch motiviert. Die von ihr angeführten sachfremden Überlegungen können für die formelle Behandlung wie auch für die materielle Beurteilung des rekurrentischen Bauvorhabens aber keine Rolle spielen. Auch der Schutz der Handwerker und Unternehmer, die den Neubau realisieren sollen, kann im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens nicht berücksichtigt werden. Die Teilnahme an der späteren Bauausführung und eine ausreichende Sicherung künftiger Forderungen liegt in der Verantwortung der dannzumal Beauftragten und nicht der Baubewilligungsbehörde. Soweit schliesslich die Vorinstanz den bereits geleisteten Kostenvorschuss zwischenzeitlich zurückerstattet haben sollte und befürchtet, für die im Baubewilligungsverfahren anfallenden eigenen Aufwände nicht entschädigt zu werden, hat

sie die Möglichkeit, (erneut) einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Gebühren zu verlangen (Art. 94 und Art. 96 VRP; vgl. U. P. Cavelti/T. Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, St.Gallen 2003, N 810).

2.3 Zusammengefasst erweist sich die Rückweisung des Baugesuchs des Rekurrenten als unbegründet und unzulässig. Der Rekurs ist folglich gutzuheissen, und der Beschluss der Vorinstanz vom 10. Januar 2012 ist aufzuheben.

## III. Verwaltungsrechtspflege

### 91

*Art. 18 Abs. 1 VRP (sGS 951.1); Art. 36 i.V. m. Art. 38, Art. 40 und 43 MedBG (SR 811.11).* Bei Verletzung der Berufspflichten kann die Aufsichtsbehörde gegenüber Medizinalpersonen Disziplinarmassnahmen anordnen. Die Aufsichtsbehörde kann zudem die Bewilligung zur Berufsausübung während eines Disziplinarverfahrens einschränken, mit Auflagen versehen oder entziehen.

*Gesundheitsdepartement, 27. November 2012*

Aus den Erwägungen:

5. Gestützt auf die Aktenlage ergibt sich somit, dass erhebliche Zweifel daran bestehen, dass Dr. X. den Berufspflichten von Medizinalpersonen hinreichend nachkommt bzw. er die Anforderungen an eine weitere Berufsausübung als Zahnarzt sowohl in fachlicher als auch in persönlicher Hinsicht noch erfüllt. Aufgrund der grossen Anzahl der zu untersuchenden Beschwerden, der Schwere der Anschuldigungen sowie angesichts der Tatsache, dass die Vorwürfe von Dr. X. umfassend bestritten werden, ist zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts von einer längeren Verfahrensdauer auszugehen. Nachdem nicht auszuschliessen ist, dass Dr. X. gestützt auf die Aktenlage wieder in Y. zahnärztlich tätig ist, drängt sich deshalb zum Schutz potenzieller Patientinnen und Patienten der vorsorgliche Entzug der Berufsausübungsbewilligung gestützt auf Art. 43 Abs. 4 MedBG auf. Nachfolgend ist die Verhältnismässigkeit dieser Massnahme zu prüfen.

b) Vorliegend erweisen sich mildere Massnahmen wie beispielsweise eine Einschränkung der Berufsausübung auf bestimmte Fachbereiche als nicht ausrei-

chend, um eine Gefährdung von Patienten und Drittpersonen ausschliessen zu können. Aufgrund der Inhalte der Beschwerden W. und S., der zwischen Juli und September 2012 eingegangenen Beschwerden sowie der bei der Z. eingegangenen Patientenbeschwerden besteht der dringende Verdacht, dass Dr. X. nicht nur Behandlungen der Implantologie und der festsitzenden Prothetik unzureichend beherrscht, sondern auch allgemeine zahnmedizinische Tätigkeit wie Wurzelbehandlungen und Füllungen. Weiter erweisen sich mildere Massnahmen auch aufgrund des offenbaren Fehlens einer gültigen Berufshaftpflichtversicherung als nicht zweck- bzw. rechtmässig. Schliesslich lassen verschiedene Aussagen von Dr. X. gegenüber dem Gesundheitsdepartement seine Vertrauenswürdigkeit als beeinträchtigt erscheinen (vgl. Ziff. 4 vorstehend).