

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

1

Art 8 Abs.1 BV (SR 101); ~~Art 11~~ KV (sGS 11.1) Die Kläger waren im Zeitpunkt der Umgestaltung der Ansprüche auf Ausrichtung von Treueprämien zwischen 10 und 15 Jahren beim Kanton angestellt. Nach altem Recht hatten sie bei Vollendung des 15. Dienstjahres erstmals Anspruch auf einen vollen Monatslohn als Treueprämie. Nach neuem Recht besteht nach dem 10. und nach dem 15. Dienstjahr ein Anspruch auf je einen halben Monatslohn. Ab dem 15. Dienstjahr schränkt die neue Treueprämienregelung die Ansprüche demgegenüber massiv ein, und zwar hinsichtlich Höhe und Anspruchsstufen. Die Kläger erreichten das 15. Dienstjahr während der vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009 dauernden Übergangsfrist. Gestützt auf Übergangsbestimmungen wurde ihnen eine individuell berechnete Treueprämie ausbezahlt, die zwischen 93 Prozent und 61 Prozent eines Monatslohns betrug. Dass die Kläger schlechtergestellt wurden als jene Staatsangestellten, die vor und nach der Übergangsfrist das 15. Dienstjahr vollendet haben, verstösst gegen das Gebot der Gleichbehandlung. Zwar entlastet die neue Treueprämienregelung den Staatshaushalt insgesamt, jedoch darf das Übergangsrecht dazu nicht überproportional beitragen.

Verwaltungsgericht, Dezember 2013

Im Zusammenhang mit dem Massnahmenpaket 2004 zur dauerhaften Entlastung des Staatshaushaltes erliess die Regierung des Kantons St.Gallen am 11. November 2003 den IV. Nachtrag zur Besoldungsverordnung (sGS 143.2, abgekürzt BesV; zum Nachtrag vgl. nGS 39–101 und zur Botschaft ABI 2003, S. 2661 ff.). Der Nachtrag wurde am 17. Februar 2004 vom Kantonsrat genehmigt und trat per 1. Januar 2005 in Kraft. Durch die Neufassung von Art. 13 BesV wurden die Ansprüche des Staatspersonals auf Ausrichtung einer Treueprämie wie folgt geändert:

Anzahl Dienstjahre	Treueprämien nach der bis 31.12.2004 geltenden Fassung (in Monatslöhnen)	Treueprämien nach der ab 1.1.2005 geltenden Fassung (in Monatslöhnen)
10	–	1/2
15	1	1/2
20	1	–
25	1 1/2	1
30	1	–
35	1	–
40	1 1/2	–

Mit dem erwähnten IV. Nachtrag zur BesV wurde für die vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009 dauernde fünfjährige Übergangsfrist folgende Regelung erlassen:

«Für die bis 31. Dezember 2004 vollendeten Dienstjahre wird für Mitarbeitende mit mehr als 10 Dienstjahren der bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufene Anteil der nächsten Treueprämie nach Vollendung der für die Ausrichtung nach bisherigem Recht vorausgesetzten Anzahl Dienstjahre ausbezahlt, der nach vollendetem 15. und nach vollendetem 25. Dienstjahr zustehende Anteil jedoch nur so weit, als er nicht durch die Treueprämie nach neuem Recht abgegolten wird.»

Diese Bestimmung konkretisierte die Regierung mit dem IV. Nachtrag zur Verordnung über den Staatsdienst vom 29. Juni 2004 (sGS 143.20, nGS 39–109, abgekürzt VStD) wie folgt:

«Die Höhe des erworbenen Anteils der nächsten Treueprämie nach dem bisherigen Recht bemisst sich nach den bisherigen Besoldungsansätzen:

- für Mitarbeitende, die 15 Dienstjahre vollenden, nach der Anzahl Monate seit der Vollendung des 10. Dienstjahres bis zum 1. Januar 2005;
- für die übrigen Mitarbeitenden nach der Anzahl Monate seit der Zahlung einer Treueprämie nach bisherigem Recht bis zum 1. Januar 2005.

Die Auszahlung des per 1. Januar 2005 erworbenen Anteils erfolgt im Zeitpunkt der Erfüllung der Auszahlungsbedingungen für die nächste Treueprämie.

Der erworbene Anteil wird nicht verzinst und verfällt ersatzlos, wenn das Dienstverhältnis vor der Erfüllung der Auszahlungsbedingungen für die nächste Treueprämie aufgelöst wird. Vorbehalten bleibt Abs. 4 dieser Übergangsbestimmungen.

Die Treueprämie nach dem bisherigen Recht wird anteilmässig ausgerichtet, wenn der Mitarbeitende nach mehr als 15 Dienstjahren aus dem Staatsdienst ausscheidet wegen:

- Alter oder Invalidität;
- Tod;
- unverschuldeter Entlassung.

Die Höhe des erworbenen Anteils nach dem bisherigen Recht bemisst sich sinngemäss nach Abs. 1 dieser Übergangsbestimmungen. Der Anteil wird nicht verzinst.»

Den acht Klägern wurde zwischen Juli 2005 und August 2008 für ihre 15-jährige Tätigkeit im Staatsdienst eine Treueprämie ausgerichtet. Diese wurde anhand der Übergangsregelung bemessen und betrug im besten Fall ca. 93 Prozent, im schlechtesten ca. 61 Prozent eines Monatslohns. Das Verwaltungsgericht heisst die Klage, mit welcher sie eine Treueprämie in der Höhe eines vollen Monatslohnes bei Vollendung des 15. Dienstjahres und Auszahlung der Differenz verlangen, im Sinn eines Feststellungsurteils gut.

Aus den Erwägungen:

6. In materiellrechtlicher Hinsicht ist zu entscheiden, ob die nach Übergangsrecht gemäss IV. Nachtrag zur BesV und IV. Nachtrag zur VStD ausgerichteten Treueprämien vor dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) resp. Art. 2 Abs. 1 lit. b der Kantonsverfassung (sGS 111.1, abgekürzt KV) standhalten.

6.1. Der Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtssetzung ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (BGE 134 I 23 E.9.1; 127 I 185 E.5). Eine Regelung, die Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt, ist jedoch zulässig, wenn diese Gleich- oder Ungleichbehandlung notwendig ist, um das Ziel der Regelung zu erreichen und die Bedeutung des Ziels die Gleich- oder Ungleichbehandlung rechtfertigt. Es ist somit abzuwägen zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung (BGE 136 II 120 E.3.3.2 mit Hinweis auf Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 495).

Wie bereits festgehalten, steht den Behörden insbesondere bei Organisations- und Besoldungsfragen ein grosser Ermessensspielraum zu, den das Verwaltungsgericht nicht durch eigene Gestaltungsvorstellungen schmälern darf (BGE 123 I 1 E. 6b mit Hinweisen). Folglich hat es sich bei der Überprüfung von Grundrechtsverletzungen durch das Besoldungsrecht eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen und darf bloss eingreifen, wenn durch die vom Gesetz- oder Ordnungsgeber getroffenen Unterscheidungen eine Grenze gezogen wird, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit in den meisten Fällen geradezu willkürlich ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 497; vgl. auch BGE 133 I 206 E. 8.2 und 132 I 157 E. 4.2).

6.2. Die Kläger machen geltend, die Übergangsregelung sei völlig verunglückt. Die Absicht des Beklagten, während der Übergangszeit eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Staatsangestellter zu verhindern, sei ihm offensichtlich misslungen. Mit Bezug auf den Treueprämienanspruch nach vollendetem 15. Dienstjahr führe die

Übergangsbestimmung zu einer erheblichen Schlechterstellung der Angestellten, die vor dem Inkrafttreten der Neuregelung das 10. Dienstjahr bereits vollendet hatten. Der Vergleich zwischen einem Angestellten, dessen Dienstverhältnis am Stichtag 9 Jahre und 11 Monate gedauert habe und der – über eine Dienstdauer von 15 Jahren gesehen – insgesamt einen vollen Monatslohn an Treueprämien erhalten habe, mit einem Angestellten, der unmittelbar vor dem Stichtag das 10. Dienstjahr vollendet habe und sich insgesamt auf einen halben Monatslohn (beim 15-Jahr-Dienstjubiläum) beschränken müsse, führe dies deutlich vor Augen.

Die Übergangsregelung benachteilige somit jene Angestellten, die am Stichtag im 11. bis 15. Dienstjahr gewesen seien. Allen diesen Angestellten werde für ihre 15 Dienstjahre nicht mehr ein voller Monatslohn als Treueprämie ausgerichtet, sondern im schlechtesten Fall sogar nur ein halber. Demgegenüber würden alle Angestellten, die bei Inkrafttreten der Neuregelung das 10. Dienstjahr noch nicht vollendet hatten, bessergestellt. Dies, weil sie nicht mehr erst nach 15 Dienstjahren einen vollen, sondern bereits nach deren 10 und auch nach 15 Dienstjahren einen halben Monatslohn erhalten würden.

6.3. Der Beklagte macht geltend, Sinn und Zweck der auf den 1. Januar 2005 eingeführten Reduktion der Treueprämien sei die Entlastung des Staatshaushaltes. Die Neugestaltung der Treueprämienregelung sei politisch gefordert und notwendig gewesen, um das übergeordnete Regelungsziel eines ausgeglichenen Staatshaushaltes zu erreichen. Mit der Gewährung der Prämie im 10. und 15. Dienstjahr solle einerseits die bisherige Treue zum Arbeitgeber honoriert und andererseits zum weiteren Verbleib im Staatsdienst motiviert werden. Bei diesen Anreizen handle es sich um eine dem Gesetz- oder Ordnungsgeber zustehende Wertung und nicht lediglich um ein mathematisches Kriterium. Dass neu bereits im 10. Dienstjahr eine Prämie ausgerichtet werde, führe unbestreitbar zu einer Besserstellung dieser Personengruppe. Dies sei jedoch beabsichtigt und begründe auch unter Gleichbehandlungsaspekten keinen Anspruch auf zusätzliche Treueprämien für Mitarbeitende mit anderer bzw. längerer Dienstdauer. Dass es bei der Einführung einer zusätzlichen ersten Anspruchsstufe im 10. Dienstjahr Mitarbeitende gebe, die bei deren Inkrafttreten mehr als 10 Dienstjahre aufweisen und daher nicht in den Genuss kämen, sei nicht zu umgehen. Mit der Übergangsregelung sei unter anderem versucht worden, die Schlechterstellung genau dieser Staatsangestellten zu mindern.

Der Beklagte räumt jedoch ein, dass durch die Übergangsregelung kein umfassender Ausgleich zwischen alt- und neurechtlichen Prämienansprüchen erreicht worden sei. Die verbleibende Differenzierung sei aber angesichts des Sparziels sachlich vertretbar. Die gerügten Ungleichheiten würden sich bei der Einführung einer neuen Besoldungs- bzw. Treueprämienordnung nicht vermeiden lassen. Dass diese gegenüber Mitarbeitenden mit weniger als 10 Dienstjahren bei Erreichen des 15. Dienstjahres einen ungleichen Anspruch hätten, lasse sich vor dem Hintergrund der Kosteneinsparung sachlich begründen. Müsste diesen bei Vollendung des

15. Dienstjahres nun dennoch ein ganzer Monatslohn ausbezahlt werden, würde das Regelungsziel übergangen. Die Reduktion der Treueprämie um höchstens einen halben Monatslohn betrage maximal rund 4,2 Prozent eines Jahreslohns (ohne 13. Monatslohn). Darin könne keine relevante Ungleichbehandlung erblickt werden.

6.4. Fest steht, dass Staatsangestellte bis und mit Vollendung ihres 15. Dienstjahres sowohl unter altem als auch unter neuem Personalrecht Anspruch auf eine Treueprämie in der Höhe von insgesamt einem Monatslohn haben.

6.4.1. Fest steht weiter, dass Staatsangestellte, die das 15. Dienstjahr zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Dezember 2009 vollendet haben, demgegenüber nur einen reduzierten Anspruch hatten. Dies hat seinen Grund vor allem darin, dass zur Bemessung der übergangsrechtlichen Treueprämie nicht deren volle Dienstdauer bis zum 1. Januar 2005 berücksichtigt worden ist, sondern lediglich, um wie viel das (nach altem Recht prämiemässig nicht relevante) 10. Dienstjahr zu diesem Zeitpunkt bereits überschritten worden war.

Der Beklagte nahm damit in Kauf, die betreffenden Staatsangestellten – darunter die Kläger – im Vergleich zu jenen, die am 1. Januar 2005 das 15. Dienstjahr bereits überschritten hatten, und zu jenen, die in diesem Zeitpunkt noch vor dem 10-Jahr-Dienstjubiläum standen, schlechterzustellen. Er begründet die Schlechterstellung mit dem durch die allgemeine Reduktion der Treueprämien verfolgten Sparziel.

6.4.2. Es ist unbestritten, dass die Reduktion sowohl der Anspruchszeitpunkte als auch der Höhe der Treueprämien zum Ziel eines ausgeglichenen Staatshaushaltes beitragen kann. Der Beklagte macht grundsätzlich zu Recht geltend, dass er in der Wahl seiner Mittel und den vorgenommenen Wertungen weitgehend frei war und ihm in Besoldungsfragen grosses Ermessen offen steht. Dies gilt allerdings nur so weit, als die Massnahmen bei ganzheitlicher Betrachtung dem angestrebten Ziel auch wirklich dienen.

6.4.3. Mit Bezug auf die ersten 15 Dienstjahre ist in Betracht zu ziehen, dass den Staatsangestellten, die das 15. Dienstjahr vollenden, sowohl nach neuem als auch nach altem Personalrecht insgesamt ein ganzer Monatslohn als Treueprämie ausgerichtet wird. Allein dadurch, dass der halbe Monatslohn, der bei zehnjährigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt wird, regelmässig tiefer ist als die Hälfte, die nach dem 15. Jahr fällig wird, lässt sich nicht massgeblich sparen. Dies gilt umso mehr, als Staatsangestellte, die das Dienstverhältnis zwischen dem 10. und dem 15. Dienstjahr beenden, nun bereits einen halben Monatslohn erhalten haben, nach altem Recht jedoch keinen Anspruch auf anteilmässige Auszahlung hatten. Dass sich der Beklagte zu einer solchen Umgestaltung entschlossen hat, liegt in der Tat in seinem Ermessen und ist auch nicht rechtsungleich. Mit Blick auf die ersten 15 Dienstjahre muss aber festgestellt werden, dass der Staatshaushalt – wenn überhaupt – nicht in gleichem Verhältnis entlastet worden ist, wie die übergangsrechtlichen Prämien reduziert worden sind.

Daran muss sich die Übergangsregelung messen lassen. Wenn die neue Regelung nicht dem Sparziel dient, kann dieses von Vornherein auch nicht für die Über-

gangsregelung massgebend sein. Es ist demnach nicht rechtsgleich, wenn das Übergangsrecht zum Sparen beiträgt, obwohl die neue Regelung in Bezug auf die ersten 15 Dienstjahre nicht im gleichen Ausmass geeignet ist, die Ausgaben zu mindern. Es ist ferner nicht auszuschliessen, dass sich die Ausgaben für die ersten 15 Dienstjahre durch den zusätzlichen Anspruch bei Vollendung des 10. Dienstjahres sogar noch erhöht haben.

6.5. Dass den Klägern weder der nach altem Recht zustehende volle Monatslohn noch die nach neuer Regelung bemessenen beiden halben Monatslöhne ausbezahlt worden sind, ist somit zum einen offensichtlich rechtswidrig. Da die zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung herangezogene Wertung (Reduktion der Ausgaben) der neuen Regelung in Bezug auf die ersten 15 Dienstjahre nicht inhärent ist, lässt sich dazu überdies kein sachlicher Grund erkennen. Unbeachtlich ist, dass die von den Klägern gerügte Ungleichbehandlung teilweise nur gering ist. Im schlechtesten Fall macht diese immerhin fast einen halben Monatslohn aus.

Es wird somit festgestellt, dass die Übergangsregelung gegen das Gebot der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV resp. Art. 2 Abs. 1 lit. b KV verstösst. Wie er diese Ungleichheit beseitigen will, liegt im Ermessen des Beklagten. Es liegt indessen auf der Hand, dass die Schaffung zusätzlicher Anspruchsstufen übergangsrechtlich anders zu handhaben ist wie die nach dem 15. Dienstjahr vorgenommene Reduktion. Sachgerecht wäre es möglicherweise gewesen, der hier betroffenen Kategorie von Staatsangestellten bei Inkrafttreten der Regelung den neurechtlichen Anspruch – ein halber Monatslohn auf Basis des Verdienstes im 10. Dienstjahr – auszuzahlen und auf weitere Übergangsregelungen zu verzichten.

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Leistungsklage als Feststellungsklage entgegenzunehmen und gutzuheissen ist. Es ist festzustellen, dass die übergangsrechtliche Regelung der Treueprämien gemäss IV. Nachtrag zur BesV und IV. Nachtrag zur VStD im hier streitigen Anwendungsfall – d. h. bei Staatsangestellten, die zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 31. Dezember 2009 das 15. Dienstjahr vollendet haben – gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstossen. Die Schaffung einer rechtsgleichen Ersatzregel ist nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts. Der Beklagte wird zu entscheiden haben, wie er die festgestellte Ungleichbehandlung beseitigen will.

2

Art. 8 Abs. 2 und Art. 19 BV (SR 101); Art. 34, Art. 36, Art. 37 und Art. 38 VSG (sGS 213.1); Art. 6 Abs. 1, Art. 7 und Art. 8 VVU (sGS 213.12); Art. 2 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Es besteht weder ein verfassungs- noch ein bundes- oder kantonalrechtlicher Anspruch, ein Kind mit ausgewiesener Sonderschulbedürftigkeit in einer Regelklasse zu beschulen. Massgebend ist, ob die körperlichen, geistigen oder psychischen Beeinträchtigungen des Kindes derart schwerwiegend sind, dass eine Schulung in einer Regel- oder einer Kleinklasse nicht möglich und zum Wohle des Kindes nicht geboten ist. Fördernde Massnahmen haben dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu entsprechen.

Verwaltungsgericht, Juni 2013

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 51 des Volksschulgesetzes (sGS 213.1, abgekürzt VSG) hat das im Kanton wohnhafte Kind das Recht, jene öffentliche Schule oder anerkannte private Sonderschule zu besuchen, die seinen Fähigkeiten entspricht und deren Anforderungen es erfüllt. Die Schulgemeinde sorgt u. a. für Behandlung von Schülerinnen und Schülern mit Lern-, Leistungs- oder Verhaltensstörungen (Art. 34 Abs. 1 lit. c VSG). Zulässige Therapien und zulässiger Stützunterricht sind Logopädie, Legasthenie- und Diskalkulie-therapie, Psychomotorik und Rhythmik, Nachhilfeunterricht, Deutschunterricht, schulische Heilpädagogik als integrierte Schülerförderung (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über den Volksschulunterricht, sGS 213.12, abgekürzt VVU).

Nach Art. 37 Abs. 1 VSG ordnet der Schulrat für behinderte Kinder, die in Regel- und Kleinklassen nicht beschult werden können, den Besuch einer Sonderschule an. Stimmen die Eltern der Zuweisung nicht zu, so holt er das Gutachten einer Fachstelle ein (Art. 37 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 36 Abs. 2 VSG). Abklärungsstelle im Sinn von Art. 36 Abs. 2 VSG ist der SPD (Art. 8 VVU). Die Eltern sorgen in Zusammenarbeit mit dem Schulrat für die Sonderschulung. Vernachlässigen sie diese Pflicht, so benachrichtigt der Schulrat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 38 VSG). Erlaubt es der besondere Förderbedarf, wird gemäss Art. 7 Abs. 1 VVU während oder in Ergänzung des Unterrichts in der Regelklasse eine Therapie oder Stützunterricht verfügt. Erfordert es der besondere Förderbedarf, wird anstelle des Unterrichts in der Regelklasse gemäss Art. 7 Abs. 2 VVU der Besuch einer Kleinklasse oder die Sonderschulung verfügt.

3.1. Im Kanton St. Gallen gilt bezüglich Sonderpädagogik somit der Grundsatz der Subsidiarität. So weit als möglich sind integrative Massnahmen anzuordnen. Eine gewisse Präferenz für die integrierte Schulung ergibt sich auch aus Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) und Art. 20 Abs. 2 des Behindertengleichstellungsgesetzes (SR 151.3). In Betracht fällt aber, dass der verfassungs-

rechtliche Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV) nur ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen umfasst. Ein darüber hinausgehendes Mass an individueller Betreuung, das theoretisch immer möglich wäre, kann mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht gefordert werden. Der Anspruch aufgrundschulunterricht nach Art. 19 BV ist nicht gleichbedeutend mit dem Anspruch auf die optimale bzw. geeignetste Schulung eines Kindes. Somit steht den Kantonen bei der Ausgestaltung der Sonderpädagogik ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu (BGE 138 I 162 E. 3.2 und E. 3.3 mit Hinweisen). Vorab ist das Wohl des (behinderten) Kindes massgebend für den Entscheid, welche Schule infrage kommt. Weder qualifiziert sich die Sonderschulung als ein Eingriff in das Recht des Kindes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit noch besteht ein Anspruch, ohne Rücksicht auf die Fähigkeiten andere Schulen zu besuchen, wenn dort keine Sonderschulung möglich ist, die der konkreten Behinderung entspricht (BGE 130 I 358 E. 6.1.2). Demzufolge besteht weder ein verfassungs- noch ein bundes- oder kantonalrechtlicher Anspruch, ein Kind mit ausgewiesener Sonderschulbedürftigkeit in einer Regelklasse zu beschulen. In einem solchen Fall liegt die Beschulung in einer Regelklasse nicht im Interesse des Kindes, das dort nicht entsprechend seinen Bedürfnissen individuell gefördert werden kann. Hinzu kommt, dass der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht, den alle Schülerinnen und Schüler haben, nicht gewährleistet werden kann, wenn sich die Lehrpersonen einer Regelklasse in erster Linie um ein bestimmtes Kind kümmern müssen, das nicht in der Lage ist, dem Unterricht zu folgen (vgl. dazu VerwGE B 2011/210 vom 17. Januar 2012).

3.2. Fördernde Massnahmen im Sinn von Art. 34 ff. VSG haben dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu entsprechen. Die Massnahme muss zur Verwirklichung des angestrebten Ziels geeignet und notwendig sein. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die dem Privaten auferlegt werden. Im Bereich der fördernden Massnahmen ist zu prüfen, ob die vorgesehene Massnahme geeignet und notwendig ist, um das Kind nach seinen Fähigkeiten und Bedürfnissen bestmöglich bzw. besser als ohne die Massnahme zu fördern. Sind für die Förderung des Kindes verschiedene zielführende Massnahmen denkbar, ist die für das Kind am wenigsten einschneidende Massnahme anzuordnen. Sodann ist dem Umfeld des Kindes Rechnung zu tragen (VerwGE B 2011/210 vom 17. Januar 2012 E. 3.1).

...

5.2. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin hätten ihre Entscheide nicht auf Einschätzungen der Lehrerin und der schulischen Heilpädagogin abstützen dürfen, weil es sich nicht um «Gutachten einer Fachstelle» im Sinn von Art. 36 Abs. 2 VSG handle. Auch seien die Leistungen von A. nicht an individuell angepassten Lernzielen gemessen worden.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 VRP ermittelt die Behörde oder das von ihr beauftragte Verwaltungsorgan den Sachverhalt und erhebt die Beweise von Amtes wegen

durch Befragen von Beteiligten, Auskunftspersonen und Zeugen, durch Beizug von Urkunden, Amtsberichten und Sachverständigen, durch Augenschein sowie auf andere geeignete Weise. Wie ausgeführt (vgl. Ziff. 5.1 hiervor), lag sowohl der Vorinstanz als auch der Beschwerdegegnerin ein Gutachten im Sinn von Art. 36 Abs. 2 VSG vor. Sodann ist es im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage, wie die Beschulung zum Wohle eines Kindes bestmöglich zu erfolgen habe, nicht nur sachgerecht, sondern unumgänglich, die Einschätzung der Lehrpersonen und schulischer Therapeuten in die Beurteilung einzubeziehen. Diese Fachpersonen sind aufgrund der Tatsache, dass sie sich regelmässig mit dem Kind beschäftigen, in der Lage, seine Fähigkeiten und seine Entwicklung zu beurteilen und abzuschätzen, ob eine Beschulung in der Regelklasse aufgrund des gesamten schulischen Umfeldes im Interesse des Kindes liegt oder ob es einer Betreuung bedarf, die ihm in der Regelklasse nicht zuteilwerden kann.

Die Rüge, die Einschätzung der Lehrerin von A. sowie diejenige der schulischen Heilpädagogin, die ihn betreut, wonach das Kind stark überfordert ist und einen Betreuungsbedarf aufweist, der von der Regelschule nicht geleistet werden kann, hätten nicht als Entscheidungsgrundlage dienen dürfen, erweist sich somit als unbegründet. Daran ändert nichts, dass die Beschulung ohne individuell angepasste Lernziele erfolgt ist.

5.3. Der Beschwerdeführer vertritt weiter den Standpunkt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt bezüglich der Frage, ob bei A. von einer geistigen Behinderung auszugehen sei, unrichtig festgestellt. Die fachärztliche Beurteilung von Dr. med. T., wonach A. entgegen der Einschätzung im Bericht 3 nicht an einer «leichten geistigen Behinderung» leide (Bericht 4), sei aufgrund ihrer kinderpsychiatrischen Ausbildung glaubwürdiger.

Nach Art. 37 Abs. 1 VSG wird der Besuch einer Sonderschule für behinderte Kinder angeordnet, die nicht in Regel- oder Kleinklassen geschult werden können. Dabei kann es sich nicht nur um eine «geistige Behinderung» bzw. eine Intelligenzminderung handeln, sondern auch um eine Sprachbehinderung oder um ausgeprägte Lern-, Entwicklungs- oder Verhaltensstörungen. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Kind sonderschulbedürftig ist, ist massgebend, ob seine körperlichen, geistigen oder psychischen Beeinträchtigungen derart schwerwiegend sind, dass eine Schulung in einer Regel- oder einer Kleinklasse nicht möglich und zum Wohle des Kindes nicht geboten ist. Demzufolge ist nicht entscheidend, ob A. geistig leicht behindert ist, wie aus den Berichten 2 und 3 hervorgeht, oder ob von einem Geburtsgebrechen 404, das eine Anmeldung bei der Invalidenversicherung rechtfertigen würde, auszugehen ist (vgl. Verordnung über Geburtsgebrechen, SR 831.232.21, und Bundesamt für Sozialversicherungen, IV-Rundschreiben Nr. 298, Medizinischer Leitfaden zum GG 404, abrufbar unter www.ergotherapie.ch), wie Dr. med. T. im Bericht 4 festhält. Die Rüge, der angefochtene Entscheid beruhe auf einem unrichtig festgestellten Sachverhalt, weil A. nach Einschätzung der Fachärztin für Kinder- und Jugendpsychiatrie geistig nicht behindert ist, erweist sich somit als unbegründet.

3

Art. 8 Abs. 2 BV (SR 101), Art. 2 lit. b und Art. 60 Abs. 1 KV (sGS 111.1); Art. 14 Abs. 1 US (sGS 217.15). Das Behinderungsgleichstellungsgesetz (SR 151.3; abgekürzt BehiG) ist auf kantonale Bildungsangebote nicht direkt anwendbar. Gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV und die Vorgaben des BehiG besteht bei Beeinträchtigungen wie ADHS-Störungen oder Dyslexie unter Umständen ein Anspruch auf Anpassung der Prüfungsbedingungen. Die Universität St. Gallen verletzt das Diskriminierungsverbot nicht, wenn Studierende, die aufgrund einer krankheitsbedingten Beeinträchtigung in ihrer Leistungsfähigkeit bei Prüfungen auf einen Nachteilsausgleich angewiesen sind, die zuständige Stelle vorgängig informieren müssen. Es liegt kein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot und das Öffentlichkeitsprinzip vor, wenn aus den Informationen und Hinweisen der Universität St. Gallen nicht ersichtlich ist, wer unter welchen Voraussetzungen Anspruch auf Nachteilsausgleiche für Prüfungen hat und welcher Art diese im Einzelfall sein können.

Verwaltungsgericht, 27. August 2013

Der Beschwerdeführer (geb. 1984) erzielte im Frühjahrssemester 2011 an der Universität St. Gallen in der Fachprüfung Informations-, Medien- und Technologiemanagement auf der Bachelorstufe im zweiten Versuch die Note 3,0. Mit diesem Ergebnis wurde die höchstmögliche Anzahl von Minuskreditnotenpunkten von 18,00 im Wiederholungsfall überschritten, was zur Folge hat, dass die Ausbildung mit gleichem Studienschwerpunkt nicht mehr fortgesetzt werden kann. Die dagegen erhobenen Rechtsmittel, unter anderem mit dem Antrag, es seien die Prüfungsbedingungen unter dem Aspekt seiner Aufmerksamkeitsdefizit-Hyperaktivitätsstörung (ADHS-Störung) adäquat und rechtsgleich im Verhältnis zu anderen entsprechend betroffenen Studierenden auszugestalten, indem ihm für die nämliche Prüfung ein Zeitzuschlag von 30 Minuten zu gewähren und zum ablenkungsfreien Arbeiten ein eigener Raum zuzuweisen sei, wiesen die Rekurskommission der Universität St. Gallen am 12. März 2012 und der Universitätsrat am 1. Oktober 2012 ab. Der Entscheid wird im Wesentlichen damit begründet, wer aufgrund einer Beeinträchtigung in seiner Leistungsfähigkeit darauf angewiesen sei, dass bei Prüfungen auf seine spezielle Situation Rücksicht genommen werde, habe die Prüfungsbehörden entsprechend zu informieren. Vom Rekurrenten als einem Studierenden der Universität St. Gallen hätte erwartet werden dürfen, dass er von der Möglichkeit von Prüfungserleichterungen Kenntnis nehme und sich darauf berufe. Weil er erst nach der Prüfung auf seine Behinderung hingewiesen habe, bestehe kein Anspruch auf Annullation der Prüfung. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer macht geltend, der angefochtene Entscheid verletze das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV, weil er ohne Nachteilsausgleich gegenüber gesunden Studierenden nicht in der Lage gewesen sei, sein Können und Wissen anlässlich der zur Diskussion stehenden Prüfung wiederzugeben.

4.1. Nach Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Nach Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Durch Art. 8 Abs. 2 BV soll namentlich einer Stigmatisierung und einem gesellschaftlichen Ausschluss wegen körperlicher oder geistiger Auffälligkeit entgegengetreten werden (R. J. Schweizer, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], St.Galler Kommentar BV, 2. Aufl., St.Gallen/Zürich 2008, N70 zu Art. 8 BV, BGE 134 II 252 E. 3.1). Nach Art. 8 Abs. 4 BV sieht das Gesetz Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor. Art. 8 Abs. 4 BV beinhaltet kein individuelles, justitiables Grundrecht, sondern einen Gesetzgebungsauftrag. Gegen Diskriminierungen haben sich Behinderte auf Art. 8 Abs. 1 und 2 BV zu berufen (M. Bigler-Eggenberger, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a. a. O., N101 und N111 zu Art. 8 BV). Als Benachteiligung im Sinn von Art. 8 Abs. 4 BV und Art. 2 Abs. 2-5 BehiG gilt eine grundlose rechtliche oder tatsächliche Schlechterstellung und eine fehlende unterschiedliche Behandlung, obwohl eine solche zur tatsächlichen Gleichstellung notwendig wäre. Eine unzulässige Benachteiligung kann vorliegen, wenn Behinderten der Zugang zur Aus- oder Weiterbildung erschwert oder verunmöglicht wird (M. Bigler-Eggenberger, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a. a. O., N104 zu Art. 8 BV).

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass das BehiG auf kantonale Bildungsangebote nicht direkt anwendbar ist, dass es aber als Leitlinie herangezogen werden kann und dass seine Bedeutung im Kompetenzbereich der Kantone primär darin liegt, dass die kantonalen Vorschriften den Gehalt des Diskriminierungsverbots von Art. 8 Abs. 2 BV konkretisieren (Ziff. B.3.47 der Beschwerdeschrift; vgl. VerwGE ZH VB.2010.00696 vom 6. April 2011 E. 4.2 mit Hinweis auf BGE 132 I 82 E. 2.3.2, abrufbar unter vgrzh.ch, und Copur/Pärli, a. a. O., Ziff. 3.2). Zudem sind kantonale Erlasse mit Blick auf allfällige Förderungs- und Ausgleichsmassnahmen im Licht von Art. 8 Abs. 4 BV auszulegen (M. Bigler-Eggenberger, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a. a. O., N101 zu Art. 8 BV).

Nach Art. 2 lit. b der Kantonsverfassung (sGS 111.1, abgekürzt KV) sind namentlich Rechtsgleichheit, Schutz vor jeder Diskriminierung sowie Gleichstellung von Mann und Frau nach Massgabe der BV gewährleistet.

4.2. Der Beschwerdeführer begründet seinen Standpunkt vorab damit, das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV und nach Art. 2 lit. b KV bedeute insbesondere, dass bei behinderten Prüfungskandidaten spezielle formelle Prüfungserleichterungen bzw. spezielle Nachteilsausgleiche zu gewähren seien.

Der Beschwerdeführer beruft sich selber darauf, an der Universität St.Gallen existiere nachweisbar eine Praxis, wonach Studierenden mit Krankheiten oder Behinderungen Prüfungsbedingungen im Sinn eines Nachteilsausgleichs gewährt würden (Rz. B.2.44 der Beschwerdeschrift). Dementsprechend hat die Leiterin des Servicezentrums Studium/Prozesse Planung Prüfungen der Universität St.Gallen dem Beschwerdeführer am 21. Februar 2012 per E-Mail bestätigt, dass Studierende aufgrund verschiedener Krankheiten und Behinderungen wie Dyslexie und Dyskalkulie besondere Prüfungsbedingungen erhalten haben und erhalten. Zu den Prüfungserleichterungen gehöre ein Zeitzuschlag und/oder die Benützung von technischen Hilfsmitteln (act. 22 des Beschwerdeführers). Sodann macht der Beschwerdeführer selber geltend, der Mitstudentin D. H. und anderen behinderten Studierenden seien Nachteilsausgleiche gewährt worden, weshalb er Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung habe. Der Vorwurf, der angefochtene Entscheid verletze Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 2 lit. b KV, weil die Universität St.Gallen zwecks Wahrung der Chancengleichheit von behinderten Studierenden keine Prüfungserleichterungen vorsehe und im konkreten Fall bei Vorliegen eines entsprechenden begründeten Antrags auch keine solchen gewährt habe und gewähre, erweist sich deshalb als unbegründet.

4.3. Der Beschwerdeführer hält weiter dafür, es sei grundsätzlich richtig, dass ein Nachteilsausgleich davon abhängig gemacht werde, dass die zuständige Stelle über die Behinderung des Prüfungskandidaten rechtzeitig informiert werde. Die formalistische Praxis, wonach die verspätete Geltendmachung von Beeinträchtigungen Verwirkungsfolgen nach sich ziehe, vermöge aber insbesondere dann nicht zu überzeugen, wenn der behinderte Prüfungskandidat, so wie er selber, nicht bloss an einer vorübergehenden gesundheitlichen Beeinträchtigung leide. In derartigen Fällen sei es bei Vorliegen verspäteter Gesuche angezeigt, eine Nachkontrolle oder eine Wiederholung der Prüfung anzuordnen. In der Lehre (Monika Lichtsteiner Müller (Hrsg.), *Dyslexie, Dyskalkulie, Chancengleichheit in Berufsbildung, Mittelschule und Hochschule*, Bern 2011, S. 87 ff.) werde sogar die Frage aufgeworfen, ob eine Dyslexie nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen sei, mit der Folge, dass eine Nachkorrektur der Prüfung oder allenfalls eine Prüfungswiederholung zu erfolgen habe. In diesem Sinn habe das Erziehungsdepartement (heute: Bildungsdepartement) des Kantons St.Gallen denn auch entschieden (GVP 2003 Nr. 101). Zu berücksichtigen sei weiter, dass an der Universität St.Gallen kein Leitfaden existiere, der behinderten Studenten aufzeige, wie Nachteilsausgleiche geltend zu machen seien.

4.3.1. Der Prüfungsbehörde kommt beim Entscheid darüber, ob und in welcher Form Prüfungserleichterungen gewährt werden, grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu, und sie werden in der Praxis regelmässig nur auf rechtzeitiges Gesuch hin und nachdem der Nachweis der Behinderung oder einer Leistungsstörung aufgrund eines aktuellen Fachgutachtens erbracht wurde, gewährt (Lichtsteiner Müller, a. a. O., S. 87 mit Hinweis auf BVGer 2008/26 E. 5.1, VerwGE ZH VB.2007.00564

vom 25. Juni 2008 E. 3.2; vgl. auch BVGer B-2597/2010 vom 24. Februar 2011 E. 2.6.1, abrufbar unter www.bvger.ch, und VerwGE ZH VB.2010.00696 vom 6. April 2011 E. 4.5 mit Hinweis auf VerwGE ZH VB.2010.00525 vom 12. Januar 2011 E. 2.8 und 3.3, abrufbar unter www.vgrzh.ch).

4.3.2. Der angefochtene Entscheid beruht auf der Annahme, dass die Prüfungsbehörden entsprechend zu informieren hat, wer aufgrund einer Beeinträchtigung in seiner Leistungsfähigkeit darauf angewiesen ist, dass bei Prüfungen auf seine spezifische Situation Rücksicht genommen wird. Unter Berufung auf H. Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern 2003, S. 452 f. und BVGer B-2597/2010 vom 24. Februar 2011 E. 2.6.1 hat die Vorinstanz entschieden, solche Umstände, welche die Prüfungskandidatin oder der Prüfungskandidat bereits vor der Prüfung gekannt habe, würden unberücksichtigt bleiben, wenn sie erst nach der Prüfung geltend gemacht würden.

Dieses Vorgehen ist sachgerecht. Damit wird verhindert, dass jemand in Kenntnis seiner Beeinträchtigung eine Prüfung ablegt und nachträglich – im Fall eines Scheiterns – die Annullation der Prüfung verlangt. Eine Anordnung, wonach die Prüfung (im vorliegenden Fall ein zweites Mal) wiederholt werden darf, würde die Chancengleichheit unter allen Kandidaten verletzen und widerspräche dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung, zumal immer wieder damit gerechnet werden müsste, dass nachträglich Gründe vorgebracht würden, um ungenügende Leistungen zu rechtfertigen (vgl. VerwGE ZH VB.2010.00696 vom 6. April 2011 E. 4.5, GVP 2003 Nr. 101 E. 4a mit Hinweis auf GVP 1997 Nr. 63 E. 4 b). Auch wenn die Beeinträchtigung des Prüfungskandidaten nicht nur vorübergehender Natur ist, darf die Universität St.Gallen deshalb ohne Verletzung des Diskriminierungsverbots verlangen, dass diese nicht erst geltend gemacht wird, wenn die Prüfung bereits absolviert und das (negative) Resultat bekannt gegeben worden ist. Von Absolventen eines universitären Studienlehrgangs, die seit Jahren an bestimmten gesundheitlichen Beeinträchtigungen wie einer ADHS-Störung, Legasthenie und Dyslexie leiden, darf nach Treu und Glauben erwartet werden, dass sie sich über die Modalitäten für Prüfungserleichterungen ins Bild setzen und die zuständigen Stellen vor der Prüfung von sich aus darüber informieren, aufgrund welcher Krankheit oder Behinderung sie besondere Prüfungsbedingungen beanspruchen. Dieses Vorgehen wäre dem Beschwerdeführer ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, zumal er sein Studium an der Universität St.Gallen im Jahr 2005, somit lange bevor die zur Diskussion stehende Prüfung stattfand, aufgenommen hat und zudem geltend macht, er leide seit vielen Jahren an einer ADHS-Störung, an Legasthenie und an Dyslexie. In einem solchen Fall besteht kein Anspruch darauf, dass ein verspätetes Gesuch um Korrektur des Prüfungsergebnisses bzw. um Wiederholung der Prüfung mit verlängerter Prüfungszeit in einem ungestörten Raum geprüft wird oder dass bestimmte Behinderungen wie Dyslexie sogar von Amtes wegen berücksichtigt werden müssten. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass das Bildungsdepartement am 17. Dezember 2003 entschieden hat, einer erwiesene-

nen Legasthenie müsse bei der Prüfungsbewertung von Amtes wegen, d. h. auch ohne entsprechenden Antrag, Rechnung getragen werden (GVP 2003 Nr. 101). Abgesehen davon, dass dieser Entscheid für das Verwaltungsgericht nicht bindend ist, stand eine Abschlussprüfung als Landschaftsgärtner und nicht eine universitäre Prüfung im Studienbereich Betriebswirtschaftslehre auf Bachelorstufe zur Diskussion. Sodann hatte es nicht der Lehrling selber, sondern das für ihn zuständige Berufs- und Weiterbildungszentrum versäumt, die Prüfungskommission von der Legasthenie des Prüfungskandidaten in Kenntnis zu setzen. Schliesslich fällt in Betracht, dass der Entscheid auch damit begründet wird, Legasthenie sei für die Ausübung des zur Diskussion stehenden Berufs (Landschaftsgärtner) kein Hinderungsgrund. Offen bleiben kann, ob und, wenn ja, inwieweit die Behinderungen, unter denen der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben leidet, geeignet sind, die Ausübung des Berufs eines Betriebswirtschfters zu behindern.

4.4. Der Beschwerdeführer wendet weiter ein, der angefochtene Entscheid verstosse gegen das Diskriminierungsverbot, weil es ihm nicht möglich gewesen sei, sich auf die Rechtspraxis der Universität St.Gallen betreffend Nachteilsausgleiche für behinderte Studierende zu berufen. Er habe diese Praxis nicht gekannt und habe sie auch nicht kennen können, weil die Universität St.Gallen ihrer Informationspflicht nicht nachgekommen sei. Man könne ihm nicht vorwerfen, er habe sich nicht zureichend informiert, zumal weder der Rektor und der Prorektor noch der Studiensekretär diese Rechtspraxis gekannt hätten. Auch wenn Prüfungserleichterungen für behinderte Prüfungskandidaten und deren Geltendmachung in den Kantonen meist nur in Form von Weisungen geregelt seien, müsse aus rechtsstaatlichen Gründen zudem verlangt werden, dass Rechtsverordnungen zu erlassen seien.

4.4.1. Dem angefochtenen Entscheid (E. 5 b) kann entnommen werden, dass die Universität St.Gallen die Studierenden auf verschiedene Art und Weise darüber informiert, wie vorzugehen ist, wenn krankheits- und behinderungsbedingten Einschränkungen im Zusammenhang mit Prüfungen Rechnung getragen werden soll. Unbestritten geblieben ist, dass das Vorlesungsverzeichnis des Wintersemesters 2005/2006, zu dessen Beginn der Beschwerdeführer sein Studium aufgenommen hat, unter dem Titel «5.5 Prüfungsberatung für kranke und behinderte Studierende» folgenden Hinweis enthielt: «Kranke und behinderte Studierende können sich im Zusammenhang mit Prüfungen bei B. C., Büro A101, beraten lassen. E-Mail ...@unisg.ch». Nicht infrage gestellt wird weiter, dass das Vorlesungsverzeichnis samt Hinweis bereits damals im Internet veröffentlicht worden war und den Studierenden zudem vor Beginn der Vorlesungszeit verkauft worden ist. Die Vorinstanz hält in ihrer Stellungnahme vom 18. Dezember 2012 unter Hinweis auf ein E-Mail des Leiters Studium der Universität St.Gallen vom 10. Dezember 2012 glaubhaft fest, dass das Vorlesungsverzeichnis für die Studierenden damals die zentrale schriftliche Informationsquelle gewesen sei, weil es nicht nur alle Vorlesungen beinhaltete, sondern auch die Vorlesungszeiten und die Räume, in denen die Ver-

anstaltungen stattfanden. In Betracht fällt weiter, dass vonseiten des Beschwerdeführers unwiderrprochen geblieben ist, dass auf einer den Studierenden zugänglichen Website auf die Beratungsangebote und -stellen der Universität St.Gallen hingewiesen wird. Unter dem Titel «Planung und Organisation (PLOG) Leiterin: B. C.» wird u. a. vermerkt, es handle sich um die Anlaufstelle u. a. für «Administrative Fragen und Prüfungen, Schwangerschaft, Krankheitsfälle / medizinische Probleme / Behindertenfragen». Schliesslich wird im angefochtenen Entscheid auf den seit dem Wintersemester 2006/2007 veröffentlichten StudentGuide verwiesen und der Beschwerdeführer stellt nicht in Frage, dass dieser Publikation entnommen werden kann, dass sich Studierende mit einer Behinderung bei spezifischen Fragen entweder an den Studiensekretär oder aber an die Leiterin der PLOG wenden sollen.

4.4.2. Diese Informationen und Hinweise der Universität St.Gallen versetzen kranke und behinderte Studierende ohne Weiteres in die Lage, sich bei den zuständigen Stellen der Institution über Prüfungserleichterungen zu informieren. Betroffene werden darüber ins Bild gesetzt, wie sie vorzugehen haben. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die Universität St.Gallen habe ihre Praxis betreffend Nachteilsausgleiche verschwiegen, weshalb er seinen Standpunkt nicht wirksam habe vertreten können, trifft deshalb nicht zu. Es wäre ihm möglich und zumutbar gewesen, sich darüber in Kenntnis zu setzen, ob, und wenn ja, welche Prüfungserleichterungen ihm aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigungen, auf die er sich beruft, hätten gewährt werden können. Sodann bestehen keine Anhaltspunkte, wonach Gesuche um Prüfungserleichterungen, die jeweils vor Prüfungen gestellt worden sind oder gestellt werden, nicht oder rechtsungleich behandelt worden sein könnten. Somit liegt kein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot vor, auch wenn aus den allgemeinen Informationen und Hinweisen der Universität St.Gallen nicht ersichtlich ist, wer unter welchen Voraussetzungen Anspruch auf Nachteilsausgleiche für Prüfungen hat und welcher Art diese im Einzelfall sein können.

Mit diesem Vorgehen ist zudem weder das Öffentlichkeitsprinzip nach Art. 60 Abs. 1 KV, wonach die Behörden von sich aus oder auf Anfrage über ihre Tätigkeit informieren, soweit keine öffentlichen oder schützenswerten privaten Interessen entgegenstehen, noch Art. 34 Abs. 1 des Universitätsstatuts (sGS 217.15, abgekürzt US) verletzt worden, wonach Universitätsangehörige das Recht haben, über die Tätigkeit der Universität und ihrer Organe informiert zu werden. Das Verwaltungsgericht hat zwar im Zusammenhang mit einem Begehren um Einsicht in einen Umweltverträglichkeitsbericht erwogen, bezüglich der Informationstätigkeit von Behörden bedürfe es einer gesetzlichen Regelung einiger Eckpunkte, um im Verwaltungsalltag eine Entscheidungshilfe dafür zu bieten, ob und inwieweit ein Dokument der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden könne (VerwGE B 2010/123 vom 16. Dezember 2010 E. 2.4, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch; vgl. auch Botenschaft und Entwurf zu einem Informationsgesetz, ABI Nr. 25 vom 17. Juni 2013).

Abgesehen davon, dass hier nicht die Herausgabe von Dokumenten zur Diskussion steht, wie dies ein Umweltverträglichkeitsbericht über eine Kantonsstrasse ist, hat das Verwaltungsgericht die Behörden angehalten, Einsichtsbegehren bis dahin im Lichte konkreter Grundsätze zu behandeln (E. 2.5). Dazu gehört, dass Interessenten von sich aus, ohne den Nachweis eines schutzwürdigen Interesses, um Informationen nachsuchen können (E. 2.3 mit Hinweisen). Wie ausgeführt, ist diese Voraussetzung vorliegend erfüllt.

Bezüglich des Standpunkts des Beschwerdeführers, der sich auf Lichtsteiner Müller, a. a. O., S. 92 und Copur/Pärli, a. a. O., Ziff. IV, beruft, aus verfassungsrechtlichen und rechtsstaatlichen Gründen sei es erforderlich, Nachteilsausgleiche für kranke und behinderte Studierende in einer Rechtsverordnung festzuschreiben (zur Rechtsverordnung vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, Rz. 120–22), ergibt sich, dass unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots und des Öffentlichkeitsprinzips entscheidend ist, dass Bildungseinrichtungen Betroffene transparent darüber aufklären, wie sie vorzugehen haben, wenn sie Prüfungserleichterungen beanspruchen möchten. Unerheblich ist, ob, und wenn ja, welche rechtliche Form diese Informationen aufweisen. Hinzu kommt, dass auch mittels Rechtsverordnung festgelegt werden kann, dass die Berufung auf Prüfungserleichterungen unbeachtlich ist, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, nach der Prüfung erfolgt. So wird in Art. 20bis Abs. 3 PO BA unter der Marginalie «Nichtantritt zur Prüfung und Verspätung» festgehalten, (entschuld bare Gründe) seien mit einem ärztlichen Zeugnis oder Attest zu belegen und der Universität vor Antritt der Prüfung zu melden. Eine nachträgliche Meldung werde nur berücksichtigt, wenn diese vor Antritt der Prüfung objektiv nicht möglich gewesen sei. Auch kann aus der Tatsache, dass die Universitäten Basel, Bern und Zürich und das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) in Zusammenhang mit ihrer Informationstätigkeit über Merkblätter und Richtlinien verfügen und dass die Universität Zürich eine «Beratungsstelle Studium und Behinderung» eingerichtet hat (act. 14 bis 19 des Beschwerdeführers), nicht geschlossen werden, die Universität St. Gallen habe dem Diskriminierungsverbot und Informationsgebot nicht oder in ungenügender Weise Rechnung getragen. In Betracht fällt in diesem Zusammenhang auch, dass dem Merkblatt «Nachteilsausgleich für Menschen mit Behinderungen bei Berufsprüfungen und höheren Fachprüfungen» des BBT, auf das sich der Beschwerdeführer beruft (act. 19 des Beschwerdeführers), entnommen werden kann, ein Antrag müsse spätestens zusammen mit der Anmeldung für die entsprechende Prüfung eingereicht werden. Festgehalten wird zudem, die Prüfungskommission sei nicht verpflichtet, sämtliche behindertenbedingten Nachteile zu beheben. Der blosser Umstand, dass einzelne Personen ohne persönliches Verschulden gewisse Fähigkeiten nicht besitzen würden, könne nicht dazu führen, dass die Anforderungen der Prüfung reduziert werden müssten. Nicht ersichtlich ist sodann, warum es behinderten Studierenden nicht zumutbar sein sollte, sich mit ihren Anliegen an eine Prüfungsberatungsstelle zu wenden bzw. warum es zu-

folge der Hemmschwelle, gesundheitliche Probleme zu schildern, aus Sicht des Beschwerdeführers erforderlich ist, dass die betreffende Institution jeweils eine spezialisierte Beratungsstelle für Behinderte mit besonders geschultem Personal einrichtet. Abgesehen davon, dass nicht bekannt ist, über welche Ausbildungen und Fachkenntnisse der Studiensekretär und B. C. verfügen, darf ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die an der Universität St.Gallen mit dieser Aufgabe betrauten Personen in der Lage sind, behinderten Studierenden mit dem nötigen Feingefühl zu begegnen und ihre Anliegen nicht in Anwesenheit von Dritten, so auch von gesunden Studierenden, entgegenzunehmen. Dementsprechend wurden D. H. und anderen behinderten Studierenden Prüfungserleichterungen zugestanden, und es ist nicht anzunehmen, dass diese Personen durch Zufall von der Rechtspraxis der Universität St.Gallen bezüglich des Ausgleichs von Nachteilen erfahren haben, wie der Beschwerdeführer behauptet. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie von sich aus eigenverantwortlich vor den jeweiligen Prüfungen bei den zuständigen Stellen vorstellig geworden sind.

Auch aus dem Umstand, dass die Universität St.Gallen ihren Internetauftritt überarbeitet hat und zudem in der Zwischenzeit ein Merkblatt betreffend Nachteilsausgleich bei Prüfungen geschaffen worden ist, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es ist üblich bzw. nichts Aussergewöhnliches, dass Homepages regelmässig erneuert werden und dass in diesem Zusammenhang jeweils eine Verbesserung des Internetauftritts angestrebt wird. Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdeführers kann daraus nicht geschlossen werden, die Universität St.Gallen habe ihre Homepage überarbeitet, weil ihre Informationspolitik zuvor gegen das Diskriminierungsverbot und das Öffentlichkeitsgebot verstossen habe, zumal die Beratung für Studierende mit Behinderung nach wie vor durch die Leiterin Prozesse, Planung, Prüfungen gewährleistet wird. Unerheblich ist schliesslich, inwieweit die Leitung der Universität St.Gallen im Detail über die Praxis bezüglich Prüfungserleichterungen informiert ist. Unzutreffend ist aber die Behauptung des Beschwerdeführers, aus einem Schreiben des Studiensekretärs vom 23. November 2011 (act. 20 des Beschwerdeführers) gehe hervor, dass Dr. A. G. trotz seiner Funktion von der Prüfungspraxis für Studierende mit Behinderung nichts gewusst habe. In besagtem Schreiben wird ausgeführt, aufgrund der Vorgaben des BehiG suche die Universität St.Gallen mit behinderten Studierenden individuelle Lösungen. Weil die Erkrankungen und Behinderungen aber verschieden seien, gebe es keine generell abstrakte «HSG-spezifische Norm». Voraussetzung für eine konkrete Lösung sei aber, dass sich der Betroffene rechtzeitig melde, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei.

4.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit geltend gemacht wird, der angefochtene Entscheid verstosse gegen das in Art. 8 Abs. 2 BV statuierte Diskriminierungsverbot.

5. Der Beschwerdeführer beruft sich weiter darauf, der angefochtene Entscheid verletze das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV und Art. 2 lit. b

KV. Er begründet dies damit, die Universität St.Gallen habe zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt, weil seiner Kommilitonin D. H. und anderen behinderten Mitstudierenden, die zufälligerweise von der Rechtspraxis Kenntnis gehabt hätten, bei Prüfungen Nachteilsausgleiche gewährt worden seien. Deshalb habe er Anspruch darauf, dass ihm dieselben Prüfungsmodifikationen gewährt würden wie anderen Kandidaten mit denselben Handicaps.

Wie ausgeführt (E. 4.3.2. hiervor) ist es sachgerecht zu verlangen, dass Umstände, welche der Prüfungskandidat oder die Prüfungskandidatin bereits vor der Prüfung gekannt haben, auch vor der Prüfung geltend gemacht werden müssen. So dann wäre es dem Beschwerdeführer ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, vor der zur Diskussion stehenden Prüfung auf Beeinträchtigungen seiner Leistungsfähigkeit hinzuweisen (E. 4.4. hiervor). Zudem stellt er nicht infrage, dass sich die Mitstudierenden, auf die er sich beruft, im Gegensatz zu ihm, mit ihren Anliegen jeweils vor den anstehenden Prüfungen an die zuständigen Stellen gewandt haben. Die Rüge, der angefochtene Entscheid verletze das Gleichbehandlungsgebot, erweist sich deshalb als unbegründet.

6. Der Beschwerdeführer vertritt weiter den Standpunkt, der angefochtene Entscheid verstosse gegen Treu und Glauben (Art. 9 BV) und gegen Art. 34 US. Er begründet dies damit, das Fairnessgebot beinhalte eine Aufklärungs-, Hinweis- und Belehrungspflicht, der die Universität St.Gallen nicht nachgekommen sei. Sie habe eine bestehende Rechtspraxis betreffend Prüfungsmodifikationen bei Behinderten geheim gehalten und damit verhindert, dass er seine Ansprüche geltend machen können. Wie sich aus E. 4.4.2. hiervor ergibt, stösst auch dieser Vorwurf ins Leere.

7. Schliesslich hält der Beschwerdeführer dafür, der angefochtene Entscheid verstosse gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 8 Abs. 2 KV). Zur Begründung führt er aus, der angefochtene Entscheid habe zur Folge, dass sein grosser zeitlicher Aufwand über mehrere Studienjahre, die Doppelbelastung von Beruf und Weiterbildung, sein behindertenbedingter Mehraufwand sowie die finanzielle Investition in Form der Bezahlung von Studiengebühren unbelohnt bleiben würden, obschon er sich korrekt verhalten habe. Dies stelle eine massive Beeinträchtigung seines beruflichen Fortkommens dar.

Wie ausgeführt (E. 4.4.2. hiervor), wäre es dem Beschwerdeführer anhand der Informationen, die ihm vonseiten der Universität St.Gallen zur Verfügung standen, im 6. Studienjahr möglich und zumutbar gewesen, sich vor der zur Diskussion stehenden Prüfung in Kenntnis zu setzen, welche Prüfungserleichterungen ihm gewährt werden. Er kann sich deshalb nicht mit Erfolg darauf berufen, der angefochtene Entscheid müsse aufgehoben werden, weil er sich als unverhältnismässig erweise, und es sei ihm zu gestatten, die Fachprüfung in einem ungestörten Raum und mit einer um 30 Minuten verlängerten Prüfungszeit zu wiederholen.

4

Art. 29 BV (SR 101); Art. 7 ff. ZPO (SR 270) Nichtzutreten auf ein erneutes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (uR-Gesuch), nachdem das erste uR-Gesuch aufgrund ungenügender Mitwirkung abgewiesen worden war.

Kantonsgericht, Zivilkammer, verfahrensleitende Richterinnen, 2013

Aus den Erwägungen:

2. a) Beim Entscheid über die Gewährung bzw. Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 8.18), der nur formell, jedoch nicht materiell rechtskräftig wird, weshalb ein neues Gesuch nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Soweit sich die Verhältnisse seit einem abweisenden Entscheid über ein erstes Gesuch nicht geändert haben, wird mit einem erneuten Gesuch der Sache nach lediglich eine Überprüfung des ersten Entscheids verlangt, wofür einer Partei auch der Rechtsmittelweg zur Verfügung gestanden hätte.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht (Art. 29 Abs. 1 und 3 BV) genügt es, wenn die betroffene Partei im Rahmen des gleichen Zivilprozesses (bzw. vor einer Instanz) einmal die Gelegenheit erhält, die unentgeltliche Rechtspflege zu erlangen. Art. 29 BV gewährt nicht den Anspruch darauf, dass sich das Gericht voraussetzungslos mit einem neuen Gesuch befasst. Würde es den Parteien ermöglicht, jederzeit und voraussetzungslos die umfassende Wiedererwägung von abweisenden Entscheiden über ein Armenrechtsgesuch zu veranlassen, wäre der Prozessverschleppung Tür und Tor geöffnet. Ein neuerliches uR-Gesuch auf der Basis desselben Sachverhalts hat deshalb den Charakter eines Wiedererwägungsgesuches, auf dessen Beurteilung von Verfassungs wegen kein Anspruch besteht und bei dem das Eintreten im Ermessen des Gerichts steht (BGer 5A_430/2010 E. 2.4; vgl. auch ZR 106 (2007) Nr. 55; Bühler, Berner Kommentar, N71 zu Art. 119). Dieses Ermessen ist wegen der Gefahr der Prozessverschleppung zurückhaltend auszuüben. Es kann daher auch nicht angehen, dass eine (zumal anwaltlich vertretene) Partei, die ihre Verhältnisse trotz konkreter Aufforderung zur Mitwirkung im Rahmen des ersten uR-Gesuches nicht umfassend offengelegt hat, dies nach Abweisung des Gesuches mit einem (neuen) Gesuch um rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ohne Weiteres nachholen kann (a.M. BK-Bühler, N70 zu Art. 119 ZPO).

Anders stellt sich die Situation dar, wenn sich die finanziellen Verhältnisse seit dem abweisenden Entscheid zum ersten uR-Gesuch erheblich geändert haben. In solchen Fällen besteht der aus der Garantie eines fairen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 BV) abgeleitete Anspruch auf Prüfung des erneuten uR-Gesuches und das Gericht hat darauf einzutreten. Gleiches muss gelten, wenn der Gesuchsteller neue Tat-

sachen oder Beweismittel anführt, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn unmöglich war (vgl. BK-Bühler, N 69 zu Art. 119 ZPO, der für eine Wiedererwägung eines negativen uR-Entscheids allerdings unter noch weiter erleichterten Voraussetzungen plädiert; vgl. auch BJM 1/2008 56 f.).

Anzufügen bleibt, dass die Rechtswirkung bei Gutheissung des erneuten uR-Gesuches sowohl in den Fällen von echten und unechten Noven als auch bei in Wiedererwägung ergangenen Entscheiden ex nunc eintreten würde, d. h. ab dem Zeitpunkt des erneuten Gesuches resp. Wiedererwägungsgesuches (BK-Bühler, N 72 zu Art. 119 ZPO; vgl. auch Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 3 zu Art. 121 ZPO zum Fall veränderter Verhältnisse).

b) aa) Im erneuten Gesuch führt der Gesuchsteller als Begründung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht an, seine finanziellen Verhältnisse hätten sich im Vergleich zum ersten Gesuch geändert, sondern, das Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland habe ihm am 27. März 2013 in einem anderen Verfahren die umfassende unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Der Gesuchsteller ist der Auffassung, der Entscheid des Kantonsgerichts vom 18. Oktober 2012 das erste uR-Gesuch betreffend sei deshalb «ursprünglich unrichtig» und es bestehe ein aus der Garantie eines fairen Verfahrens abgeleiteter verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung bzw. Korrektur dieses Entscheids. Er hält explizit fest, im die unentgeltliche Rechtspflege gutheissenden Entscheid des Kreisgerichts Werdenberg-Sarganserland vom 27. März 2013 seien in etwa der gleiche Zeitpunkt, der gleiche Lebenssachverhalt, die gleichen Parteien und identische finanzielle Verhältnisse betroffen gewesen.

bb) Das erneute Gesuch erfolgt somit auf Basis desselben Sachverhalts, ohne dass geänderte Verhältnisse geltend gemacht werden. Der Gesuchsteller geht explizit von identischen finanziellen Verhältnissen aus und beruft sich daher nicht auf echte Noven. Er macht auch nicht geltend, er habe neue Tatsachen oder Beweismittel entdeckt, die ihm im früheren Verfahren noch nicht bekannt, aber schon vorhanden gewesen seien (unechte Noven). Er hält vielmehr zur Begründung fest, die nun mit dem erneuten uR-Gesuch eingereichten Beilagen seien die Unterlagen, aufgrund deren das Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland die Mittellosigkeit mit Entscheid vom 27. März 2013 bejaht habe und es handle sich dabei im Wesentlichen – abgesehen von einer Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 5. März 2013 betreffend Vernachlässigung von Unterstützungspflichten – um dieselben Belege/Dokumente, welche dem Kantonsgericht bereits bei der ersten Gesuchseinreichung unterbreitet worden seien.

Nach dem Gesagten besteht, da weder veränderte finanzielle Verhältnisse geltend gemacht werden noch unechte Noven, die dem Gesuchsteller im ersten Verfahren noch nicht bekannt waren, vorgebracht werden, kein (verfassungsmässiger) Anspruch auf eine materielle Beurteilung des erneuten uR-Gesuches.

cc) Zu prüfen bleibt – obwohl kein Fall vorliegt, der einen verfassungsmässigen Anspruch auf Behandlung des erneuten uR-Gesuches gewährt –, ob triftige Grün-

den vorliegen, die ausnahmsweise ein Eintreten auf das erneute uR-Gesuch in Wiedererwägung zum Entscheid über das erste uR-Gesuch gebieten. Dies ist aus folgenden Gründen ebenfalls zu verneinen:

Obwohl der anwaltlich vertretene Gesuchsteller im Rahmen des Verfahrens zum ersten uR-Gesuch mit Schreiben vom 3. September 2012 aufgefordert worden war, die erforderlichen Dokumente/Unterlagen einzureichen, weil das Gesuch andernfalls wegen mangelhafter Mitwirkung abgewiesen werden müsste, lieferte das erste Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kein annähernd klares, glaubwürdiges und umfassendes Bild der finanziellen Verhältnisse und die Folgen der ungenügenden Mitwirkung hatte der Gesuchsteller in dem Sinne zu tragen, dass die Mittellosigkeit damit nicht glaubhaft dargetan war (vgl. Entscheid vom 18. Oktober 2012 zum ersten uR-Gesuch). Seine Begründung des erneuten Gesuchs fusst einzig auf der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durch das Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland am 27. März 2013 in einem anderen Fall «zwischen den gleichen Parteien sowie bei identischen finanziellen Verhältnissen» und auf den dort eingereichten Beilagen, was nicht entscheidend sein kann. Ebenfalls keine Rolle spielt, dass das Kreisgericht die unentgeltliche Rechtspflege nach einem Rückweisungsentscheid durch das Kantonsgericht gewährt hat, erfolgte die Rückweisung doch letztlich aus formellen Gründen (Gehörsverletzung). Eine umfassende Offenlegung der finanziellen Verhältnisse erfolgt selbst mit dem erneuten uR-Gesuch nicht. Der Gesuchsteller macht insbesondere weiterhin – wie bereits im Entscheid zum ersten uR-Gesuch bemängelt worden ist (vgl. Entscheid vom 18. Oktober 2012 zum ersten uR-Gesuch, S. 7 f.) – über die Höhe der Einkünfte aus seiner Tätigkeit als Immobilienmakler keine vollständigen Angaben. Die im erneuten uR-Gesuch neu eingereichte Vereinbarung vom 14. Februar 2013 betreffend Zusammenarbeit der A. GmbH mit der B. AG besagt nicht, dass der Gesuchsteller mit der A. GmbH nicht noch weitere Einkünfte erzielt. Es liegen weiterhin keine umfassenden Unterlagen (Buchhaltung oder vollständige Kontoauszüge) der bereits im Januar 2011 gegründeten A. GmbH vor (vgl. Entscheid vom 18. Oktober 2012 zum ersten uR-Gesuch, S. 5 f.). Die neu eingereichte Bestätigung zum Konto mit der IBAN-Nummer xxx weist zwar als Momentaufnahme einen Saldo am 25. März 2013 um 12:44 Uhr aus, aber nicht die Geldflüsse über die ganze Dauer. Das Wertschriftenverzeichnis der Steuererklärung wird nicht eingereicht, womit offen bleibt, ob der Gesuchsteller neben den angegebenen Konten noch weitere Konten besitzt (vgl. Entscheid vom 18. Oktober 2012 zum ersten uR-Gesuch, S. 5). Auch die Steuerveranlagung 2011 reicht der Gesuchsteller nicht ein, ohne Ausführungen zu machen, weshalb die Veranlagung 2011 noch nicht vorgenommen werden konnte, gleich wie auch die Steuererklärung 2012 nicht eingereicht worden ist.

Es kann hier offen bleiben, ob eine Nachbesserung, gestützt auf einen ersten abweisenden Entscheid ausnahmsweise zu einer Wiedererwägung Anlass geben könnte. Das erneute uR-Gesuch, fussend einzig auf der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durch das Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland (unbegrün-

deter Entscheid) in einem anderen Fall ist jedenfalls nicht Grund genug, eine Wiedererwägung des Entscheids betreffend unentgeltliche Rechtspflege vom 18. Oktober 2012 vorzunehmen. Es ist auch sonst kein Grund für eine Wiedererwägung des Entscheids zum ersten uR-Gesuch, der nicht mit einem Rechtsmittel angefochten wurde, ersichtlich.

c) Auf das (erneute) uR-Gesuch vom 3. April 2013 ist nach dem Gesagten nicht einzutreten. [...]

5

Art.75b und Art.197 Ziff9 BV (SR 101) Die Berücksichtigung von Leerwohnungen und durch Wochenaufenthalter genutzten Wohnungen als Zweitwohnungen widerspricht einem sachbezogenen Verständnis von Art. 75b Abs.1 BV. Unter diesen Umständen ist die Vermutung, der Zweitwohnungsanteil in der Politischen Gemeinde Bad Ragaz übersteige 20 Prozent des Gesamtbestandes der Wohneinheiten, widerlegt.

Verwaltungsgericht, April 2013

Aus den Erwägungen:

3. Selbst wenn von der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art.75b Abs.1 BV oder aber von der Anwendbarkeit der Verordnung über Zweitwohnungen auszugehen wäre, bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, der Anteil der Zweitwohnungen in der Politischen Gemeinde Bad Ragaz überschreite 20 Prozent des Gesamtbestandes der Wohneinheiten im Sinn von Art. 75b Abs.1 BV.

3.1. Art.75b Abs.1 BV beinhaltet hinsichtlich der Begriffe der Zweitwohnung und der Wohneinheit einen erheblichen Gestaltungsspielraum (vgl. dazu oben E.2.4.2.). Im Interesse einer einheitlichen Anwendung bis zum Inkrafttreten der Gesetzgebung kann die Bestimmung unter Berücksichtigung der Regeln in der Verordnung über Zweitwohnungen ausgelegt werden. Eine solche verfassungsunmittelbare, d. h. direkt auf der Verfassung beruhende, selbstständige Verordnung des Bundesrates ist gemäss Lehre und Rechtsprechung auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen. Sie muss mit den sachbezogenen Vorgaben der Verfassungsvorschrift, auf welcher sie beruht, übereinstimmen und darf nicht mit sonstigen Verfassungsnormen, namentlich den Grundrechtsgarantien, kollidieren, soweit die ermächtigende Verfassungsnorm nicht selber Abweichungen anordnet oder bewusst in Kauf nimmt (BGer 2A.451/1998 vom 30. März 2001 E. 3a mit Hinweis auf BGE 123 II 16 E. 3a).

3.2. Die Vorinstanz geht von einem Wohnungsbestand in der Politischen Gemeinde Bad Ragaz per 31. Dezember 2011 von 2995 Einheiten aus, wovon 2381 Einheiten oder 79,5 Prozent «dauernd» bewohnt waren (act.12/5–4). Die Zahlen beruhen auf dem eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregister, in welchem alle bewohnten oder bewohnbaren Gebäude mit den dazugehörigen Wohnungen geführt werden (vgl. Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über das eidgenössische Gebäude- und Wohnungsregister; SR 431.841, abgekürzt VGWR) und auch die Nutzungsart der Wohnung (dauernd/zeitweise; vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. f VGWR) erfasst wird. Die Begriffe der zeitweise und dauernden Nutzung richten sich nach Art. 3 lit. b und c des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (Registerharmonisierungsgesetz; SR 431.02, abgekürzt RHG; vgl. Erläuternder Bericht ZWV S. 4 Anmerkung 3). Als dauernd bewohnt gilt eine Wohnung dementsprechend, wenn zumindest eine darin lebende Person sich in der Gemeinde in der Absicht dauernden Verbleibens aufhält, um dort den Mittelpunkt ihres Lebens zu begründen, welcher für Dritte erkennbar sein muss. Demgegenüber gilt als Aufenthaltsgemeinde – und nicht als Niederlassungsgemeinde – jene Gemeinde, in der sich eine Person zu einem bestimmten Zweck ohne Absicht dauernden Verbleibens mindestens während dreier aufeinanderfolgender Monate oder dreier Monate innerhalb eines Jahres aufhält, wobei der Aufenthalt zum Zweck des Besuchs einer Lehranstalt oder Schule und die Unterbringung in einer Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt ausdrücklich als aufenthaltsbegründend gelten. Aufenthalt im Sinn von Art. 3 Ingress und lit. c RHG hat insbesondere auch der Wochenaufenthalter (vgl. Botschaft zur Harmonisierung amtlicher Personenregister vom 23. November 2005, in: BBl 2006 S. 427 ff., S. 457).

3.3. Mit den im Sinn des eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregisters nicht dauernd bewohnten Wohnungen werden auch die leer stehenden Erstwohnungen erfasst. Dieses Vorgehen deckt sich zwar mit dem Wortlaut von Art. 2 ZWV, wonach – entsprechend einer vorläufigen Definition – sämtliche Wohnungen, die nicht dauernd durch Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde (lit. a) oder zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken (lit. b) genutzt werden – mithin auch die leer stehenden Wohnungen – als Zweitwohnungen gelten. Der Zweitwohnungsbegriff muss indessen verfassungskonform ausgelegt und angewendet werden. Art. 75b Abs. 1 BV zielt nicht auf eine Einschränkung des von der Baufreiheit als Teil der Eigentumsgarantie (vgl. BGer 1C_77/2010 vom 11. Oktober 2010 E. 8.1 mit Hinweisen) erfassten Rechts zur Erstellung von Erstwohnungen. Die Berücksichtigung sämtlicher Leerwohnungen als Zweitwohnungen steht sodann einem funktionierenden Erstwohnungsmarkt entgegen und widerspricht damit dem in Art. 41 Abs. 1 Ingress und lit. e BV verankerten Sozialziel, wonach Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können sollen.

Die Fachstelle Statistik des Kantons St.Gallen wies zum 1. Juni 2012 für die Politische Gemeinde Bad Ragaz eine Leerwohnungsziffer von 0,73 Prozent, entspre-

chend 22 Wohnungen, aus (www.statistik.sg.ch, Themen / Bau- und Wohnungswesen / Leerwohnungen). Diese Wohnungen wurden in diesem Zeitpunkt jedenfalls nicht als Zweitwohnungen genutzt. Zwar kann ein Teil der leer stehenden Wohnungen als Zweitwohnungen auf den Markt gelangen. In welcher Zahl sie schliesslich welcher Nutzungsvariante zugeführt werden, ist aber offen. Bei einem Leerwohnungsbestand von 0,73 Prozent der im Sinn des Eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregisters am 31. Dezember 2011 dauernd genutzten 2381 Wohnungen ergäbe sich ein Leerbestand an Erstwohnungen von mindestens 17 Einheiten. Zu beachten ist, dass diese Berechnung zudem auf einem eingeschränkten Begriff der Erstwohnung beruht.

Als Zweitwohnungen werden sodann auch Wohnungen berücksichtigt, welche von Personen genutzt werden, die in der Gemeinde nicht niedergelassen im Sinn von Art. 3 Ingress und lit. b RHG sind. Darunter fallen Wohnungen von Personen, die sich zwar nur vorübergehend, jedoch nicht aus touristischen Gründen, sondern beispielsweise zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken in der Gemeinde aufhalten. Wohnungen für Wochenaufenthalter, Wohnungen von Firmen, die sie ihren Mitarbeitenden kurzfristig zur Verfügung stellen – also beispielsweise saisonal angestellte Arbeitnehmer – und Wohnungen, die während der Dauer einer Ausbildung benutzt werden, sollen jedoch vom Begriff der Zweitwohnung nicht umfasst werden (vgl. Art. 2 Ingress und lit. b ZWV; Erläuternder Bericht ZWV S. 6). Die konkrete Ermittlung des Anteils der Zweitwohnungen an allen Wohneinheiten entspricht damit nicht den – in der Verordnung über Zweitwohnungen insoweit zutreffend konkretisierten – verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 75b Abs. 1 BV.

3.4. Insbesondere bei Gemeinden, in denen sich der nach den dargestellten Regeln ermittelte Zweitwohnungsanteil im Grenzbereich der 20 Prozent bewegt, sind die Auswirkungen des extensiv gehandhabten Begriffs der Zweitwohnung zu korrigieren. Damit für die Politische Gemeinde Bad Ragaz von einem Anteil der Zweitwohnungen von 20 Prozent ausgegangen werden dürfte, müssten von den insgesamt 2995 Wohnungen mindestens 599 als Zweitwohnungen im Sinn von Art. 75b Abs. 1 BV einzustufen sein. Diese Zahl wird bereits dann unterschritten, wenn von den 614 nicht dauernd genutzten Wohnungen 17 leer stehende Wohnungen dem Erstwohnungsmarkt zugerechnet werden. Die Zahl sinkt weiter, wenn Wohnungen in Abzug gebracht werden, welche von Personen genutzt werden, die sich in Bad Ragaz vorübergehend beispielsweise als Wochenaufenthalter zu Ausbildungs- oder – allenfalls saisonal beschränkten – Erwerbszwecken aufhalten. Insgesamt ist davon auszugehen, dass der gemäss Art. 75b Abs. 1 BV vorgeschriebene Zweitwohnungsanteil von 20 Prozent per 31. Dezember 2011 in der Politischen Gemeinde Bad Ragaz nicht überschritten wurde. Nach der Annahme der Zweitwohnungsinitiative am 11. März 2012 wurden in Bad Ragaz offenbar keine Baubewilligungen für Zweitwohnungen mehr erteilt. Diese Praxis war geeignet, den Anteil der Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten bis zum vorinstanzlichen Entscheid am 21. Dezember 2012 weiter zu reduzieren.

3.5. In der Vernehmlassung begründet die Vorinstanz den Ausschluss der Bewilligung für Zweitwohnungen damit, die Politische Gemeinde Bad Ragaz sei im Anhang zu Art. 1 Abs. 2 ZWV aufgeführt und die damit verbundene Vermutung, der Anteil der Zweitwohnungen betrage mehr als 20 Prozent, sei von der Gemeinde nicht entsprechend Art. 1 Abs. 3 ZWV widerlegt worden. Sie weist darauf hin, dass der Ausschluss von Zweitwohnungen auf der exakt gleichen statistischen Grundlage wie die Verordnung beruhe.

Dass nicht – wie es der Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 ZWV verlangt – die Beschwerdegegnerin selbst die in der Verordnung über Zweitwohnungen aufgestellte Vermutung, der Anteil der Zweitwohnungen übersteige 20 Prozent an der Gesamtheit der Wohneinheiten, widerlegt hat, schadet nicht. Der Beschwerdeführer, den der Ausschluss der Bewilligung für den Bau von Zweitwohnungen in der Eigentumsfreiheit beschränkt, hat zulässigerweise die Überschreitung des Anteils infrage gestellt. In diesem Zusammenhang war er auch befugt, die Verfassungswidrigkeit der Umsetzung von Art. 75b Abs. 1 BV und von Abs. 2 der Übergangsbestimmung durch die Verordnung über Zweitwohnungen und der statistischen Grundlagen für die Ermittlung des Zweitwohnungsanteils zu rügen. Die Beschwerdegegnerin durfte ihm deshalb die Herausgabe des Zahlenmaterials nicht mit dem Hinweis auf das hängige – ihn betreffende – Verfahren verweigern.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass selbst bei einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV oder einer Anwendung der Verordnung über Zweitwohnungen auf das vom Beschwerdeführer am 25. April 2012 eingereichte Baugesuch die Bewilligung nicht unter Ausschluss des Baus von Zweitwohnungen erteilt werden darf, da der Anteil an Zweitwohnungen von 20 Prozent in der Politischen Gemeinde selbst dann nicht überschritten wäre, wenn sämtliche geplanten fünf Wohneinheiten als Zweitwohnungen realisiert würden. . . .

6

Art. 43 f. und 65 lit. c KV (SGS 11.1) Die Einheitsinitiative, welche vom Kanton St. Gallen fordert, sich für ein bundesweites Verbot gewisser Tierprodukte einzusetzen, ist wegen fehlender Durchführbarkeit unzulässig. Mit einer Einheitsinitiative kann ein Rechtsetzungsauftrag an den Kantonsrat erteilt, nicht jedoch eine Standesinitiative verlangt werden, denn dazu ist ausschliesslich der Kantonsrat befugt.

Am 13. Juni 2012 unterbreitete ein aus 15 stimmberechtigten Mitgliedern bestehendes Initiativkomitee, vertreten durch den Beschwerdeführer, der Regierung ein Initiativbegehren mit folgendem Text zur Vorprüfung: «Im Kanton St.Gallen ist die Produktion, der Handel und der Konsum von Stopfleber, Froschschenkeln, Hummer und Haifischflossen verboten. Der Kanton setzt sich ein, dass diese Bestimmung auch bundesweit gilt.» Die Begründung lautete wie folgt: «Die genannten Nahrungsmittel werden auf besonders tierquälerische Art gewonnen, was ethisch nicht vertretbar ist.» Die Regierung verneinte am 9. Oktober 2012 die Zulässigkeit des eingereichten Initiativbegehrens. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer ist mit der Ungültigkeit des ersten Teils des Initiativbegehrens ausdrücklich einverstanden. Beschwerdegegenstand bildet daher nur die Frage, ob der zweite Satz des Initiativbegehrens verfassungswidrig und dementsprechend als ungültig zu erklären ist. Die Beschwerde bezieht sich demzufolge auf nachstehenden, sinngemäss wie folgt lautenden Initiativtext: Der Kanton setzt sich dafür ein, dass die Produktion, der Handel und der Konsum von Stopfleber, Froschschenkeln, Hummer und Haifischflossen bundesweit verboten wird.

2.1. Die Zulässigkeit einer Einheitsinitiative nach Art. 43 der Kantonsverfassung des Kantons St.Gallen vom 10. Juni 2001 (sGS 111.1, abgekürzt KV) wird gemäss Art. 44 Abs. 1 KV durch das Gesetz über Referendum und Initiative bestimmt. Initiativen sind gemäss Art. 44 Abs. 2 KV insbesondere ganz oder teilweise unzulässig, wenn sie gegen übergeordnetes Recht verstossen (lit. a), undurchführbar sind (lit. b) oder die Einheit der Materie oder der Form nicht wahren (lit. c).

2.2. Vorliegend stellt sich insbesondere die Frage, ob das Initiativbegehren durchführbar ist (Art. 44 Abs. 2 lit. b KV). Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass Stimmberechtigte über eine Initiative zu entscheiden haben, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gar keine Wirkung entfalten kann. Zu prüfen ist daher, ob dem Kanton St.Gallen auf Bundesebene politische Instrumente zur Verfügung stehen, um die Forderungen des Initiativbegehrens einbringen zu können und wenn ja, ob ein derartiger Prozess mit einer Einheitsinitiative initiiert werden kann.

2.2.1. Die Mitwirkungsrechte der Kantone im Bund sind insbesondere geregelt in der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101, abgekürzt BV) und im Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10, abgekürzt ParlG). Dazu gehören insbesondere die Referenden, die Standesinitiativen und die Anhörungs- und Mitwirkungsrechte der Kantone bei der Rechtsetzung (vgl. Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 949 ff.).

Lediglich mit einer Standesinitiative nach Art. 160 Abs. 1 BV in Verbindung mit Art. 115 ParlG kann ein Kanton den Anstoss zur Änderung des Bundesrechts ge-

ben. Die Standesinitiative ist an die Bundesversammlung gerichtet und hat eine Gesetzes- oder Verfassungsvorlage zum Inhalt. Die Wirksamkeit dieses Rechts wird jedoch dadurch relativiert, dass beispielsweise die Initiative nicht unmittelbar in die Räte gelangt, sondern zuerst eine Vorprüfung stattfindet. Nur wenn der Initiative Folge gegeben wird, arbeitet eine Kommission zuhanden des Rates einen Entwurf aus, wobei der Text der eingereichten Initiative nur als politische Richtlinie und nicht als zwingende Vorgabe gilt (vgl. Art. 116 f. in Verbindung mit 109 f. ParlG; M. Graf, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), St.Galler Kommentar BV, 2. Aufl., St.Gallen/Zürich 2008, N 2 zu Art. 160 BV).

2.2.2. Wer zur Einreichung einer Standesinitiative befugt ist, hat das kantonale Recht mangels entsprechender Bundesvorgaben festzulegen (vgl. P. Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 24 N 16 ff.; Graf, a. a. O., N 7 zu Art. 160 BV).

Gemäss Art. 65 lit. I KV ist ausschliesslich der Kantonsrat zur Einreichung einer Standesinitiative befugt. Dies hat zur Folge, dass im Kanton St.Gallen das Volk nicht mit einer kantonalen Initiative eine Standesinitiative begehren kann, wie dies in anderen Kantonen teilweise möglich ist (vgl. etwa Art. 23 lit. d der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [LS 101]; Art. 59 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Graubünden vom 18. Mai 2003 [BR 110.100]).

2.2.3. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Einheitsinitiative zur Erteilung eines Rechtsetzungsauftrags an den Kantonsrat dient (Art. 43 Abs. 1 KV). Für die Einheitsinitiative gilt – wie für alle Initiativbegehren –, dass sie sich auf die Verfassung oder auf ein formelles Gesetz und dementsprechend auf generell-abstrakte Bestimmungen beziehen muss (vgl. Art. 41–43 KV). Gemäss Art. 43 Abs. 2 KV ist der Rechtsetzungsauftrag dabei durch eine Teilrevision der Kantonsverfassung oder durch Erlass, Änderung oder Aufhebung eines Gesetzes zu erfüllen. Das vorliegende Initiativbegehren lässt sich jedoch nicht durch eine Änderung des kantonalen Verfassungs- oder Gesetzesrechts umsetzen.

2.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der zweite Satz des Initiativbegehrens, welches den Kanton verpflichten soll, sich für ein bundesweites Verbot der Produktion, des Handels und des Konsums von bestimmten Tierprodukten einzusetzen, nicht mit einer Einheitsinitiative bewirkt werden kann. Die fehlende Durchführbarkeit des Initiativbegehrens hat zur Folge, dass diese Einheitsinitiative nicht zulässig ist (Art. 44 Abs. 2 lit. b KV in Verbindung mit Art. 36 Abs. 3 RIG). Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

7

Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK (SR 0.101); Art. 20 StGB (SR 311.0) Das Recht des Beschuldigten, einem Belastungszeugen Fragen zu stellen, wird nicht verletzt, wenn die Staatsanwaltschaft wiederholte Fragen zum gleichen Thema ablehnt (E. II.3). Keine Verletzung des Rechts des Beschuldigten, Entlastungszeugen zu laden und zu befragen, wenn ein Antrag auf Zeugeneinvernahme zwar gutgeheissen wird, darauf jedoch in der Folge verzichtet wird, weil niemand in der Lage ist, die Adresse eines ins Ausland abgereisten Zeugen ausfindig zu machen und dieser somit unerreichbar ist; Pflicht des Richters, die der Bedeutung der Sache angemessenen und zumutbaren Massnahmen zur Beschaffung der fraglichen Beweismittel zu ergreifen und die entsprechenden Abklärungen und Nachforschungen zu treffen (E. II.4). Die Notwendigkeit, einen Sachverständigen zuzuziehen, ist erst gegeben, wenn Anzeichen vorliegen, die geeignet sind, Zweifel hinsichtlich der vollen Schuldfähigkeit zu erwecken, wie etwa ein Widerspruch zwischen Tat und Täterpersönlichkeit oder völlig unübliches Verhalten. Dies ist bei einem Kokaingehalt im Blut oder im Urin, der auf eine deutlich ausgeprägte Beeinflussung schliessen lässt, zu bejahen. Es ist ausgeschlossen, generell ohne psychiatrisches Gutachten eine verminderte Schuldfähigkeit anzunehmen (E. II.6).

Kantonsgericht, Strafkammer, November 2012

→ Bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_265/2013, August 26 2013)

Aus den Erwägungen:

II.

3. a) Der Beschuldigte beantragt unter anderem die nochmalige Einvernahme der Zeugin G. Er macht in diesem Zusammenhang im Wesentlichen geltend, die Untersuchungsrichterin habe bei der Konfrontationseinvernahme zwei Fragen nicht zugelassen. Die beiden nicht zugelassenen Fragen würden ganz entscheidende Wahrnehmungen der Zeugin betreffen und deren Antworten könnten Rückschlüsse auf die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen zulassen. Die Fragen seien ohne gesetzliche Grundlage und vor allem ohne sachlichen Grund nicht zugelassen worden.

b) Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch des Beschuldigten, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Mit der Garantie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK soll ausgeschlossen werden, dass ein Strafurteil auf Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass dem Beschuldigten wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wurde, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu stellen. Der Beschuldigte muss namentlich in der La-

ge sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können («face to face confrontation»). Dieser Anspruch wird als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) auch durch Art. 32 Abs. 2 BV gewährleistet. Ziel der genannten Normen ist die Wahrung der Waffengleichheit und die Gewährung eines fairen Verfahrens (vgl. zum Ganzen BGE 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 4.2; 125 I 127 E. 6c/cc; siehe auch BGE 133 I 33 E. 3.1; 132 I 127 E. 2). Das kann entweder zum Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Belastungszeuge seine Aussage macht, oder auch in einem späteren Verfahrensstadium (BGE 131 I 476 E. 2.2; 125 I 129 E. 6b mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen überdies Bger. 6B_20/2008 E.1.3, 6B_255/2008 E. 2.2 und 6B_332/2009 E. 3.2).

c) aa) Vorliegend ergibt sich, dass G. insgesamt dreimal einvernommen wurde. Die erste Einvernahme erfolgte am 2. Juli 2009 durch die Kantonspolizei St. Gallen, die zweite durch die zuständige Untersuchungsrichterin am 8. September 2009 in Anwesenheit des Verteidigers. Schliesslich wurde gleichentags eine Konfrontationseinvernahme in Anwesenheit des Beschuldigten und des Verteidigers durchgeführt.

Im Rahmen der ersten Einvernahme durch die Untersuchungsrichterin richtete der Verteidiger insgesamt 12 Ergänzungsfragen an die Zeugin. Er stellte Letztere dabei verschiedentlich auf die Probe, indem er vertiefende Anschlussfragen an sie richtete. Nachdem die Zeugin sämtliche Fragen beantwortet hatte, hielt der Verteidiger fest: «Ich habe keine weiteren Ergänzungsfragen mehr». Unmittelbar im Anschluss an diese Einvernahme fand sodann die Konfrontationseinvernahme zwischen dem Beschuldigten und G. statt. Wiederum stellte der Verteidiger 13 Ergänzungsfragen, die auf die Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Aussagen abzielten. In Bezug auf die zwei gestellten, von der Untersuchungsrichterin jedoch nicht zugelassenen Fragen, ist dem Protokoll Folgendes zu entnehmen:

15.? [RA] Schoss mein Mandant auf den anderen oder in seine Richtung?
[Zeugin] Er hat auf ihn geschossen und er hat schon auf ihn gezielt.

16.? [RA] Wie lange zielte er?

[Zeugin] Das weiss ich nicht.

17.? [RA] Sie sagten aus, Sie hätten gesehen, wie er gezielt hat und Sie wissen Sie auch[,] wie lange er gezielt hat.

18.? [Untersuchungsrichterin] Ich lasse diese Frage nicht zu, da die Zeugin bereits ausgesagt hatte, sie wisse es nicht. Dann bringen weitere Fragen mit dem gleichen Inhalt nichts. Gibt es weitere Ergänzungsfragen?

19.? [RA] Wie lange haben Sie die Waffe gesehen?

[Zeugin] Das ging so schnell, ich weiss es auch nicht, das ging nicht so lange. Eine Minute oder zwei so.

20.? [RA] Wie lange haben Sie die Waffe zwischen Ziehen und Schiessen gesehen?

21.?[Untersuchungsrichterin: Ich habe bereits vorgingig diese Frage nicht zugelassen, weil die Zeugin bereits einmal erkl rt hat, dass sie d nicht wisse. Gibt es weitere Erg nzungsfragen?"]

In der Folge stellte der Verteidiger vier weitere Erg nzungsfragen, welche die Zeugin beantwortete. Abschliessend erkl rte er ausdr cklich: «Ich habe keine weiteren Erg nzungsfragen». Ebenso verzichtete der Beschuldigte darauf, dem Protokoll noch etwas beizufügen.

b) Aus den vorstehenden Ausf hrungen erhellt, dass dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wurde, das Zeugnis von G. in Zweifel zu ziehen und Fragen an sie zu stellen. Sodann verzichtete der Verteidiger – ebenso wie der Beschuldigte – ausdr cklich auf weitere Fragen und beanstandete insbesondere nicht, dass seine zwei Fragen nicht zugelassen wurden. Vor diesem Hintergrund l sst sich bereits fragen, ob es angesichts des Verhaltens anlässlich der Einvernahme nicht gegen Treu und Glauben verst sst, den Beh rden nachtr glich vorzuwerfen, sie h tten den Grundrechtsanspruch des Beschuldigten verletzt.

Der Vorwurf gegenüber der Staatsanwaltschaft ist indes auch inhaltlich ungerchtfertigt. Zun chst ist grunds tzlich nicht zu beanstanden, wenn die Staatsanwaltschaft wiederholte Fragen zum gleichen Thema ablehnt. Sodann hat die Untersuchungsrichterin zwar die (wiederholte) Frage des Verteidigers an die Zeugin, wie lange der Beschuldigte gezielt habe, nicht zugelassen. Allerdings erkl rte die Zeugin auf weitere Erg nzungsfragen des Verteidigers hin: «Das ging so schnell, ich weiss es auch nicht, das ging nicht so lange. Eine Minute oder zwei so.» Mit dieser Antwort hat die Zeugin nichts anderes gesagt, als dass ihr aufgrund der raschen Ablufe eine genaue zeitliche Einordnung nicht mglich ist. Damit hat sie letztlich die nicht zugelassenen Wiederholungsfragen des Verteidigers dennoch beantwortet. Auch vor diesem Hintergrund ist eine Verletzung des Konfrontationsanspruchs zu verneinen.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Aussage von G. zwar ein wichtiges, jedoch nicht das allein entscheidende Beweismittel f r die vorinstanzliche Verurteilung des Beschuldigten bildete. Vielmehr st tzte die Vorinstanz ihren Schuldspruch auf diverse weitere Indizien, konkret die am Tatort sichergestellten Spuren sowie die Angaben von Q. und des Beschuldigten selbst.

d) Zusammenfassend ist damit der Antrag auf wiederholte Einvernahme der Zeugin G. abzuweisen. Deren Aussagen k nnen verwertet werden.

4. a) Weiter beantragt der Beschuldigte die Einvernahme von D.; eventualiter sei diese mittels eines schriftlichen Fragenkatalogs oder einer Videokonferenz durchzuf hren. D. habe den Tatabend mit ihm und Q. verbracht. Er sei auch bei der Schussabgabe unmittelbar vor Ort gewesen und m sste als direkt Beteiligter Auskunft darüber erteilen k nnen, ob er (der Beschuldigte) auf seinen Kontrahenten gezielt habe, wie weit er von Q. unter Druck gesetzt worden sei, ob dieser eine Waffe auf sich getragen und deshalb eine Notwehrsituation vorgelegen habe, so-

wie ob allenfalls von einem versuchten Totschlag auszugehen wäre. Die Staatsanwaltschaft erklärte, D. habe trotz entsprechender Fahndung nicht ausfindig gemacht werden können. Gegen seine Befragung sei nichts einzuwenden, sollte er verfügbar sein. In der Folge erklärte sich die Staatsanwaltschaft mit der Einvernahme ausdrücklich für einverstanden.

b) Während dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, ein absoluter Charakter zukommt, ist das Recht, Entlastungszeugen zu laden und zu befragen, nur von relativer Natur. Der Richter hat nur solche Beweisbegehren, Zeugenladungen und Fragen zu berücksichtigen und zuzulassen, die nach seiner Würdigung rechts- und entscheidungserheblich sind. Der EGMR verlangt, gestützt auf Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nicht die Befragung jedes Entlastungszeugen; die Bestimmung bezweckt, wie der Hinweis auf «dieselben Bedingungen» zeigt, die Herstellung der vollen Waffengleichheit auch im Bereiche der Entlastungszeugen. In diesem Sinne lässt auch das Bundesgericht die Abweisung von Beweisbegehren und Zeugenbefragungen wegen Untauglichkeit oder in antizipierter Beweismwürdigung zu (BGE 125 I 127 E.6c/cc, mit zahlreichen Hinweisen). Die Konventionsorgane können auf Ermessensmissbrauch und Verletzung von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nur erkennen, wenn ein Beschwerdeführer nachweist, dass eine Frage nicht zugelassen oder ein Entlastungszeuge nicht gehört wurde, obwohl die Erheblichkeit der Frage beziehungsweise der zu erwartenden Aussage dem Tatrichter nach den Umständen des Falles ersichtlich war oder sein musste, und dieser damit seiner sich aus Art. 6 EMRK ergebenden Verpflichtung zuwidergehandelt hat, die Verhandlung in unvoreingenommener und fairerweise mit dem Ziel der Ermittlung des wahren Sachverhalts zu führen (vgl. zum Ganzen Bger. 6P.46/2000 und 6S.199/2000 E. 2.c/bb; siehe auch Bger. 1P.63/2003 E. 4).

Keine Verletzung der vorerwähnten Konventionsbestimmung liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn ein Antrag auf Zeugeneinvernahme zwar gutgeheissen wird, darauf jedoch in der Folge verzichtet wird, weil niemand in der Lage ist, die Adresse eines ins Ausland abgereisten Zeugen ausfindig zu machen (Bger. 6P.46/2000 und 6S.199/2000 E. 2.c/bb). Dabei hat das Bundesgericht betont, dass die Sachaufklärungspflicht des Gerichtes und die Gewährung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich nicht bedeuten, dass ein Gericht verpflichtet ist, den in einem fremden Land verloren gegangenen Spuren eines vom Beschuldigten angerufenen Zeugen mit allen Mitteln, also auch mit unverhältnismässigem Aufwand, nachzugehen. Wie weit die betreffende Pflicht im Einzelfall geht, liess das Bundesgericht im erwähnten Urteil indes offen (Bger. 6P.46/2000 und 6S.199/2000 E. 2.c/cc). Allerdings hat es in einem weiteren, nicht publizierten Entscheid festgehalten, von einer erforderlichen Beweismassnahme könne nur aus gewichtigen Gründen, etwa wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels, Umgang genommen werden. Unerreichbarkeit darf dabei nicht leichthin angenommen werden. Denn es trifft den Richter die Pflicht, die der Bedeutung der Sache angemessenen und zumutbaren Massnahmen zur Beschaffung der

fraglichen Beweismittel zu ergreifen und die entsprechenden Abklärungen und Nachforschungen zu treffen. Wenn solche Massnahmen erfolglos bleiben und auch keine Aussicht darauf besteht, das Beweismittel beizubringen, kann darauf unter Wahrung der Verteidigungsrechte verzichtet werden (Bger. 1P.297/2005 E. 5 mit Hinweis auf BGE 131 I 476).

c) Der vorliegend zur Einvernahme beantragte D. ist als einer von zwei Tatzeugen grundsätzlich rechts- und entscheidungserheblich. Dies anerkennt auch die Staatsanwaltschaft, indem sie D. bereits während der Untersuchung vorführen lassen wollte und sich mit dem Beweisantrag des Beschuldigten im Berufungsverfahren ausdrücklich einverstanden erklärte. Die Verfahrensleitung der Strafkammer des Kantonsgerichts hat den Antrag mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 im Lichte der vorstehenden wiedergegebenen Rechtsprechung dennoch abgewiesen, nachdem D. trotz entsprechender Fahndung von der Staatsanwaltschaft nicht ausfindig gemacht werden konnte und auch der Verteidiger trotz mehrmals erstreckter Frist keine hinreichenden Angaben über dessen postalische Erreichbarkeit zu machen vermochte.

Mit Schreiben vom 25. Dezember 2011 hat der Verteidiger dem Gericht nachträglich die (mutmassliche) Adresse von D. bekannt gegeben und erneut um dessen Vorladung zur Berufungsverhandlung gebeten. In Gutheissung dieses Antrags wurde D., nachdem er in der Schweiz ein freiwilliges Zustelldomizil begründet hatte, unter Zusicherung des freien Geleits zur Einvernahme als Auskunftsperson vorgeladen. D. erhielt in der Folge laut Eingabe des Verteidigers vom 5. Februar 2012 kein Visum zur Einreise in die Schweiz. Die auf den 6. Februar 2012 angesetzte Berufungsverhandlung wurde deshalb auf Antrag der Verteidigung und mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft verschoben. In der Folge wurde D. am 3. August 2012 erneut zur Einvernahme als Auskunftsperson vorgeladen. Obschon D. am 5. Oktober 2012 ausdrücklich bestätigte, die Vorladung erhalten und zur Kenntnis genommen zu haben, blieb er der Berufungsverhandlung vom 19. November 2012 ohne Nachricht fern.

d) aa) Entgegen der Ansicht der Verteidigung bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Staatsanwaltschaft ungenügende Nachforschungen hinsichtlich des Verbleibs von D. angestellt hätte. Die Verteidigung bringt vor, D. sei bis nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung in der Schweiz gewesen und habe sich aus Ärger über das Urteil der Vorinstanz telefonisch mit der Staatsanwaltschaft in Verbindung gesetzt, was die Staatsanwaltschaft bestreitet. Es besteht kein Grund, an der Darstellung der Staatsanwaltschaft zu zweifeln. Im Übrigen steht fest, dass sich D. ohne Angabe von Gründen nicht zur Verfügung hielt, die Schweiz ohne Angabe einer Kontaktadresse verliess und schliesslich trotz nachweislich erhaltener Vorladung der Berufungsverhandlung wiederum ohne Begründung fernblieb. Die Vermutung des Beschuldigten, D. traue der Zusicherung des freien Geleits nicht, ist unbehelflich. Unter den gegebenen Umständen ist offensichtlich, dass sich D. dem vorliegenden Verfahren nicht stellen will.

bb) Insgesamt wurden vorliegend die von der Rechtsprechung geforderten, angemessenen und zumutbaren Massnahmen zur Beschaffung der Aussage von D. erfolglos vorgenommen. Entsprechend muss das Beweismittel für diesen Fall als unerreichbar betrachtet werden. Insbesondere erscheint nicht erfolversprechend, nachträglich und zusätzlich auch noch den Rechtshilfeweg zu beschreiten, nachdem angesichts des bisherigen Verhaltens von D. davon ausgegangen werden muss, dass dieser sich – wie bereits zuvor wiederholt in der Schweiz – auch im Kosovo einer mündlichen oder schriftlichen Einvernahme entziehen wird.

Nur der Vollständigkeit halber ist sodann darauf hinzuweisen, dass eine Einvernahme von D. aufgrund der besonderen Umstände nur sinnvoll erschiene, wenn sich das Gericht von ihm einen persönlichen Eindruck verschaffen kann. So soll mittels seiner Einvernahme nach Darstellung des Beschuldigten insbesondere die Frage beantwortet werden, ob er auf Q. gezielt hat, inwiefern er von diesem unter Druck gesetzt worden ist und ob Q. eine Waffe trug bzw. gezogen hat. Über all diese Umstände hat sich der Beschuldigte zugeständenermassen bereits mehrfach mit D. unterhalten. Zieht man weiter in Betracht, dass D. mit dem Beschuldigten über Q. demgegenüber nach Darstellung des Beschuldigten belastet ist, so müsste die Glaubhaftigkeit der Aussagen von D. besonders genau geprüft werden. Bei einer rechtshilfeweisen Einvernahme, selbst wenn sich D. dieser wider Erwarten stellen würde, ist die in diesem konkreten Fall dringend erforderliche Überprüfung seiner Glaubhaftigkeit wegen des fehlenden persönlichenindrucks aber gerade nicht gewährleistet. Eine Einvernahme mittels Videokonferenz scheidet entgegen der Ansicht des Verteidigers bereits aus formellen Gründen aus. Eine solche Einvernahme könnte einzig gestützt auf das Zweite Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (ZPII EUeR, SR 0.351.12) durchgeführt werden, welches die Republik Kosovo indessen nicht ratifiziert hat.

cc) Nach dem Gesagten muss das Beweismittel für diesen Fall als unerreichbar betrachtet werden. Indessen hat – wie zu zeigen sein wird – selbst dann ein Schuldspruch zu ergehen, wenn dem Sachverhalt ausschliesslich die Aussagen des Beschuldigten zugrunde gelegt werden, die er mit den Aussagen von D. belegen will.

6. a) Schliesslich beantragt der Beschuldigte die Einholung eines Gutachtens zur Schuldfähigkeit. Dass erhebliche Zweifel an der Schuldfähigkeit angezeigt seien und einiges dafür spreche, dass die Schuldfähigkeit nicht nur leicht eingeschränkt und der Beschuldigte dringend auf eine therapeutische Massnahme angewiesen sei, erhelle aus dem Bericht des IRM, dem Protokoll der ärztlichen Untersuchung, den Aussagen des Vaters des Beschuldigten und von Q., dem Kokain- und Whiskeykonsum und den mehrfachen stationären Behandlungen in der Psychiatrischen Klinik Wil infolge übermässigen Drogenkonsums und Suizidversuchen. Die Staatsanwaltschaft ihrerseits geht aufgrund des regelmässigen Kokainkonsums des Be-

schuldigten von einer leicht verminderten Schuldfähigkeit aus und beantragt die Abweisung des Beweisantrags.

b) Besteht ernsthafter Anlass, an der Schuldfähigkeit des Täters zu zweifeln, so ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Gericht die sachverständige Begutachtung durch einen Sachverständigen an (Art. 20 StGB). Die Bestimmung entspricht weitgehend Art. 13 aStGB. Die Begutachtung setzt aber nicht mehr Zweifel an der Schuldfähigkeit voraus, sondern ernsthaften Anlass, daran zu zweifeln. Das entspricht der bisherigen Praxis zu Art. 13 Abs. 1 aStGB.

Umstände, welche beim Gericht ernsthafte Zweifel hervorrufen müssen, sind nach der höchstrichterlichen Praxis beispielsweise bei Drogenabhängigkeit gegeben (vgl. zum Ganzen Bger. 6B_815/2007 E. 2; siehe auch BGE 133 IV 145 E. 3.3 und 132 IV 29 E. 5.1). Gemäss Bundesgericht ist heute allgemein anerkannt, dass Drogenabhängigkeit zu schwerwiegenden Persönlichkeitsveränderungen und damit zusammenhängend zur Verwahrlosung und Kriminalität führen kann. Aufgrund dieser Erkenntnis ist der Richter verpflichtet, im Falle des Drogenkonsums zu prüfen, ob Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten gegeben sind (BGE 102 IV 74 E. 1.b; siehe auch BGE 106 IV 241 E. 2). Die Anordnung einer sachverständigen Begutachtung kann sodann auch dann angezeigt sein, wenn in der bisherigen Lebensführung des Beschuldigten besondere Auffälligkeiten, etwa mehrere Selbstmordversuche, aufgetreten sind (BGE 116 IV 273 E. 4.a).

Die Notwendigkeit, einen Sachverständigen zuzuziehen, ist erst gegeben, wenn Anzeichen vorliegen, die geeignet sind, Zweifel hinsichtlich der vollen Schuldfähigkeit zu erwecken, wie etwa ein Widerspruch zwischen Tat und Täterpersönlichkeit oder völlig unübliches Verhalten (BGE 116 IV 273 E. 4a). Zeigt das Verhalten des Täters vor, während und nach der Tat, dass ein Realitätsbezug erhalten war, dass er sich an wechselnde Erfordernisse der Situation anpassen, auf eine Gelegenheit zur Tat warten oder diese gar steuern konnte, so hat eine schwere Beeinträchtigung nicht vorgelegen (BGE 133 IV 145 E. 3.3; 132 IV 29 E. 5.1; vgl. auch Bger. 6B_815/2007 E. 2). Das Bundesgericht verneinte deshalb etwa eine Pflicht zur Begutachtung bei einem Täter, der während vier Monaten fast täglich ein halbes Gramm Kokain konsumiert hatte, weil keine Hinweise für eine eingeschränkte Einsichts- oder Willensfähigkeit bestanden, denen fachärztlich nachzugehen gewesen wäre (Bger. 6P.123/2005 und 6S. 354/2005 E. 4.1 mit Hinweis auf Bger. 6S. 703/1995 E. 1).

Zu beachten bleibt, dass Art. 20 StGB auch gebietet, den Grad der Herabsetzung begutachten zu lassen (so im Zusammenhang mit einer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz Bger. 6P.123/2005 und 6S. 354/2005 E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 119 IV 120 E. 2d, vgl. auch BGE 106 IV 241 E. 1b). Entsprechend ist ausgeschlossen, generell ohne psychiatrisches Gutachten verminderte Schuldfähigkeit anzunehmen (BSK StGB I-Bommer, Art. 20 N 21).

c) aa) Im vorliegenden Fall sagte der Beschuldigte in der Befragung vom 2. Juli 2009 aus, am 30. Juni 2009 den ganzen Nachmittag und die ganze Nacht bis um zehn Uhr des anderen Morgens (1. Juli 2009) Alkohol getrunken und Kokain konsu-

miert zu haben. Gemäss Protokoll der ärztlichen Untersuchung des Instituts für Rechtsmedizin (IRM) vom 2. Juli 2009 gab er gegenüber dem zuständigen Arzt nebst der Einnahme von Whisky einen Konsum von insgesamt 5g Kokain zwischen 14.00 und 22.30 Uhr an. Das IRM stellte, gestützt auf die am 2. Juli 2009 um 01.40 bzw. 01.45 Uhr erfolgte Urinasservierung und Blutentnahme fest, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt der Blutentnahme alkoholnüchtern gewesen ist und im Ereigniszeitpunkt – wenn überhaupt – nur in einem niedrigen Gehaltsbereich von im Mittel 0,3 bis 0,4 Gew. Promille alkoholisiert gewesen ist. Demgegenüber fiel der Vortest sowohl der Urin- als auch der Blutprobe auf Kokain positiv aus. Das IRM stellte eine Konzentration von 91 µg/l Kokain fest und führte aus, im Ereigniszeitpunkt dürfte der Drogenspiegel deutlich höher gewesen sein. Ein solcher Gehalt entspreche «einer deutlich ausgeprägten Beeinflussung durch Kokain. Dadurch können sich die vom Blutentnahmekarzt festgestellten Auffälligkeiten erklären, namentlich etwa die weiten Pupillen und die Angetriebenheit (. . .)». Zwar trifft – wie die Vorinstanz zusammengefasst ausführt – zu, dass das IRM daraus nicht gleichzeitig geschlossen hat, «dass der Beschuldigte in seiner Wahrnehmung erheblich beeinträchtigt gewesen wäre, sodass er nicht mehr gewusst hätte, was er tat respektive was er tun durfte, und er sich überhaupt nicht mehr selbst in seinem Verhalten steuern konnte». Allerdings hat das IRM auch klargestellt, dass es zur Beurteilung dieser Frage «des Bezugs sämtlicher Beobachtungen zum Verhalten des Beschuldigten vor, während und nach dem Ereignis» bedürfte. Damit aber liegen genügend Umstände vor, welche ernsthafte Zweifel an der vollen Schuldfähigkeit des Beschuldigten hervorrufen. Das gilt umso mehr, als der Blutentnahmekarzt drei Stunden nach der Tat beim Beschuldigten zwar ein klares Bewusstsein, eine unauffällige Sprache und erhaltene, zeitliche und örtliche Orientierung feststellte, gleichzeitig aber «Amnesie», angetriebenes Verhalten und – bezüglich des Gleichgewichtssinns – im Rahmen des Romberg-Tests leichtes Schwanken diagnostizierte.

b) Dass im Übrigen auch die Vorinstanz an der vollen Schuldfähigkeit des Beschuldigten zweifelt, ergibt sich nicht zuletzt aus der von ihr angenommenen, leicht verminderten Schuldfähigkeit aufgrund des regelmässigen und starken Kokainkonsums des Beschuldigten. Wie oben dargelegt darf die Vorinstanz gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung über die verminderte Schuldfähigkeit aber gerade nicht selbst befinden, da auch der Grad der Herabsetzung Teil der sachverständigen Begutachtung bildet.

d) Aus den vorerwähnten Gründen hat das Gericht dem Antrag auf Einholung eines sachverständigen Gutachtens mit Entscheid vom 6. Februar 2012 stattgegeben.

2. Aufenthalt und Niederlassung

8

Art. 62 lit. b AuG (SR 142) Bei einer Zusatzstrafe im Sinne von Art. 41 Abs. 2 StGB darf zur Beurteilung, ob der Widerrufgrund der längerfristigen Freiheitsstrafe erfüllt ist, auf die Gesamtstrafe abgestellt werden.

Verwaltungsgericht, November 2013

Der Beschwerdeführer wurde mehrfach straffällig. Unter anderem beteiligte er sich in den Jahren 2003 und 2004 an der betrügerischen Vermittlung von Hypothekarkrediten. Im Konkurs der Zweigniederlassung St. Gallen – für die der Beschwerdeführer einzelzeichnungsberechtigt war – der Z. Ltd. mit Sitz in Grossbritannien liess sich zudem mangels Unterlagen für die Jahre 2005 und 2006 kein zuverlässiger Vermögensstand ermitteln. In der Folge wurde der Beschwerdeführer mit Strafbescheid vom 28. März 2007 wegen Unterlassung der Buchführung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 190 Franken, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von zwei Jahren, und einer Busse von 500 Franken sowie vom Kreisgericht Wil am 11. Mai 2010 wegen mehrfachen Betrugs, mehrfacher Urkundenfälschung und mehrfacher Erschleichung einer falschen Beurkundung zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten und einer Busse von 3500 Franken sowie vom Kreisgericht Rheintal am 3. November 2010 / 27. Mai 2011 wegen Betrugs, versuchten Betrugs und mehrfacher Urkundenfälschung zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt. Der Vollzug der Freiheitsstrafen wurde bei einer Probezeit von drei Jahren aufgeschoben. Das Urteil des Kreisgerichts Wil erging im Zusatz zum Strafbescheid vom 28. März 2007, das Urteil des Kreisgerichts Rheintal im Zusatz zu jenem des Kreisgerichts Wil. Das Migrationsamt entzog dem Beschwerdeführer die Niederlassungsbewilligung. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den dagegen erhobenen Rekurs ab. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.1.1. Die Verfahrensbeteiligten gehen übereinstimmend davon aus, dass die in den Urteilen vom 11. Mai 2010 und vom 3. November 2010 / 27. Mai 2011 ausgesprochenen – bedingten – Freiheitsstrafen von zehn und acht Monaten nicht zusammenzurechnen sind und deshalb den Widerrufgrund von Art. 62 Ingress und lit. b AuG nicht erfüllen.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Voraussetzung gemäss Art. 62 Ingress und lit. b AuG erfüllt, wenn gegenüber dem Ausländer eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde (BGE 135 II 377 E. 4.1). Ob die Strafe bedingt, teilbedingt oder unbedingt ausgesprochen wurde, spielt keine Rolle (vgl. BGer 2C_453/2011 vom 28. November 2011 E. 2.2.1 mit Hinweis). Mehrere kür-

zere Freiheitsstrafen sind nicht zusammenzurechnen. Die Unzulässigkeit des Zusammenrechnens soll verhindern, dass im Einzelfall zeitliche und inhaltliche Zusammenhänge zu prüfen und zu beurteilen sind (vgl. BGE 137 II 297 E. 2, insbesondere E. 2.3.5). Umgekehrt sind die Migrationsbehörden bei der Anwendung von Art. 62 Ingress und lit. b AuG an das Strafmass der Gesamtfreiheitsstrafe gebunden. Eine Aufspaltung der Gesamtstrafe in verschiedene Teilstrafen liefe dem Erfordernis der Praktikabilität zuwider, da aus dem Strafurteil nicht immer eindeutig hervorgeht, wie sich die Gesamtstrafe zusammensetzt (vgl. BGer 2C_733/2012 vom 24. Januar 2013 E. 6.2; vgl. auch BGer 2C_133/2013 vom 13. September 2013 E. 2.4.1 und 2.4.2).

Im Straferkenntnis vom 3. November 2010 / 27. Mai 2011 war eine Tat zu beurteilen, die der Beschwerdeführer begangen hatte, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden war. Das Gericht bestimmte deshalb bei der Strafzumessung, gestützt auf Art. 49 Abs. 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0, abgekürzt StGB) in der Weise eine Zusatzstrafe, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Es erachtete für alle Straftaten zusammen eine – hypothetische – Gesamtstrafe von 20 Monaten als an sich angemessen. Davon zog es die im Strafbescheid vom 28. März 2007 und im Urteil vom 11. Mai 2010 ausgesprochenen Strafen – die umgewandelte Geldstrafe von 30 Tagessätzen, die Freiheitsstrafe von zehn Monaten und eine einmonatige Ersatzfreiheitsstrafe für die Busse von 3500 Franken – ab, sodass sich eine Zusatzstrafe von acht Monaten ergab (vgl. act. 8 / Dossier des Beschwerdeführers 277).

Für die Migrationsbehörde muss die vom Strafrichter, gestützt auf Art. 49 StGB festgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe massgebend sein. Dieses Vorgehen widerspricht dem Erfordernis einer praktikablen Anwendung von Art. 62 Ingress und lit. b AuG nicht, da sich die Gesamtstrafe ohne Weiteres aus den Teilstrafen ergibt. Zudem schliesst das Abstellen auf die Gesamtstrafe, welche strafrechtlich vorab eine schwerere Bestrafung des Täters vermeiden soll, ausländerrechtlich eine Besserstellung jener Täter aus, deren Taten – oft aus Zufall (vgl. J.-B. Ackermann, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N130 zu Art. 49 StGB) – nicht gemeinsam beurteilt wurden. Beim Beschwerdeführer kommt hinzu, dass das mit dem Urteil vom 3. November 2010 / 27. Mai 2011 im Zusatz geahndete Verhalten in einem unmittelbaren inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhang mit den im Entscheid vom 11. Mai 2010 beurteilten Taten stand. Das Verwaltungsgericht geht dementsprechend davon aus, dass der Beschwerdeführer mit den Verurteilungen vom 11. Mai 2010 und vom 3. November 2010 / 27. Mai 2011 den Widerrufsgrund von Art. 62 Ingress und lit. b AuG erfüllt hat.

...

3. Gesundheit und Soziales

9

Art. 2 lit. a FMedG (SR 810.11), Art. 40 lit. c und d MedBG (SR 811.11). Die hormonelle Stimulation und die anschliessende Entnahme von Eizellen zur Kryokonservierung stellt kein Fortpflanzungsverfahren im Sinn des Fortpflanzungsmedizingesetzes dar. Die ärztliche Aufklärungspflicht ist nicht verletzt, wenn einerseits auf die gesetzlichen Voraussetzungen hingewiesen wird, unter denen eine spätere Verwendung der konservierten Eizellen in der Schweiz zulässig ist, und andererseits die – möglicherweise geringe – Wahrscheinlichkeit, dass sich diese Voraussetzungen innerhalb der zulässigen Aufbewahrungspflicht erfüllen, Gegenstand des individuellen Beratungsgesprächs ist.

Verwaltungsgericht, 28. September 2013

Der Beschwerdeführer ist berechtigt, Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung anzuwenden und damit auch Keimzellen zu konservieren. Mit der Dienstleistung «Q.» bietet er Frauen die Möglichkeit, Eizellen zur Fertilitätsvorsorge einzulagern («social freezing»). Das Gesundheitsdepartement stellte am 26. Februar 2013 fest, die vom Beschwerdeführer angebotene Kryokonservierung von Eizellen zur Fertilitätsvorsorge verstosse gegen das Fortpflanzungsmedizingesetz und sei unzulässig. Das Verwaltungsgericht heisst die dagegen erhobene Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

2. Im Beschwerdeverfahren ist umstritten, ob die vom Beschwerdeführer angebotene Eizellvorsorge «Q.» in den Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz; SR 810.11, abgekürzt FMedG) fällt (vgl. dazu nachfolgend E. 3) und ob der Beschwerdeführer mit der Information über das Angebot das Selbstbestimmungsrecht der Patientinnen gemäss den Regeln des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz; SR 811.11, abgekürzt MedBG) wahre (vgl. dazu nachfolgend E. 4).

3. Zur Klärung der Anwendbarkeit des Fortpflanzungsmedizingesetzes sind – ausgehend insbesondere von der Auffassung der Vorinstanz (vgl. dazu nachfolgend E. 3.1.) – die einschlägigen Gesetzesbestimmungen auszulegen (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.) und anzuwenden (vgl. dazu nachfolgend E. 3.3.).

3.1. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Eizellvorsorge, umfassend die Vorabklärung, die hormonelle Stimulation, die Entnahme von Eizellen und deren anschliessende Aufbewahrung unter das Fortpflanzungsmedizingesetz fällt, da sie

auf eine spätere, nur auf künstlichem Weg herbeizuführende Schwangerschaft ziele. Das Bundesamt für Gesundheit, welches am Verfahren nicht beteiligt ist, von der Vorinstanz indessen um eine Stellungnahme ersucht wurde, unterscheidet bei der Eizellvorsorge vier Teilschritte, nämlich die Aufklärung, Beratung und Vorabklärung (a), die Behandlung des weiblichen Körpers mit hormonhaltigen Medikamenten (b), die Entnahme von Eizellen aus den weiblichen Keimdrüsen (c) und die Aufbewahrung der Eizellen (d). Die medizinischen Teilschritte a, b und c seien einem Fortpflanzungsverfahren vorgelagert und müssten nicht unbedingt zu einem solchen Verfahren führen, weshalb sie nicht als Teil eines Fortpflanzungsverfahrens im Sinn des Fortpflanzungsmedizingesetzes anzusehen seien. Der Teilschritt d unterstehe nicht als Fortpflanzungsverfahren, sondern als Entgegennahme und Aufbewahrung von Keimzellen dem Fortpflanzungsmedizingesetz.

3.2. Gemäss Art. 1 Abs. 1 FMedG legt dieses fest, unter welchen Voraussetzungen die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung beim Menschen angewendet werden dürfen. Als Fortpflanzungsverfahren im Sinn des Gesetzes gelten gemäss Art. 2 Ingress und lit. a FMedG Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr, insbesondere Insemination, In vitro-Fertilisation mit Embryotransfer sowie Gametentransfer. Bei der Auslegung und Anwendung der Bestimmung ist vom Wortlaut auszugehen (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.1.). Soweit dieses Ergebnis nicht klar und eindeutig ist, sind zur Ermittlung des Inhalts der Regelung insbesondere die weiteren Bestimmungen des Gesetzes (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.2.) und der Verfassung (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.3.) heranzuziehen.

3.2.1. Art. 2 Ingress und lit. a FMedG nennt mit der Insemination, der In vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und dem Gametentransfer beispielhaft und absichtlich nicht abschliessend (vgl. Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie [Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF]» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung [Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG], in: BBl 1996 III S. 205 ff., S. 246) Methoden, die zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr dienen und der Regelung des Fortpflanzungsmedizingesetzes unterstehen sollen. Der Wortlaut schliesst an sich nicht klar aus, dass auch vorbereitende medizinische Massnahmen wie die hormonelle Stimulation und die Gewinnung von Keimzellen erfasst werden. Die abstrakte Umschreibung der Methoden («zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr») und die konkreten Beispiele weisen indessen darauf hin, dass – abgesehen von der Entgegennahme und Aufbewahrung von Keim- und imprägnierten Eizellen – nur jene Vorgänge in den Geltungsbereich des Fortpflanzungsmedizingesetzes fallen, die unmittelbar eine künstliche Befruchtung und die Herbeiführung einer Schwangerschaft bezwecken.

3.2.2. Art. 2 FMedG erläutert die im Fortpflanzungsmedizingesetz verwendeten Begriffe. Keiner davon betrifft das Verfahren der Gewinnung von Keimzellen.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 FMedG dürfen Fortpflanzungsmethoden nur angewendet werden, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist. Oberste Maxime der Regelungen im Fortpflanzungsmedizingesetz ist mithin das Kindeswohl (vgl. Botschaft, a. a. O., S. 206). Die Frage nach dem Kindeswohl stellt sich, wenn ein künstlicher Befruchtungsvorgang in die Wege geleitet und eine Schwangerschaft herbeigeführt wird. Die hormonelle Stimulation und die anschliessende Entnahme von Eizellen können für sich allein betrachtet nicht zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohls führen. Sie beschränken sich auf die erforderlichen medizinischen Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit der behandelten Frau. Der Schutz ihrer Gesundheit kann nur dann ein Verbot – mit Erlaubnisvorbehalt – rechtfertigen, wenn die mit der Behandlung verbundenen Risiken im Vergleich zu den Risiken anderer Behandlungsmethoden so gross wären, dass ihre freiwillige Inkaufnahme durch voll informierte, erwachsene Betroffene nicht toleriert werden könnte und der Staat an deren Stelle entscheiden müsste. Von solchen Risiken kann aber nicht die Rede sein, zumal hormonelle Stimulationen, homologe Inseminationen und der intratubare oder intrauterine Gametentransfer, der wie eine Invitro-Fertilisation mit einem operativen Eingriff, der Eizellentnahme, verbunden ist, nicht verboten sind (vgl. Botschaft, a. a. O., S. 230).

Gemäss Art. 8 Abs. 1 FMedG benötigt eine Bewilligung des Kantons, wer Fortpflanzungsverfahren anwendet (lit. a) und wer Keimzellen – das heisst Ei- oder Samenzellen (vgl. Art. 2 Ingress und lit. e FMedG) – oder imprägnierte Eizellen – das heisst befruchtete Eizellen vor der Kernverschmelzung (vgl. Art. 2 Ingress und lit. h FMedG) – zur Konservierung entgegennimmt oder gespendete Samenzellen vermittelt, ohne selber Fortpflanzungsverfahren anzuwenden (lit. b). Angesichts dieser im Gesetz getroffenen Unterscheidung ist davon auszugehen, dass es sich jedenfalls bei der Entgegennahme zur Aufbewahrung und der Vermittlung von Keimzellen nicht um ein Fortpflanzungsverfahren im Sinn des Fortpflanzungsmedizingesetzes handelt. Art. 15 ff. FMedG regeln den Umgang mit Keimgut, nicht aber dessen Gewinnung.

3.2.3. Das Fortpflanzungsmedizingesetz setzt Art. 119 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, abgekürzt BV) um, welcher den Menschen vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie schützt (Abs. 1) und den Gesetzgeber verpflichtet, den Grundsatz zu beachten, dass Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur angewendet werden dürfen, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann (Abs. 2 Ingress und lit. c). Die Fortpflanzungsmedizin bezeichnet ein spezielles Arbeitsgebiet der Medizin, das sich mit Anatomie, Physiologie, Biochemie und Pathologie der Fortpflanzungsorgane und des Keimgutes sowie den psychologischen Aspekten der Unfruchtbarkeit beschäftigt. Neben der Empfängnisverhütung und den Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung durch extrakorporale Befruchtung erfasst der Verfassungsbegriff der Fortpflanzungsmedizin, von den fundamentalen Schutzanliegen der Bestimmung her gese-

hen, jeden Missbrauch im Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut, unabhängig davon, ob er im Zusammenhang mit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, der Gentechnologie, der Forschung oder anderen Verfahren steht. Beispielsweise dürften Ultraschalluntersuchungen am Embryo und Fötus oder hormonelle Stimulationen mit anschliessender natürlicher Zeugung ebenfalls erfasst sein (vgl. Reusser/Schweizer, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, N 5 zu Art. 119 BV). Die Fortpflanzungs- oder Reproduktionsmedizin erfasst ärztliche Massnahmen zur Behandlung ungewollter Kinderlosigkeit. Im Fortpflanzungsmedizinengesetz geht es indessen nur um Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr. Dies bedeutet, dass eine rein hormonelle Sterilitätstherapie nicht Regelungsgegenstand ist (vgl. Botschaft, a. a. O., S. 245).

Die Regelung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung betrifft die in Art. 10 Abs. 2 BV verankerte persönliche Freiheit, welche alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung schützt (vgl. beispielsweise BGE 119 Ia 475). Die gesetzlichen Regelungen in der Fortpflanzungsmedizin setzen dem von der persönlichen Freiheit der Eltern geschützten Kinderwunsch Grenzen. Im reproduktionstechnologischen Zusammenhang ist die Menschenwürde (Art. 7 BV) zentral angesprochen. Die Gesetzesbestimmungen bezwecken nicht einen vordergründigen Schutz der körperlichen Integrität im Sinn reiner Sicherheitsmassnahmen; der Schutz gilt dem Menschen als Person und als einmaligem, unverwechselbarem Subjekt. Er richtet sich gegen seine Instrumentalisierung und Herabwürdigung, die darin liegen würde, den Menschen nicht mehr als Wert in sich selbst, sondern als Mittel zu einem heteronom bestimmten Zweck zu betrachten (Botschaft, a. a. O., S. 245). Soweit die medizinischen Massnahmen der Fortpflanzungsmedizin sich einzig auf die körperliche Unversehrtheit und Integrität der Eltern auswirken, erscheint eine Einschränkung ihrer persönlichen Freiheit durch das Fortpflanzungsmedizinengesetz nicht als erforderlich.

3.2.4. Aus dem Wortlaut von Art. 2 Ingress und lit. a FMedG, aus den in dieser Bestimmung genannten unmittelbar auf eine künstlich herbeigeführte Befruchtung und Schwangerschaft gerichteten Verfahren und aus dem Kindeswohl, welches gemäss Art. 3 Abs. 1 FMedG das zentrale Schutzobjekt des Fortpflanzungsmedizingesetzes bildet, ist zu schliessen, dass Beratung, Vorabklärungen, hormonelle Stimulation und Entnahme von Eizellen nicht als Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung beim Menschen gemäss Art. 1 Abs. 1 FMedG gelten und damit nicht in den Geltungsbereich des Fortpflanzungsmedizingesetzes fallen. Mit den Vorschriften des Gesetzes soll die persönliche Freiheit der Eltern in der Umsetzung des Kinderwunsches ihre Grenzen am Kindeswohl finden. Die blossen Eizellvorsorge setzt zwar einen medizinischen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Frau, welche sich diesem Verfahren unterziehen will, voraus, bewegt sich jedoch ausserhalb des Zweckes des Gesetzes, in Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung das Kindeswohl zu sichern. Erst bei einer späteren Verwen-

derung der konservierten Eizellen in einem Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung kann das Kindeswohl insoweit tangiert sein, als beispielsweise die Auswirkungen einer mehrjährigen Aufbewahrung einer Eizelle auf die Gesundheit des Kindes abzuschätzen sind.

Im Vorfeld der medizinischen Fortpflanzungsverfahren regelt das Fortpflanzungsmedizingesetz einzig die Entgegennahme und Aufbewahrung von Keimzellen oder imprägnierten Eizellen, d. h. befruchteten Eizellen vor der Kernverschmelzung (vgl. Art. 2 Ingress und lit. h FMedG). Die geltenden Regelungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes gehen davon aus, dass die Methode der Langzeitgefrierung von Eizellen im Gegensatz zu derjenigen von Samenzellen noch keinen Eingang in die Praxis gefunden hat. Mit Blick auf eine Änderung dieses Umstandes wird in Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. b FMedG und in Art. 15 FMedG der allgemeine Begriff der Keimzelle, der Ei- und Samenzellen umfasst (vgl. Art. 2 Ingress und lit. e FMedG), verwendet und in Art. 16 Abs. 4 FMedG der Bundesrat beauftragt, die Konservierung imprägnierter Eizellen zu verbieten, wenn der Stand von Wissenschaft und Praxis es erlaubt, nichtimprägnierte Eizellen mit befriedigendem Erfolg zu konservieren (vgl. Botschaft, a. a. O., S. 263 ff.).

3.3. Mit der Dienstleistung «Q.» bietet der Beschwerdeführer Frauen unabhängig von ihrer individuellen gesundheitlichen Lage die Möglichkeit, sich nach hormoneller Stimulation Eizellen entnehmen zu lassen und diese im Hinblick auf eine später allenfalls erforderliche medizinische Unterstützung des Fortpflanzungsverfahrens während fünf Jahren tiefgefroren aufbewahren zu lassen («social freezing»). Diese Eizellvorsorge fällt lediglich insoweit in den Geltungsbereich des Fortpflanzungsmedizingesetzes, als sie die Aufbewahrung der Eizellen betrifft.

3.3.1. Nach Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. b FMedG benötigt eine Bewilligung des Kantons, wer Keimzellen oder imprägnierte Eizellen zur Konservierung entgegennimmt oder gespendete Samenzellen vermittelt, ohne selber Fortpflanzungsverfahren anzuwenden. Die Bewilligung wird gemäss Art. 10 FMedG nur Ärztinnen und Ärzten erteilt (Abs. 1), welche insbesondere Gewähr für eine sorgfältige, gesetzeskonforme Tätigkeit bieten und sicherstellen, dass die Keimzellen und imprägnierten Eizellen nach dem Stand von Wissenschaft und Praxis konserviert werden (Abs. 2 Ingress und lit. a und c; lit. b betrifft die Gewähr für eine sorgfältige Auswahl der Samenspende). Gemäss Art. 15 Abs. 1 FMedG dürfen Keimzellen nur mit schriftlicher Einwilligung der Person, von der sie stammen, konserviert werden.

Die Bewilligungsbehörde wacht gemäss Art. 12 FMedG darüber, dass die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung erfüllt bleiben und allfällige Auflagen eingehalten werden (Abs. 1); stellt sie schwere Verstösse gegen das Gesetz fest, entzieht sie die Bewilligung (Abs. 3). Gemäss Art. 3 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes (sGS 311.1, abgekürzt GesG) vollzieht das Gesundheitsdepartement die eidgenössischen, interkantonalen und kantonalen Erlasse, soweit kein anderes Organ zuständig ist.

3.3.2. Die Vorinstanz ist der Auffassung, der Beschwerdeführer könne die nach Art. 15 Abs. 1 FMedG erforderliche Einwilligung zur Konservierung der Eizellen im Rahmen der Eizellvorsorge aufgrund seiner irreführenden Informationen zum Angebot «Q.» nicht rechtsgültig erlangen. Die nach dem Fortpflanzungsmedizingesetz erforderliche Einwilligung betrifft einzig die Aufbewahrung der Keimzellen. Die Frau, welche ihre Eizellen durch den Beschwerdeführer aufbewahren lässt, wird darüber informiert, dass die Vertragsdauer und damit auch die Aufbewahrungsdauer auf fünf Jahre beschränkt sind. Sie wird auch auf die Möglichkeit hingewiesen, den Vertrag jederzeit aufzulösen und damit die Aufbewahrung der Eizellen umgehend zu beenden. Die Vorinstanz macht nicht geltend, der Beschwerdeführer informiere die betroffenen Frauen unzureichend oder irreführend über die Umstände der Aufbewahrung der Eizellen. Die nach Auffassung der Vorinstanz zu Unrecht geweckten Erwartungen beschlagen also nicht die Aufbewahrung, sondern die in Art. 15 FMedG nicht geregelte Gewinnung der Eizellen.

3.3.3. Insoweit sich der Beschwerdeführer gegen die vorinstanzliche Feststellung, seine Dienstleistung «Q.» verletze Art. 15 Abs. 1 FMedG, wendet, erweist sich die Beschwerde deshalb als begründet. Ob die Informationen, soweit sie den Zweck der vorangehenden medizinischen Behandlung, also die hormonelle Stimulation und die Entnahme von Eizellen betreffen, irreführend sind, ist nach den allgemeinen Regeln zur Ausübung der universitären Medizinalberufe zu beurteilen.

4. Die Vorinstanz kommt in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, das Angebot «Q.» verstosse gegen das Medizinalberufegesetz. Nach der Feststellung, dass die Dienstleistung in den Geltungsbereich des Medizinalberufegesetzes fällt (vgl. dazu nachfolgend E. 4.1.), ist zu klären, ob der Beschwerdeführer den sich daraus ergebenden Pflichten (vgl. dazu nachfolgend E. 4.2.) in ausreichendem Mass nachgekommen ist (vgl. dazu nachfolgend E. 4.3.).

4.1. Die Dienstleistung «Q.» bezweckt nicht die Überwindung einer bestehenden oder konkret drohenden gesundheitlichen Beeinträchtigung im Sinn einer Heilung. Vielmehr handelt es sich um eine medizinische Massnahme, der einzig Vorsorgecharakter zukommt, ohne dass konkrete Anhaltspunkte für eine Unfruchtbarkeit mit Krankheitswert vorliegen. Dieser Umstand ändert indessen nichts an der Anwendbarkeit des Medizinalberufegesetzes, welches im Interesse der öffentlichen Gesundheit in allgemeiner Weise die Qualität der Berufsausübung der Fachpersonen insbesondere im Bereich der Humanmedizin fördert (vgl. Art. 1 Abs. 1 MedBG).

4.2. Nach Auffassung der Vorinstanz können die Patientinnen in die vom Beschwerdeführer angebotene Behandlung nicht gültig einwilligen, weil er sie nicht ausreichend über die Auswirkungen der Anwendbarkeit des Fortpflanzungsmedizingesetzes auf die Verwendung der kryokonservierten Eizellen in einem späteren Fortpflanzungsverfahren aufkläre. Daraus leitet sie ab, das Angebot sei mit einer sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung im Sinn von Art. 40 Ingress und lit. a MedBG und die Information im Internet und im Anhang 2 zum Behandlungs-

vertrag mit einer objektiven, nicht irreführenden Werbung im Sinn von Art. 40 Ingress und lit. d MedBG nicht vereinbar. Indem die Vorinstanz davon ausgeht, den Patientinnen sei eine gültige Einwilligung in die mit dem Angebot «Q.» verbundene Behandlung mangels ausreichender Information nicht möglich, hat sie in erster Linie eine Verletzung von Art. 40 Ingress und lit. c MedBG, der zur Wahrung der Rechte der Patienten verpflichtet und einen Sondertatbestand zur Generalklausel von Art. 40 Ingress und lit. a MedBG regelt (vgl. M. Fellmann, in: Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont [Hrsg.], Medizinalberufegesetz, Kommentar, Basel 2009, N 51 zu Art. 40 MedBG), im Blick.

Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten leitet sich sein Anspruch auf Aufklärung ab. Sie soll den Patienten in die Lage versetzen, aus freiem Willen der vorgeschlagenen Behandlung zuzustimmen oder sie abzulehnen. Ohne Informationen kann der Patient keinen freien Willen bilden. Der Arzt muss ihm daher alle Informationen vermitteln, die für eine Abwägung zwischen dem möglichen Nutzen einer medizinischen Massnahme und den damit verbundenen Risiken erforderlich und für eine sachgerechte Meinungsbildung notwendig sind. Die Aufklärungspflicht des Arztes sichert demnach die Freiheit des Patienten, selbst über Eingriffe in seine körperliche und seelische Integrität zu entscheiden. Sie dient damit nicht nur dem Schutz der freien Willensbildung, sondern auch dem Schutz der körperlichen Integrität. In schweren Fällen stellt daher eine Verletzung der Aufklärungspflicht auch einen Verstoss gegen die Berufspflicht der Medizinalpersonen nach Art. 40 Ingress und lit. c MedBG dar (vgl. Fellmann, a. a. O., N101 zu Art. 40 MedBG).

Gemäss Art. 40 Ingress und lit. d MedBG machen Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbstständig ausüben, nur Werbung, die objektiv ist, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist. Die Werbung muss objektiv richtig, das heisst nicht täuschend, sondern wahr sein. Das Verbot der Täuschung wird durch das Verbot der Irreführung ergänzt. Täuschung und Irreführung unterscheiden sich nur hinsichtlich ihrer Intensität. Täuschung verletzt die Wahrheit, Irreführung die Klarheit. Letztlich geht es bei beiden Kriterien darum, die Entscheidungsfreiheit der Patienten nicht zu beeinträchtigen. Die Werbung soll nicht zu unzweckmässigem oder übermässigem «Konsum» medizinischer Massnahmen oder Produkte verleiten. Sie darf daher keine falschen Erwartungen wecken (vgl. Fellmann, a. a. O., N108 zu Art. 40 MedBG).

4.3. / 4.3.1. Nach Auffassung der Vorinstanz werden Frauen, welche die vom Beschwerdeführer mit der Dienstleistung «Q.» angebotene Eizellvorsorge beanspruchen wollen, nicht ausreichend über die gesetzlich vorgeschriebene und nur unter besonderen Umständen verlängerbare Aufbewahrungsfrist von fünf Jahren und über die Voraussetzungen für eine spätere Verwendung der Eizellen in der Schweiz aufgeklärt. Die Homepage erwecke den Eindruck, die im Rahmen des Angebots «Q.» konservierten Eizellen könnten ohne besondere Indikation, insbesondere auch im Fall einer Unfruchtbarkeit zufolge Eintritts der Wechseljahre für ein späteres medizinisches Fortpflanzungsverfahren genutzt werden.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Homepage und eine Broschüre enthielten ausführliche Informationen zum Angebot «Q.». Beispielhaft seien die Indikationen aufgezählt, die zum Rückgriff auf die konservierten Eizellen führen könnten. Die Frage, ob eine Konservierung von Eizellen im konkreten Fall eine sinnvolle Vorsorgemassnahme darstelle, werde vorgängig besprochen. Die Patientinnen würden umfassend über den Eingriff und die Verwendungsmöglichkeiten der Eizellen informiert. Die natürliche Altersschwelle werde respektiert. Unter anderem in der Rubrik «Häufig gestellte Fragen» werde auf die etwa beim 45. Lebensjahr liegende natürliche Altersgrenze für eine Schwangerschaft hingewiesen. Der Beschwerdeführer verpflichte sich, ethische und gesetzliche Vorgaben einzuhalten.

4.3.2. Das Angebot «Q.» zielt auf die langfristige Konservierung von Eizellen, welche im Zeitpunkt der Entstehung und des Erlasses des Fortpflanzungsmedizingesetzes noch keinen Eingang in die Praxis gefunden hatte (vgl. Botschaft, a. a. O., S. 263) und setzt die Unterzeichnung eines Vertrags voraus. In diesen Vertrag ist als Anhang 2 eine Informationsbroschüre integriert. Neben dem individuellen ärztlichen Beratungsgespräch ist sie für die Erwartungen, welche das Angebot weckt und damit für die Willensbildung der an der Behandlung interessierten Frau von massgebender Bedeutung.

Die Verwendung der Vergangenheitsform in der Beschreibung des Zwecks der Eizellvorsorge zusammen mit dem Begriff «Wechseljahre» – «Die Fruchtbarkeit hing bei Frauen bislang ungleich stärker vom Faktor Zeit ab als bei Männern. Stichwort Wechseljahre.» – und der Hinweis, die «theoretisch unbegrenzt lange» haltbaren Eizellen könnten zur «Überwindung von Unfruchtbarkeit» verwendet werden, sind geeignet, die Erwartung zu wecken, das Angebot ermögliche die spätere künstliche Herbeiführung einer Schwangerschaft auch während und nach den Wechseljahren. Eine solche Erwartungshaltung wird durch Ausführungen unterstützt, wonach Eizellen von Geburt an alternen, sodass das Risiko der stark altersabhängigen Unfruchtbarkeit ab dem 31. Lebensjahr signifikant steige und die Chancen auf ein Kind ab dem 38. Lebensjahr auch bei künstlicher Befruchtung rapide sinke und «Q.» «genau hier» ansetze und das Einlagern gesunder Eizellen helfe, deren natürlichen Alterungsprozess zu stoppen. Deshalb richte sich das Angebot an Frauen, die noch keinen Partner hätten und/oder sich erst in späteren Jahren ein Kind wünschten.

Andere Formulierungen im Behandlungsvertrag weisen darauf hin, dass die Herbeiführung einer Schwangerschaft mit Mitteln der Fortpflanzungsmedizin unter Verwendung der konservierten Eizellen nur auf der Basis des Fortpflanzungsmedizingesetzes ermöglicht werden soll. Gegenstand der Behandlung sei die Gewinnung von Eizellen, die zu einem späteren Zeitpunkt im Fall einer nicht anders zu behobenden späteren Unfruchtbarkeit oder der Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit für die Befruchtung mit Samen des Partners/Gatten zur Verfügung gestellt werden. Eine spätere Verwendung der tiefgefrorenen Eizellen komme infrage, wenn dereinst medizinisch unterstützte Fortpflanzungsmethoden zur Erfül-

lung des Kinderwunsches erforderlich werden sollten. Damit knüpfen die Informationen an die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung medizinischer Fortpflanzungsverfahren in der Schweiz an. Zudem wird – im Zusammenhang mit einer Verlängerung der fünfjährigen Vertrags- und Aufbewahrungsdauer um weitere fünf Jahre – auf Umstände verwiesen, die auch Art. 15 Abs. 2 FMedG im Blick hat (hohe, zu chronischer Schädigung der Eizellen führende Umweltbelastungen; Hochleistungssport; Behandlung von Erkrankungen, die Eierstöcke in Mitleidenschaft ziehen; genetische, autoimmune und familiäre Prädispositionen; durch Chemo- und/oder Strahlentherapie behandelte Krebserkrankungen). Alle diese Hinweise stehen allerdings der Erwartung, die konservierten Eizellen könnten auch bei einer altersbedingt reduzierten oder versiegten Fruchtbarkeit der Frau eingesetzt werden, nicht entgegen.

4.3.3. Die Erwartung, das Angebot «Q.» ermögliche eine Schwangerschaft weit nach Abschluss des Klimakteriums, wird einzig durch die Vertrags- und Konservierungsdauer von fünf Jahren begrenzt. Der Vertrag schliesst eine Verlängerung unter Einhaltung der im fraglichen Zeitpunkt geltenden gesetzlichen Regeln jedoch nicht ausdrücklich aus. Dies ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung von Art. 15 Abs. 1 FMedG vorsieht, dass die Aufbewahrungsdauer auf Antrag der Person, von welcher die Keimzellen stammen, um weitere fünf Jahre verlängert werden kann, ohne dass einer der besonderen in Art. 15 Abs. 2 FMedG genannten Gründe vorläge (vgl. Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich [Art. 119 BV] sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes [Präimplantationsdiagnostik], in: BBI 2013 S. 5853 ff., S. 5932).

Ob die Verfahren der Fortpflanzungsmedizin auch eingesetzt werden dürfen, um die natürlicherweise altersbedingt herabgesetzte oder versiegte Fruchtbarkeit der Frau zu überwinden, erscheint nicht restlos klar. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Ingress und lit. a FMedG darf ein Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden, wenn damit die Unfruchtbarkeit eines Paares überwunden werden soll und die anderen Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind. Die Fortpflanzungsverfahren dürfen nur subsidiär angewendet werden, wenn dies die einzige Möglichkeit darstellt, die Unfruchtbarkeit zu überwinden. Von Verfassungs wegen ausgeschlossen sind alleinstehende Personen ohne Partner und gleichgeschlechtliche Paare. Denn von Sterilität kann nur gesprochen werden, wenn trotz regelmässigen Geschlechtsverkehrs während einer bestimmten Dauer keine Schwangerschaft eintritt (vgl. Reusser/Schweizer, a. a. O., N 29 zu Art. 119 BV). Gemäss Art. 3 Abs. 2 Ingress und lit. b FMedG dürfen Fortpflanzungsverfahren nur bei Paaren angewendet werden, die aufgrund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können. Art. 4 FMedG verbietet die Eizellenspende. Dies schliesst aus, dass genetische und Geburtsmutter nicht identisch sind. Das Gesetz geht damit davon aus, dass die natürliche Begrenzung der Fruchtbarkeit durch die abgeschlossene Meno-

pause nicht auf dem Weg medizinisch unterstützter Fortpflanzungsverfahren aufgehoben werden soll (vgl. auch H. Simoni, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizin-gesetz, September 2012, S. 6).

Dass Wechseljahre nicht als eine Indikation der Infertilität gelten, ergibt sich nicht aus dem Text im Behandlungsvertrag. Jedoch geht deutlich aus dem Behand-lungsvertrag hervor, dass die späteren Fortpflanzungsverfahren dem Fortpflan-zungsmedizin-gesetz unterstellt sind. Daraus kann geschlossen werden, dass – un-abhängig des Vorgesprächs – der Beschwerdeführer die Patientin über die zulässige Verwendung der Eizellen informiert. Die Weiterentwicklungen in der Regelung der Fortpflanzungsmedizin zeigen zudem auf, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Behandlungsvertrags eine verbindliche Auskunft über weitere in der Zukunft gesetzlich zulässige Möglichkeiten der Verwendung der konservierten Eizellen nicht möglich ist. Weshalb das Selbstbestimmungsrecht der Patientin unter diesen Umständen verletzt sein soll, ist nicht ersichtlich.

4.3.4. Der Behandlungsvertrag mit der im Anhang 2 wiedergegebenen Informa-tionsbroschüre enthält einen ausreichenden Hinweis darauf, dass die konservierten Eizellen in der Schweiz in einem späteren Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung lediglich unter den Voraussetzungen des Fortpflanzungsmedizin-gesetzes verwendet werden dürfen. Damit erweist sich die Beschwerde auch inso-weit als begründet, als sie die Feststellung beanstandet, der Beschwerdeführer komme seinen Pflichten gemäss Art. 40 MedBG nicht nach.

Die Wahrscheinlichkeit, mit welcher eine Patientin innerhalb der gesetzlich zu-lässigen Frist der Aufbewahrung der Eizellen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung eines Verfahrens der medizinisch unterstützten Fortpflanzung er-füllt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls, wie insbesondere dem Alter sowie der Lebens- und Gesundheitssituation der Patientin ab. Die Aufklärung über diese – möglicherweise geringe – Wahrscheinlichkeit muss damit in erster Li-nie Gegenstand des ärztlichen Aufklärungsgesprächs sein, in welchem insbeson-dere auch die Gegebenheiten, welche sich auf die Beurteilung dieser Wahrschei-nlichkeit auswirken können, zu erheben sind. Dass diese individuelle Aufklärung vor-ab im Gespräch zwischen Patientin und Arzt erfolgt, schliesst indessen nicht aus, dass der Beschwerdeführer in der Informationsbroschüre und in der Internetwer-bung zum Dienstleistungsangebot «Q.» den Zusammenhang zwischen der Eizell-vorsorge und den jeweils aktuellen gesetzlichen Voraussetzungen für die in der Schweiz zulässige Anwendung eines Fortpflanzungsverfahrens gemäss Art. 5 Abs. 1 FMedG noch deutlicher herausstellt. Dies wäre möglich, indem beispiels-weise in Ziff. 6 im Zusammenhang mit der späteren Verwendung der Eizellen auf die – engen – gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen ein Fortpflanzungsver-fahren angewendet werden darf, hingewiesen wird.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 26. Februar 2013 ist aufzuheben. Es

ist festzustellen, dass die vom Beschwerdeführer mit der Dienstleistung «Q.» angebotene Kryokonservierung von Eizellen («social freezing») im Sinn der Erwägungen gesetzeskonform und darum zulässig ist.

10

Art. 19 Ziff. 2 BetmG (SR 812.121) Bei der Bestimmung des schweren Falls der Betäubungsmitteldelinquenz ist grundsätzlich nicht zwischen einzelnen Tathandlungen zu differenzieren, sondern es ist insbesondere die insgesamt umgesetzte Menge Betäubungsmittel massgebend (E. III.2.b).

Kantonsgericht, Strafkammer, 20. Februar 2013

Aus den Erwägungen:

III.

2. b) Ausgangspunkt für die Strafzumessung der mit Freiheitsstrafe zu bestrafenden Delikte sind die (schweren) Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Die Strafkammer stützt sich in langjähriger Praxis bei der Strafzumessung im Bereich der Betäubungsmitteldelinquenz auf das von Frei/Ranzoni (Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, in: AJP 11/95, 1439 ff.) entwickelte Modell. Die darin vorgesehenen Einsatzstrafen werden indessen nicht starr oder schematisch angewendet, sondern haben – in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Bger. 6B.1037/2009 E. 3.4) – bloss Richtlinienfunktion und dienen als Orientierungshilfe.

Das Modell von Frei/Ranzoni erlaubt es dem Gericht, das Verschulden des Täters unter Einbezug sämtlicher von ihm zu verantwortenden Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz umfassend und nachvollziehbar zu würdigen. Damit einher geht die Praxis, dass bei der Bestimmung des schweren Falls der Betäubungsmitteldelinquenz nach Art. 19 Ziff. 2 BetmG grundsätzlich nicht zwischen einzelnen Tathandlungen differenziert wird, sondern beispielweise die insgesamt umgesetzte Menge Betäubungsmittel massgebend ist; mehrere einzelne Verkaufshandlungen bilden zusammen die Grundlage für einen Schuldspruch wegen schwerer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (so auch das Bundesgericht in Bger. 6S.190/2000 E. 2.c). Die isolierte Betrachtung und rechtliche Bewertung einzelner Tathandlungen ist hingegen vor allem dann angezeigt, wenn zwischen ihnen ein beträchtlicher Zeitraum liegt und das deliktische Verhalten des Täters nicht als fortgesetzte Tätigkeit zu verstehen ist.

11

Art. 29 quinquies Abs. 3 Ingress und 50b Abs. 1 und 3 AHVV (SR 831.10); Art. 50b Abs. 1 und 3 AHVV (SR 831.101). Splitting (Einkommensteilung im Scheidungsfall). Die Ausgleichskasse setzte das Ende der Splittingperiode auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils fest. Der Beschwerdeführer argumentiert demgegenüber, es könne für die Splittingperiode nicht auf die zufällige und von der Überlastung der Gerichte abhängige Dauer des Scheidungsverfahrens ankommen. Letzteres habe in seinem Fall unverhältnismässig lange gedauert. Dies verletze die Verfahrensgarantien von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK auf eine gerichtliche Beurteilung innert angemessener Frist. Zudem trete mit der Trennung gemäss Art. 118 Abs. 1 ZGB von Gesetzes wegen Gütertrennung ein, weshalb die nach der Trennung erwirtschafteten AHV-Beiträge nicht mehr gesplittet werden dürften. Vielmehr sei für das Splittingende auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Trennung der Ehe, spätestens aber auf den Zeitpunkt der Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens abzustellen. Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen. So löst die gerichtliche Trennung die Ehe nicht auf; die Getrennten bleiben rechtsgültig verheiratet und es findet namentlich kein Vorsorgeausgleich statt (E. 2.1). Ebenso wenig wird die Ehe durch das gemeinsame Scheidungsbegehren aufgelöst, weshalb auch nicht auf diesen Zeitpunkt abzustellen ist. Die Scheidung wird (erst) mit Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils vollstreckbar und damit die Ehe im Sinn von Art. 29 quinquies Abs. 3 lit. c und Art. 50b Abs. 3 AHVV aufgelöst (E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 135 V 361 E. 5.1). Die behauptete überlange Dauer des Scheidungsverfahrens hätte mittels Rechtsverweigerungsbeschwerde angegangen werden müssen und kann nicht im Splittingverfahren korrigiert werden.

Versicherungsgericht, Oktober 2013

(AHV 2012/9; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

4. Arbeit und Gewerbe

12

Art. 3 Abs. 2 lit. c AVEG (SR 221.215.311) Gesamtarbeitsvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe. Der allgemeinverbindlich erklärte Art. 6.5 (seit 1. Januar 2013: Art. 6.6) des Gesamtarbeitsvertrages für das Maler- und Gipsergewerbe (aveGAV) ist dahin zu verstehen, dass Kontrollkosten nur separat geltend gemacht werden können, wenn und soweit sie die Konventionalstrafe übersteigen.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, Urteil 2013

Aus den Erwägungen:

8. Hinsichtlich der eingeklagten Kontrollkosten vertritt die Beklagte den Standpunkt, solche könnten nur dann separat auferlegt werden, wenn und soweit sie die Konventionalstrafe übersteigen.

Die Kläger stützen sich in diesem Zusammenhang auf Art. 6.5 aveGAV, wonach die Regionalen Paritätischen Berufskommissionen und die Zentrale Paritätische Berufskommission dann, wenn eine Kontrolle die Verletzung von gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtungen ergab, dem fehlbaren Arbeitgeber oder Arbeitnehmer «mit der Konventionalstrafe die angefallenen und ausgewiesenen Kontrollkosten ... auferlegen» können. Diese Formulierung scheint zwar auf den ersten Blick die separate Erhebung aller Kontrollkosten zuzulassen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich indes, dass die Bestimmung im Sinne der Beklagten auszulegen ist: So fragt es sich zunächst schon, warum Art. 6.5 aveGAV überhaupt Bezug auf die Konventionalstrafe nimmt und sich nicht – wie Art. 6.6 aveGAV zu den Verfahrenskosten – auf die Wendung beschränkt, dem fehlbaren Arbeitgeber oder Arbeitnehmer könnten die Kontrollkosten auferlegt werden. Es fällt weiter auf, dass in Art. 6.5 aveGAV nicht etwa davon die Rede ist, die Kontrollkosten könnten neben der oder zusätzlich zur Konventionalstrafe erhoben werden, was ohne Zweifel für die Auslegung der Kläger sprechen würde. Stattdessen wird statuiert, die Kontrollkosten könnten «mit» der Konventionalstrafe auferlegt werden, was eine Interpretation im Sinne der Kläger zwar nicht vollständig ausschliesst, aber doch eher für die Auslegung der Beklagten spricht, wonach die Kontrollkosten soweit möglich aus der Konventionalstrafe zu decken sind respektive Letztere in erster Linie zur Deckung der Kontrollkosten heranzuziehen ist. Dies entspricht auch dem Umstand, dass Art. 6.5 aveGAV allgemeinverbindlich erklärt wurde und – wie die Beklagte zu Recht geltend macht – Art. 3 Abs. 2 AVEG unter anderem statuiert, dass «Bestimmungen über Kontrollen, Kauttionen und Konventionalstrafen» nur dann allgemeinverbindlich erklärt werden dürfen, «wenn die Konventionalstrafen zur Deckung der Kontrollkosten bestimmt sind und allfällige Überschüsse in angemessener Weise, vor al-

lem zugunsten allgemeiner Zwecke des betreffenden Wirtschaftszweigs oder Berufs, verwendet werden» (lit. c). Art. 6.5 aveGAV ist daher in Übereinstimmung mit der Beklagten dahin zu verstehen, dass Kontrollkosten nur separat geltend gemacht werden können, wenn und soweit sie die Konventionalstrafe übersteigen. Hier sind die eingeklagten Kontrollkosten von der Konventionalstrafe abgedeckt, weshalb sie den Klägern weder ganz noch teilweise separat zuzusprechen sind.

5. Umweltschutz

13

Art. 7 Abs. 6, Art. 60 Abs. 1 lit. m und Art. 61 Abs. 1 lit. g USG (SR 814.01); Art. 3 Abs. 5 TVA (SR 814.60) Grüngut kann Abfall im subjektiven Sinn gemäss dem Umweltschutzgesetz darstellen (E. III./3). Begriff der Deponie im Sinne der Umweltschutzbestimmungen. Im zu beurteilenden Fall lag keine Deponie vor (E. III./4a – c). Lassen Gemeindevertreter Grünzeugabfälle ausserhalb von bewilligten Deponien ablagern, ist das Vorliegen einer Übertretung des Umweltschutzgesetzes gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. g USG zu prüfen (Tatbestandsmässigkeit im konkreten Fall gegeben; E. III./4 und 5).

Kantonsgericht, Strafkammer, Februar 2013

Die Staatsanwaltschaft wirft X vor, er habe während seiner Amtszeit als Gemeindepräsident von A nachweislich im Zeitraum zwischen Mai 2007 bis Ende September 2010 auf dem Grundstück G in A eine nicht bewilligte Deponie zur Ablagerung von Grünzeugabfällen betrieben. Die Gemeinde A sei durch das Amt für Umwelt und Energie erstmals aktenkundig am 6. Mai 2007 per E-Mail auf die illegale Deponie hingewiesen worden. In der Folge sei die Gemeinde A mehrfach aufgefordert worden, die Schliessung der Deponie vorzunehmen. Am 14. August 2008 sei es zwischen der Gemeinde A und dem Amt für Umwelt und Energie zu einer stillschweigenden Vereinbarung gekommen, wonach das Grünzeug bis zur Inbetriebnahme der geplanten neuen Gemeindeanlage – voraussichtliche Erstellungsdauer zwei bis drei Jahre – weiter an besagter Örtlichkeit abgelagert werden könne. Da das Projekt für die geplante Gemeindeanlage durch die Stimmbürger abgelehnt worden sei, habe das Amt für Umwelt und Energie in der Folge mehrfach mit dem Hinweis interveniert, dass es sich um eine illegale Deponie handle. Trotzdem habe der Gemeindepräsident X an der Ablagerung auf dem erwähnten Grundstück

festgehalten und die Schliessung bzw. Einstellung der Deponie wiederholt hinausgezögert, bis schliesslich die Leitung des Amtes für Umwelt und Energie die Gemeinde A mit Schreiben vom 29. April 2010 auf ihre Wahrnehmung der Vorbildfunktion seitens der öffentlichen Hand und die gesetzeskonforme Entsorgung des anfallenden Grünguts aufmerksam gemacht habe.

Die Vorinstanz sprach X des Vergehens gegen das Bundesgesetz über den Umweltschutz schuldig. Die Strafkammer hob diesen Schuldspruch auf und erklärte X stattdessen der mehrfachen Übertretung des Umweltschutzgesetzes schuldig.

Aus den Erwägungen:

III.

1. X war in den Jahren 2000 bis 2011 Gemeindepräsident von A. Er bestreitet nicht, dass während seiner Amtszeit als Gemeindepräsident durch die Gemeinde A auf ihrem Grundstück G Grüngut abgelagert wurde. Angeklagt ist der Zeitraum von Mai 2007 bis Ende September 2010.

2. a) Der Verteidiger von X bringt zunächst in Bezug auf die Täterschaft vor, dass für materielle Beschlüsse einzig der Gemeinderat zuständig sei. Laut Gemeindegesetz sei der Rat das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan. Er fasse und vertrete seine Beschlüsse als Kollegium. Zwar sei es richtig, dass X als damaliger Gemeindepräsident seit Herbst 2007 von der Grüngutablagerung durch Gemeindeangestellte und der Reaktion des Amtes für Umwelt und Energie gewusst habe. Entsprechend der Rechtslage habe X den Gemeinderat über die laufenden Geschäfte und auch über die Grüngutablagerung informiert. Dieser habe diese Informationen jeweils zustimmend zur Kenntnis genommen. Wäre der Gemeinderat anderer Meinung gewesen, hätte er sich auch gegen den Gemeindepräsidenten stellen und die Einstellung der Grüngutablagerung beschliessen können. Vor diesem Hintergrund sei es nicht zulässig – wie es die Vorinstanz getan habe –, ausschliesslich X zur Verantwortung zu ziehen. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben.

b) Dieser Einwand ist unbehelflich. Nach den Grundsätzen der Mittäterschaft ist X ohne Weiteres selbstständig zur Verantwortung zu ziehen, selbst wenn die anderen Mitglieder des Gemeinderates nichts gegen die Grüngutablagerung unternommen haben bzw. diese gar veranlasst haben sollten. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist Mittäter, «wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit andern Tätern zusammenwirkt, sodass er als Hauptbeteiligter dasteht» (Trechsel/Jean-Richard, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, vor Art. 24 N12 mit Rechtsprechungshinweisen). Erforderlich ist Tatherrschaft, nicht aber eine physische Mitwirkung bei der Ausführung selbst (Trechsel/Jean-Richard, a. a. O., vor Art. 24 N12, 17). X machte zu keinem Zeitpunkt geltend, gegen die Grüngutablagerung gewesen zu sein oder etwa dafür gesorgt zu haben, dass ein fehlendes Einverständnis seinerseits im Gemeinderatsprotokoll festgehalten wird. Vielmehr stand er selbst

ausdrücklich hinter der Ablagerung von Grüngut auf dem Grundstück G und unterstützte diese in seiner Funktion als Gemeindepräsident unbestrittenermassen massgeblich. Dementsprechend gab der damalige Bauverwalter der Gemeinde A gegenüber der Staatsanwaltschaft zu Protokoll, dass X trotz mehrmaliger Intervention des Baudepartements klar geäussert habe, dass an der Deponie festgehalten werde. Unter der Federführung von X wurde denn auch im September 2010 gemäss seinen eigenen Angaben der Beschluss gefällt, nun keine Ablagerungen mehr vorzunehmen. Bei dieser Sachlage kann somit die grundsätzliche Täterschaft bzw. Verantwortlichkeit von X mit dem genannten Vorbringen der Verteidigung nicht infrage gestellt werden.

(...)

3. a) Weiter ist der Verteidiger der Ansicht, dass Grüngut kein Abfall im Sinne des Umweltschutzgesetzes ist, weder im objektiven noch im subjektiven Sinn. Falsch sei die Einstufung durch die Vorinstanz, wonach Abfall im subjektiven Sinn vorliege, weil die Gemeinde A das Grüngut auf öffentlichen Grund verbracht und dort sich selber überlassen habe.

b) Gemäss Art. 7 Abs. 6 USG sind Abfälle bewegliche Sachen, deren sich der Inhaber entledigt oder deren Entsorgung im öffentlichen Interesse geboten ist. Die Entsorgung der Abfälle umfasst ihre Verwertung oder Ablagerung sowie die Vorstufen Sammlung, Beförderung, Zwischenlagerung und Behandlung (Art. 7 Abs. 6bis USG). Abfall im objektiven Sinn ist eine bewegliche Sache, wenn ihre geordnete Entsorgung im öffentlichen Interesse ohne Weiteres geboten ist. Ein solches Entsorgungsinteresse ist gegeben, wenn (kumulativ) die Sache nicht mehr bestimmungsgemäss verwendet wird, sie in ihrem aktuellen Zustand die Umwelt konkret gefährdet oder in Zukunft konkret gefährden kann und diese Gefährdung sich nicht anders als durch geordnete Entsorgung beheben lässt. Abfall im subjektiven Sinn ist eine bewegliche Sache, wenn ihre Entsorgung im öffentlichen Interesse nur darum geboten ist, weil sich der Inhaber ihrer entledigt hat. Das Entsorgungsinteresse entsteht erst mit der Entledigung. Entledigung bedeutet (kumulativ) die Aufgabe der Sachherrschaft unter Verzicht auf jede weitere Zweckwidmung der Sache. Dabei muss sich die Aufgabe der Sachherrschaft in einer Entledigungshandlung offenbaren, d. h. in einem äusserlich wahrnehmbaren Tun oder Unterlassen, das von einem beliebigen Dritten nach den Umständen und den Verkehrsanschauungen als dauerhafte Auflösung des Herrschaftsverhältnisses durch den Inhaber der Sache verstanden werden darf. Ein die Handlung tragender Entledigungswille ist zwar auch vorausgesetzt, genügt aber für sich allein genommen nicht, um die Abfalleigenschaft einer Sache zu begründen. Kein Herrschaftsverzicht liegt vor, solange der Inhaber die nicht mehr verwendete Sache in seinem eigenen Herrschaftsbereich zurückbehält (Brunner/Tschannen, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., N 35 – 37 zu Vorbemerkungen zu Art. 30–32e).

c) Vorliegend ist entgegen der Auffassung der Verteidigung jedenfalls von Abfall im subjektiven Sinn auszugehen. Bei Grüngut handelt es sich zunächst um eine be-

wegliche Sache, welche Abfall darstellen kann bzw. grundsätzlich von der Bestimmung von Art. 7 Abs. 6 USG erfasst wird. So können etwa auch ein Staubsauger (vgl. Bger. 6S. 289/2004 E. 3) oder unverschmutzter Aushub (vgl. BGE 120 Ib 400 E. 3d) Abfall sein. Entscheidend ist dabei der (endgültige) Herrschaftsverzicht bzw. das Entsorgungsinteresse (BGE 120 Ib 400 E. 3d), welches sich ausserdem in einer Entledigungshandlung manifestieren muss. Im konkreten Fall sagte der damalige Bauverwalter der Gemeinde A anlässlich seiner Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft vom 10. Oktober 2011 aus, dass das Grundstück G ursprünglich eine Kehrichtdeponie gewesen sei. Sie, d. h. er, der Förster und der Gemeindepräsident, hätten damals einen Platz für die Grüngutablagerung gesucht. Der Förster habe jedoch an der schliesslich vorgenommenen Ablagerung nicht immer Freude gehabt. X selbst gab am 21. Oktober 2011 bei seiner Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft zu Protokoll, dass auf dem Grundstück G Grüngut (Äste, Laub) und auch Strassenwisch abgelagert worden sei. Letzteres spricht gerade gegen die von X vorgebrachte Version einer Rekultivierung. Später sei dann nur noch Grüngut abgelagert worden und es sei seitens der Gemeinde geplant gewesen, eine versenkbare Grüngutmulde zu erstellen. Auch erklärte er auf die Frage, weshalb z. B. keine Mulden für Grüngut auf dem Gemeindegebiet bereitgestellt worden seien, dass die «Deponie G . . . einfach eine ideale Lösung» gewesen sei. Diese Ausführungen zeigen deutlich, dass beabsichtigt war, das Grüngut endgültig zu entsorgen bzw. sich selbst zu überlassen, zumal dessen (unkontrollierte) Aufschüttung ein erhebliches Ausmass annahm. Unter diesen Umständen lag bezüglich des Grünguts ein endgültiger Herrschaftsverzicht vor, der sich zudem in einer Entledigungshandlung (Ablagerung auf einer Waldparzelle) manifestierte. Bei dieser konkreten Sachlage ist auch unerheblich, ob das Grundstück G (allgemein zugänglicher) öffentlicher Grund ist oder ob dies – wie der Verteidiger vortrug – nicht der Fall ist («eigenes Grundstück der Gemeinde»). Im Ergebnis handelte es sich aus den dargelegten Gründen beim Grüngut um Abfall im subjektiven Sinn gemäss Umweltschutzgesetz.

4. a) Der Verteidiger macht in rechtlicher Hinsicht geltend, dass keine Deponie vorgelegen habe, weshalb der Schuldspruch aufzuheben sei.

b) Nach Art. 60 Abs. 1 lit. m USG macht sich schuldig, wer vorsätzlich eine Deponie ohne Bewilligung errichtet oder betreibt. Gemäss Art. 30e Abs. 2 USG braucht derjenige, der eine Deponie errichten oder betreiben will, eine Bewilligung des Kantons. Laut Art. 3 Abs. 5 der Technischen Verordnung über Abfälle (TVA; SR 814.600) sind Deponien Abfallanlagen, in denen Abfälle endgültig und kontrolliert abgelagert werden. Unter Deponie versteht das Gesetz eine künstlich angelegte und planmässig bewirtschaftete Ansammlung abgelagerter Abfälle. Der Begriff bezeichnet einen Zustand. «Deponie» ist das Ergebnis wiederholter und organisierter, mit baulichen Vorkehrungen einhergehender Ablagerungshandlungen an einem bestimmten Ort (Tschannen, a. a. O., N10 zu Art. 30e). Laut Art. 22 Abs. 1 TVA dürfen die Kantone Bewilligungen nur für folgende Deponietypen erteilen: Inertstoff-

Reststoff- und Reaktordeponien, wobei sich der Deponietyp aus den zur Ablagerung vorgesehenen Abfällen ergibt (Art. 22 Abs. 2 TVA).

Bestraft wird auch, wer vorsätzlich Abfälle ausserhalb von bewilligten Deponien ablagert (Art. 61 Abs. 1 lit. g USG). Denn Abfälle dürfen nur auf Deponien abgelagert werden (Art. 30e Abs. 1 USG).

Das entscheidende Merkmal einer Deponie liegt darin, dass sie einen Betreiber hat, der faktisch darüber entscheidet, wer welche Abfälle an dem Ort ablagern darf und wer nicht. Der Betreiber einer Deponie kontrolliert also die Örtlichkeit, wo Abfälle abgelagert werden, und wird deshalb härter ins Recht gefasst als diejenige Person, die Abfälle ausserhalb einer bewilligten Deponie ablagert, ohne die Örtlichkeit zu kontrollieren und sich deswegen bloss einer Übertretung schuldig macht (GVP 2009 Nr. 25 S. 44).

c) aa) Die Vorinstanz erkannte auf eine nicht bewilligte Deponie im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. m USG. Die Gemeinde habe über Jahre und in grösserem Umfang auf dem Grundstück G ihr Grüngut endgültig abgelagert. Dabei sei sie als Betreiberin aufgetreten, indem sie mittels baulicher Vorkehrungen wie Abschränkungen und verengten Wegen dafür gesorgt habe, dass keine Privatpersonen ihr Grüngut oder sonstigen Abfall dort ablagern. Grüngut sei nicht zur Ablagerung auf einer Deponie zugelassen. Eine nicht bewilligte Deponie liege dann vor, wenn ihre Grunddefinition erfüllt sei, was vorliegend gegeben sei.

bb) Im konkreten Fall wurde die Zufahrt zum abgelagerten Grünzeug auf dem Grundstück G gemäss den Angaben des damaligen Bauverwalters der Gemeinde A so gelegt, dass jene nur mit den schmalen Fahrzeugen des Bauamtes befahren werden konnte. Ausserdem sei ein Lattenverschlag zwischen den Bäumen erstellt worden. Damit sollte verhindert werden, dass auch Dritt- bzw. Privatpersonen Ablagerungen (Entsorgungen) vornehmen. Auch X erklärte, dass Absperrungen und ein schmaler Weg gemacht worden seien. Dennoch kann vorliegend nicht von einer (nicht bewilligten) Deponie im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. m USG ausgegangen werden. Denn eine Deponie setzt bauliche Vorkehrungen im Sinne einer Anlage voraus (vgl. Art. 3 Abs. 5 TVA [«Abfallanlagen»] und Tschannen, a. a. O., N10 zu Art. 30e), was bei einer einfachen und rudimentären Zugangsbeschränkung noch nicht der Fall ist. Im Weiteren fehlte es auch an einer «kontrollierten» Ablagerung (Art. 3 Abs. 5 TVA) bzw. an einer «kontrollierten Örtlichkeit» im Sinne des Vergehenstatbestands von Art. 60 Abs. 1 lit. m USG. Diese erfordert, dass der Betreiber einer Deponie die Ablagerung von Abfällen ganz unterbinden kann (vgl. GVP 2009 Nr. 25 S. 44). Daran mangelte es im zu beurteilenden Fall. Dies zeigt sich gerade daran, dass Ablagerungen durch Drittpersonen offenbar immer wieder vorkamen bzw. nicht verhindert werden konnten. Die im Recht liegende Fotodokumentation vermittelt denn auch den Eindruck einer unkontrollierten, ungeordneten bzw. wahllosen Ablagerung von Grüngut. Ansammlungen planlos im öffentlichen Raum zurückgelassener Abfälle machen jedoch noch keine Deponie im Sinne des Umweltschutzgesetzes aus, sondern stellen sog. «wilde» Deponien, d. h. Ablagerungen

ausserhalb bewilligter Deponien, dar (vgl. Tschannen, a. a. O., N10 zu Art. 30e und BGE 120 IV 78 E. 3a). Damit lag im konkreten Fall – anders als es die Vorinstanz annahm – in objektiver Hinsicht eine Ablagerung von Abfällen (Grüngut) ausserhalb von bewilligten Deponien vor (Art. 61 Abs. 1 lit. g USG).

d) aa) In subjektiver Hinsicht ist zu prüfen, ob X vorsätzlich gehandelt hat (Art. 61 Abs. 1 USG). Vorsätzlich handelt, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt oder die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB).

bb) Es wurde bereits dargelegt, dass X selbst hinter der Ablagerung von Grüngut auf dem Grundstück G stand und diese in seiner Funktion als Gemeindepräsident trotz Intervention des Baudepartements massgeblich unterstützte. Insbesondere lag auch kein Rechts-/Verbotsirrtum vor. Dies wäre nur der Fall, wenn der Täter meint, (überhaupt) kein Unrecht zu tun (Treichsel/Jean-Richard, a. a. O., Art. 21 N4 mit Hinweisen). So verhielt es sich vorliegend gerade nicht, wurden doch die Gemeinde A und mithin auch X vom Amt für Umwelt und Energie mehrmals – namentlich auch nach der Ablehnung der geplanten Gemeindeanlage durch die Stimmbürger und zuletzt im Schreiben vom 29. April 2010 – auf die Illegalität der Ablagerung des Grünguts hingewiesen. An der Berufungsverhandlung räumte X im Übrigen ausdrücklich ein, der damalige Bauverwalter der Gemeinde A habe ihm mitgeteilt, «dass es illegal sei». Er handelte zweifellos mit Wissen und Willen und folglich vorsätzlich. Daran ändert der Umstand, dass das Amt für Umwelt und Energie kein förmliches Verbot aussprach, nichts.

5. Somit ist der Tatbestand von Art. 61 Abs. 1 lit. g USG in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt. Da unbestrittenermassen mehrmals Grüngut auf dem Grundstück G abgelagert bzw. das Gebaren erst im September 2010 nach einem Beschluss mit entsprechender Orientierung des Gemeinderates eingestellt wurde, lag eine mehrfache Tatbegehung vor. Im Ergebnis ist X wegen mehrfacher Übertretung des Umweltschutzgesetzes schuldig zu sprechen. Zu berücksichtigen ist, dass Übertretungen in drei Jahren verjähren (Art. 333 Abs. 1 i. V. m. Art. 109 StGB). Daher ergeht der Schuldspruch für die Zeit vom 20. Juli 2009 (drei Jahre vor Fällung des erstinstanzlichen Entscheids am 19. Juli 2012; vgl. Art. 104 i. V. m. Art. 97 Abs. 3 StGB und BGE 135 IV 196 sowie Trechsel/Capus, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 97 N11) bis Ende September 2010 (Ende des angeklagten Zeitraums).

6. Strassenverkehr

14

Art. 90 Ziff. 1 und 2 SVG (SR 741.01) Der Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung erfordert subjektiv ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrsregelwidriges Verhalten, d. h. ein schweres Verschulden (Voraussetzungen vorliegend verneint). Fahrer von VIP-Fahrzeugen ohne Streckensicherungsfunktionen an einem bewilligten Radrennen, die eine Verkehrsregelverletzung begehen, können sich unter Umständen auf einen (übergesetzlichen) Rechtfertigungsgrund berufen (E. II./3).

Kantonsgericht, Strafkammer, August 2013

X wird vorgeworfen, am 16. Juni 2012 um 14.16 Uhr auf der Stossstrasse in Altstätten, Fahrtrichtung Zentrum, die allgemeine Höchstgeschwindigkeit innerorts mit einem Personenwagen um rechtlich relevante 40 km/h (90 km/h statt 50 km/h) überschritten zu haben. X sei anlässlich der «Tour de Suisse» mit einem neutralen Begleitfahrzeug unterwegs gewesen. Im Auto hätten sich VIP-Gäste befunden. Somit sei X für keine Streckensicherungsaufgaben zuständig gewesen. Gemäss der Bewilligung für Radrennen der Kantonspolizei St. Gallen vom 15. Februar 2012 seien die Verkehrsregeln strikte einzuhalten.

Die Vorinstanz sprach X vom Vorwurf der (groben) Verkehrsregelverletzung frei. Gegen diesen Entscheid erklärte die Staatsanwaltschaft Berufung. Die Strafkammer bestätigte den Entscheid des Einzelrichters des Kreisgerichts.

Aus den Erwägungen:

II.

1. Wer Verkehrsregeln des Strassenverkehrsgesetzes oder der Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt, wird nach aArt. 90 Ziff. 1 SVG mit Busse bestraft. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt (aArt. 90 Ziff. 2 SVG). Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach diesem oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist (Art. 14 StGB).

2. In tatsächlicher Hinsicht ist nicht bestritten und von X zugestanden, dass er am 16. Juni 2012 um 14.16 Uhr auf der Stossstrasse in Altstätten, Fahrtrichtung Zentrum, mit einem Begleitfahrzeug der «Tour de Suisse», einem Personenwagen, die zulässige Höchstgeschwindigkeit innerorts um rechtlich relevante 40 km/h (90 km/h statt 50 km/h) überschritten hat. Auch steht fest, dass es sich beim Begleitfahrzeug um ein solches mit VIP-Gästen handelte. X war VIP-Gästefahrer für die Y-Versicherung. Er räumte weiter ein, dass er speziell mit der Sicherheit nichts zu tun

gehabt habe. Sie seien einzig angehalten worden, wegen allfälliger Zuschauer auf der Fahrbahn vor der Kurve zu hupen. X befand sich im Zeitpunkt der zur Diskussion stehenden Geschwindigkeitsüberschreitung unbestrittenermassen innerhalb der Rennstrecke.

3. a) aa) X hat durch sein Verhalten den Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung objektiv erfüllt. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

bb) Der Einzelrichter des Kreisgerichts sah auch den subjektiven Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung als erfüllt an. Dies trifft jedoch nicht zu. Subjektiv erfordert der Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrsregelwidriges Verhalten, d.h. ein schweres Verschulden (Bger. 6S. 111/2004 E. 2). Dieses ist bei Vorsatz, einschliesslich Eventualvorsatz, oder bei grober Fahrlässigkeit gegeben (Weissenberger, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Zürich/St.Gallen 2011, Art. 90 SVG N 49 mit Hinweisen). Gemäss Praxis muss die Annahme der subjektiven Rücksichtslosigkeit nach aArt. 90 Ziff. 2 SVG streng gehandhabt werden. Soll das Schuldprinzip auch im Strassenverkehrsstrafrecht ernst genommen werden, darf insbesondere nicht unbesehen von der objektiven auf die subjektiv schwere Verkehrsregelverletzung geschlossen werden (Bger. 6B_109/2008 E. 3.1).

Im konkreten Fall kann dem vor der Spitzengruppe fahrenden X nicht – wie dies der Tatbestand subjektiv voraussetzt – ein rücksichtsloses bzw. grob fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden, indem er beim Überholmanöver die zulässige Höchstgeschwindigkeit innerhalb der Rennstrecke um 40 km/h überschritt. Denn ist es notorisch, dass bei einem Radrennen wie der «Tour de Suisse» die allgemeine Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h von den Teilnehmern (Rennfahrer, Begleitfahrzeuge) auf vielen Teilstrecken nicht eingehalten wird (z. B. wegen Talfahrten, Überholmanövern etc.), zumal Radrennfahrer Geschwindigkeiten von über 90 km/h erreichen können. Entsprechend sind solche Rennen für den öffentlichen Strassenverkehr gesperrt, müssen die nötigen Sicherheitsmassnahmen getroffen werden (Art. 52 Abs. 3 lit. c SVG) und können diesfalls Ausnahmen von den Verkehrsvorschriften durch die kantonale Behörde gestattet werden (Art. 52 Abs. 4 SVG). Unter diesen Umständen liegt keine grobe, sondern eine (einfache) Verkehrsregelverletzung nach aArt. 90 Ziff. 1 SVG vor.

b) X hielt sich in einem Begleitfahrzeug auf der Rennstrecke der «Tour de Suisse» auf. In einem Entscheid vom 27. Februar 1987 hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Verhalten eines Motorradfahrers, der als offizieller Begleiter für die Sicherheit der Teilnehmer eines Radrennens zu sorgen hat und dabei namentlich die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreitet, nicht rechtswidrig ist, soweit es zur Erfüllung des Auftrages geboten ist (BGE 113 IV 4 = Pra 76 [1987] Nr. 107). Denn im damals zu beurteilenden Fall enthielt die Genehmigung des Waadtländischen Automobil-Dienstes einerseits allgemeine Bedingungen, wonach die Begleitfahrzeuge die Verkehrsregeln zu beachten hatten. Andererseits hatten aber die Organisatoren die

gesamte Verantwortung für das Rennen zu tragen und mussten alle notwendigen Sicherheitsvorkehrungen treffen. Diese beiden Weisungen waren – so das Bundesgericht – unvereinbar. Das höchste Gericht erkannte im Verhalten des Beschwerdeführers, welcher Verkehrsbestimmungen missachtete, einen (übergesetzlichen) Rechtfertigungsgrund bzw. ging von einer Pflichtenkollision aus (vgl. Pra 76 [1987] Nr. 107 E. 3). Das Vorliegen eines übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes anerkennt die Rechtsprechung dann, wenn der Täter zur Wahrung berechtigter Interessen die zum Erreichen seines Zieles notwendigen und diesem Ziele angemessenen Mittel angewandt hat, wenn ferner die (sonst unerlaubte) Handlung den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht (Pra 76 [1987] Nr. 107 E. 3 mit vielen Hinweisen; auch Trechsel/Geth, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 14 N 10 ff. mit Hinweisen).

c) Konkret hatte X nicht für die Sicherheit der Rennteilnehmer zu sorgen, sondern war mit VIP-Gästen unterwegs. Er war zu diesem Zweck zum Rennen zugelassen, was im Strafverfahren unbestritten blieb. Wohl waren die VIP-Fahrzeuge – wie die Leitende Staatsanwältin an Schranken des Berufungsgerichts richtig vortrug – für die (sichere) Durchführung des Radrennens grundsätzlich nicht notwendig (so auch X). Es ist jedoch davon auszugehen, dass alle Fahrzeuge, die sich mit dem Einverständnis der Rennleitung bzw. der zuständigen Bewilligungsbehörde auf der Rennstrecke aufhalten, bezüglich der Einhaltung der Verkehrsregeln gleichgestellt sind und gleichgestellt sein müssen. Denn alle am Rennen teilnehmenden Fahrzeuge müssen – soweit geboten und mit der nötigen Vorsicht – die Verkehrsregeln verletzen dürfen, weil sich andernfalls ein (bewilligtes) Radrennen gar nicht durchführen liesse. Nicht zuletzt unter dem Aspekt eines sicheren Rennverlaufs kann die Missachtung von Verkehrsregeln gerechtfertigt sein, zumal sich die Radrennfahrer selbst nicht an Geschwindigkeitsbeschränkungen halten. Daher macht eine Vorschrift wie vorliegend, wonach die Verkehrsregeln strikte einzuhalten sind (vgl. die Bewilligung für Radrennen der Kantonspolizei St.Gallen vom 15. Februar 2012), keinen Sinn. Sind sodann VIP-Fahrzeuge zugelassen und auf der Rennstrecke, wäre eine jederzeitige Vermeidung der Behinderung und Gefährdung der anderen Rennteilnehmer schlicht nicht möglich, wenn sie sich stets strikte an die Einhaltung der Verkehrsregeln zu halten hätten. Dies führt zum Schluss, dass sie diesbezüglich konsequenterweise den anderen Fahrzeugen bzw. Teilnehmern des Rennens gleichzustellen sind. Die Staatsanwaltschaft geht somit fehl, wenn sie vorbringt, dass sich ein im besonderen Rahmen eines in sich abgegrenzten Radrennens zugelassener VIP-Fahrer ohne Sicherheits-/Streckensicherungsfunktion in jedem Fall an die geltenden Verkehrsregeln zu halten hat.

d) Vorliegend hat X zwar eine Verkehrsregelverletzung begangen. Er kann sich aber auf einen (übergesetzlichen) Rechtfertigungsgrund stützen. Denn X wurde vom Sicherheitsleiter und für die Streckensicherung verantwortlichen Z angewiesen – da sie nur drei Minuten vor der Spitze gefahren seien –, den Tross möglichst

rasch zu überholen und nach vorne wegzufahren (Aussage Z). Dessen Anweisungen hatten die VIP-Fahrer Folge zu leisten (Aussage Z). Z gab weiter zu Protokoll, dass die VIP-Gästefahrer innerhalb der Rennstrecke teilweise schneller fahren dürfen. Dies sei nötig, damit sie den Radrennfahrern folgen könnten. Auch seien sie angehalten, zivile, nicht zur Tour gehörige Fahrzeuge nicht zurechtzuweisen, sondern sich möglichst rasch nach vorne zu bewegen, damit sich ein möglichst grosser Abstand zur Spitze ergebe. Darüber hinaus hat X glaubhaft dargelegt, dass die ihm vorgeworfene Geschwindigkeitsüberschreitung vom Ablauf des Rennens her in der konkreten Situation geboten war. So gab er an Schranken des Berufungsgerichts an, dass es – bevor er eingangs Altstätten mit mehr als 90 km/h gefahren sei – eine relativ steile Abfahrt gewesen sei. Die Spitzengruppe der Radfahrer sei 70, 75 km/h gefahren. Da ausserdem davor ein ziviles Fahrzeug auf die Strecke eingebogen sei, das für die Rennsituation zu langsam gefahren sei, habe er Gas gegeben und sich für das Überholen entschieden. Er sei so schnell gefahren, weil er überholt habe und den Vorsprung (zur Spitzengruppe) halten müssen. Die Situation habe damals nichts anderes zugelassen. Es wäre nicht gegangen, hinter dem langsam fahrenden Auto zu fahren. Denn wenn dahinter die Spitzengruppe komme, werde es gefährlich. Auch habe er Z, welcher im Zeitpunkt seiner Geschwindigkeitsüberschreitung vielleicht eine Minute oder auch nur 30 Sekunden hinter ihm gewesen sei, nicht in die Quere kommen dürfen. Dessen Standpunkt sei wichtig gewesen. Z gab dazu an, dass es sicher in seinem Sinne gewesen sei, dass X das rote zivile Fahrzeug habe überholen wollen. Es wäre eine Gefahr gewesen, wenn eines oder mehrere VIP-Fahrzeuge hinter einem langsam fahrenden zivilen Auto gefahren wären. X, welcher stets Abstand zu den Radrennfahrern halten musste, sah sich somit insbesondere durch diese sowie plötzlich auftretende Umstände (zu langsam fahrendes ziviles Fahrzeug) gezwungen, die zulässige Innerorts-Höchstgeschwindigkeit zu überschreiten. Seine Fahrweise nach der von Z erhaltenen Anweisung war offensichtlich eine Folge von Sicherheitsüberlegungen. Dieses Verhalten aus Gründen der Sicherheit wog eindeutig schwerer als die Missachtung der Verkehrsbestimmung. Beiden Vorgaben zugleich (Befolgung der Anweisungen der Sicherheitsleitung bzw. Gewährleistung der Sicherheit der Radrennfahrer und Einhaltung der Verkehrsregeln) konnte X nicht nachkommen. Daran ändert nichts, dass er bei einem Zeitvorsprung von drei bis fünf Minuten auf die Spitzengruppe laut der Leitenden Staatsanwältin (Ausführungen an Schranken des Berufungsgerichts) möglicherweise mit 50 km/h hätte fahren können und sich mindestens 100 Meter hinter ihm keine Verkehrsteilnehmer befanden (Vorhalt gemäss Strafbefehl). Auch dann wäre er früher oder später von der Spitzengruppe eingeholt worden. Zudem musste er im damaligen Zeitpunkt sekundenschnell entscheiden und diente das der Geschwindigkeitsüberschreitung vorangegangene rasche Überholen, was X im Übrigen an einer dafür geeigneten Stelle tat (vgl. Radarfoto), ebenfalls der Verkehrssicherheit. Unter den gegebenen Umständen war daher die ihm vorgeworfene Geschwindigkeitsüberschreitung geboten und das einzige

Mittel, um die Sicherheit der Rennteilnehmer nicht zu gefährden, und damit gerechtfertigt. Insgesamt hat X nicht rechtswidrig gehandelt. Folglich ist er bereits aus diesem Grund von der Anklage der (groben) Verkehrsregelverletzung freizusprechen.

e) Selbst wenn das Vorliegen eines übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes bzw. die Gleichstellung der VIP-Fahrzeuge mit den anderen Begleitfahrzeugen bezüglich der Einhaltung der Verkehrsregeln verneint würde, müsste X infolge eines Rechts-/Verbotsirrtums (Art. 21 StGB) von der Anklage der (groben) Verkehrsregelverletzung freigesprochen werden. Gegenstand des Rechtsirrtums im Sinne von Art. 21 StGB ist die Verbotenheit eines bestimmten Verhaltens (Trechsel/Jean-Richard, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 21 N 1). Im konkret zu beurteilenden Fall durfte sich X auf die Anweisung des zuständigen Sicherheitsleiters Z verlassen, welcher ihm vorgab, den Tross möglichst rasch zu überholen und alsdann nach vorne wegzufahren. Er durfte somit insbesondere von der Rechtmässigkeit gebotener Verkehrsregelverletzungen ausgehen, zumal zuvor eine (Sicherheits-)Sitzung mit Z bzw. ein eindeutiges Briefing durch diesen stattfand, wo es ausdrücklich hiess, dass innerhalb der Rennstufe gewisse Überschreitungen (der Verkehrsregeln) möglich und nötig seien (bestätigt von Z). Und schon gar nicht gab es für X einen Grund, anzunehmen, dass für VIP-Fahrzeuge möglicherweise anderes gelten sollte. Denn diese – und er selbst – waren seitens der Rennleitung offenkundig zum Rennen zugelassen. Auch musste er nicht über die Frage der generellen bzw. bewilligungsmässigen Zulassung von VIP-Fahrzeugen zum Rennen im Bilde sein. Dafür zeichnete er nicht verantwortlich. In dieser Situation ist somit davon auszugehen, dass X meinte, (überhaupt) kein Unrecht zu tun (Trechsel/Jean-Richard, a. a. O., Art. 21 N 4 mit Hinweisen), weshalb ein Verbotsirrtum in Bezug auf die Geschwindigkeitsüberschreitung vorliegt.

f) Die Vorinstanz hat daher X zu Recht von der Anklage der groben Verkehrsregelverletzung freigesprochen. Die Berufung der Staatsanwaltschaft ist folglich abzuweisen und der Entscheid des Kreisgerichts Rheintal zu bestätigen.

7. Raumplanung, Baurecht, Energie, Gewässernutzung und -schutz

15

Art. 6 Abs. 4 RPG (SR 700); Art. 11a VISOS (SR 451.12); Art. 20c BauG (sGS 731.1) sowie Art. 10 und 48 des Baureglements der Gemeinde Flawil. Der von traditionellen «Stickerhäusern» geprägte Flawiler Ortsteil «Oberdorf» ist im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder (ISOS) als Ortsbild von kantonaler Bedeutung verzeichnet. Das Bundesrecht verpflichtet die Kantone nicht, die durch den Bund als von regionaler oder lokaler Bedeutung klassifizierten Ortsbilder in ihre eigenen Inventare zu übernehmen und zu schützen. Im kommunalen Zonenplan ist das Gebiet der Wohn-Gewerbe-Zone S zugewiesen. Die zu beurteilende Umgestaltung eines Wohnhauses widerspricht den in dieser Zone geltenden Regeln.

Verwaltungsgericht, November 2013

Der Beschwerdeführer ist Eigentümer eines Grundstücks, das gemäss Zonenplan der Politischen Gemeinde Flawil der Strukturschutzzone Wohn-Gewerbe-Zone S (abgekürzt WGS) zugewiesen ist. Er beabsichtigt, das auf dem Grundstück stehende ortstypische Stickerhaus mit Ladenlokal im Erd- respektive Sockelgeschoss und einem ursprünglich als Lager genutzten Anbau aus der Biedermeierzeit umfassend umzugestalten. Unter anderem sind ein gemeinsames Treppenhaus für Haupt- und Anbau sowie eine dem Innern angepasste Fassade vorgesehen. Die Bau- und Umweltkommission bewilligte Umbau und Renovation und wies die Einsprache eines Nachbarn, welche sich insbesondere gegen die Anordnung der Fenster richtete, ab. Sie hielt fest, das bestehende Wohnhaus erhalte durch die geplanten baulichen Massnahmen eine veränderte Erscheinung. Zwar würden nicht alle Veränderungen zu einem historischen Biedermeierhaus passen; dennoch würden die ästhetischen Werte nicht schwerwiegend verletzt. Das Bauvorhaben sei nicht verunstaltend. Die vorgeschriebene optische Hervorhebung des Sockels könne ohnehin nur im einen Hausteil umgesetzt werden, da der andere über kein Sockelgeschoss verfüge. Nach den Fassadenplänen werde der Sockel wo möglich hervorgehoben. Damit seien die Anforderungen an die Fassadengestaltung erfüllt. Den dagegen erhobenen Rekurs wies das Baudepartement am 25. Februar 2013 ab, obwohl die kantonale Denkmalpflege in einem Amtsbericht zum Schluss kam, die ortsbauliche und architektonische Qualität des Projekts reiche für ein Ortsbild von kantonaler Bedeutung nicht aus. Das äussere Erscheinungsbild des Wohnhauses – mit Ausnahme von älteren, mit wenig Aufwand rückgängig zu machenden Beeinträchtigungen – sei in denkmalpflegerischer Hinsicht intakt. Das Projekt sei gestalterisch unzureichend und wirke auf das Umfeld der Häuser verunstaltend. Zu klären sei, ob die verunstaltenden Vor- und Rückbauten nicht entfernt oder durch eine neue Gestal-

tung aufgebessert werden müssten. Bei der rigorosen Vorgehensweise, bei welcher das Innere gänzlich erneuert werde, sei zu befürchten, dass die innere und äussere Übereinstimmung des Gebäudes künftig nicht mehr gegeben sei. Es wird wohl nicht möglich sein, die Decken des Hauses auszuwechseln, die Grundrisseinteilung zu verändern und erst noch die Wärmedämmung zu verbessern, ohne dass das Äussere davon betroffen sein werde. Das Verwaltungsgericht heisst die gegen den Rekursentscheid des Baudepartements erhobene Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, das Bauvorhaben entspreche nicht den geltenden baupolizeilichen Vorschriften und missachte das Einordnungsgebot. Auch seien die Vorgaben des Inventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (abgekürzt ISOS) nicht eingehalten worden; namentlich habe es die Beschwerdebeteiligte unterlassen, eine Interessenabwägung im Lichte des Ortsbildschutzes vorzunehmen. Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, das Bauvorhaben sei sowohl für das betroffene Gebäude selbst als auch für dessen Umgebung verunstaltend und die Baugesuchsunterlagen entsprächen nicht den gesetzlichen Anforderungen.

Angesichts der umfassenden Rügen ist zunächst auf die Frage des anwendbaren Rechts einzugehen. Zu entscheiden ist, ob und welche Vorgaben des ISOS hierbei relevant und auf den streitigen Sachverhalt anzuwenden sind (Erw. 4.). Anschliessend ist zu beurteilen, ob die geltenden baupolizeilichen Vorschriften eingehalten werden (Erw. 5.). Über die weiteren Rügen wird – soweit notwendig – danach befunden. Auf die abweichenden Sachverhaltsdarstellungen der Verfahrensbeteiligten ist an geeigneter Stelle einzugehen.

4. Der Beschwerdeführer rügt, die Beschwerdebeteiligte habe die Vorgaben der Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (SR 451.12, abgekürzt VISOS) nicht beachtet und damit Art. 6 Abs. 4 des Raumplanungsgesetzes (SR 700, abgekürzt RPG) verletzt. Zwar beabsichtige die Beschwerdebeteiligte, die Strukturschutzzone, welche die Stickerhäuser im Oberdorf umfasse, im Rahmen der laufenden Ortsplanrevision mit dem bisherigen Erhaltungsziel in die Schutzverordnung zu übernehmen. Um dem Strukturschutzgebiet Nachachtung zu verschaffen, hätte die Beschwerdebeteiligte jedoch schon bezüglich des streitigen Bauvorhabens aktiv werden müssen. Es fehle an einer entsprechenden Interessenabwägung.

Auf die Bedeutung des ISOS und des Ortsbildschutzes und dessen grundeigentümerverbindliche Umsetzung ist deshalb nachfolgend näher einzugehen.

4.1. Das Bundesinventar des ISOS umfasst über 1200 Ortsbilder von nationaler Bedeutung (vgl. Anhang VISOS). Ebenfalls durch den Bund inventarisiert wurden gegen 3000 Objekte von regionaler oder lokaler Bedeutung, deren Aufnahme zur Erarbeitung der Gesamtübersicht nötig war (J. Leimbacher, in: Keller/Zufferey/Fahländer [Hrsg.], Kommentar NHG, Zürich 1997, N18 zu Art. 5 NHG, insb. Fn. 36).

4.1.1. Der Flawiler Ortsteil «Oberdorf», in dessen Perimeter sich das Grundstück Nr. 000 befindet, ist im ISOS als Ortsbild von kantonaler Bedeutung verzeichnet. Das Ortsbild ist damit nicht Teil des Bundesinventars. Das Oberdorf wurde als «durchmischte orthogonale Altbebauung westlich der Bahnhofsachse» bezeichnet und aufgenommen, weil sowohl die ursprüngliche Substanz als auch die ursprüngliche Struktur vorhanden sind (Aufnahmekategorie «AB»). Derart hoch gewichtet werden Ortsbilder regelmässig dann, wenn die Mehrheit der Bauten und Räume historisch die gleiche epochenspezifische oder regionaltypische Prägung aufweist. Die ursprüngliche Struktur muss am intakten historischen Gefüge der Räume ablesbar sein; die Mehrheit der Bauten hat ähnliche epochenspezifische oder regionaltypische Merkmale. Die sehr hohe Bewertung kommt im Schutzziel «A» (Erhalten der Substanz) zum Ausdruck, wonach alle Bauten, Anlagenteile und Freiräume integral zu erhalten und störende Eingriffe zu beseitigen sind (vgl. Erläuterungen zum ISOS, hrsg. vom Bundesamt für Kultur, Bern 2011, abrufbar unter www.bak.admin.ch).

4.1.2. Im Gegensatz zur mittelbaren Wirkung der Bundesinventare (als Sachpläne des Bundes) auf die kantonale und kommunale Planung (Art. 6 Abs. 4 RPG; vgl. die umfassende und zutreffende Erw. 4.2.4. des vorinstanzlichen Entscheids sowie BGE 135 II 209) liegt der Schutz von Ortsbildern von regionaler und lokaler Bedeutung in alleiniger Kompetenz der Kantone (vgl. Art. 78 Abs. 1 der Bundesverfassung, SR 101, abgekürzt BV). Die Kantone sind insbesondere nicht durch Bundesrecht verpflichtet, die durch den Bund als von regionaler oder lokaler Bedeutung klassifizierten Ortsbilder in ihre eigenen Inventare zu übernehmen und zu schützen (A.-C. Favre, in: Kommentar NHG, a. a. O., N10 und 11 zu Art. 4 NHG).

4.1.3. Der grundeigentümergebundene Schutz der Ortsbilder – auch derjenigen von nationaler Bedeutung – mittels geeigneter planerischer Massnahmen ist Sache der Kantone resp. der politischen Gemeinden (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 1088; J. Rohrer, in: Kommentar NHG, a. a. O., 1. Kap., Rz. 34). Nach Art. 98 Abs. 1 lit. c BauG sind bedeutende Ortsbilder als Schutzgegenstände zu erhalten. Ein Ortsbild erweist sich als bedeutend, wenn es sich um eine bauliche Gestaltung handelt, die der betreffenden Gegend ein besonderes Gepräge verleiht. Nach der verwaltungsgerichtlichen Praxis muss es sich dabei um Bauten handeln, die das Ortsbild als besonders schön hervortreten lassen und im Ortsbild einen wahrnehmbaren Schwerpunkt setzen. Schützenswert sind namentlich jene Baugruppen, deren ungeschmälerter Weiterbestand im Zonenplan, im Baureglement oder in einer Schutzverordnung festgelegt wird. Nach der Rechtsprechung kann einer Baute ungeachtet ihres Eigenwerts zusammen mit anderen Bauten ein künstlerischer oder geschichtlicher Wert zukommen oder ein Ortsbild besonders kennzeichnen (VerwGE B 2004/87 vom 25. Oktober 2004 E. 2. mit Hinweisen sowie B 2011/122 vom 1. Mai 2012 E. 3.2.1., beide abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).

4.2. Der nachgeführte Richtplan vom 9. Oktober 2012 (vom Bundesrat am 5. März 2013 genehmigt) konkretisiert die bundes- und kantonale rechtlichen Schutzvorgaben und weist im Anhang zum neu eingefügten Koordinationsblatt «Schüt-

zenswerte Ortsbilder» (IV 21) die schützenswerten Ortsbilder von nationaler und kantonaler Bedeutung aus. Der Flawiler Ortsteil «Oberdorf» mit den im ISOS vorgesehenen Schutzvorgaben wurde ins Kantonsinventar der schützenswerten Ortsbilder aufgenommen (vgl. die Inventarblätter der schützenswerten Ortsbilder, abrufbar unter www.sg.ch/home/kultur/denkmalpflege) und ist im Richtplan unter den schützenswerten Ortsbildern von kantonaler Bedeutung aufgelistet. Der Richtplan sieht vor, die topografischen, räumlichen und architekturhistorischen Qualitäten, die zum nationalen oder kantonalen Wert der Ortsbilder führten, ungeschmälert zu erhalten und irreversible Schädigungen zu vermeiden.

Bei der Erfüllung von raumwirksamen Aufgaben (Bauvorhaben, Sachplanungen, Nutzungs- und Schutzplanung, Erlasse, Verfügungen, Genehmigungen, Rekursentscheide, finanzielle Beiträge usw.) in den im Richtplan bezeichneten schützenswerten Ortsbildern von nationaler und kantonaler Bedeutung und deren Umgebung haben Kanton und Gemeinden das ISOS und das Kantonsinventar systematisch als Planungsgrundlage beizuziehen und die von diesen festgelegten Erhaltungsziele zu berücksichtigen (Richtplan, Koordinationsblatt IV 21, S. 4 f.).

4.2.1. Die Vorinstanz hat erwogen, im Rahmen der laufenden Gesamtrevision der Ortsplanung habe die Beschwerdebeteteiligte die Abgrenzungen der bestehenden Ortsbildschutzgebiete überprüft und an den Richtplan und das ISOS (recte: Kantonsinventar) angepasst. Die im rechtsgültigen Zonenplan festgelegte Strukturschutzzone WG-S, welche die Stickerhäuser im Gebiet Oberdorf umfasse, werde wegen erhöhter ästhetischer Anforderungen künftig in die Schutzverordnung aufgenommen. In den Strukturschutzgebieten, wozu auch das «Oberdorf» zähle, werde die bisherige Zielsetzung der Erhaltung und Erneuerung von Mischgebieten, in denen vorwiegend traditionelle Stickerhäuser die kleingliedrige Bebauungsstruktur bestimmen, beibehalten.

4.2.2. Dies ist wie folgt zu präzisieren: Nach aktuellem Stand der Ortsplanung beabsichtigt die Beschwerdebeteteiligte, den Perimeter der bisherigen Strukturschutzzone WG-S der neu auszuscheidenden Kernzone B zuzuweisen. Zur Begründung wird im Planungsbericht vom 8. März 2011 angeführt, es habe sich gezeigt, dass eine zweckmässige Revitalisierung der sehr klein dimensionierten Grundstücke nach den Regelbauvorschriften kaum möglich sei. Damit die angestrebte Verdichtung auch in den Zentrumslagen erreicht werden könne, müssten an den aufgelegten Regelungen Änderungen vorgenommen werden. Die neue Kernzone B weise einerseits Massvorschriften auf, welche die vorherrschende, bestehende Besiedlungsstruktur berücksichtigten. So werde die Firsthöhe auf maximal 12 Meter beschränkt und der Grenzabstand auf 2.5 Meter festgelegt. Verschiedene Bauten in der Kernzone seien kaum mit vernünftigem Aufwand zu erneuern, weshalb auch Ersatzbauten nötig seien. Diese sollen auch als gegliederte Doppelhäuser ausgestaltet werden können.

Mit Aufhebung der Zone WG-S fallen auch die entsprechenden Schutzbestimmungen von Art. 10 BauR dahin. Der Perimeter des Oberdorfs soll daher als

«Strukturschutzgebiet» neu in den Schutzplan aufgenommen werden. Art. 5 der Schutzverordnung (Stand: 8. März 2011) sieht vor, dass die als Strukturschutzgebiete bezeichneten Ortsbilder in ihrer bestehenden historischen Siedlungsgliederung, in der vorwiegend traditionelle Stickerhäuser die Bebauungsstruktur bestimmen, zu erhalten und zu erneuern sind. Bauten und Anlagen müssen sich gut in die Siedlungsstruktur einfügen.

Auf die heute geltende Bestimmung von Art. 10 Abs. 3 BauR, wonach auch bei Neubauten das Erdgeschoss architektonisch als Sockel, hochstehender Keller oder Hochparterre auszubilden ist, soll nun verzichtet werden. Diese Bestimmung soll nur noch für Umbauten gelten (Art. 5 Abs. 2 der Schutzverordnung). In Art. 20 lit. c der Schutzverordnung wird festgehalten, dass alle baulichen, gestalterischen und farblichen Veränderungen am Äusseren der Gebäude innerhalb der Ortsbild- und Strukturschutzgebiete baubewilligungspflichtig sind.

4.2.3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, damit seien die Vorgaben des ISOS bei der laufenden Gesamtrevision der Ortsplanung in die Beurteilung mit eingeflossen und umgesetzt worden. Es kann offen bleiben, ob dies zutrifft. Festzuhalten ist jedoch, dass für das «Oberdorf» gemäss aktuellem Kantonsinventar das Erhaltungsziel «A – Erhalten der Substanz» zu berücksichtigen ist. Demgegenüber will die Beschwerdebeteiligte mit der neuen Nutzungs- und Schutzplanung wie bisher lediglich die Bebauungsstruktur schützen (und den Schutz in Bezug auf Neubauten sogar noch aufweichen). Dieses Vorhaben entspricht allenfalls dem Erhaltungsziel «B – Erhalten der Struktur». Ob dies vor dem Richtplan, welcher festlegt, dass die Erhaltungsziele zu berücksichtigen sind, standhält, ist fraglich. Fest steht, dass vom Erhaltungsziel abweichende Eingriffe in die im Richtplan bezeichneten Ortsbilder von nationaler und kantonaler Bedeutung nur vorgenommen werden dürfen, wenn sich ein gewichtiges, das Interesse an der Erhaltung überwiegendes Bedürfnis nachweisen lässt (Art. 98 Abs. 2 BauG; vgl. auch Heer, a. a. O., Rz. 1054).

4.3. Die künftige Zonenordnung entfaltet – wie die Vorinstanz korrekt festgehalten hat – keine Vorwirkung. Andernfalls hätte die Beschwerdebeteiligte die entsprechenden Massnahmen (Schutzverfügung für die betreffende Liegenschaft oder Aufnahme des Perimeters in eine Planungszone) erlassen müssen.

Für den Grundeigentümer verbindliche Rechtswirkungen gehen im vorliegenden Fall weder vom ISOS noch vom Kantonsinventar aus. Erst durch die Ortsplanung wird der darin vorgesehene Ortsbildschutz durch geeignete grundeigentümerverbindliche Massnahmen umgesetzt werden müssen. Deshalb war die Beschwerdebeteiligte unter anderem nicht verpflichtet, in Bezug auf das Bauvorhaben des Beschwerdegegners die verschiedenen Interessen im Lichte des ISOS gegeneinander abzuwägen.

Aus der – wie auch immer – geplanten Umsetzung des Kantonsinventars in die künftige Nutzungs- und Schutzplanung kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Dies gilt umso mehr, als die Frist von fünf Jahren, innert der der Ortsbildschutz gemäss Kantonsinventar durch die Ortsplanung umzusetzen ist,

erst mit der Genehmigung der Richtplanänderung am 5. März 2013 begonnen hat (vgl. Richtplan, Koordinationsblatt Schützenswerte Ortsbilder, Seite 6).

4.4. Die Rüge des Beschwerdeführers, wonach durch die Nichtumsetzung des ISOS und die diesbezügliche Inaktivität Art. 6 Abs. 4 RPG verletzt worden sei, geht im Übrigen schon deshalb ins Leere, weil das hier geschützte Ortsbild nicht im Anhang der VISOS aufgeführt und folglich nicht von nationaler Bedeutung ist. Es ist daher nicht Teil der durch die Kantone zu beachtenden Konzepte und Sachpläne des Bundes im Sinne von Art. 6 Abs. 4 RPG.

5. Zu entscheiden ist demnach, ob das Bauvorhaben dem Zonenplan der Politischen Gemeinde Flawil vom 20. Dezember 1995 samt zugehörigem Baureglement entspricht.

5.1. Das Grundstück Nr. 000 ist der Wohn-Gewerbe-Zone S zugewiesen. Diese dient der Erhaltung und Erneuerung von Mischgebieten, in denen vorwiegend traditionelle Stickerhäuser die kleingliedrige Bebauungsstruktur bestimmen (Art. 10 Abs. 1 BauR). Art. 10 Abs. 3 BauR legt fest, dass bei Neu- und Umbauten das Erdgeschoss architektonisch als Sockel, Keller oder Hochparterre auszubilden ist. Es hat sich von den darüberliegenden Vollgeschossen optisch zu unterscheiden und darf voll genutzt werden. An- und Nebenbauten sind zulässig, wenn sie sich gut in die heutige Bebauungsstruktur einfügen und die kleinmassstäbliche Gliederung nicht beeinträchtigen (Art. 10 Abs. 4 BauR).

5.2. In tatsächlicher Hinsicht hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass die Liegenschaft Vers.-Nr. 002 an der südöstlichen Hauptfassade aus zwei Gebäudeteilen – dem nordöstlichen Hauptbau und dem südwestlichen Anbau – besteht. Der Hauptbau unterteilt sich in ein typisches Sockelgeschoss (bisher Keller und Geschäftsraum), zwei darüberliegende Vollgeschosse und das ausgebaute Dachgeschoss. Der Anbau verfügt über kein Sockelgeschoss. Er besteht aus einem Kellergeschoss, einem Erd- und einem Obergeschoss sowie aus dem – ebenfalls ausgebauten – Dachgeschoss. Der Anbau verfügt an beiden Längsseiten über je einen separaten Eingang. Er diente vormals als Lagerraum; die Boden- resp. Deckenhöhen der beiden Gebäudeteile stimmen mit Ausnahme des Dachgeschosses, das verbunden ist, nicht überein.

5.2.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt und unzutreffend gewürdigt. Sie habe zwar zwischen Haupt- und Anbau unterschieden, dies bei ihrer Beurteilung allerdings unberücksichtigt gelassen. In Bezug auf die nordwestliche, der Q.-strasse abgewandte Fassade habe die Vorinstanz zu Unrecht festgestellt, dass hier kein Sockel gegeben sei, obwohl das Sockelgeschoss bei richtiger Betrachtung gut ablesbar sei. Der Hauptbau sei auch an dieser Fassade gut vom Anbau zu unterscheiden und zeichne sich durch die strenge, symmetrische Fassadengestaltung mit den quartiertypischen Fensteröffnungen der Stickerhäuser und die zentrale Eingangstür aus.

5.2.2. Nach der gegenteiligen Ansicht des Beschwerdegegners kommt dem Hauptbau keine herausragende Stellung zu, weshalb dieser nicht um jeden Preis

erhalten werden müsse. Der Hauptbau bleibe durchaus erkennbar, auch wenn die beiden Gebäudeteile durch den Umbau weiter verschmelzen würden. Eine strikte Unterscheidung zwischen Haupt- und Anbau sei nicht angezeigt. Wenn man den Anbau mit berücksichtige, sei die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Nordwestfassade keine strenge Fassadenanordnung aufweise, zutreffend. An der nordwestlichen Längsfassade sei das Sockelgeschoss durch den Treppenhausvorbau sowie den schindelverkleideten Geräteschuppen bzw. die schindelverkleidete Fassade bereits heute nicht erkennbar. Der Anbau verfüge unbestrittenermassen nicht über ein Sockelgeschoss, weshalb dieses auch nicht erhalten werden könne.

5.3. Das Verwaltungsgericht überprüft die Feststellungen des Sachverhaltes durch die Vorinstanz grundsätzlich frei. Eine Überprüfung erfolgt jedoch nur, wenn die Beteiligten eine unrichtige oder unvollständige Festlegung durch die Vorinstanz beanstanden. Der Beschwerdeführer hat nach der ständigen Praxis des Verwaltungsgerichts darzutun, in welchen Punkten die Sachverhaltsfeststellung unrichtig sein soll, und er hat auch anzugeben, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der Vorinstanz seiner Ansicht nach fehlerhaft (vgl. Art. 48 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1 VRP sowie Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St. Gallen 2003, Rz. 631 ff.). Die Rügen des Beschwerdeführers sind substantiiert und genügen diesen Anforderungen. In tatsächlicher Hinsicht ist demnach Folgendes festzustellen:

5.3.1. An der Südostfassade sind Hauptbau und Anbau klar unterscheidbar. Der Hauptbau verfügt über eine strenge symmetrische Fassadengliederung. Die Fensteröffnungen des Anbaus liegen nicht auf gleicher Höhe mit jenen des Hauptbaus, da die Geschosshöhen nicht übereinstimmen. Im ersten Obergeschoss des Anbaus befindet sich ein atypisch grosses Fenster. Über ein Sockelgeschoss verfügt der Anbau nicht.

Der Beschwerdegegner beabsichtigt, die im Sockelgeschoss des Hauptbaus befindlichen, links und rechts symmetrisch zur Ladentüre angeordneten Schaufenster zu ersetzen resp. zu vergrössern und die Türe selbst zu vergrössern resp. zu verbreitern.

Die separate Eingangstüre des Anbaus soll stark verbreitert und leicht versetzt werden, wodurch ein Fenster des Erdgeschosses wegfällt. Weitere Veränderungen des Anbaus auf der Südostseite sind nicht vorgesehen. Insbesondere bleibt auch das atypische Fenster im ersten Obergeschoss des Anbaus erhalten.

5.3.2. Die Nordwestfassade präsentiert sich heute wie folgt: Die Fassade des Hauptbaus ist streng gegliedert und symmetrisch. Vorgelagert ist der Treppen Kern mit zentraler Eingangstür, dessen mittig angeordnete Fenster im Vergleich zu den Vollgeschossen um ca. ein halbes Geschoss nach oben versetzt sind. Das Sockelgeschoss ist am Treppen Kern typischerweise nicht ablesbar. Rechts davon ist es, wenn auch verdeckt durch ein kleines Vordach, ersichtlich. Auf der linken Seite des Treppen Kerns ist es durch einen angebauten Geräteschuppen verstellt. Diesen will der Beschwerdegegner im Rahmen des Umbaus abbrechen, sodass das Sockelge-

schoss auch auf der linken Seite theoretisch wieder sichtbar würde. Weitere vorgesehene Änderungen am Hauptbau betreffen den Treppen Kern. Die Eingangstüre soll aufgehoben werden. Die Fenster werden so versetzt, dass sie nicht mehr halbgeschossig, sondern auf Höhe der Vollgeschosse angeordnet sind. Im zweiten Obergeschoss soll anstelle eines Fensters ein grösser dimensionierter Querschlitzen entstehen.

Auf die weiteren vorgesehenen Veränderungen am Hauptbau ist im Zusammenhang mit dem Anbau einzugehen. Dieser besteht im Erdgeschoss aus zwei Garagen sowie einer Eingangstüre. Darüber krägt auf der ganzen Länge des Anbaus ein Balkon vor, der mit seitlichem Mauerwerk abgestützt ist. Die Fassade der darüber befindlichen Geschosse bildet mit derjenigen des Hauptbaus eine Ebene.

Nach den Baugesuchsunterlagen sollen Garagen und Eingangsbereich des Anbaus neu der Wohnnutzung zugeführt werden. Dazu soll der Anbau im Erdgeschoss bis auf die Ebene der Balkonstützmauern erweitert werden. Der neue Eingang soll in den Hauptbau verlegt werden, und zwar auf die rechte Seite des Treppenkerns. Dazu wird die dortige Fassade – an der heute der Sockel ersichtlich ist – nach vorn verlegt und soll mit derjenigen des Treppenkerns eine Ebene bilden.

5.3.3. Der Beschwerdeführer führt unter anderem aus, der heute an der Nordwestfassade des Hauptbaus ersichtliche Sockel würde durch das Umbauvorhaben verschwinden. Die darüberliegenden Vollgeschosse seien optisch nicht mehr vom Sockelgeschoss zu unterscheiden, was Art. 10 Abs. 3 BauR widerspreche.

Die Vorinstanz führte zutreffend aus, die im Baureglement vorgesehene optische Hervorhebung des Sockels könne nur am Hauptbau umgesetzt werden, weil im anderen Hausteil kein Sockel gegeben sei.

Der Beschwerdegegner führt aus, die Nordwestfassade enthalte keinen Sockel. Jene Fassadenseite werde durch den vorstehenden Treppen Kern sowie den daneben angebrachten Geräteschuppen dominiert. Ein Sockelgeschoss sei schon heute nicht erkennbar. Nach dem Umbau werde ein Hochparterre ausgebildet.

Mit dem Beschwerdeführer ist einig zu gehen, dass auch die Nordwestfassade des Hauptbaus über ein Sockelgeschoss verfügt. Dieses ist heute rechts vom Treppen Kern ohne Weiteres ablesbar. Durch den beabsichtigten Abbruch des linksseitigen Geräteschuppens wird es theoretisch auch auf dieser Seite sichtbar. Die projektierten Änderungen an Haupt- und Anbau rechts des Treppenkerns greifen tief in das Erscheinungsbild des Hauptbaus ein. Weder wird der vorstehende Treppen Kern als solcher erkennbar bleiben, noch soll auf dessen linker Seite das Sockelgeschoss optisch hervorgehoben werden. Zudem wird das heute ersichtliche, optisch von den darüberliegenden Geschossen unterscheidbare Sockelgeschoss auf der rechten Seite des Treppenkerns verschwinden, das Gebäude dort erweitert werden und mit der Fassade des heutigen Treppenkerns verschmelzen und eine Ebene bilden. Das Vorhaben verletzt somit Art. 10 Abs. 3 BauR, welcher vorschreibt, dass bei Neu- und Umbauten das Erdgeschoss architektonisch als Sockel, Keller oder Hochparterre auszubilden ist und sich von den darüberliegenden Vollge-

schossen optisch zu unterscheiden hat. Mit Ausnahme des Treppenkerne muss daher das heute bestehende Sockelgeschoss an der Nordwestfassade des Hauptbaus auch nach dem Umbau erkennbar bleiben. Es muss sich auch dann optisch von den darüberliegenden Geschossen unterscheiden, wenn dieses – wie der Beschwerdegegner behauptet – als Hochparterre ausgebildet wird.

5.4. Damit wird klar, dass die Veränderungen des Hauptbaus auf der Nordwestseite zu Unrecht bewilligt worden sind. Die massgeblichen baupolizeilichen Vorschriften werden durch das Bauvorhaben verletzt.

5.5. Höchst zweifelhaft ist überdies, ob die anderen geplanten Änderungen an den Fassaden vor dem in Art. 10 Abs. 1 BauR statuierten Einordnungsgebot, wonach die Zone WG-S der Erhaltung und Erneuerung von Mischgebieten dient, in denen vorwiegend traditionelle Stickerhäuser die kleingliedrige Bebauungsstruktur bestimmen (Abs. 4 verwendet sogar den Ausdruck «kleinmassstäblich»), standhalten. Die geplante Nordwestfassade entspricht durch die tiefgreifenden Änderungen («Verschmelzung» des Treppenkerne mit dem Anbau, überdimensioniertes Fenster im 2. OG des Hauptbaus) nicht mehr derjenigen eines traditionellen Stickerhauses. Als atypisch und nicht mehr kleinmassstäblich muss auch die geplante Türöffnung auf der südöstlichen Seite des Anbaus gelten. Der Beschwerdegegner weist zwar mit einem gewissen Recht auf die bereits vorhandenen atypischen Wesensmerkmale des Anbaus hin. Diese ändern jedoch nichts daran, dass das Gebäude heute im Wesentlichen als typisches Stickerhaus erscheint. Die früheren Eingriffe sind daher nicht geeignet, weitere atypische Veränderungen zu rechtfertigen.

16

Art. 15 RPG (SR 700) Ob die Einzonung eines Grundstücks von 800 Quadratmetern allein mit dem Hinweis auf die geringe Fläche verweigert werden darf, kann offen bleiben, da die Planungsbehörde ihren Entscheid auf andere, sachliche Gründe stützen kann, die gegen eine Ausweitung der Bauzone im fraglichen Gebiet sprechen.

Verwaltungsgericht, Dezember 2013

Der Beschwerdeführer ist Eigentümer eines westlich des Siedlungsgebietes des Dorfes Niederhelfenschwil liegenden landwirtschaftlichen Grundstücks mit einer Fläche von etwas mehr als sieben Hektaren und einem landwirtschaftlichen Betriebszentrum. Es grenzt gegen Süden an die Kantonsstrasse und gegen Osten an die Bauzone. Am 21. April 2010 ersuchte der Beschwerdeführer um Umteilung einer quadratischen Teilfläche von 800 Quadratmetern in die Bauzone WE. Die

Fläche liegt in der nordöstlichen Ecke des Grundstücks und grenzt gegen Osten und – abgetrennt durch die Q.-strasse – gegen Norden an die Zone WE. In einem Vorprüfungsbericht anerkannte das kantonale Amt für Raumentwicklung und Geoinformation fehlende Baulandreserven in der Gemeinde Niederhelfenschwil bis zum Jahr 2020 für rund 200 Personen, lehnte die Einzonung aber aus grundsätzlichen Überlegungen ab. Am 28. März 2011 reichte der Beschwerdeführer das Einzonungsbegehren erneut ein. Der Gemeinderat stimmte dem Begehren am 5. Mai 2011 zu und leitete das Verfahren zum Erlass eines Teilzonenplanes, der vom 2. November bis 2. Dezember 2011 öffentlich auflag, ein. Am 5. Januar 2012 hiess er dagegen erhobene Einsprachen gut und stellte das Teilzonenplanverfahren für die Teilfläche auf dem Grundstück Nr. 000 ein. Das Baudepartement wies den gegen den Beschluss des Gemeinderates erhobenen Rekurs am 30. Oktober 2012 ab. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde, soweit es darauf eintritt, ab.

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss Art. 15 RPG umfassen Bauzonen Land, das sich für die Überbauung eignet (vgl. dazu nachfolgend E. 4.1.) und entweder weitgehend überbaut ist (lit. a; vgl. dazu nachfolgend E. 4.2.) oder voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (lit. b; vgl. dazu nachfolgend E. 4.3. und 4.4.).

4.1. Die Vorinstanz hat die Fläche, deren Umteilung von der Landwirtschaftszone in die Bauzone WE der Beschwerdeführer anstrebt, von ihrer hügeligen Topografie her nicht als «besonders gut für eine Überbauung geeignet» bezeichnet, weil ohne massive Terrainveränderungen nicht sinnvoll gebaut werden könne (E. 2.2.3 des angefochtenen Entscheides). Der Beschwerdeführer weist auf verschiedene Eigenschaften der Teilfläche – wie Angrenzen auf zwei Seiten an die Bauzone, hervorragende Exposition, Überbaubarkeit ohne massive Terrainveränderungen – hin und erachtet die Eignung für eine Überbauung als gegeben. Abgesehen davon, dass auch die Vorinstanz nicht von einer mangelnden, sondern lediglich nicht von einer «besonders guten» Eignung der Fläche zur Überbauung ausgeht, kann eine Beurteilung dieser Frage offen bleiben, wenn andere Gründe einer Einzonung entgegenstehen.

4.2. Übereinstimmend mit der vorinstanzlichen Beurteilung geht der Beschwerdeführer davon aus, dass die Teilfläche, deren Einzonung umstritten ist, keine Baulücke in einem weitgehend überbauten Gebiet darstellt (vgl. dazu BGer 1C_252/2012 vom 12. März 2013 E. 6 mit Hinweis auf BGE 132 II 218 E. 4.1 und 121 II 417 E. 5a) und damit aus Art. 15 Ingress und lit. a RPG kein Anspruch auf Zuteilung zur Bauzone abgeleitet werden kann.

4.3. / 4.3.1. Die Verfahrensbeteiligten gehen übereinstimmend davon aus, dass in der Gemeinde Niederhelfenschwil Baulandreserven bis zum Jahr 2020 für 200 Einwohner fehlen. Insoweit ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Teilfläche des Grundstücks, dessen Einzonung in die Bauzone der Beschwerdeführer

anstrebt, im Sinn von Art. 15 Ingress und lit. b RPG innert fünfzehn Jahren benötigt und – soweit dies nicht bereits der Fall ist – erschlossen wird.

Die Vorinstanz hat einen Anspruch auf Einzonung gestützt auf Art. 15 Ingress und lit. b RPG mit der Begründung verneint, von Bauerwartungsland im Sinn dieser Bestimmung könne grundsätzlich nur dann gesprochen werden, wenn es sich bei dem vom fraglichen Zonenplan betroffenen Gebiet um Land handle, das den voraussichtlichen Baulandbedarf der betreffenden Gemeinde in den nächsten 15 Jahren zumindest zum Teil zu decken vermöge und deshalb mehrere Baulandparzellen umfasse. Ein Teilzonenplan, der nur gerade eine einzelne Baulandparzelle umfasse, diene nicht der Sicherung des künftigen Baulandbedarfs der Gemeinde, sondern befriedige von vornherein einzig singuläre Interessen des entsprechenden Grundeigentümers. Fehlten Baulandreserven für 200 Personen in der Gemeinde, könne es sich bei der streitigen Einzelparzelle für ein Einfamilienhaus nicht um für die Gemeinde relevantes Bauerwartungsland handeln.

Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, der Anspruch auf Änderung der Zonierung dürfe sich nicht auf Eigentümer grossflächiger Grundstücke, welche für die Gemeinde relevantes Bauerwartungsland darstellten, beschränken. Bei zahlreichen Zonenplanrevisionen würden neben wenigen relevanten Einzonungen auch zahlreiche kleinräumige Um- und Einzonungen vorgenommen.

4.3.2. Art. 15 Ingress und lit. b RPG enthält keine ausdrückliche Angabe zur minimalen Grösse der Erweiterung einer Bauzone. Aus einer Zusammenschau von Art. 15 Ingress lit. a und b RPG liesse sich – in Übereinstimmung mit der Verknüpfung der beiden lit. durch «oder» – schliessen, dass kleine Flächen nur dann eingezont werden sollen, wenn sie als Baulücke in einem weitgehend überbauten Gebiet im Sinn von lit. a bezeichnet werden können. Soweit kleinflächige Arrondierungen des Baugebietes sich nicht durch eine entsprechende Handhabung des Begriffes des weitgehend überbauten Gebietes bewerkstelligen liessen, käme eine Einzonung relativ kleiner Flächen gestützt auf Art. 15 Ingress und lit. b RPG nur infrage, wenn sie sich aus einer raumplanerischen Gesamtschau rechtfertigen lässt. Dies entspricht indessen dem üblichen Standpunkt, aus welchem die Frage des Anspruchs auf Einzonung zu beurteilen ist.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, die Tatbestände von lit. a und b schliessen sich nicht gegenseitig aus (vgl. Flückiger/Grodecki, in: Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch, Kommentar zum RPG, Loseblattsammlung, 2008, N 34 zu Art. 15 RPG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die kommunale Nutzungsplanung für einen Teil des Gemeindegebietes oder gar für eine einzelne Liegenschaft gesondert erfolgen. Derartige Sondernutzungsordnungen dürfen in der Regel aber nicht isoliert erlassen werden. Sie müssen sich vielmehr in die Zonenplanung der Gemeinde einfügen und dürfen nicht aus dem planerischen Gesamtkonzept herausgerissen werden (vgl. BGer 1P.21/2005 vom 6. Oktober 2005 E. 4.3).

Spricht die Gesamtschau gegen die Umteilung der Teilfläche von 800 Quadratmetern in die Bauzone, kann deshalb offen bleiben, ob die Einzonung allein mit der

Begründung, die Fläche werde nicht einen wesentlichen Teil des Baulandbedarfs der Gemeinde tragen, verweigert werden dürfte.

4.4. / 4.4.1. Mit Blick auf die raumplanungsrechtlichen Ziele und Grundsätze hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausgeführt, Neueinzonungen im Bereich der Landwirtschaftszone seien grundsätzlich nur gestützt auf ein ortsplanerisches Konzept möglich. Das Grundstück Nr. 000 sei langfristig für die landwirtschaftliche Nutzung vorgesehen. Mit der Einzeleinzonung werde die bestehende Dorffläche nicht sinnvoll arrondiert. Die heutige Siedlungsgrenze sei zweckmässig und nachvollziehbar. Sie bilde sich durch eine klare Linie senkrecht zum Hang bzw. durch die parallel zur Höhenlinie verlaufende Erschliessungstrasse um den Q.-hügel. Die bestehende Westgrenze des Siedlungsgebietes würde durch den neuen Vorsprung – die Grenze zwischen Bau- und Nichtbauzone, in welcher das landwirtschaftliche Betriebszentrum liege, springe im fraglichen Abschnitt nicht zurück – empfindlich gestört. Dass sich die zwar nicht als Fruchtfolgefläche ausgeschiedene Parzelle – die rege mit Obstbäumen genutzt werde – nur bedingt für die landwirtschaftliche Nutzung eigne, bleibe eine blosse Behauptung. Es könne keine Rede davon sein, dass die angebehrte Einzonung mit Blick auf die Nutzung der ab Höhe des Grundstücks auf privatem Grund stehenden und als Gemeindestrasse dritter Klasse eingeteilten Q.-strasse einer haushälterischen Bodennutzung Vorschub leiste, denn das Verhältnis der Infrastrukturfläche zur überbauten Fläche verändere sich nicht nennenswert, wenn lediglich eine zusätzliche Baulandparzelle durch die Strasse erschlossen werde. Die Behauptung, der Baulandbedarf der Gemeinde könne ortsplanerisch am Besten im Gebiet Q. gedeckt werden, gehe fehl. Der Gemeinderat favorisiere im Richtplan in nachvollziehbarer Weise eine weitere Besiedlung auf der Ostseite des Dorfkerns, auf der die Erschliessung nicht nur weniger wertvolles Landwirtschaftsland berühre, sondern auch einem abgerundeten Dorfbild zuträglich sei.

In der Beschwerde wird dagegen vorgebracht, die Bauzone springe im fraglichen Bereich zwischen der Wohnzone WE im Nordosten bis zur Wohn-Gewerbezone WG2 im Südwesten auf einer Länge von rund 140 Metern um rund 30 Meter zurück. Die aufgrund der Topografie und Exposition hervorragend für die Wohnnutzung mit niedriger Dichte und ausgezeichneter Wohnqualität (keine schädlichen Umwelteinwirkungen wie Lärm, Luftverunreinigungen oder nichtionisierende Strahlen) geeignete Fläche liege nur 370 Meter (Luftlinie) vom Dorfzentrum mit der Kirche und der Anbindung an den öffentlichen Verkehr entfernt. Dem Gebot der haushälterischen Nutzung entspreche es, die Q.-strasse beidseitig zu nutzen. Die Fläche sei nicht als Fruchtfolgefläche ausgeschieden, sodass keine wesentlichen Interessen der Landwirtschaft betroffen seien. Die nicht optimale Zonengrenze könne durch spätere zusätzliche Einzonungen – sei es senkrecht zum Hang, sei es entlang der Höhenlinie des Q.-hügels – behoben werden. Eine künftige Einzonung des landwirtschaftlichen Betriebszentrums könne nicht ausgeschlossen werden, was zu einer geradezu idealen Bauzonengrenze führen würde, die heute nicht ver-

hindert werden dürfe. Aus einer ortsplanerischen Gesamtbetrachtung bestünden keine gleichwertigen Alternativen in anderen Gebieten zur Deckung des unbestrittenermassen bestehenden Bedarfs an zusätzlichen Bauzonen. Auf der Ostseite des Dorfes, namentlich in den Gebieten Oberwisen und Rohracker, würden Fruchtfolgeflächen ausgewiesen. Es treffe also nicht zu, dass dort weniger wertvolles Landwirtschaftsland berührt würde. Inwiefern in jenen Gebieten eine bessere Ab- und Rundung des Ortsbildes erreicht würde, werde nicht dargelegt.

Nach Auffassung der Beschwerdegegner soll nicht einfach alles Land einzozont werden, dessen Einzonung den raumplanerischen Grundsätzen nicht zuwiderläuft. Die Gemeinde habe sich im Hinblick auf einen demokratisch und rechtsstaatlich gebotenen gerechten Ausgleich zwischen den drei Dörfern der Gemeinde entschlossen, zunächst in Oberwiesen/Egg, in Walhusen/Zuckenriet und Lenggenwil und erst dann allenfalls in Niederhelfenschwil Bauland einzuzonen. Der Q.-hügel bestehe aus einem abfallenden Hangteil und einem durch die Q.-strasse begrenzten «tonsurartig ausgebildeten Deckel». Deshalb würde die Einzonung zu einem neuen störenden Vorsprung der westlichen Siedlungsgrenze führen. Das Land werde mit über zwanzig in Reihen gepflanzten Obstbäumen seit Jahrzehnten landwirtschaftlich genutzt und sei nie brachgelegen. Dass es nicht als Fruchtfolgefläche ausgewiesen werde, spiele keine Rolle. Ausgeschieden werde lediglich qualitativ bestgeeignetes ackerfähiges Kulturland, was rund 40 Prozent der gesamten landwirtschaftlich genutzten Fläche der Schweiz entspreche. Dass von allfälligen Einzonungen in den Bereichen Oberwisen und Rohracker Fruchtfolgeflächen betroffen wären, sei nicht substantiiert.

4.4.2. Art. 15 RPG vermittelt wie Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, abgekürzt BV) grundsätzlich keinen Anspruch auf Einzonung von Land in die Bauzone, zumal die Bauzonenausscheidung eine Gestaltungsaufgabe darstellt und einer gesamthaften Abwägung und Abstimmung aller räumlich wesentlichen Gesichtspunkte und Interessen unterliegt (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 RPG; BGer 1C_206/2009 vom 19. November 2009 E. 2.2.2 mit Hinweis auf BGE 122 I 294 E. 3e und 116 Ia 221 E. 3b; VerwGE B 2009/221 vom 24. August 2010 E. 4.2., abrufbar unter www.gerichte.sg.ch). Im Rahmen dieser Abwägung dürfen Querverbindungen unter den massgebenden Kriterien hergestellt werden (vgl. BGer 1C_252/2012 vom 12. März 2013 E. 5.2 mit Hinweis auf BGE 113 Ia 444 E. 4b/bc). Die Bauzonenausscheidung hat wie alle Raumplanung eine auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung zu verwirklichen (Art. 75 Abs. 1 BV; BGer 1P.343–346/2002 vom 16. Januar 2003 E. 5). Der objektive Baulandbedarf stellt bei dieser Abwägung lediglich ein, wenn auch wichtiges Entscheidungskriterium dar (BGer 1C_119/2007 vom 13. November 2008 E. 3.2.3 mit Hinweisen). Ein Grundeigentümer hat zudem keinen aus Art. 8 Abs. 1 BV folgenden Anspruch darauf, im Zusammenhang mit dem Erlass einer Zonenordnung gleich behandelt zu werden wie alle übrigen Grundeigentümer, die von einer Raumplanungsmassnahme berührt werden. Es liegt vielmehr im Wesen der Orts-

planung, dass Zonen gebildet und irgendwo abgegrenzt werden müssen und dass Grundstücke ähnlicher Lage und Art bau- und zonenrechtlich völlig verschieden behandelt werden können. Verfassungsrechtlich genügt es, dass die Planung sachlich vertretbar, d. h. nicht willkürlich ist (vgl. BGer 1P.21/2005 vom 6. Oktober 2005 E. 4.2.; VerwGE B 2009/221 vom 24. August 2010 E. 5.2., a. a. O.).

Auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten entspricht es anerkannter Praxis, dass der Bedarf an Bauland nicht einfach einer im Einzelfall möglicherweise bestehenden subjektiven Nachfrage gleichgesetzt und auf persönliche Baubedürfnisse oder finanzielle Überlegungen abgestützt werden darf (vgl. BGE 117 Ia 434 E. 3f und BGE 116 Ia 328 E. 4b/cc je mit Hinweisen). Das private Interesse des Grundeigentümers, auf seinem Grundstück bauen zu dürfen, hat hinter das öffentliche Interesse an einer geordneten Besiedlung des Landes zurückzutreten (vgl. BGer 1P.343–346/2002 vom 16. Januar 2003 E. 8.3). Andernfalls wäre jede Raumplanung verunmöglicht. Es ist vielmehr gerechtfertigt, diesen Bedarf nach den als Grundlage der Ortsplanung bestimmten Planungszielen zu bemessen. Massgebend sind demnach objektive, übergeordnete, nicht nur auf einzelne Parzellen bezogene Anforderungen, mit der Folge, dass den individuellen Interessen eines jeden einzelnen der betroffenen Grundeigentümer nur in beschränktem Umfang Rechnung getragen werden kann. Ausdehnung und Einteilung der Bauzone sind entsprechend festzulegen (vgl. BGer 1P.650/1999 vom 6. März 2000 E. 5c/aa; BGE 113 Ia 444 E. 4bd).

Nach Art. 89 Abs. 3 der Verfassung des Kantons St.Gallen (sGS 111.1, abgekürzt KV) in Verbindung mit Art. 2 und 7 BauG sind die politischen Gemeinden im Kanton St.Gallen in der Nutzungsplanung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen grundsätzlich autonom (vgl. auch BGer 1C_298/2010 vom 19. Oktober 2010 E. 1). Die Gemeinden dürfen dementsprechend unter den für eine Überbauung geeigneten Gebieten insoweit frei auswählen, als die Festlegung nach sachlichen Kriterien erfolgt und dabei die verschiedenen öffentlichen und privaten Interessen sachgerecht gewichtet werden (vgl. BGE 119 Ia 362 E. 5a). Kommen mehrere Grundstücke für eine Zuweisung in die Bauzone infrage, hat die Gemeinde grundsätzlich freie Wahl. Die Gemeinden verfügen als Planungsträgerinnen im Rahmen des eidgenössischen und kantonalen Rechts und der übergeordneten Planung über einen Ermessensspielraum, innerhalb dessen sie aufgrund politischer Beurteilung frei entscheiden können. Daraus, dass eine Zuweisung eines Grundstücks zur Bauzone zulässig wäre, folgt nicht, dass diese Lösung die einzig rechtmässige ist. In welchen Gebieten die Gemeinde eine Entwicklung begrenzen oder fördern will, ist ein politischer oder Ermessensentscheid, welcher dem Verwaltungsgericht nicht zusteht (vgl. BGer 1P.611/2001 vom 25. Januar 2002 E. 3.7.2, veröffentlicht in: ZBl 104/2003 S. 654 ff., S. 661). Ein solcher politisch geprägter Ermessensentscheid bei ähnlich geeigneten Flächen ist nicht zuletzt auch deshalb erforderlich, weil Art. 15 RPG den Gemeinden die Schaffung überdimensionierter Bauzonen untersagt (vgl. beispielsweise BGE 117 Ia 302 E. 4).

4.4.3. Eine sachgerechte Zonenabgrenzung orientiert sich grundsätzlich an den natürlichen und künstlichen Barrieren im Gelände. Infrage kommen Fluss- und Bachläufe, Hecken, Hügelzüge wie auch Verkehrswege. Schon eine blosser Strasse dient in vielen Fällen als sachgerechte Bauzonenbegrenzung. Aus raumplanerischer Sicht sind vorab optische Gesichtspunkte von Bedeutung, so unter anderem das Verhältnis der Siedlungsfläche zur Landschaftsraumgrösse, die Exponiertheit, die Häufigkeit von Bauten und Anlagen ausserhalb des Siedlungsgebiets oder die Distanz zu Nachbarsiedlungen. Eine zweckmässige Zonenbegrenzung kann sich aber auch aufgrund der Eignung des Bodens für eine landwirtschaftliche Nutzung ergeben, was unter Umständen zu einem unregelmässigen Verlauf der Zonen-grenze führt. Ebenso können Gründe des Landschafts- und Naturschutzes sowie solche der Siedlungsgestaltung ein Ineinandergreifen von Landwirtschafts-, Schutz- und Bauzonen rechtfertigen. Ferner darf auch auf den optimalen Einsatz der Infrastrukturanlagen, die bestehende und geplante Erschliessung durch öffentliche Verkehrsmittel, die Entfernung und Erreichbarkeit von Schulen und Geschäften sowie auf die Immissionsbelastung abgestellt werden. Landwirtschaftliche Gewerbe gehören aufgrund der damit verbundenen Immissionen (richtig wohl Emissionen) grundsätzlich nicht in eine reine Wohnzone. Hingegen liegt im Umstand, dass eine Liegenschaft schon seit Langem nicht mehr landwirtschaftlich genutzt wird, kein ausschlaggebendes Argument dafür, die Parzelle in die Bauzone aufzunehmen (vgl. F. Jost, Grösse und Lage von Bauzonen, Zürich 2000, S. 147 mit Hinweisen).

Die politische Gemeinde Niederhelfenschwil umfasst – neben verschiedenen Weilern – die drei Dörfer Lenggenwil, Zuckenriet und Niederhelfenschwil. Anlässlich des Augenscheins, den die Vorinstanz am 27. Juni 2012 durchführte, erläuterte der Gemeindepräsident von Niederhelfenschwil, Einzonzonen seien in Oberwiesen/Egg, in Walhusen/Zuckenriet, in Lenggenwil und erst dann in Niederhelfenschwil geplant (vgl. act. 8/17). Diese Prioritätenordnung ergibt sich im Wesentlichen aus dem Richtplanteil vom 3. Juni 2004 (vgl. act. 8/13, S. 34 ff.). Dabei ist eine weitere Überbauung westlich des bestehenden Siedlungsgebietes von Niederhelfenschwil zurzeit nicht vorgesehen. Die Richtplanung ist für die mit der Planung beauftragten Organe und Behörden gemäss Art. 5 Abs. 3 BauG wegleitend.

Die bestehende westliche Grenze der Bauzone zwischen Hauptstrasse und Q.-hügel ist unter raumplanerischen Gesichtspunkten ohne Weiteres nachvollziehbar. Einerseits wird sie begrenzt durch die entlang der Höhenlinie verlaufende Q.-strasse, die als künstliche Barriere im Gelände wirkt und das Baugebiet auf der Hügelkuppe vom landwirtschaftlich genutzten Gebiet an dessen Abhängen trennt. Andererseits verläuft die Grenze in Falllinie hinter dem landwirtschaftlichen Betriebszentrum, welches zusammen mit den Gebäulichkeiten auf der anderen Seite der Hauptstrasse im Rahmen des Ortsbildschutzes als Einzelelement erfasst ist (vgl. Inventarblatt der schützenswerten Ortsbilder von kantonaler Bedeutung, E 0.0.31;

abrufbar unter www.sg.ch, Kultur/Denkmalpflege/Ortsbilder ISOS/ISOS und Ortsplanung/Inventarblätter der geschützten Ortsbilder). Im Bericht zur Revision der Richtplanung wird im Zusammenhang mit den Entwicklungsstrategien bei den räumlichen Zielsetzungen im Bereich der Ortsgestaltung die Auszeichnung der Ortseingänge angestrebt (vgl. S. 10, Ziff. 3.3.4). Die Wahrnehmung dieses Ensembles aus Gehöft, Linde und Stallscheune als markanter Eingang zum Ort rechtfertigt einen hinterliegenden Verlauf der Grenze des Baugebietes. Unter diesen Umständen erscheint es sachlich gerechtfertigt, wenn die kommunale Planungsbehörde dem Begehren des Beschwerdeführers, die Einzonung einer in der Ecke von Q.-strasse und in Falllinie verlaufenden Zonengrenze liegenden Fläche von rund 800 Quadratmetern nicht entsprochen hat. Das landwirtschaftliche Grundstück umfasst eine zusammenhängende Fläche von über sieben Hektaren mit einem in der südöstlichen Grundstücksecke gelegenen Betriebszentrum. Dies erlaubt eine landwirtschaftliche Nutzung der gesamten Fläche mit kurzen Bewirtschaftungswegen. Im Übrigen genügt es für die Zuweisung zur Landwirtschaftszone nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Fläche einer extensiven landwirtschaftlichen Nutzung zugänglich, das heisst das Land als Grundlage für die Futtergewinnung geeignet ist (vgl. BGer 1P.21/2005 vom 6. Oktober 2005 E. 5.2.5 mit Hinweisen).

Die Beschwerdebeteiligte hat zudem in der Revision der Richtplanung als räumliche Zielsetzung die Schaffung gut erschlossener, zentrumsnaher Mehrfamilienhauszonen genannt (vgl. Bericht zur Revision der Richtplanung vom 26. September 2005). Mit Blick auf dieses Ziel ist es sachlich nachvollziehbar, dass das Dorf Niederhelfenschwil nicht im Bereich der Zone WE, das heisst gegen Westen, sondern in den östlichen Gebieten, die Zonen mit intensiverer Nutzung zugewiesen sind, ausgedehnt wird (vgl. www.geoportal.ch, Zonenplan, letztmals aufgesucht am 3. Dezember 2013).

4.4.4. Schliesslich darf das Nutzungsplanungsverfahren nicht dazu missbraucht werden, Vorhaben zu realisieren, die einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG nicht zugänglich sind (vgl. VerwGE B 2000/77 vom 26. Oktober 2000 E. 3b mit Hinweisen). Art. 34 Abs. 3 der Raumplanungsverordnung (SR 700.1, abgekürzt RPV) beschränkt Wohnbauten in Landwirtschaftszonen auf den für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlichen Wohnbedarf einschliesslich des Wohnbedarfs der abtretenden Generation. Das Instrument der Zonenplanrevision ist deshalb nicht dazu geschaffen, individuellen Baulandbedarf eines Eigentümers landwirtschaftlichen Landes zu decken. Soweit der Beschwerdeführer eigenen Wohnraumbedarf geltend macht, wäre deshalb vorab zu prüfen, ob entsprechend den raumplanungs- und bodenrechtlichen Vorgaben aufgrund der betrieblichen Verhältnisse ein Anspruch auf Schaffung von Wohnraum im Nichtbaugebiet besteht.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Teilfläche von 800 Quadratmetern des Grundstücks, deren Umteilung der Beschwerdeführer in die Bauzone WE be-

antrag, weder als Baulücke eines weitgehend überbauten Gebietes im Sinn von Art. 15 Ingress lit. a noch als Baulandreserve von der Landwirtschafts- in die Bauzone umzuteilen ist. Die Beschwerde erweist sich deshalb, soweit auf sie eingetreten werden kann, als unbegründet und ist abzuweisen.

17

Art. 37a RPG (SR 700). V.m. Art. 43 f. RPV (SR 700). Zonenfremde gewerbliche Bauten und Anlagen (konkret eine ehemalige Sägerei) ausserhalb Bauzonen können grundsätzlich nicht zu Wohnzwecken (vorliegend als Ferienhaus) umgenutzt werden, selbst wenn damit keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf Raum und Umwelt verbunden sind.

Verwaltungsgericht, August 2013

→ Beim Bundesgericht ist eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hängig (1C_786/2013).

Die Grundstücke Nrn. 000 und 001 befinden sich abgelegen auf rund 900 Metern über Meer am Melser Hinterberg beziehungsweise am Nordhang über dem Talgrund zwischen Mels (480 Meter über Meer) und Flums (450 Meter über Meer). Das Grundstück Nr. 001 ist mit einem 144 Quadratmeter grossen Gebäude, einer ehemaligen Sägerei überbaut. Es wird über die Tilslerstrasse, Gemeindestrasse 2. Klasse, erschlossen. Heute wird es vornehmlich als Ferienhaus genutzt. Knapp 2300 der 3916 Quadratmeter grossen Grundstücksfläche sind bewaldet. Das umliegende Gebiet ist der Landwirtschaftszone, zu einem kleineren Teil dem übrigen Gemeindegebiet zugeteilt. Nach dem kantonalen Richtplan befinden sich die Grundstücke ausserhalb beziehungsweise knapp oberhalb des Streusiedlungsgebiets sowie innerhalb des Gebiets «Lebensraum bedrohter Arten – Schongebiet». Zudem sind sie Teil des Objekts Nr. 1615 «Melser Hinterberg – Flumser Kleinberg» des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN).

1999 reichte der Beschwerdeführer für die Umnutzung des Sägereigebäudes in eine Schnitzereiwerkstatt nachträglich ein Baugesuch ein. Von der Umnutzung in zwei Ferienwohnungen war keine Rede, obwohl er bereits daran war, diese einzubauen. Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation (AREG) verweigerte am 17. April 2004 die Zustimmung zu einer Ausnahmegewilligung für die Wohnnutzung. Der Gemeinderat eröffnete dem Beschwerdeführer am 10. Oktober 2012 zusammen mit einer entsprechenden Teilverfügung des AREG vom 9. Juni 2009 die

Abweisung eines in der Folge eingereichten Gesuches um Unterschutzstellung des Gebäudes sowie die Feststellung, es könne keine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden und das Gebäude müsse zurückgebaut werden. Den dagegen erhobenen Rekurs wies das Baudepartement, soweit es auf ihn eintrat, am 24. Januar 2013 ab. Das Verwaltungsgericht weist die dagegen erhobene Beschwerde in der Sache ab.

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer verlangt, dass die ohne Bewilligung ausgeführten Bauarbeiten und die entsprechende Umnutzung der ehemaligen Sägerei als Ferienhaus nachträglich legalisiert werden.

4.1. Das umstrittene Ferienhaus steht ausserhalb der Bauzone im übrigen Gemeindegebiet. Gemäss Art. 21 des Baugesetzes (sGS 731.1, abgekürzt BauG) sind hier nur Bauten und Anlagen erlaubt, sofern sie auch in der Landwirtschaftszone zulässig sind und die planmässige bauliche Entwicklung nicht stören (vgl. B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 391 f.). Die neue Nutzung als Ferienhaus ist in der Landwirtschaftszone bzw. im übrigen Gemeindegebiet unzulässig. Die entsprechende Umgestaltung des früheren Sägereibetriebs in zwei Ferienwohnungen kann somit nicht ordentlich nach Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG bewilligt werden.

4.2. Ausnahmewilligungen für zonenwidrige Bauten und Anlagen ausserhalb Bauzonen erfolgen nach Art. 24 ff. RPG. Für teilweise Änderungen ist unter Umständen eine Bewilligung nach Art. 24c RPG möglich. Bei der vorliegend vorgenommenen Umnutzung als Ferienhaus kann aber von keiner Wesensgleichheit der ursprünglichen Sägerei bzw. von keiner bloss teilweisen Änderung mehr gesprochen werden. Eine nachträgliche Bewilligung nach Art. 24c RPG kommt daher grundsätzlich nicht infrage (zur erforderlichen Identität der Baute im Sinn von Art. 24c RPG siehe: Waldmann/Hänni, a. a. O., Rz. 18 f. zu Art. 24c RPG). Weitergehende Zweckänderungen können allenfalls in Anwendung der Spezialnorm von Art. 37a RPG bewilligt werden. Diese Bestimmung gehört materiell ebenfalls in den Kontext der Ausnahmewilligung, auch wenn die Sonderbestimmung bei den Schlussbestimmungen des RPG aufgeführt ist. Nach dieser Bestimmung regelt der Bundesrat, unter welchen Voraussetzungen Zweckänderungen gewerblich genutzter Bauten und Anlagen zulässig sind, die vor dem 1. Januar 1980 erstellt wurden oder seither als Folge von Änderungen der Nutzungspläne zonenwidrig geworden sind. Die entsprechenden Voraussetzungen sind in Art. 43 f. RPV festgelegt. Danach können Zweckänderungen und Erweiterungen von zonenwidrig gewordenen gewerblichen Bauten und Anlagen (unter bestimmten weiteren Voraussetzungen) bewilligt werden, wenn sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind (Art. 43 Abs. 1 lit. a RPV). Der Bestandesschutz gilt nicht für Gebäude, die unrechtmässig erstellt oder die seinerzeit zwar rechtmässig erstellt, zu einem späteren Zeitpunkt aber ohne Bewilligung abgeändert worden sind. Art. 37a RPG privilegiert gewerblich genutzte Bauten gegenüber anderen altrechtlichen Bauten ausserhalb der Bauzone insofern,

als damit – im Gegensatz beispielsweise zu Art. 24c Abs. 2 RPG – nicht nur eine teilweise, sondern wie hier auch eine vollständige Zweckänderung zugelassen wird. Der Grund dafür liegt darin, dass der Gesetzgeber bestehenden Gewerbebetrieben ausserhalb der Gewerbezone die nötige Flexibilität für Modernisierungen und Umstrukturierungen einräumen wollte. Damit sollte deren Konkurrenzfähigkeit gesichert und eine Fortführung des Betriebs durch die nächste Generation ermöglicht werden. Art. 37a RPG ist auf bestehende aktive Gewerbebetriebe zugeschnitten und damit Grundlage dafür, dass diese trotz einer allfälligen Zweckänderung weiterhin ausserhalb der Bauzonen als Gewerbe erhalten werden können (BGer 1A.186/2004 vom 12. Mai 2005 E. 5.1 mit Hinweisen).

4.3. Für die Frage, ob im Zeitpunkt der Umnutzung noch ein aktiver Betrieb besteht, kann analog zu Art. 77bis Abs. 1 BauG auf den Zeitpunkt der Einreichung des Umnutzungsgesuchs abgestützt werden. Dabei rechtfertigt es sich, ein solches Gesuch wiederum analog zu Art. 77bis Abs. 1 BauG spätestens fünf Jahre nach Aufgabe der ursprünglichen gewerblichen Nutzung zu verlangen. Vorliegend wurde der Sägereibetrieb spätestens im Jahr 1997 aufgegeben. In der Folge begann ein langwieriges Bewilligungsverfahren, dessen Dauer vor allem darin gründete, dass sich der Beschwerdeführer nicht an die behördlichen Anordnungen hielt, sondern eigenmächtig drauflos baute, auch wenn die Bearbeitungsdauer des nachträglichen Bewilligungsverfahrens durch das AREG tatsächlich ungewöhnlich lange dauerte. Da es sich vorliegend aber um ein Verfahren betreffend nachträgliche Bewilligung handelt, wirkte sich die lange Verfahrensdauer grundsätzlich nicht zu Lasten des Beschwerdeführers aus, vorliegend ist vielmehr das Gegenteil der Fall (siehe E. 6.3.1.). Im Jahr 2002 teilte das AREG dem Gesuchsteller mit, dass die ohne Bewilligung aufgenommene Wohnnutzung nachträglich nicht legalisiert werden könne. Aus diesem Schreiben muss folglich geschlossen werden, dass die erforderliche Fünfjahresfrist eingehalten ist, weshalb Art. 37a RPG hier grundsätzlich zur Anwendung gelangt.

4.4. Konkret steht das nachträgliche Baugesuch des mittlerweile 75-jährigen Beschwerdeführers zur Debatte, womit dieser verlangt, dass sein ohne Bewilligung durchgeführter Umbau bzw. die eigenmächtige Umnutzung der ehemaligen Sägerei in ein Ferienhaus nachträglich legalisiert werde.

4.4.1. Im Kanton St. Gallen ist eine vollständige Zweckänderung einer vorbestehenden, zonenwidrigen gewerblichen Nutzung praxismässig möglich, wenn weiterhin ein (zonenwidriges) Gewerbe geführt wird. Eine komplette Umnutzung der Gewerbebaute in eine zonenwidrige Wohnnutzung dagegen ist nicht zulässig (Baudepartment des Kantons St. Gallen, Juristische Mitteilungen 2000/III Nr. 36, S. 54, abrufbar unter: www.jumi.sg.ch). Das Bundesgericht musste die Frage, ob der Nutzungswechsel eines zonenwidrigen Gewerbebaus in ein zonenwidriges Wohnhaus nach Art. 37a RPG zulässig sei, bis anhin nicht beantworten bzw. konnte diese Frage bisher offen lassen. Im Entscheid, wo das Bundesgericht diese Fragestellung zumindest aufgeworfen hat, handelte es sich um die Änderung eines

Gewerbebetriebs in eine gewerbliche Nebennutzung (Archiv), wobei sich der eigentliche Betrieb, ein Architekturbüro, in der Bauzone befand (BGer 1A.186/2004 vom 12. Mai 2005 E. 5.2). Dr. Peter Karlen, Rechtsanwalt, Zürich, vertrat in seinem Aufsatz «Die Ausnahmegewilligung nach Art. 24–24d RPG – System der neuen Regelung» (ZBI 102/2001, S. 302) die Auffassung, dass die RPG-Bestimmung betreffend Zweckänderung gewerblicher Bauten und Anlagen Umnutzungen von Gewerbebauten zu Wohnzwecken ebenfalls zulasse, etwa die Einrichtung von Wohnungen in einer alten Textilfabrik. Seine Auffassung begründete er aber nicht weiter. R. Muggli setzte sich in Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 12 zu Art. 37a RPG mit dieser Meinung auseinander, kam dabei aber zum gegenteiligen Schluss. Nach ihm schliesst Art. 37a RPG in Verbindung mit Art. 43 RPV eine vollständige Zweckänderung von Gewerbebauten in Wohnbauten nur scheinbar nicht aus, mit der klaren Absicht des Gesetzgebers lasse sich diese Auslegung aber nicht vereinbaren. Bei der Einführung des Art. 37a RPG sei es einzig um den Entwicklungsspielraum bestehender Gewerbebetriebe ausserhalb der Bauzone gegangen und nicht um die Umnutzung funktionslos gewordener Gewerbebauten im Sinn einer Absicherung bzw. Aufwertung von früher getätigten Investitionen. Solche Umnutzungen würden sich ausschliesslich nach dem Grundtatbestand von Art. 24c RPG richten und nicht nach der Sonderregel von Art. 37a RPG.

4.4.2. Der Beschwerdeführer macht an sich zu Recht geltend, dass das Bundesgericht im Entscheid 1A.289/2004 vom 7. Juni 2005 bestätigt hat, dass Art. 37a RPG eine vollständige Zweckänderung zulasse. Zum einen wird diese Tatsache hier aber nicht bestritten und zum anderen ging es im angeführten Entscheid auch nicht um die vorliegend interessierende Fragestellung, ob ein Gewerbebetrieb ausserhalb der Bauzone in ein Wohnhaus umgewandelt werden dürfe. Im zitierten Entscheid hatte das Gericht vielmehr einen vorbestandenen Altautoverwertungsbetrieb zu beurteilen, der durch einen Neubau für eine Werk- und Lagerhalle, einen überdachten Platz für verschiedene Arbeiten sowie einen gedeckten Abstellplatz für Unfallautos und Betriebsfahrzeuge ersetzt werden sollte. Weiter verweist der Beschwerdeführer auf einen Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts (VB.2004.00314 vom 11. November 2004, abrufbar unter: www.vgrzh.ch). Dieses kam dort in E. 3.4 zum Schluss, dass eine vollständige Zweckänderung einer Gewerbebaute in eine Wohnbaute gestützt auf Art. 37a RPG deshalb zulässig sei, weil eine Wohnnutzung in der Regel weniger Auswirkungen auf Raum und Umwelt habe als eine gewerbliche Nutzung, zumindest dann, wenn die Schranken von Art. 43 RPV eingehalten würden.

4.4.3. Ist der Gesetzeswortlaut unklar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, ist dieser auszulegen (Häfelein/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2006, Rz. 214). 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 des Ziels und Zwecks der Rechtsnorm. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (BGE 139 II 173 E. 2.1 mit Hinweisen).

4.4.4. Art. 37a RPG bezweckt, den sich ausserhalb der Bauzonen befindlichen Gewerbebetrieben jene Umstrukturierungen und Strukturbereinigungen zu ermöglichen, die zwecks Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit erforderlich sind, ohne dass dafür verpönte Kleinbauzonen geschaffen werden müssen (Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung, S. 47, abrufbar unter: www.are.admin.ch; VLP-ASPAN, Raum und Umwelt September Nr. 5/07). Mit Art. 37a RPG sollen bestehende aktive Gewerbebetriebe ausserhalb der Bauzone erhalten und insbesondere eine Fortführung des Betriebs durch die nächste Generation ermöglicht werden (BGer 1A.186/2004 vom 12. Mai 2005 E. 5.1). Geschützt werden soll also die gewerbliche Nutzung an sich und nicht deren zonenwidrigen Gebäude und Anlagen. Art. 37a RPG hat mit anderen Worten nicht zum Ziel, überflüssig gewordene Gewerbebauten ausserhalb der Bauzone zu erhalten. Es liesse sich denn auch nicht rechtfertigen, dass vor dem für Art. 24c RPG massgeblichen Stichtag vom 1. Juli 1972 rechtmässig erstellte Wohnbauten bloss teilweise geändert werden dürfen (Waldmann/Hänni, Kommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Rz. 3 zu Art. 37a RPG) – das gleiche gilt nach dem neuen Art. 24d RPG auch für landwirtschaftliche Wohnbauten, deren zonenkonforme Nutzung nach dem genannten Stichtag aufgegeben wurde –, während ehemalige Gewerbebauten, die am 1. Januar 1980 vorbestanden haben, vollständig zu reinen Wohnzwecken umgenutzt werden können sollten. Für eine solche Privilegierung von zonenwidrigen Gewerbebauten gibt es keinen Grund. Sollen zonenwidrige Gewerbebauten und Anlagen nicht mehr anders gewerblich (oder neu landwirtschaftlich) genutzt werden, sind die nutzlos gewordenen Bauten und Anlagen im Nichtbaugebiet grundsätzlich wieder zu entfernen. Alles andere stünde im Widerspruch mit den zentralen Planungsgrundsätzen, dass Bau- und Nichtbaugebiet zu trennen und der Boden haushälterisch zu nutzen ist (Art. 75 Abs. 1 der Bundesverfassung, SR 101; Art. 1 Abs. 1 RPG).

4.4.5. Der Begriff des Gewerbes im Sinn der Planungs- und Bauvorschriften deckt sich nicht mit dem Gewerbebegriff der Wirtschaftsfreiheit. So gelten Büros regelmässig nicht als Gewerbe im Sinn der Zonenordnung. Abgrenzungsmerkmal ist das abstrakte Störpotenzial des Betriebstyps (P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Auflage, Bern 2008, S. 165). Das Baugesetz teilt Gewerbebetriebe in nichtstörend und mässig störend ein. Damit ist ein Betrieb je nach Emission in der reinen Wohn- oder in der Wohn-Gewerbe-Zone konform (Art. 11 f. BauG). Mit Art. 37a RPG sollen ausserhalb der Bauzone zonenwidrige ge-

werbliche Betriebe (gemäss Duden die Gesamtheit der produzierenden kleinen und mittleren [Handels]Unternehmen) gegenüber der zonenwidrigen Wohnnutzung privilegiert werden. Somit spielt es keine Rolle, ob die Wohnnutzung ebenfalls kommerziell bzw. in diesem Sinn «gewerblich» betrieben wird oder nicht. Der Nutzungszweck einer Ferienwohnung ist der gleiche wie bei einer dauerhaft vermieteten Wohnung. Die Wohnnutzung gehört grundsätzlich in eine Zone, die für Wohnzwecke vorgesehen ist. Im Kanton St.Gallen sind das grundsätzlich die reine oder gemischte Wohnzone bzw. die Kernzone gemäss Art. 11, Art. 12 und Art. 15 BauG. Ferienwohnungen können somit unabhängig von ihrem wirtschaftlichen Zweck, ob sie selber genutzt oder vermietet werden, grundsätzlich nicht nach Art. 37a RPG bewilligt werden. Demnach ist das vom Zürcher Verwaltungsgericht herangezogene Kriterium gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. b RPV nicht massgebend für die Frage, ob die vollständige Zweckänderung eines vorbestandenen Gewerbebetriebs in ein Wohnhaus wesentliche neue Auswirkungen auf Raum und Umwelt bewirke oder nicht. Mit Art. 43 Abs. 1 lit. b RPV wird nur der Grundsatz «Gewerbe bleibt Gewerbe» insofern relativiert, als damit sichergestellt werden soll, dass der neue Gewerbebetrieb keine wesentlichen Mehrbelastungen für Raum und Umwelt bewirke (vgl. VLP-ASPAN, a. a. O., S. 8). Dieses Merkmal ist lediglich Richtschnur für das Ausmass der neuen gewerblichen Nutzung und nicht etwa Kriterium für die Art einer neuen Nutzung.

4.4.6. Aus dem Gesagten folgt, dass zonenfremde gewerbliche Bauten und Anlagen ausserhalb Bauzonen grundsätzlich nicht zu Wohnzwecken umgenutzt werden können, selbst wenn damit keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf Raum und Umwelt verbunden sind. Damit können die vorliegend ohne Baubewilligung durchgeführten Umbauten bzw. die Umnutzung der ehemaligen Sägerei als Ferienhaus nicht in Anwendung von Art. 37a RPG in Verbindung mit Art. 43 f. RPV nachträglich bewilligt werden.

5. Gemäss Richtplan des Kantons St.Gallen liegt die ehemalige Sägerei entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers weder im Streusiedlungsgebiet noch in dessen «Unschärfbereich». Eine Bewilligung nach Art. 39 Abs. 1 RPV käme daher selbst dann nicht infrage, wenn das Ferienhaus ganzjährig bewohnt würde. Dass das Ferienhaus als landschaftsprägend geschützte Baute nach Art. 39 Abs. 2 RPV zu bewilligen sei, macht der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend. Im Übrigen ist die Baute, nachdem der Beschwerdeführer die Substanz der ehemaligen Sägerei eigenmächtig unwiederbringlich zerstört hat, an sich nicht mehr erhaltenswert.

18

Art.18 und Art.69 Abs.2 BauG (sGS731.1). Die Erstellung eines Hochhauses mit Kongress- und Konferenzräumen samt Foyer für 700 bis 1100 Personen, einem von einer internationalen Hotelkette betriebenen Hotel mit 158 Hotelzimmern und einer Skylounge im 15. Obergeschoss für spezielle Anlässe beziehungsweise einem multifunktionalen Event- und Seminarraum der Olma Messen ist mit dem Zweck der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen nicht vereinbar und der Gestaltungsplan, welcher dies vorsieht, deshalb rechtswidrig. Zudem verletzt das geplante Hochhaus die Schattenregelung nach Baugesetz.

Verwaltungsgericht, 12. Mai 2013

Die Politische Gemeinde St.Gallen ist Eigentümerin des 3296 Quadratmeter grossen, in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen liegenden Grundstücks Nr.C3979, Grundbuch St.Gallen. Zugunsten der Genossenschaft Olma Messen St.Gallen besteht ein unentgeltliches selbstständiges und dauerndes Baurecht (Nr.4669). Der Baurechtsnehmerin wird damit bis zum Jahr 2062 die Befugnis eingeräumt, auf dem Baugrundstück alle im Rahmen ihrer Bedürfnisse notwendigen ober- und unterirdischen Bauten und Anlagen zu erstellen, beizubehalten und zu erneuern, das belastete Grundstück für alle Zwecke zu nutzen, die im Rahmen ihrer Statuten liegen, und darauf sämtliche anderen Aktivitäten auszuüben, die in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zulässig sind. Seit dem Brand der ehemaligen Degustationshalle 7 im Jahr 2000 wird das Grundstück in erster Linie als Parkplatz genutzt. Der Gestaltungsplan «Olma-Kongress- und Konferenzgebäude mit Hotel» sieht auf dem Grundstück den Bau des «Conference Center 6» mit einem durchgehenden, etwa 20 Meter hohen Sockelbau, der die Traufhöhe der umliegenden Gebäude übernimmt, und einem darauf aufgesetzten Turm von weiteren 40 Metern vor. Nachdem der Stadtrat die gegen den Gestaltungsplan erhobenen Einsprachen am 24. Mai 2011 abgewiesen hatte, erliess das Stadtparlament den Plan mit besonderen Vorschriften am 5. Juli 2011. Das Baudepartement hiess die gegen den Einspracheentscheid erhobenen Rekurse am 7. Juni 2012 gut. Das Verwaltungsgericht weist die von der Politischen Gemeinde St.Gallen und der Genossenschaft Olma Messen St.Gallen erhobenen Beschwerden ab.

Aus den Erwägungen:

5. Zentrale Bauvoraussetzung ist, dass Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG). Die Zonenkonformität zeigt sich anhand des Nutzungsplans und der zugehörigen Nutzungsvorschriften. Der Zweck der Nutzungszonen ergibt sich dabei abstrakt aus der Umschreibung der Zonenarten (Art. 11 ff. BauG). Die Zonenkonformität im Sinne des Bundesrechts setzt einen funk-

tionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck voraus (vgl. GVP 2000 Nr. 17; Heer, a. a. O., Rz. 360). Die Beurteilung, ob ein Bauvorhaben dem Zweck der Zone entspricht, beurteilt sich, insbesondere auch auf das zulässige Immissionsmass bezogen, rein abstrakt, das heisst losgelöst von den konkreten Verhältnissen und Einwirkungen in der Nachbarschaft (VerwGE B 2009/71 und 72 vom 18. März 2010 E. 3.1. mit Hinweis, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch).

5.1. Die zonenmässige Grundordnung kann mit Sondernutzungsplänen weitergeführt und differenziert werden (Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N13 zu Art. 14 RPG). Während mit einem Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften von den allgemeinen Zonenvorschriften nur insoweit abgewichen werden kann, als damit die Zweckbestimmung der Zone gewahrt bleibt (Art. 23 lit. b BauG), ermöglicht der Gestaltungsplan, mit Zustimmung aller bzw. einer qualifizierten Mehrheit der Grundeigentümer, vom Zonenplan abzuweichen (Art. 28 Abs. 1 und 2 BauG). Dies ist jedenfalls soweit möglich, als sich die Abweichungen an den vorgegebenen Rahmen der Grundordnung halten. Nicht zulässig wären demnach Gestaltungspläne, die für ein grösseres Gebiet insgesamt eine Überbauung anstreben, die nur in einer anderen Zonenart oder in einer höheren Bauklasse statthaft wären (GVP 1997 Nr. 69 S. 149 f.). Das Bundesgericht hat kürzlich in einem Entscheid den Kanton St. Gallen betreffend unter Hinweis auf Waldmann/Hänni (a. a. O., N13 zu Art. 14 RPG) ausgeführt, dass ein Sondernutzungsplan, der für ein grösseres Gebiet insgesamt eine Überbauung ermögliche, die ansonsten nur in einer anderen Zonenart oder in einer höheren Bauklasse möglich sei, besonders begründet sein müsse (BGer 1C_429/2012 vom 15. April 2013 E. 6.2 f.). Damit wird aber der St. Galler Gesetzgebung insofern nicht Rechnung getragen, als nach der kantonalen Regelung Sondernutzungspläne zwar wie sämtliche Planerlasse öffentlich aufgelegt werden müssen (Art. 29 Abs. 1 BauG), anders als der Zonenplan und das Baureglement aber nicht dem fakultativen Referendum unterstehen (Art. 30 Abs. 1 BauG). Aus diesem Grund kann im Kanton St. Gallen mit einem Sondernutzungsplan vom Zonenzweck nicht abgewichen werden. Abweichungen von der Regelbauweise sind nur innerhalb des durch die Zonenart vorgegebenen Rahmens der Grundordnung möglich. Dies gilt nicht nur für Überbauungspläne mit besonderen Vorschriften, wie es in Art. 23 lit. b BauG ausdrücklich festgehalten ist, sondern auch für Gestaltungspläne. Im Kanton St. Gallen haben sich Sondernutzungspläne, die nicht dem fakultativen Referendum unterstehen, generell an die Grenze der materiellen Zonenplanänderung zu halten, da ansonsten die Referendumpflicht für den Zonenplan und das Baureglement nach Art. 30 Abs. 1 BauG umgangen und damit verletzt würde (GVP 2003 Nr. 19 S. 73; VerwGE B 2011/53 vom 14. Februar 2012 E. 3.3. und 4.1.2.; VerwGE B 2011/182 vom 3. Juli 2012 E. 4.1. und 5.5.1. VerwGE B 2009/111 vom 24. August 2010 E. 4, alle abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch).

5.2. Konkret soll in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen eine Überbauung mit einem Hochhaus mit Kongress- und Konferenzräumen samt Foyer für 700

bis 1100 Personen, 158 Hotelzimmern und einer Skylounge im 15. Obergeschoss für spezielle Anlässe bzw. einem multifunktionalen Event- und Seminarraum der Olma Messen realisiert werden. Das Hotel soll von der Hotelkette Holiday Inn betrieben werden.

5.2.1. Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid zum Schluss gekommen, dass die Förderung des Kongress- und Konferenztourismus im öffentlichen Interesse liege, weshalb der diesem Zweck dienende Neubau zonenkonform sei. Die im gleichen Gebäude geplante Hotelnutzung erweise sich dabei als der Hauptnutzung funktional zudienende und flächenmässig untergeordnete Nebennutzung, womit sie ebenfalls als zonenkonform gelte.

5.2.2. Die Beschwerdegegnerinnen bestreiten diese Beurteilung. Weder die Durchführung von verschiedenartigen Konferenzen und Kongressen, noch der Betrieb eines Hotels sei eine öffentliche Aufgabe. Über das ganze Jahr gerechnet erweise sich die zonenwidrige Hotelnutzung als überwiegend, auch wenn der Hotelbetrieb weniger Fläche beanspruche als die Kongressnutzung. Die Beschwerdegegnerin 1 bestreitet jedoch auch letzteres. Die Tiefgarage mit ihren 99 Parkplätzen müsse zwingend überwiegend dem Hotel und nicht den Kongressräumen zugeteilt werden. Das Gleiche gelte für das Treppenhaus und die Lifтанlage. Das Hotel beanspruche schliesslich von den 17 oberirdischen Geschossen zehn Stockwerke. Es gehe deshalb nicht an, dass diese Flächen für die Erschliessung ebenfalls mehrheitlich der Kongressnutzung zugerechnet würden.

5.2.3. Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen sind nach Art. 18 BauG für bestehende und künftige öffentliche Bauten und Anlagen bestimmt. Entsprechend dem Zonenzweck müssen Bauten oder Anlagen, damit sie sich in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen als zonenkonform erweisen, im öffentlichen Interesse liegen und öffentliche Bedürfnisse befriedigen. Sie haben der Allgemeinheit zu dienen und nicht nur einem privilegierten, bestimmt eingegrenzten Personenkreis. Öffentliche Bauten und Anlagen dienen dem Gemeinwesen unmittelbar durch ihren Gebrauchswert als Verwaltungsvermögen oder als Sachen im Gemeingebrauch, wie Verwaltungsgebäude, Schulhäuser, Spitäler, Gefängnisse oder Asylunterkünfte. Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse helfen im weiteren Sinn Aufgaben des modernen Leistungs- und Sozialstaats wahrzunehmen. Dazu gehören Park- oder Sportanlagen, wie Schwimmbäder, Tennisplätze, ein Pfadihaus oder Alterswohnungen (Waldmann/Hänni, a. a. O., Rz. 50 zu Art. 3 RPG).

5.2.4. Private Bauten mit beschränktem oder geschlossenem Benutzerkreis widersprechen demnach dem Zonenzweck und fallen als öffentliche Bauten oder Anlagen grundsätzlich ausser Betracht. Die Praxis lässt allerdings private Nebennutzungen einer öffentlichen Anlage zu, sofern sie betriebsnotwendig sind oder sonst mit letzterer in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang stehen. Als zonenwidrig wurde dagegen ein Einkaufszentrum befunden, das als Nebenbetrieb für eine Kunstseilbahn geplant wurde, für welche die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen ursprünglich errichtet worden war (Waldmann/Hänni, a. a. O., Rz. 49

zu Art. 22 RPG). Nebenanlagen müssen dem Betrieb der öffentlichen Hauptnutzung dienen, wie zum Beispiel ein Personalrestaurant einer Klinik. In diesem Fall steht dem Zonenzweck nicht entgegen, dass in der Spitalmensa neben dem Spitalpersonal und Patienten auch Besucher bewirtet werden, zumal konkret die beschränkten Öffnungszeiten bis 19 Uhr zum einen und der Andrang zu den Hauptmahlzeiten durch das Spitalpersonal zum anderen keine zufriedenstellende Verpflegung von anderen Personen zulässt. Das Gesagte gilt jedenfalls solange, als die private Nebennutzung keine eigenständige Bedeutung erlangt. Wann die Grenze erreicht ist, hängt von verschiedenen Faktoren im Einzelfall ab. Ausschlaggebend können das Ausmass der Immissionen oder das Grössenverhältnis der von der Nebennutzung beanspruchten Fläche zur Zone für öffentliche Bauten und Anlagen in ihrer Gesamtheit sein (D. Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Diss. Zürich 2000, S. 128).

5.2.5. Eine Nutzung bzw. ein Bauvorhaben entspricht nicht nur dann der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, wenn die Baute oder Anlage im Eigentum des Gemeinwesens steht. Vielmehr ist auch eine private Trägerschaft denkbar (Heer, a. a. O., Rz. 387; VerwGE B 2006/32 vom 8. Juni 2006 E. 3.a, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch; Gsponer, a. a. O., S. 39 ff. und S. 44 ff.). Für die Frage der Zonenkonformität ist weder die eigentumsmäßige Zugehörigkeit der Sache noch die Grösse ihres Benutzerkreises, sondern allein ihre Zweckbestimmung massgebend. Somit ist auch eine Baute mit einem beschränkten Benutzerkreis in dieser Zone zulässig, sofern sie im Dienst einer öffentlichen Aufgabe steht. Aus diesem Grund kann eine Schulsportanlage neben Unterrichtszwecken auch noch für gewisse Zeit ausschliesslich für die Mitglieder eines privaten Vereins zur Verfügung stehen. Ebenfalls möglich in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen sind Altersheime, auch wenn in dieser Institution wesensmässig einzelne Nutzniesser zeitweilig die Sache in ausschliesslicher Weise nutzen können (Gsponer, a. a. O., S. 28). Das Gleiche gilt beispielsweise für Schrebergärten, obgleich sie nicht für alle zugänglich sind (Waldmann/Hänni, a. a. O., Rz. 50 zu Art. 3 RPG).

5.3. Bei Tagungen und Kongressen handelt es sich um Zusammenkünfte von Personen, die in einem speziellen Themenbereich arbeiten. Beide Begriffe werden häufig synonym verwendet; Kongresse sind mehrtägige Veranstaltungen mit zahlreichen Teilnehmern, während die Tagung dem Namen entsprechend meist eintägig ist und einen kleineren Teilnehmerkreis hat. Solche Veranstaltungen werden vornehmlich zu Aus- und Fortbildungszwecken und zum Wissensaustausch durchgeführt, womit der Nutzungszweck im öffentlichen Interesse liegt. Daran ändert nichts, dass solche Anlässe auch von privaten Veranstaltern durchgeführt und die Konferenzräume somit hin und wieder auch zu rein privaten Zwecken gebucht werden. Insgesamt sind Kongresshäuser wie Kultureinrichtungen, Theater und Konzerthäuser aufgrund ihrer Bestimmung auf ein breites Publikum ausgerichtet und allen öffentlich zugänglich. Damit entsprechen sie dem Zweck der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, wie dies auch für Mehrzweckhallen gilt,

die verschiedensten Zwecken, von Sportveranstaltungen bis hin zu Gemeindeversammlungen, Kongressen und rein privaten Anlässen, dienstbar sind (vgl. Gsponer, a. a. O., S.72).

5.4. Unbestritten ist, dass ein eigentlicher Hotelleriebetrieb in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zonenwidrig ist.

5.4.1. Nach Art. 2 der besonderen Vorschriften zum vorliegenden Gestaltungsplan (nachfolgend: besV) bezweckt dieser die Realisierung einer städtebaulich und architektonisch vorzüglichen Lösung für ein Kongress- und Konferenzgebäude der Olma Messen St.Gallen mit ergänzender Hotelnutzung. Es fragt sich also, ob sich die an sich zonenfremde Hotelnutzung im vorliegenden Fall gemessen an den konkreten Umständen im Rahmen eines Gestaltungsplans begründen lässt. Gemäss Beilageplänen, die Bestandteil des Gestaltungsplans bilden (Art. 1 Abs. 2 besV), soll das Eingangsgeschoss dem gemeinsamen Zugang von Kongress, Konferenz sowie Hotelbetrieb dienen, die oberen Geschosse des Sockelbaus beinhalten die Räume für den Kongress- und Konferenzbetrieb sowie einige Büros der Olma Messen. Im Turm sind die Hotelzimmer einschliesslich Nebenräumen untergebracht, im obersten, überhöhten Geschoss befindet sich die Skylounge. Gemäss Nutzungsfächennachweis im Planungsbericht sind von den insgesamt gut 16 470 m² Nutzfläche 5857 m² eindeutig der Kongress- und Konferenznutzung durch die Olma Genossenschaft sowie 4776 m² der Alleinnutzung durch den Hotelbetrieb zuzuweisen. Nach Verteilung der nicht eindeutig einer der beiden Nutzungen zurechenbaren Flächen von 5834 m² – die Flächen in der Tiefgarage sowie die Zugänge und Erschliessungsanlagen – im Verhältnis der Alleinnutzungen ergibt sich, dass die Kongress- und Konferenznutzung rund 55 Prozent der verfügbaren Nutzflächen belegt, womit der Hotelnutzung ein Anteil von knapp 45 Prozent angerechnet werden muss. Damit halten sich die beiden Nutzungen flächenmässig etwa die Waage. Auf die beantragte Expertise betreffend Nutzungsfächennachweis kann somit verzichtet werden, weil es keine Rolle spielt, ob der Hotelnutzung tatsächlich nur rund die Hälfte oder allenfalls etwas mehr von der nicht eindeutig zuzuweisenden Fläche angerechnet werden muss.

5.4.2. Die Beschwerdegegnerin 1 rügt, die vorgesehene Hotelbetreiberin sei an sich schon ungeeignet dafür, den Bedarf von Kongressteilnehmern abzudecken, weil im Konferenztourismus im internationalen Vergleich Viersternhotels die einzig übliche Kategorie seien. Die Einschätzung der Nachfrage nach Hotelzimmern durch Kongressteilnehmer und die Bereitstellung des entsprechenden Angebots ist alleinige Sache der Projektantin. Es ist nicht Sache des Gerichts, diesen unternehmerischen Entscheid zu überprüfen.

5.4.3. Das Verwaltungsgericht hat in einem ähnlichen Fall entschieden, dass das Tagungshotel des Weiterbildungszentrums Holzweid in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zulässig sei (VerwGE B 2006/32 vom 8. Juni 2006 E. 3 b aa, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch). Es erwog dabei, dass der Hotelleriebetrieb auf dem Campusgelände deshalb einer zulässigen öffentlichen Nebennutzung

entspreche, weil es sich hier um eine reine Nebeneinrichtung des Weiterbildungszentrums handle und der Hotellerie damit in Bezug auf die universitären Kernaufgaben eine bloss zudienende Funktion zukomme.

Der entscheidende Unterschied zum geplanten Hotel auf dem Olma-Areal besteht darin, dass ersteres nur im Zusammenhang mit dem Bildungsangebot der Universität und des Weiterbildungszentrums gebucht werden kann. Auf dem Campusgelände können einzig Besucher einer Veranstaltung der Universität St.Gallen übernachten, nicht aber Dritte (www.unisg.ch/de/Weiterbildung/ZentrumUndUnterkunft). Dementsprechend ist auch das Tagungshotel der Universität einzig auf Teilnehmer solcher Weiterbildungsveranstaltungen zugeschnitten. Dies zeigt sich unter anderem darin, dass in diesem Hotel bewusst auf ein Fernsehgerät in den Zimmern verzichtet wurde, damit sich die Weiterbildungsteilnehmer am Abend in der Lounge im Eingangsbereich des Gebäudes treffen, wo Gedanken ausgetauscht und Kontakte gepflegt werden sollen (www.unisg.ch/de/Weiterbildung/ZentrumUndUnterkunft/Übernachten/Zimmerpreise).

5.4.4. Aus dem Gesagten folgt, dass das Hotellerieangebot des Weiterbildungszentrums Holzweid mit dem auf dem Olma-Gelände geplanten Hotel nicht vergleichbar ist. Das Urteil vom 8. Juni 2006 betreffend Erweiterung des Zentrums um das Campusgebäude kann somit für den vorliegenden Fall nicht als Präjudiz herangezogen werden. Anders als beim Hotel auf dem Campusgelände können die 158 Hotelzimmer im Conference Center 6 wie bei jedem Hotel von jedermann, insbesondere auch von Gästen ausserhalb des Kongress- und Messebetriebs der Genossenschaft Olma Messen gebucht werden. Dies ist auch nötig, da ansonsten das für St.Galler Verhältnisse grosse Hotel einzig im Zusammenhang mit dem Messe- und Konferenzbetrieb von Vornherein nicht wirtschaftlich betrieben werden könnte. Im Jahr 2012 beispielsweise fanden auf dem Olma-Gelände total 13 Messen statt, davon neun Eigenveranstaltungen und vier Gastmessen und etwa 100 weitere Veranstaltungen wie Kongresse, Versammlungen und Konzerte. Dazu kam der zusammen mit der Stadt St.Gallen durchgeführte Energiekongress für nachhaltige Produktion und Nutzung von Energie. Turnusgemäss fehlten zwar einige grosse Medizinkongresse, namentlich der internationale Brustkrebskongress (Bilanz-Medienorientierung der Olma Messen St.Gallen vom 21. März 2013, www.olmamessen.ch). Letzterer hat in diesem Jahr aber ohnehin vorderhand zum letzten Mal in St.Gallen stattgefunden. Gemäss Aussage des Präsidenten der Stiftung St.Gallen Oncology Conferences liegt der Grund dafür in erster Linie in den fehlenden Hotelzimmern in der Region (www.nzz.ch/aktuell/schweiz/brustkrebskongress-2015-inwienstattinstgallen-1.17656860), wobei dieses Problem mit dem Olma-Hotel allein noch nicht gelöst wäre.

Allein mit Hotelgästen aus dem Messe- und Konferenzbereich könnte das geplante Hotel mit 158 Zimmern folglich nicht während des ganzen Jahres betrieben werden. Das Olma-Hotel müsste über das ganze Jahr gesehen vielmehr zu einem wesentlichen Teil von Gästen ausserhalb des Messe- und Kongressbetriebs frequentiert werden, womit bei der vorliegenden Hotellerie anders als beim Tagungs-

hotel auf dem Campusgelände von keiner untergeordneten Nebennutzung gesprochen werden kann. Damit handelt es sich um ein ganz gewöhnliches Hotel, das von seiner Nutzungsart, seiner Grösse und seinen Immissionen her in eine Wohn-Gewerbe-, Kern- oder allenfalls Kurzzone gehört (Art. 10 BauG). Daran vermag auch nichts zu ändern, dass das Hotel für die Genossenschaft Olma Messen St.Gallen beim angestrebten Ausbau der Sparte Congressevents nützlich oder sogar zwingend erforderlich ist.

5.4.5. Aus dem Gesagten folgt, dass sich das dem umstrittenen Gestaltungsplan zugrunde liegende Bauvorhaben wegen der vorgesehenen eigenständigen Hotellerie insgesamt als nicht zonenkonform erweist.

6. Der angefochtene Gestaltungsplan bildet die planerische Grundlage und Voraussetzung für die bauliche Realisierung des Conference Centers 6 als Hochhaus im Sinn von Art. 69 Abs. 1 BauG. Bei der Parzellenfläche von 3296,3 m² und einer geplanten anrechenbaren Bruttogeschossfläche von 10 215 m² ergibt sich eine Ausnützungsziffer von 3,1. Der Gebäudekomplex soll drei Unter-, ein Erd- und 16 Obergeschosse (inklusive oberstes Geschoss für die Technik der Skylounge) aufweisen bzw. über 60 m hoch werden. Als solches darf es ausserhalb von Industriezonen nur aufgrund von Überbauungs- oder Gestaltungsplänen bewilligt werden (Art. 69 Abs. 5 BauG). Konkret liegt ein Gestaltungsplan vor.

6.1. Nach Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG gewährleistet das kantonale Recht die volle Überprüfung von Nutzungsplänen durch wenigstens eine Beschwerdebehörde. Der Anspruch umfasst neben der Rechts- und Sachverhaltskontrolle auch die Ermessensüberprüfung (BGE 127 II 242; BGE 118 Ib 397). Diese Funktion ist im kantonalen Recht dem Rekursverfahren vor dem Baudepartement zugeordnet (Art. 46 Abs. 1 VRP). Hält sich die politische Gemeinde an die erwähnten Schranken, wahrt dieses den nötigen Ermessensspielraum der Planungsbehörde bei der Orts- und Regionalplanung (Art. 3 Abs. 2 BauG). Demgegenüber ist die Kognition des Verwaltungsgerichts bei der Überprüfung der Nutzungsplanung beschränkt, und es ist lediglich zur Rechtskontrolle befugt (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Liegt ein Entscheid noch innerhalb des Ermessensspielraums bzw. wurden die Verfassungsprinzipien sowie der Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung beachtet, ist noch keine Rechtsverletzung gegeben, selbst wenn das Ermessen unzumutbar gehandhabt wurde (VerwGE B 2010/227 und 228 vom 6. Juli 2011 E. 3.1., abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch).

6.2. Nach Art. 28 Abs. 1 BauG kann die politische Gemeinde zur Erreichung einer Gesamtüberbauung mit städtebaulich vorzüglicher Gestaltung mit schriftlicher Zustimmung der Grundeigentümer im Plangebiet Gestaltungspläne erlassen, welche die Überbauung projektmässig bis in Einzelheiten, beispielsweise durch Festlegung des Grundrisses, regeln. Auch wenn der Gestaltungsplan damit eine einlässliche Regelung der vorgesehenen Überbauung trifft und damit die Bodennutzung noch eingehender regelt als beispielsweise der Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften nach Art. 23 lit. b BauG, darf er nicht derart konkret ausfallen,

dass für die Erarbeitung eines Bauprojekts kein oder kein wesentlicher Spielraum mehr bleibt (Heer, a. a. O., Rz.152). Denn anders als die Baubewilligung nach Art. 87 BauG hat der Gestaltungsplan kein bis ins Detail festgelegtes Bauprojekt zum Inhalt, sondern erweitert einzig den rechtlichen Rahmen für eine städtebaulich vorzüglich gestaltete Überbauung.

6.2.1. Da die Vorschriften der Regelbauweise nach Art. 9 Abs. 1 BauG Bestandteil der Zonenordnung sind, kann wie in Erwägung 5.1. bereits gesagt von der in der Bauordnung enthaltenen Regelbauweise einer bestimmten Zone abgewichen werden. Die Grenze der zulässigen Abweichungen ergibt sich dabei einerseits aus dem Erfordernis der städtebaulich vorzüglichen Gestaltung und dem damit verbundenen öffentlichen Interesse, andererseits dem Erfordernis der Wahrung berechtigter Nachbarinteressen. Abweichungen sind mit anderen Worten nur in dem Masse zulässig, als sie zur Erreichung einer Gesamtüberbauung mit vorzüglicher Gestaltung nötig sind und die Interessen der Nachbarn nicht erheblich beeinträchtigen. Massgebend ist dabei eine Gesamtbeurteilung der Auswirkungen einer Überbauung nach Gestaltungsplan.

6.2.2. Bei besonderen örtlichen Verhältnissen wird die von Art. 28 Abs. 1 BauG geforderte städtebaulich vorzügliche Gestaltung erreicht, wenn die in Art. 1 und 3 RPG enthaltenen Planungsziele und -grundsätze so weit eingehalten werden, als dies nach den konkreten örtlichen Verhältnissen möglich ist. Liegen keine besonderen örtlichen Verhältnisse vor, zeichnet sich eine städtebaulich vorzügliche Gestaltung durch spezifische Vorzüge gegenüber der Regelbauweise aus; diese Vorzüge sind ebenso nach den Zielen und Grundsätzen des RPG zu bewerten (VerwGE B 2011/53 vom 14. Februar 2012 E. 4.1.1., abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch). Beim Bau eines Hochhauses ist im Speziellen zu beachten, dass der Standort dafür besonders geeignet sein muss. Weiter wird verlangt, dass die architektonische Gestaltung der Grösse des Bauvorhabens entspricht (Art. 69 Abs. 1 BauG). Die dritte Voraussetzung bei Hochhäusern, dass die Interessen der Nachbarn nicht übermässig beeinträchtigt werden dürfen, konkretisiert sich insbesondere in der Schattenregelung gemäss Art. 69 Abs. 3 BauG.

6.3. Die Voraussetzung des besonders geeigneten Standorts ist als unbestimmter Gesetzes- bzw. Rechtsbegriff umschrieben, der, wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat, von der zuständigen Behörde konkretisiert werden muss (Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 26 Rz. 25 und 28; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 428c). 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 (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 724). Die Auslegung wird als Rechtsfrage angesehen, weshalb das in der Kognition grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht befugt ist, die Konkretisierung bzw. Auslegung

durch die Vorinstanz frei zu überprüfen. Dabei beachtet das Verwaltungsgericht, dass es nicht den ganzen Bereich des Beurteilungsspielraums, der bei einem unbestimmten Rechtsbegriff gegeben ist, voll überprüfen soll, wenn die Verwaltungsbehörde zur Beurteilung der konkreten Umstände besser geeignet ist als das Gericht; dies trifft insbesondere dann zu, wenn die örtlichen Verhältnisse besonders wichtig, die aufgeworfenen Fragen technischer Natur oder die Verwaltungsbehörden den tatsächlichen Verhältnissen näherstehen oder damit vertrauter sind (VerwGE B 2011/53 vom 14. Februar 2012 E. 3.2. mit Hinweisen, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch).

6.4. Die Planungsbehörde weist in Ziff. 8 ihres Planungsberichts zum Gestaltungsplan darauf hin, dass die Studie «Hochhausstandorte & Entwicklungsgebiete» den vorliegenden Standort nicht erwähne. Ihrer Ansicht nach ist dies aber insofern auch nicht von Belang, als diese Studie bloss eine Planungsgrundlage für die Verwaltung darstelle und keinerlei Verbindlichkeit für die weitergehende Planung auf höherer Stufe habe, wozu die Sondernutzungspläne gehörten. Der ausgewählte Standort rechtfertige sich für den Bau eines Hochhauses aufgrund der überörtlichen Bedeutung der Olma Messen allgemein und eines Kongress- und Konferenzgebäudes im Speziellen. Betrieblich könne dieses eigenständig als öffentliches Gebäude funktionieren, aber auch im Zusammenspiel mit den anderen Faszilitäten der Messe. Der Neubau sei daher ein eigentlicher Hybrid. Unter Ziff. 8 des Planungsberichts wird die städtebauliche Positionierung und Einpassung aufgezeigt, die anhand eines Planausschnitts weiter visualisiert werden. Demnach steht der Neubau eigenständig im Quartier ausserhalb des Messeareals, allerdings so, dass sich die beiden Eingänge direkt gegenüber befinden, womit sie zusammen gelesen werden können. Damit nehme die Lage des Turms axial Bezug auf einen künftigen Messeseboulevard, wobei dieser gleichzeitig in der Ausrichtung Bezug auf die Geometrie des Stadtquartiers nehme. Sodann wird der Voraussetzung einer der Grösse des Bauvorhabens entsprechenden architektonischen Gestaltung nach Meinung der Planungsbehörde mit der öffentlichen Ausschreibung der Architekturleistung und mit einem differenzierten Studienverfahren Rechnung getragen. Gegenüber der heutigen Brache an innerstädtischer Lage stelle das Vorhaben gesamthaft eine Aufwertung dar, wobei die nachbarlichen Interessen nicht übermässig beeinträchtigt würden.

6.4.1. Im Einsprachebeschluss vom 24. Mai 2011 übernimmt der Stadtrat diese Argumentation weitgehend. Zusätzlich führt er aus, der Gebäudekomplex berücksichtige die Nachbarhäuser insofern, als die Sockelbaute deren Gebäudehöhen übernehme und den hofartigen Charakter der Blockrandbebauung zur Geltung bringe. Eine Beeinträchtigung namentlich des Schutzobjekts Hadwig-Schulhaus durch das Hochhaus liege nicht vor. Dieses liege von der Sonnenstrasse zurückversetzt und werde durch mehrere Bäume abgetrennt. Im Rekursverfahren verweist er bezüglich Einpassung darauf, dass dem besonderen Bauvorhaben und Standort mit dem Wettbewerbsverfahren Rechnung getragen worden sei. Anlässlich des Re-

kursaugenscheins vom 14. Februar 2012 bekräftigt er, das Sockelgeschoss nehme mit der Anpassung an die Traufhöhe der angrenzenden Gebäude genügend Rücksicht auf das angrenzende geschützte Ortsbild des Museumquartiers und die umliegenden geschützten Objekte. Wegen der weiten Abstände und des Baumbestands vor dem Hadwig-Schulhaus gebe es keinen direkten Zusammenhang zum Hochhaus und damit auch keine Beeinträchtigung des Schutzgegenstands.

6.4.2. Im Beschwerdeverfahren räumt der Stadtrat ein, dass die Anforderungen nach Art. 69 Abs. 2 BauG einlässlicher hätten begründet werden können. Die Gründe für den Erlass des Gestaltungsplans seien aber ausreichend ausgeführt worden, sodass sich die Einsprecher damit sachgerecht hätten auseinandersetzen können. Bereits in der Vorlage werde der vorgesehene Standpunkt direkt beim Anschluss der Stadtautobahn als wichtiger Brennpunkt bezeichnet. Im Einspracheentscheid sei erörtert worden, dass der Gebäudekomplex Rücksicht auf die Nachbarhäuser nehme und dass das Hochhaus mit Blick auf die überörtliche Bedeutung des Messebetriebs am Standort der ehemaligen Halle 7 gerechtfertigt sei. Allein die Tatsache, dass sich in der Umgebung Schutzobjekte befänden, spreche nicht grundsätzlich gegen ein Hochhaus, wie die Standorte anderer Hochhäuser in der Stadt St.Gallen zeigten.

6.5. Das Amt für Raumentwicklung und Geoinformation hält in seiner Vernehmlassung vom 3. Januar 2012 fest, dass das von der Bauherrschaft in enger Abstimmung mit der Stadt verfolgte Überbauungskonzept eine von verschiedenen Lösungsmöglichkeiten für den Ausbau und die Stärkung der Messeinfrastruktur darstelle. Dabei sei unerheblich, dass auch andere Varianten möglich und aus Sicht von Dritten gar vorteilhafter gewesen wären. Die notwendigen Qualitäten für einen Gestaltungsplan seien vorhanden und der Standort für ein Hochhaus sei geeignet. aufgrund der Präsenz und Bedeutung des Gebäudes seien die städtebaulichen und architektonischen Anforderungen hoch, vorliegend aber erfüllt. Namentlich der rund 60 m hohe Turm sei städtebaulich richtig gesetzt, er schliesse das Geviert markant ab. Das Gebäude werde den Ort prägen und dem Areal der Olma Messen einen starken Auftritt verleihen. Leider sei der Komplex nicht in die weitläufige Blockrandbebauung eingebunden, womit grössere Baulücken bestehen blieben.

6.6. Trotz dieser Fachmeinung seines eigenen Amtes entschied das Baudepartement, dass mit der vorgesehenen Überbauung Art. 69 Abs. 2 BauG verletzt sei. Die unberücksichtigt gebliebene Hochhausstudie von Januar 2006 sei zwar tatsächlich nicht direkt anwendbar, gleichwohl hätte aber eine Geeignetheitsprüfung des Standorts für ein Hochhaus stattfinden müssen. Die im Rahmen der Hochhausstudie erarbeiteten Kriterien seien deshalb dennoch insofern massgebend, als sie nicht nur Ausdruck davon seien, dass die Vorinstanz den Konkretisierungsbedarf des unbestimmten Rechtsbegriffs der Standorteignung erkannt habe, sondern auch deshalb, weil sie auch ein taugliches Instrument zur rechtsgleichen Umsetzung von Art. 69 Abs. 2 BauG seien. Die Planungsbehörde und der Stadtrat wären

deshalb gehalten gewesen, das vorliegende Projekt anhand solcher Kriterien zu prüfen. Eigene Überlegungen bezüglich Standort stelle der Stadtrat aber lediglich in betrieblicher Hinsicht an, indem er ausführe, dass der Neubau im Zusammenspiel mit den übrigen Bauten der Messe dennoch eigenständig als öffentliches Gebäude funktionieren könne. Dieser Vorteil komme aufgrund der unmittelbaren Nähe in dessen jedem im Plangebiet erstellten Kongress- und Konferenzgebäude zu, unabhängig davon, ob es als Hochhaus erstellt werde oder nicht. Das zur Begründung herangezogene Kriterium sei daher nicht geeignet, die besondere Eignung des Plangebiets speziell für ein Hochhaus zu begründen. Gleiches gelte für die vom Stadtrat angeführte überörtliche Bedeutung der Genossenschaft Olma. Ungeprüft sei namentlich geblieben, dass Hochhäuser in der Umgebung von schützens- und erhaltenswerten Ensembles und Einzelobjekten als grundsätzlich nicht geeignet erachtet würden. Indem die Vorinstanz die Voraussetzung des geeigneten Standorts in Abweichung der von ihr selbst im Rahmen der Hochhausstudie erarbeiteten Kriterien und ohne Auseinandersetzung mit den dagegen vorgebrachten Einwänden bejaht habe, dies allerdings angesichts von nicht stichhaltigen Gründen, sei sie der ihr obliegenden Konkretisierungspflicht nicht nachgekommen und habe dadurch Art. 69 Abs. 2 BauG verletzt.

6.7. Die Beschwerdeführerinnen bringen dagegen vor, die Rekursbehörde hätte selber einen Entscheid in der Sache treffen bzw. entscheiden müssen, ob der gewählte Standort für ein Hochhaus besonders geeignet sei, statt einfach festzuhalten, dass der Gestaltungsplan bzw. der Einspracheentscheid nicht stichhaltig begründet seien.

6.7.1. Nach Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP sollen Verfügungen und Entscheide die Tatsachen, die Vorschriften und die Gründe enthalten, auf die sie sich stützen. Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fließende Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet es, dass dem Betroffenen die tatsächlichen Grundlagen, die Rechtsnormen und die Gründe genannt werden, die zu einem ihn betreffenden Entscheid geführt haben.

6.7.2. Für das kantonale Verfahren werden vom Bundesgericht keine allzu hohen Anforderungen an die Begründungspflicht gestellt (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1054). Der Anspruch auf Befassung mit den rechtserheblichen Fragen bedeutet daher nicht, dass im Entscheid der verfügenden Behörde alle tatbeständlichen Behauptungen und rechtlichen Einwände sowie alle sonstigen Vorbringen und Überlegungen, die im Zusammenhang mit dem Entscheid angestellt wurden, wiedergegeben werden müssen. Die Begründung kann sich auf jene Gesichtspunkte beschränken, die von der Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet werden. Diese verfassungsmässige Begründungspflicht ist daher grundsätzlich erfüllt, wenn dem Betroffenen ermöglicht wird, sich über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft zu geben und allenfalls in voller Kenntnis der Gründe ein Rechtsmittel zu ergreifen (M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 403 f.). Die grundrechtliche Gehörsgarantie verleiht indes keinen Anspruch auf einen sachlich richtigen

Entscheid. Hat die Behörde etwa den Sachverhalt falsch festgestellt, die Beweise falsch gewürdigt oder sich in der Rechtsanwendung geirrt, liegt keine Gehörsverletzung, sondern eine Verletzung des materiellen Rechts vor (Albertini, a. a. O., S. 405).

6.7.3. Die Planungsbehörde und der Stadtrat haben im Planungsbericht bzw. Einsprachebeschluss darauf Bezug genommen, dass der gewählte Standort nicht dem Hochhauskonzept entspreche und ausgeführt, warum sie den gewählten Standort für ein Hochhaus gleichwohl als besonders geeignet erachten, wenn auch nach der Meinung der Vorinstanz zu Unrecht bzw. mit nicht stichhaltigen Gründen. Demgegenüber hatten auch die Rekurrenten konkret vorgebracht, weshalb sich der vorliegende Standort ihrer Meinung nach nicht eigne. Folglich hätte sich die Vorinstanz ihrerseits materiell mit der Geeignetheit des Standorts auseinandersetzen müssen, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht geltend machen. Nachdem selbst ihre eigene Fachstelle beantragt hat, dass die Rekurse aus städtebaulicher Sicht abzuweisen seien und die Genehmigung des Plans in Aussicht gestellt hat, hätte sie die ihrer Ansicht nach massgeblichen Kriterien der Standortwahl prüfen und diesbezüglich einen Sachentscheid treffen müssen. Damit steht die Frage einer Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz im Raum. Da es bei der Auslegung der besonderen Geeignetheit der Standortwahl aber um eine Rechtsfrage handelt, die im Kognitionsbereich des Verwaltungsgerichts liegt, rechtfertigt es sich aus verfahrensökonomischen Gründen, dass das Gericht die getroffene Standortwahl seinerseits überprüft, auch wenn die Vorinstanz in diesem Punkt selber keinen Sachentscheid getroffen hat. Dies ist vorliegend möglich, weil sämtliche Verfahrensbeteiligten zu den entscheidenden Kriterien Stellung genommen haben, wie nachfolgend zu zeigen ist.

6.8. Der besonders geeignete Standort für ein Hochhaus ergibt sich in dreifacher Hinsicht. Zum einen ist der Standort auf die Auswirkungen auf das gesamte Ortsbild einer Gemeinde und Region sowie das Landschaftsbild zu prüfen. Zum anderen müssen die Auswirkungen auf die nähere Umgebung bezüglich der vorhandenen und möglichen Bauvolumen eines Quartiers und dessen städtebauliche Gestaltung überprüft werden. Als drittes massgebliches Kriterium sind die Auswirkungen auf die benachbarten Grundstücke zu beachten, was sich aus den Voraussetzungen einer nicht übermässigen Beeinträchtigung von Nachbarinteressen gemäss Art. 69 Abs. 2 BauG und der Einhaltung der Schattenregel gemäss Art. 69 Abs. 3 BauG ergibt (M. Zemp, Kommentar zum Baugesetz des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972, St. Gallen 1980, S. 284).

6.8.1. Bei der Hochhausstudie handelt es sich um eine Konzeptarbeit der Verwaltung, die den gleichen Stellenwert wie zahlreiche andere Arbeitsgrundlagen der städtischen Fachleute, so etwa die Freiraumkonzepte und Quartierstudien, hat. Es handelt sich dabei nicht um Beschlüsse des Stadtparlaments oder des Stadtrats. Solche Untersuchungen sind daher nicht immer in sich kongruente, widerspruchsfreie Konzepte, sie können durchaus Differenzen oder Konflikte aufzeigen und

sichtbar machen. Als reine Planungsgrundlagen haben sie keinerlei Verbindlichkeit für weitergehende Planungen auf höherer Stufe. Die Studie stellt primär eine Vorarbeit für die kommende Richtplanung dar, wobei sie Grundlage für die weitere Behandlung des Richtplanthemas «Städtische Entwicklungsschwerpunkte» ist (Antwort zur Interpellation vom 21. Mai 2007; stadt.sg.ch -> [verwaltung/politik](#) -> [demokratie und politik](#) -> [stadtparlament](#) -> [mitglieder](#) -> Michael Keller). Allein die Tatsache, dass das vorliegende Plangebiet im Leitplan des Konzepts Hochhausstandorte & Entwicklungsgebiete vom Januar 2006 nicht enthalten ist, spricht daher nicht grundsätzlich gegen ein Hochhaus am gewählten Standort.

6.8.2. Der Richtplan der Stadt St.Gallen (www.stadt.sg.ch -> [Raum/Umwelt](#) -> [Stadtplanung](#) -> [Richtplanung](#)) verweist auf die jüngste Gesamtrevision der Bauordnung und die Revision des Zonenplans, die wesentlich unter der Zielsetzung der inneren Verdichtung und der optimalen Nutzung der inneren Reserven erfolgt ist. Die Verdichtung mit Hochhäusern gilt dabei als spezielle Form einer angestrebten Siedlungsverdichtung. Der Richtplan führt weiter aus, dass die Verdichtungsform mit Hochhäusern in neuer Zeit wieder an Bedeutung gewonnen habe, wobei diese auf gesamtstädtisch gültigen Leitlinien basieren sollen. Die spezifische Stadtlandschaft von St.Gallen und die für die Lesbarkeit der Stadt ausschlaggebenden Kriterien wie Topografie, die Silhouettenwirkung durch Kirchtürme sowie Brücken würden dabei die städtebauliche Grundlage bieten. Das vorliegende Plangebiet befindet sich zwar nicht in einem potenziellen Verdichtungsgebiet. Der Richtplan zählt neben der Fachhochschule, dem Bundesverwaltungsgericht, dem Kantonsspital und dem Achslengut aber auch ausdrücklich das Olma-Kongress- und Seminarzentrum auf.

6.8.3. In diesem Zusammenhang können die Kriterien der Hochhausstrategie vom Januar 2006 zumindest als Auslegungshilfe für die allgemeinen Kriterien (Verträglichkeit mit dem Ortsbild einer Gemeinde und Region und dem Landschaftsbild und Auswirkungen auf die nähere Umgebung bezüglich der vorhandenen und möglichen Bauvolumina eines Quartiers und dessen städtebaulichen Gestaltung) herangezogen werden. Motive und Begründungen für potenzielle Hochhausstandorte ergeben sich demnach aus folgenden Ansätzen:

- Dynamische Orte wie Entwicklungsgebiete, Achsen und Pole für Freizeit, Kultur, Konsum, Arbeit, besondere Wohnformen. Grössere Umstrukturierungsgebiete, die städtebaulich neu definiert werden müssen.
- Zentren ausserhalb der Altstadt.
- Umfeld von Knotenpunkten des öffentlichen Verkehrs.
- Orte im Stadtkörper, die aufgrund ihrer Bedeutung durch einen Akzent in der Stadtsilhouette markiert werden sollen.

Ausschliessend oder einschränkend auf Hochhausentwicklungen wirken sich folgende Kriterien aus:

- Landschaftsschutzgebiete, Aussichtslagen, Kreten, Lagen, wo sich unerwünschte Fernwirkungen ergeben können.
- Im Allgemeinen Lagen am Siedlungsrand.

- Altstadt und Umkreis der Altstadt.
- Standorte, die von wichtigen Betrachtungspunkten aus zu störenden Überschneidungen mit der Altstadtkulisse führen könnten.
- Schützenswerte und erhaltenswerte Ensembles und Einzelobjekte sowie deren Umgebung.
- Konkurrenz mit Kirchtürmen.
- Homogene und intakte Siedlungsstrukturen.
- Isolierte Einzelstandorte, ausser bei stadträumlicher Begründung.

6.8.4. In Wahrung der gebotenen Zurückhaltung gegenüber der örtlichen Planungsbehörde, die sich die Rekursbehörde auch schon aufzuerlegen hatte (VerwGE 2011/182 vom 3. Juli 2012 E. 3.4. mit Hinweis, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch) erweisen sich die genannten positiven Kriterien für ein Hochhaus anstelle der ehemaligen Halle 7 im Stadtzentrum, aber ausserhalb der Altstadt, als begründet und erfüllt.

6.8.4.1. Wie aus der Vorlage des Stadtparlaments vom 24. Mai 2011 hervorgeht, wurde der besonderen städtebaulichen Bedeutung des Olma-Kongress- und Konferenzgebäudes mit Hotel insofern Rechnung getragen, als das Projekt im offenen Verfahren mit einem anonymen Wettbewerb unter Fachleuten aus den Olma-Kantonen und unter einigen eingeladenen Architekturbüros mit anschliessendem Studienauftrag ausgeschrieben wurde. Aus den daraus eingereichten Projekten gingen vier Generalplanerteams hervor, aus deren Arbeiten das Beurteilungsgremium – worin die Stadt durch ihre dafür zuständige Stadträtin vertreten war – dem Verwaltungsrat der Olma Messen St.Gallen ein Projekt vorschlug, dem dieser in der Folge zustimmte.

6.8.4.2. Der vorliegend gewählte Standort für ein Hochhaus rechtfertigt sich deshalb, weil hier mit einem herausragenden Gebäude der bedeutendste Messestandort der Ostschweiz in deren Zentrum augenfällig markiert werden kann. Ein Hochhaus soll sich nicht bloss äusserlich in die Umgebung einpassen, sondern auch einen inneren, thematischen Bezug zum Standort und zum Quartier haben, in welchem es steht und aus welchem es optisch zwangsläufig herausragt. Zwar liegt es in der Natur eines grossen und herausragenden Gebäudes, dass verschiedene Stadtbewohner und insbesondere auch Anwohner sich mit dieser in den letzten Jahrzehnten insbesondere in der Stadt St.Gallen verpönten Bauform nicht identifizieren können. Wie die vor Kurzem errichteten Hochhaustürme des Bundesverwaltungsgerichts und der regional verankerten Fachhochschule aber gezeigt haben, ist diesbezüglich ein breit abgestützter, zeitgeistlicher Sinneswandel eingetreten. Dementsprechend wird der Bautyp des Hochhauses selbst im aktuellen Richtplan als besondere Art der raumplanerisch gewünschten Verdichtung erwähnt. Dies gilt insbesondere für das vorliegend zu beurteilende, im Richtplan namentlich aufgeführte Hochhaus. Dieser Bautyp hat im vorliegenden Kontext den Vorteil, dass die sich gegenseitig bedingenden Nutzungen des Kongress- und Konferenzbetriebs und der Hotellerie im gleichen Gebäudekomplex integriert werden können.

6.8.5. Hinsichtlich der Negativstandortkriterien stehen vorliegend mit Ausnahme der Anforderungen, dass Hochhäuser keine schützenswerte und erhaltenswerte Ensembles und Einzelobjekte sowie deren Umgebung bzw. homogene und intakte Siedlungsstrukturen stören sollen, keine Prüfsteine zur Debatte. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerinnen erweist sich die Planungsporzelle für den Bau eines Hochhauses deshalb als ungeeignet, weil insbesondere das geschützte Museumsquartier und die geschützten Einzelobjekte ein Hochhaus in ihrer Nähe nicht vertragen würden. Dieses wirke wie eine Bombe im gewachsenen Quartier, nehme keine Rücksicht auf den Bestand, bezeichne keinen wichtigen Ort der Stadtentwicklung und werde auch nicht durch ein Netzwerk weiterer Vertikaldominanten ausgeglichen. Die Auswirkungen auf die nähere Quartierumgebung seien in keiner Phase des Planerlasses geprüft worden.

6.8.5.1. Die städtebauliche und architektonische Integration in das Quartier und die Bearbeitung des architektonischen Ausdrucks waren bereits im Wettbewerbsverfahren ein massgebliches Beurteilungskriterium. Alsdann erweist sich die stadtinterne Vernehmlassung der städtischen Denkmalpflege insofern als nicht stichhaltig, als sie davon ausging, mit dem Hochhaus werde eine städtebaulich an sich unbedeutende Strassenkreuzung akzentuiert. Das Hochhaus ist im Gegenteil ein wichtiger Faktor dafür, dass dem heute mehr oder weniger brachliegenden und unternutzten Vorland des Haupteingangs der Olma Messen eine dem Standort angemessene Bedeutung verliehen wird, wie aus dem Richtplan hervorgeht. Gemäss diesem bzw. der Karte «Freiraum» ist die heute tatsächlich wenig bedeutsame Kreuzung als neu zu schaffender öffentlicher Platz ausgeschieden, der den Zwischenraum zwischen dem Haupteingang der Olma Messen und dem Hochhaus des Kongresszentrums als Messeboulevard verbinden soll. Dass das Hochhaus dabei den quartierüblichen Massstab sprengt, ist planerisch gewollt. Als Mangel erweist sich dabei, dass die vor rund 100 Jahren begonnene Blockrandbebauung mit dem geplanten Hochhaus nicht fortgeführt werden kann, weshalb die bereits vorhandene hohe Brandmauer der nördlichen Nachbarliegenschaft mit Kletterpflanzen kaschiert werden soll. Diese planerische Einbusse ist jedoch mit Blick auf den Ermessensspielraum der Planungsbehörde, der im Rechtsmittelverfahren zu wahren ist, hinzunehmen, zumal im Rahmen eines Sondernutzungsplans von der geschlossenen Bauweise gemäss Art. 14 ff. BO ohne Weiteres abgewichen werden kann. Das Gleiche gilt hinsichtlich der nachträglichen Änderung, dass auf den Flachdächern Anlagen zur Sonnenenergienutzung möglich sein sollen, was die Beschwerdegegnerin 1 ebenfalls rügt. Die architektonische Gestaltung von Gebäude und Freiraum ist im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren zu klären.

6.8.5.2. Schutzgegenstände liegen keine im Plangebiet. Einer näheren Betrachtung bedarf indes der Umgebungsschutz benachbarter Schutzobjekte. Auf der gegenüberliegenden südlichen Seite der Sonnenstrasse befindet sich das Museumsquartier, das als schützenswertes Ortsbild im Sinn von Art. 47 ff. BO ausgeschieden ist. In diesem Quartier sind die bestehenden Bauten zu erhalten, soweit

sie mit besonderer Verfügung unter Schutz gestellt worden sind. Neu- und Umbauten sowie Veränderungen im Aussenraum müssen sich hier besonders gut einordnen. Im Grenzbereich zum geschützten Ortsbild sind Bauten und Aussenräume so zu gestalten, dass dieses nicht beeinträchtigt wird. Als Grenzbereich gelten die umschliessenden Strassenzüge (Art. 51 BO). Das Museumsquartier liegt zudem im Baumschutzperimeter. Das südöstliche an das Plangebiet angrenzende Quartier ist als Gebiet mit besonderem baulichem Erscheinungsbild ausgeschieden. Nach Art. 50 BO ist hier einzig der typische Gebietscharakter zu wahren und eine gute Gesamtwirkung zu erzielen.

6.8.5.3. Mit dem Umgebungsschutz, der, von Art. 51 BO abgesehen, in erster Linie die baulichen Veränderungen in der Umgebung von geschützten Baudenkmalern regelt, sollen der Wert, die Eigenart und die Wirkung des geschützten Denkmals gewahrt werden. Der Umgebungsschutz bedeutet kein allgemeines Bauverbot. Vermögen bauliche Vorkehrungen ein Baudenkmal in seiner Wirkung jedoch zu beeinträchtigen, kann deren Erstellung untersagt oder die Beeinträchtigung mit Auflagen und Bedingungen verhindert werden. Die Rücksichtnahme ist jedoch nicht so umfassend, dass sich bauliche Änderungen im Umfeld von Baudenkmalern nach den strengen Massstäben der Denkmalpflege zu richten haben (W. Engeler, Das Baudenkmal im schweizerischen Recht, Diss., Zürich/St.Gallen 2008, S. 160 f.).

6.8.5.4. Am unmittelbarsten betroffen vom geplanten Kongress- und Konferenzgebäude ist das Hadwig-Schulhaus an der nordöstlichsten Ecke des Museumsquartiers direkt gegenüber dem Plangebiet. Das öffentliche Gebäude ist im Planungsbericht in einer Vogelperspektive und in Ansichten fotografisch dokumentiert. Während es vom Hotelurm überragt wird, überragt es seinerseits den ausladenden Sockelbau des Kongress- und Konferenzgebäudes. Gemäss Inventarblatt der Stadt St.Gallen ist der Schulhausbau aufgrund seiner ausgefallenen Architektur und deren Qualität, seines städtebaulichen Situationswertes sowie als Gebäude bedeutender Schweizer Architekten schützenswert. Der öffentliche Bau zeichnet sich durch Stilelemente der deutschen Renaissance und des Jugendstils aus und wird durch seine überdimensionierten Proportionen geprägt, die durch die riesigen Giebelflächen noch gesteigert werden. Wie das geplante Hochhaus ist er seinerseits ein markanter Eckpfeiler, der das Museumsquartier abschliesst. Durch seine Mächtigkeit und seine zurückversetzte Positionierung inmitten einer weitläufigen Parzelle vermag das Schulhaus im Kontext mit dem neuen Conference Center 6 standzuhalten. Zusätzlich wird es durch den städtischen Autobahnzubringer und die Kreuzung der Sonnen- und Jägerstrasse klar vom Plangebiet abgetrennt. Diese Trennung wird von mächtigen Bäumen verstärkt, welche das Schulhaus umfassen und gegenüber dem nordseitigen Plangebiet förmlich abschirmen.

6.8.5.5. Das eben Gesagte gilt gleichermaßen für das geschützte Ortsbild des Museumsquartiers. Dieses hauptsächlich in der späteren zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erbaute Quartier präsentiert sich heute noch weitgehend als ho-

mogenes, in sich geschlossenes und von der Sonnenstrasse abgewendetes Wohnquartier mit zahlreichen Schulen und Kulturbauten. Mit dem nördlichen Quartier auf der Nordseite der Sonnenstrasse steht es in keinem Dialog, wie sich aus der Vogelschau von Google Map klar zeigt. Das wuchtige Hadwig-Schulhaus mit seinem weiten, freien Umschwung, der westlich daran anschliessende, neuzeitliche Bau des Spelterini-Schulhauses und der unüberbaut gebliebene grossflächige Spelterini-Platz, der heute als Parkplatz genutzt wird, schliessen das Museumsquartier ab und grenzen dieses vom Plangebiet klar ab. Eine Beeinträchtigung durch das geplante Hochhaus liegt nicht vor.

6.8.5.6. Das andere betroffene Schutzgebäude, das Mehrfamilienhaus Sonnenstrasse 27, das im Planungsbericht ebenfalls fotografisch dokumentiert wird, wird hauptsächlich als städtebaulicher Zeitzeuge bzw. als Relikt einer grösseren, nicht ausgeführten Randbebauung geschützt. Für seinen Schutz spricht zudem seine architektonische Qualität. Das mit diesem im Jahr 1907 zusammengebaute Wohnhaus wurde bereits in den 20er-Jahren wieder abgerissen. Das geschützte hochrechteckige, freistehende und viergeschossige Wohnhaus lässt sich in seinem Schutzbereich somit von Vornherein durch kein anderes Gebäude in seiner unmittelbaren Nachbarschaft beeinträchtigen, da es von Beginn weg nicht als eigenständiges Gebäude konzipiert war.

6.8.5.7. Aus dem Gesagten folgt, dass das als Parkplatz zwischengenutzte Grundstück, direkt gegenüber dem Haupteingang der Olma Messen St.Gallen gelegen, die Voraussetzungen für einen Hochhausstandort unter dem Aspekt seiner Auswirkungen auf das gesamte Ortsbild der Stadt und hinsichtlich seiner näheren Umgebung zu erfüllen vermag.

6.8.6. Das dritte Merkmal des Begriffs «besonders geeigneter Standort» liegt in den Auswirkungen auf die benachbarten Grundstücke. Entscheidend ist dabei, ob die Überbauung mit einem Hochhaus die Nachbarinteressen übermässig beeinträchtigt und insbesondere, ob damit die gesetzliche Schattenregelung eingehalten werden kann. Die Beschwerdegegnerin 1 macht in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Gebäudeabstands geltend und rügt, ihre Liegenschaft St.Jakobstrasse 54 werde durch das geplante Hochhaus gesetzwidrig beschattet.

6.8.6.1. Für die Bemessung der Gebäude- und Grenzabstände bei Hochhäusern (nicht aber für hohe Häuser im Sinn von Art. 68 BauG) ist nach Art. 69 Abs. 3 BauG der auf die umliegenden Gebäude und Parzellen fallende Dauerschatten massgebend, der am mittleren Sommertag nicht mehr als drei Stunden und am mittleren Wintertag nicht mehr als zwei Stunden betragen darf. Der Dauerschatten wird durch ein Schattendiagramm ermittelt. In jenem Bereich des Nachbargrundstücks, in dem aufgrund der Grenzabstandsvorschriften kein Gebäude erstellt werden darf, ist eine Beschattung zulässig (Heer, a. a. O., Rz. 699).

6.8.6.2. Die Vorinstanz entschied, Art. 69 Abs. 3 BauG lege das Mass an Beschattung fest, das der Nachbar in dem durch Grenzabstandsvorschriften ohnehin von jeglicher Bebauung freizuhaltenden Bereich in jedem Fall hinzunehmen habe.

Die in Art. 69 Abs. 3 BauG für Hochhäuser aufgestellte Schattenregelung sei aufgrund ihrer systematischen Stellung als zu den Regelbauvorschriften gehörig zu qualifizieren, weshalb von ihr nach Abwägung der betroffenen Interessen im Rahmen eines Sondernutzungsplans auch abgewichen werden könne. Dabei gelte, dass eine gegenüber der Regelbauweise gleichwertige Beeinträchtigung zu dulden sei. Für den vorliegenden Fall bedeute dies, dass der Sockelbau für die Bemessung der Grenz- und Gebäudeabstände ausser Acht bleiben könne, wenn dieser keine grössere Beeinträchtigung verursache als nach Regelbauvorschriften hinzunehmen wäre.

6.8.6.3. Ein Hochhaus bedingt in andern als Industriezonen einen Sondernutzungsplan. Für Gebäude über 25 m Höhe bzw. mit mehr als acht Vollgeschossen verlangt der Gesetzgeber zudem, dass die umliegenden Liegenschaften nicht vom sogenannten Dauerschatten betroffen werden. Folglich kann mit einem Überbauungs- oder Gestaltungsplan nicht auch noch von der gesetzlichen Regelung der Dauerschattenregelung abgewichen werden. Die zusätzliche Einschränkung durch die Schattenregelung ist zwar eine Konkretisierung des Mehrhöhenzuschlags gemäss Art. 66 BauG. Hochhäuser im Sinn von Art. 69 BauG sind aber von vornherein nur aufgrund eines Sondernutzungsplans möglich. Das zusätzliche Erfordernis hinsichtlich Beschattung bzw. die entsprechende Privilegierung der Nachbarliegenschaften, dass das Hochhaus gegenüber diesen einen entsprechend grösseren Abstand einhalten muss, gilt denn auch nur für Gebäude über 25 m bzw. mit mehr als acht Vollgeschossen. Selbst bei höheren Häusern im Sinn von Art. 68 BauG, Häusern mit 20 m bis 25 m Gebäudehöhe oder mit sechs bis acht Vollgeschossen also, ist die zusätzliche Schattenregelung unbeachtlich, obgleich auch für diese die Pflicht des Erlasses eines Sondernutzungsplans gilt. Ebenfalls nicht zur analogen Anwendung kommt die Regelung des Dauerschattens bei einer Überbauung mit Gebäuden unter 20 m bzw. bis fünf Vollgeschossen, die aber im Rahmen eines Gestaltungsplans abweichend von der Regelbauweise erstellt werden (VerwGE B 2008/197 vom 16. Juni 2009 E. 3.5.4., abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch).

6.8.6.4. Aus dem Gesagten folgt, dass sonderbaurechtlich nicht von der Zwei- bzw. Drei-Stunden-Schattenregelung gemäss Art. 69 Abs. 3 BauG abgewichen werden kann. Massgebend ist diese aber nur insofern, als das Hochhaus die umliegenden Liegenschaften mit dem Teil über 25 m bzw. ab dem achten Vollgeschoss beschattet. Wäre dagegen der Schattenwurf des ganzen Hochhauses massgebend, also auch des Gebäudeteils, der die angrenzenden Grundstücke nicht mehr beschattet, als dies nach Regelbauweise der Fall wäre, könnte zwar umso mehr Boden von einer Überbauung freigehalten werden, umso höher dieses gebaut würde. Dem steht aber der Grundsatz der haushälterischen Bodennutzung gegenüber, dass bereits überbautes Gebiet weiter verdichtet werden soll. Insbesondere in städtischen Zentrumsanlagen überwiegt dabei das raumplanerische Interesse an der inneren Verdichtung, wofür sich der Bautyp des Hochhauses im Grundsatz besonders eignet. Aus städtebaulicher Sicht sollen Hochhäuser denn auch nicht auf

dem freien Feld bzw. am Siedlungsrand, sondern – ausserhalb der Altstadt – inmitten städtischer Zentren errichtet werden, wie es bereits in der Hochhausstrategie der Stadt St.Gallen festgehalten ist. Zentral gelegene städtische Quartiere sind aber naturgemäss schon weitgehend überbaut. Wären somit Hochhäuser im Sinn von Art. 69 BauG gegenüber allen anderen Gebäuden auch für den Gebäudeteil, der im Bereich der Regelbauvorschriften liegt, mit einem Mehrhöhen- bzw. Grenzabstandszuschlag zu benachteiligen, wären sie von wenigen Ausnahmen abgesehen – aufgegebene Bahnareale und Fabrikareale etwa –, kaum mehr realisierbar. Sofern ein Hochhaus die reglementarische Höhe überschreitet, wird den nachbarlichen Interessen mit der Regelung des Dauerschattens am mittleren Sommer- und Wintertag ausreichend Rechnung getragen.

6.8.7. Der Gestaltungsplan «Olma-Kongress- und Konferenzgebäude mit Hotel» sieht einen Sockelbau mit einer Gebäudehöhe von 20 m vor. Damit liegt dieser in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, wo die Gebäudehöhe nicht beschränkt wird, hinsichtlich seiner Höhe im Rahmen der Regelbauvorschriften und kann folglich ohne Sondernutzungsvorschriften erstellt werden. Die Beschwerdegegnerin 1 rügt allerdings, der Sockelbau sei nicht 20 m, sondern 21 m hoch.

6.8.7.1. Das Gelände des Plangebiets war dereinst abfallend und nicht flach wie heute. Die Planungsbehörde hat die Gebäudehöhe daher korrekt anhand des Niveaupunktes auf dem ursprünglich gewachsenen und nicht des heute gestalteten Bodens ermittelt (Art. 60 BauG), wie die Beschwerdegegnerin 1 verlangt. Im Kanton St.Gallen wird der massgebliche, gewachsene Boden grundsätzlich anhand des noch feststellbaren natürlich gewachsenen Geländes bestimmt und nicht aufgrund des künstlich geschaffenen im Zeitpunkt der Baueingabe (VerwGE B 2011/77 vom 20. März 2012 E. 4.3., abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch).

6.8.7.2. Das ursprünglich massgebliche Gelände ist vorliegend anhand des umliegenden Geländes bzw. aufgrund alter Karten zweifelsfrei nachvollziehbar. Zum einen ist die bauliche Entwicklung in der Stadt St.Gallen sehr gut dokumentiert (www.stadt.sg.ch -> historische Karten, vgl. etwa die Zuberkarte aus dem Jahr 1828 und die nachfolgenden Landkarten). Aus diesen Unterlagen geht klar hervor, dass das Gelände des Plangebiets ursprünglich vom höher stehenden Gebäude der Beschwerdegegnerin 1 nach Süden gleichmässig abfallend war, wie es in der entsprechenden schematischen Darstellung im Planungsbericht aufgezeigt wird. Zum anderen konnte diese Feststellung auch von der Vorinstanz anlässlich ihres Augenscheins festgestellt werden. Wie sich aus den Fotos in den Akten und der Orthofoto aus dem öffentlich zugänglichen Geoportal bzw. aus der Vogelschau auf Google zeigt, ergibt sich der natürliche, nach Süden gleichmässig abfallende Geländeverlauf augenscheinlich anhand der im gleichen Rahmen abfallenden Jägerstrasse, die unmittelbar ans Plangebiet stösst. Auf die beantragte Expertisierung des Niveaupunktes kann daher verzichtet werden. Die Gebäudehöhe des Sockelbaus erweist sich mit 20 m als richtig ermittelt.

6.8.8. In nordwestlicher Richtung hält der Sockelbau gegenüber dem Grundstück der Beschwerdegegnerin 1 einen Grenzabstand von 5 m ein. Damit ist der gemäss Art. 13 Abs. 2 in Verbindung mit dem Anhang (Tabelle zu Art. 13 BauO) gegenüber dem in der Wohn-Gewerbezone WG4a liegenden Nachbargrundstück reglementarisch vorgeschriebene Grenzabstand gewahrt. Die Beschwerdegegnerin 1 rügt allerdings, dass mit dem minimal gewährten Abstand der Gebäudeabstand verletzt werde, weil das Hochhaus den fehlenden Meter des grossen Grenzabstands ihres eigenen Gebäudes nicht übernehme.

6.8.8.1. Konkret lässt die Beschwerdegegnerin 1 geltend machen, der nach Art. 13 Abs. 2 BO verlangte Abstand von 15 m (Summe des grossen Grenzabstands in der Zone WG4a von 10 m und des kleinen Grenzabstands von 5 m) werde um 1 m unterschritten. Der grosse Grenzabstand bezieht sich nach Art. 23 Abs. 2 BO auf die am stärksten nach Süden oder Westen gerichtete Längsfassade, auf allen übrigen Seiten ist der kleine Grenzabstand massgebend. Beim Gebäude der Beschwerdegegnerin 1 handelt es sich um einen Teil einer vor etwa 100 Jahren angefangenen Blockrandbebauung, die mit ihrer Längsfassade nordseitig auf die St. Jakobstrasse ausgerichtet ist. Südlich ist der Gebäudekomplex mehrfach strukturiert und mit verschiedenen abstehenden Gebäudeteilen abgesetzt. Der ganze östliche Bereich der Südseite ist als fensterlose Brandmauer gestaltet. Ob es sich dabei ebenfalls um eine Längsseite im Sinn des Gesetzes handelt, kann offengelassen werden, weil mit einem Sondernutzungsplan ohnehin vom Gebäudeabstand abgewichen werden kann (Art. 57 Abs. 2 BauG). Steht wie vorliegend auf dem Nachbargrundstück ein Gebäude mit einem geringeren als dem geltenden Grenzabstand, kann anstelle des Gebäudeabstands zudem auch bloss der Grenzabstand eingehalten werden (Art. 57 Abs. 3 BauG). Wichtige Interessen, die einer entsprechenden Verkürzung entgegenstehen, sind hier keine ersichtlich, da die Beschattung durch den Sockelbau – wie bereits gesagt – der eines Gebäudes nach Regelbauvorschrift entspricht. Der Sockelbau, der als Flachdachbau gestaltet ist, nimmt dabei die Traufhöhen der umliegenden Bauten auf, womit er von diesen, allesamt Gebäude mit Schrägdächern und hohen Dachgeschossen, mehrheitlich überragt wird, wie sich in den Beilageskizzen zum Gestaltungsplan zeigt.

6.8.8.2. Die Beschwerdegegnerin 1 rügt schliesslich, ihre Liegenschaft werde allein durch den aus dem Sockelbau ragenden Turm übermässig beschattet. Aus den Schattendiagrammen geht zum einen hervor, dass der Drei-Stunden-Schatten ihre Liegenschaft an einem mittleren Sommertag bloss im südlichsten Teil innerhalb des Grenzabstands streift, wo diese ohnehin nicht bebaubar ist. Im Winter fällt der Zwei-Stunden-Schatten allerdings auch auf einen Teil der Blockrandbebauung bzw. die fensterlose Brandmauer des Gebäudeteils St. Jakobstrasse 64 (Planungsbericht vom 4. Oktober 2010, Anhang 3). Diese ist bzw. war darauf angelegt, dass das Nachbargebäude in geschlossener Bauweise direkt daran angebaut wird. Demnach wäre dieser Gebäudeteil grundsätzlich nicht in den Schutzbereich der Dauerschattenregelung gemäss Art. 69 Abs. 3 BauG gefallen. Mit dem vorliegen-

den Sondernutzungsplan wurde jedoch gerade von der geschlossenen Bauweise abgewichen; es gilt offene Bauweise im Rahmen der Sonderbauvorschriften. Somit kann in Bezug auf die Schattenregelung nicht wiederum auf die aufgehobene geschlossene Bauweise zurückgegriffen werden. Das wäre widersprüchlich und würde Art. 69 Abs. 3 BauG verletzen. Ob in der betroffenen Fassade des Nachbarhauses derzeit Fenster bestehen oder nicht, spielt dabei keine Rolle. Die gesetzliche Schattenregelung besteht unabhängig von der Art der Überbauung auf dem Nachbargrundstück. Dies gilt umso mehr, als dank der vorliegenden Sondernutzungsregelung in der betroffenen Brandmauer möglicherweise neu auch Fenster eingebaut werden.

6.9. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass das Plangebiet besonders als Hochhausstandort geeignet ist, weil damit an dieser Stelle ein städtebaulich begründeter Akzent gesetzt werden kann und die geplante Überbauung mit einem Hochhaus die städtischen Veränderungen, die Bedürfnisse und Wichtigkeit der regional bedeutsamen Olma Messen St.Gallen zeitgemäss aufzunehmen vermag. Dies erfolgt, ohne dass die gewachsene städtische Umgebung und die benachbarten Schutzgegenstände sowie die nachbarlichen Interessen der angrenzenden Grundstücke beeinträchtigt werden. Durch den Sockelbau werden die Nachbarliegenschaften beschattet, wie sie vergleichbar auch von einem Gebäude ohne Sondernutzungsplan beschattet würden, was von den Nachbarn hinzunehmen ist. Der Turm allein beeinträchtigt die nördliche Nachbarliegenschaft der Beschwerdegegnerin 1 am mittleren Wintertag aber übermässig, was eine Verletzung von Art. 69 Abs. 3 BauG darstellt. Naturgemäss sprengt der Hochhauskomplex zwar den quartierüblichen Massstab. Dies ist aber in der bereits bestehenden Zonierung des Plangebiets als Zone für öffentliche Bauten und Anlagen so angelegt. Diese Zone ist generell auf grosse Bauvolumen und eine intensive Nutzung ausgelegt. Das dabei am ehesten gefährdete benachbarte Hadwig-Schulhaus wird durch das in einen Sockelbau und Hochhausturm abgestufte Conference Center 6 weder abgewertet noch beeinträchtigt, sondern vermag aufgrund seiner eigenen Mächtigkeit und seiner zurückversetzten und prägnanten Einbettung in das Quartier sowie der klaren Abtrennung durch die geschützten Bäume und den städtischen Autobahnzubringer gleichwohl zu bestehen. Alsdann erweist sich die Überbauung insofern als städtebaulich vorzüglich, als damit unter Beachtung der raumplanerischen Grundsätze und Ziele die zu erweiternde Nutzung im Kongress- und Konferenzbereich mit integrierter Hotelnutzung unmittelbar vis-à-vis des Hauptgeländes des Olma-Messegeländes nur mit einem Hochhaus bzw. mit einer Überbauung mit hoher Ausnützung realisiert werden kann, was ohne die vorliegenden Abweichungen gegenüber der Regelbauweise nicht möglich wäre.

19

Art.1a Abs.1 EnG (sGS/41.1) Der im Energiegesetz verankerte Grundsatz, wonach Sonnenenergie besonders gefördert wird, verschafft dem Grundeigentümer keinen Anspruch, dass bei der Bemessung von Anschlussbeiträgen nach dem Gebäudezeitwert eine Photovoltaikanlage nicht berücksichtigt wird.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I, September 2013

Aus den Erwägungen:

2. Die streitige Abgabe stützt sich auf Art. 37 des Wasserreglements (abgekürzt WR). Danach setzt sich der Anschlussbeitrag aus einer festen Grundquote sowie einem nach der Nutzungsart und dem Zeitwert des Objekts abgestuften Zuschlag zusammen (Art. 37 Abs. 3 WR). Der Anschlussbeitrag wird auch für Umbauten, Erweiterungen und dergleichen erhoben (Art. 37 Abs. 4 WR). Massgebend für die Bemessung des Anschlussbeitrags ist das Primärsteuerdomizil, die Nutzungsart sowie der Zeitwert des Objektes (Art. 37 Abs. 5 WR). Der Nutzungsart des Gebäudes wird insoweit Rechnung getragen, als in Art. 39 WR der Gebäudezuschlag für verschiedene Gebäudearten unterschiedlich festgelegt ist. Für Industrie- und Gewerbebetriebe, Ferienheime, Ferienhäuser und Zweitwohnungen beträgt er 1 Prozent (Art. 39 Abs. 1 lit. a WR) und für die übrigen Wohnbauten $\frac{3}{4}$ Prozent des Zeitwertes (Art. 39 Abs. 1 lit. b WR). Für landwirtschaftliche Ökonomiegebäude sowie für Kirchen, Kapellen, Schulhäuser und andere öffentliche Bauten beträgt der Ansatz $\frac{2}{3}$ Prozent des Zeitwertes (Art. 39 Abs. 1 lit. c WR). Anbauten ausserhalb der bestehenden Gebäudehülle gelten als Neubauten (Art. 42 Abs. 2 WR).

a) Die Rekurrentin bemängelt unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass es bei Industriebauten zu sachwidrigen Ergebnissen führen könne, wenn die Anschlussgebühr bzw. der Anschlussbeitrag allein an den Gebäudeversicherungswert anknüpfe. Die Vorinstanz habe offenbar den Zeitwert als einziges Kriterium erachtet. Die Nutzung sei in verschiedener Hinsicht ein wesentliches Kriterium. Zudem sei weder die Gebäudefläche noch das Gebäudevolumen vergrössert worden. Auch sei keine zusätzliche Wassernutzung erfolgt und kein zusätzliches Abwasser angefallen.

b) Die Tennishalle wurde als Industrie- bzw. Gewerbebetrieb nach Art. 39 Abs. 1 lit. a WR eingestuft, was im Rekurs grundsätzlich nicht beanstandet wird. Im Übrigen stützt sich die Bemessung der Abgabe im Grundsatz auf das WR. Der im Einspracheentscheid gewährte Abzug von Fr. 50 000.– erfolgte offenbar aus Billigkeitsüberlegungen. Da die Photovoltaikanlage ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens errichtet wurde, kam nicht der Abzug nach Art. 42 Abs. 3 WR zum Tragen.

Der Beitrag wurde nicht ausschliesslich nach dem Zeitwert bemessen. Das WR unterscheidet auch nach der Nutzungsart, indem je nach Art der Nutzung eines Ge-

bäudes unterschiedliche Ansätze zwischen 0,66 und 1,0 Prozent des Zeitwertes zur Anwendung gelangen. Die Tennishalle wurde als Industrie- bzw. Gewerbebetrieb eingestuft, was unangefochten blieb. Das Bundesgericht hat im Urteil 2C_722/2009 vom 8. November 2010 E. 3.3. festgehalten, das für Wasseranschlussgebühren bei Wohnbauten gewählte Bemessungskriterium der anrechenbaren Geschossfläche bilde – ebenso wie der Gebäudeversicherungswert – einen zwar pauschalen, aber im Normalfall einigermaßen verlässlichen Massstab zur Ermittlung des dem Grundeigentümer aus dem Anschluss erwachsenden Vorteils. Eine Abweichung von einer derartigen schematischen Bemessung sei lediglich dann geboten, wenn – wie dies etwa bei Industriebauten der Fall sein könne – die Baute einen ausserordentlich hohen oder ausserordentlich niedrigen Wasserverbrauch aufweise. Das Bundesgericht hat also für den Regelfall das Abstellen auf den Zeitwert als zulässig erachtet. Bei der Tennishalle handelt es sich im Weiteren nicht um eine Baute, die einen überdurchschnittlich tiefen Wasserverbrauch oder Abwasseranfall aufweist. Unter solche Ausnahmen fallen z. B. Lagerhallen, die ausschliesslich eine WC-Anlage und einen unbedeutenden Wasseranschluss aufweisen. Die Tennishalle der Rekurrentin weist dagegen WC-Anlagen und Duschen sowie ein Restaurant auf. Zudem dürfte bei einer solchen Sporthalle ein erheblicher Aufwand für die Reinigung nötig sein, der sich auch im Wasserverbrauch bzw. Abwasseranfall niederschlägt.

Da das WR neben der Nutzungsart auch auf den Zeitwert abstellt, ist es nicht ausschlaggebend, ob die Gebäudefläche bzw. das Gebäudevolumen durch die Photovoltaikanlage erhöht wurde oder nicht. Die Rekurrentin beruft sich auf einen Bundesgerichtsentscheid, in welchem festgehalten wurde, dass bei einer Anknüpfung der Anschlussgebühr an ein Volumen- oder Flächenmass die Erhebung einer ergänzenden Anschlussgebühr anlässlich eines Umbaus oder einer Sanierung eines bereits angeschlossenen Gebäudes prima vista nur dann systemkonform und damit gerechtfertigt erscheine, wenn die betreffenden baulichen Vorkehren mit einer tatsächlichen Vergrösserung der massgeblichen Gebäudefläche bzw. des massgeblichen Gebäudevolumens einhergehen würden (BGer 2C_722/2009 vom 8. November 2010 E. 3.5.). Dass das Gebäudevolumen nicht erhöht wurde, ist übrigens eine Behauptung der Rekurrentin, auf die mangels Relevanz hier nicht weiter einzugehen ist. Im vorliegenden Fall ist nicht die Fläche oder das Volumen der massgebende Anknüpfungspunkt, sondern der Zeitwert. Diese hier massgebende Einheit stieg jedenfalls durch die Photovoltaikanlage an. Dass unmittelbar durch die Photovoltaikanlage der Wasserverbrauch oder Abwasseranfall nicht erhöht wird, spielt ebenfalls keine entscheidende Rolle. Nur die Verbrauchsgebühren bemessen sich in erster Linie nach diesen Kriterien, nicht aber die Beiträge. Massgebend ist der Zeitwert des gesamten Gebäudes. Es kann nicht jeder Gebäudeteil separat danach beurteilt werden, ob er verbrauchsmässig einen bestimmenden oder weniger bedeutenden Einfluss hat oder nicht. Dies würde dem Wesen der Schätzung des Sondervorteils eines Gebäudes widersprechen. Nicht ausschlaggebend ist

schliesslich, dass Reglemente anderer Körperschaften abweichende Regelungen enthalten, die möglicherweise für die Rekurrentin vorteilhaft wären.

c) Der Kanton St.Gallen hat am 26. Mai 2000 ein Energiegesetz (sGS 741.1, abgekürzt EnG) erlassen. Dieses bezweckt die Umsetzung einer nachhaltigen Energiepolitik durch Förderung einer ausreichenden, wirtschaftlichen, umweltschonenden und sicheren Energieversorgung (Art. 1 lit. a EnG). Nach Art. 1a Abs. 1 EnG wird erneuerbare Energie wie Sonnenenergie besonders gefördert.

Das der Beitragserhebung zugrundeliegende WR enthält keine den kantonalen Förderungsgedanken konkretisierenden Bestimmungen, wonach energiesparende Investitionen nur teilweise oder überhaupt nicht von der Anschlussbeitragspflicht erfasst werden. Dies wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Land im Jahre 1995 als rechtswidrig qualifiziert (Entscheid des Enteignungsgerichts vom 31.8.1995 i. S. W. L., unter: www.baselland.ch/Gerichte/Rechtsprechung). Diese Rechtsprechung kann aber nicht ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass jenes Gericht bereits früher eine Regelung als unzulässig erachtete und der Gesetzgeber in der Folge untätig blieb. Die Vorinstanz hat im Einspracheentscheid in Anerkennung der Aufwendungen der Rekurrentin für energiesparende Aufwendungen eine Reduktion des massgebenden Zeitwertes um Fr. 50 000.– vorgenommen. Sie berücksichtigte damit Art. 1 Abs. 1 lit. a EnG, wonach eine ausreichende, wirtschaftliche, umweltschonende und sichere Energieversorgung zu fördern ist. Im Grundsatz kann die Beitragserhebung damit nicht als rechtswidrig qualifiziert werden. Zur Sicherstellung einer rechtsgleichen Behandlung aller von derartigen Abgaben betroffenen Personen ist eine solche Regelung jedoch im WR zu verankern. Nur so kann dem für alle Abgaben gültigen Verfassungsgrundsatz Rechnung getragen werden, wonach der Gesetzgeber nebst dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Gegenstand der Abgabe auch die Bemessungsgrundlage festzulegen hat (Art. 127 Abs. 1 der Bundesverfassung; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2010, N 2695).

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist.

20

Art.20 Abs .1 GSchVG (sGS 752.2); Art.51 Abs .1 und 3 BauG (sGS731.1); Art.1 Abs.1 GSchG (SR 814.20); Art.2 Abs.1 lit.a GSchV (SR 814.201). Kanalisationsanschlussbeiträge von rund Fr. 29 000.– für den Anschluss von zwei Wohnbauten ausserhalb der Bauzone mit Neuwerten von rund Fr. 630 000.– bzw. Fr. 510 000.– sind auch unter Berücksichtigung von Baukosten und voraussichtlichen Kosten für den Einkauf in eine private Leitung von insgesamt rund Fr. 72 000.– noch zumutbar.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, Juni 19 2013

X. ist Eigentümer des Grundstückes O. mit einem Wohnhaus und einer Scheune mit Wohnung. Die Gemeinde orientierte ihn, die derzeitige Abwasserentsorgung – Sammeln des Abwassers in einer Grube und periodisches Entsorgen mit dem landwirtschaftlichen Hofdünger – entspreche nicht mehr den gesetzlichen Anforderungen. Das häusliche Abwasser sei deshalb an die öffentliche Kanalisation anzuschliessen. Falls dies nicht möglich sei bzw. zu hohe Kosten entstünden, könne alternativ eine Kleinkläranlage erstellt werden. X. wurde aufgefordert, bis zum 30. November 2010 mitzuteilen, ob er einen Anschluss an die öffentliche Kanalisation wünsche oder eine Kläranlage erstellen werde. Am 24. Februar 2011 erteilte der Gemeinderat X. die Bewilligung zum Anschluss des Wohnhauses und der Scheune mit Wohnung an die öffentliche Kanalisation. Die Bewilligung sah den Bau einer rund 500 Meter langen Druckleitung zu den Grundstücken von E. bzw. A. vor. Dort sollte diese Leitung an die von diesen beiden Grundbesitzern im Jahre 1984 erstellte Abwasserleitung angeschlossen werden. X. liess die notwendigen Arbeiten ausführen und bezahlte dafür Fr. 52 296.45. Mit Verfügungen des Gemeinderats vom 22. Oktober 2012 wurden ihm die Anschlussstaxen für die beiden Gebäude in Rechnung gestellt: Fr. 16 251.85 für das Wohnhaus und Fr. 13 167.35 für die Scheune mit Wohnung, insgesamt Fr. 29 419.50. Zur selben Zeit erhielt X. vom Grundbuchamt den Entwurf eines Dienstbarkeitsvertrags, in dem er verpflichtet wurde, E. und A. für die Nutzung der von ihnen erstellten bzw. finanzierten Abwasserleitung (rund 520 Meter bis zur Einleitung in den Hauptkanal) einen Einkaufsbeitrag in der Höhe von Fr. 22 000.– zu entrichten. X. erhob Rekurs und beantragte, die Anschlussbeiträge von Fr. 29 400.– seien ihm gänzlich zu erlassen. Zur Begründung führte er an, die Gesamtkosten für den Anschluss der beiden Gebäude an die öffentliche Kanalisation beliefen sich auf rund Fr. 103 700.–. Diese Kosten überstiegen den Normwert bei Weitem und seien nicht zumutbar. Die Verwaltungsrekurskommission wies den Rekurs ab.

Aus den Erwägungen:

2. ...

a) Gemäss Art. 20 Abs. 1 GSchVG kann die politische Gemeinde für Erstellung und Betrieb öffentlicher Abwasseranlagen von den Grundeigentümern des Einzugsgebietes Beiträge erheben. Diese Vorschrift ist mit Blick auf Art. 51 Abs. 1 und 3 BauG nicht nur als Ermächtigung, sondern als Verpflichtung zu interpretieren (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz 555). Das Abwasserreglement der Gemeinde N. (nachfolgend: Reglement) wurde vom Gemeinderat am 13. Mai 2008 auf dieser Grundlage – insbesondere Art. 14 GSchVG – erlassen, unterstand vom 24. Mai bis 22. Juni 2008 dem fakultativen Referendum und wird seit dem 1. Januar 2009 angewendet. Die Veranlagungen der Beiträge mit Rechnungen vom 22. Oktober 2012 beruhen folglich auf einer in formeller Hinsicht genügenden gesetzlichen Grundlage. Zu prüfen ist, ob die gesamten Anschlusskosten überhöht sind.

aa) Der Rekurrent bringt nicht vor, die Kanalisationsanschlussbeiträge seien zu hoch bzw. falsch berechnet. Dies ist aus den Akten auch nicht ersichtlich. Sie entsprechen dem Reglement, welches für Bauten und Anlagen auf einem Grundstück, das an die öffentliche Kanalisation angeschlossen ist, einen einmaligen Beitrag von 24 ‰ des Neuwerts vorsieht (Art. 32 Abs. 1). Die Neuwerte wurden für die beiden Gebäude – ebenfalls reglementsconform – nach dem Gesetz über die Gebäudeversicherung (sGS 873.1) mittels amtlicher Schätzungen vom 22. Juni 2010 (Fr. 508 000.– bzw. Fr. 627 000.–) bestimmt (vgl. Art. 32 Abs. 2).

Gemäss Art. 11 Abs. 1 GSchG muss das verschmutzte Abwasser im Bereich der öffentlichen Kanalisation in die Kanalisation eingeleitet werden. Dieser Bereich umfasst nebst den Bauzonen unter anderem auch weitere Gebiete, in welchen der Anschluss an die Kanalisation zweckmässig und zumutbar ist (Abs. 2 lit. c). Zweckmässig ist er dann, wenn er sich einwandfrei und mit normalem baulichem Aufwand herstellen lässt (Art. 12 Abs. 1 lit. a GSchV), und zumutbar, wenn die Kosten des Anschlusses diejenigen für vergleichbare Anschlüsse innerhalb der Bauzone nicht wesentlich überschreiten (Abs. 1 lit. b).

bb) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind dabei sämtliche vom Grundeigentümer effektiv zu tragenden Kosten zu berücksichtigen, also auch die Anschlussstaxe (BGE 132 II 515 E. 4). Dabei gelten in Fällen, wo es um ein alleinstehendes, nichtlandwirtschaftliches Gebäude geht, Kosten von bis zu Fr. 5000.– pro Zimmer oder Einwohneregleichwert (EGW) noch als zumutbar (BGE 115 Ib 28 E. 2b/bb). Ob sie in dieser Grössenordnung auch für Bauten zumutbar wären, die im engeren oder weiteren Sinne zu einem Landwirtschaftsbetrieb gehören und deren Abwässer technisch einwandfrei zusammen mit der landwirtschaftlichen Jauche entsorgt werden könnten, liess das Bundesgericht im zitierten Entscheid offen. Im Weiteren wurden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgende Kosten als nicht unangemessen beurteilt: Anschlusskosten in der Höhe von 2,5 Prozent des Schätzwertes eines Gebäudes, Gesamtkosten in der Höhe von

Fr. 23 000.– für eine Anschlussleitung von 92 m, Gesamtkosten von Fr. 52 000.– für eine Anschlussleitung in der Länge vom 96 m für drei Wohnhäuser mit einem EGW von 11 sowie auch Kosten von Fr. 14 000.– bei einem EGW von 3. Im Jahre 2001 beurteilte das Bundesgericht sodann Kosten von Fr. 6700.– pro EGW als angemessen (vgl. BGE 132 II 515 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

cc) Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheinen die Anschlusskosten im Betrag von rund Fr. 103 700.– tatsächlich als eher hoch. Aus den Akten ist zwar nicht ersichtlich, wie viele Zimmer die beiden Gebäude umfassen. Selbst wenn man aber von einem EGW von 6 pro Gebäude ausgeht, ergeben sich Anschlusskosten in der Höhe von Fr. 8641.– pro Zimmer. Die Vorinstanz zweifelte offenbar an der Zumutbarkeit der Kosten. Sie teilte dem Rekurrenten deshalb am 26. Oktober 2010 mit, falls der Anschluss an die Kanalisation mit zu hohen Kosten verbunden sei, könne auch eine Kleinkläranlage erstellt werden. Solche Klein-Abwasserreinigungsanlagen entsprechen dem Stand der Technik gemäss Art. 13 Abs. 1 GSchG und sind für die Abwasserentsorgung ausserhalb des Bereichs der öffentlichen Kanalisation zulässig (vgl. H.W. Stutz, Schweizerisches Abwasserrecht, Zürich 2008, S. 133 f.). Der Rekurrent hat sich schliesslich dafür entschieden, kein Rechtsmittel gegen die vom Gemeinderat verlangte Änderung der Entsorgungsart zu ergreifen und die beiden Gebäude an die Kanalisation anzuschliessen. Wie es dazu kam und welche Gespräche mit der Vorinstanz geführt wurden, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Fest steht lediglich, dass die Anschlussbewilligungen mit Verfügungen vom 24. Februar 2011 gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen und auf das Abwasserreglement vom 13. Mai 2008 der Gemeinde N. und gemäss Planvorgabe erteilt wurden. In Ziff. 5 der Bewilligungen wurde unter anderem festgehalten, die Anschlussgebühr betrage 2,4 Prozent des Gebäudewertes der anzuschliessenden Objekte. Die entsprechende Verfügung werde erlassen, sobald die Hausanschlüsse erstellt werden könnten bzw. bei Neubauten nach der amtlichen Schätzung. Weitere, die finanziellen Aspekte betreffende Regelungen wurden nicht getroffen. Mangels anderslautender Abreden greift Art. 11 Abs. 2 des Reglements, wonach der Anschluss eines Grundstückes an die öffentliche Kanalisation in der Regel durch eine eigene Anschlussleitung ohne Benützung fremder Grundstücke zu erfolgen hat bzw. Rechte und Pflichten allfälliger Grundstückseigentümer vor Baubeginn privatrechtlich zu regeln sind. Eine solche Vereinbarung ist offenbar mit E. und A. getroffen worden bzw. vorgesehen.

Der Gemeinderat orientierte den Rekurrenten, dass ein Anschluss an die öffentliche Kanalisation oder die Erstellung einer Kleinkläranlage möglich sei. Der Rekurrent macht keine Angaben, nach welchen Kriterien er diese beiden Möglichkeiten prüfte und sich in der Folge für einen Anschluss an die öffentliche Kanalisationsleitung entschied. Auch geht aus den Akten nicht hervor, ob sich der Rekurrent vor der Errichtung der Abwasserleitung mit der Politischen Gemeinde N. über eine allfällige Kostenbeteiligung verständigte. Dies wäre in vorliegendem Fall jedoch angezeigt gewesen, denn ist die Gemeinde nicht zur Erschliessung verpflichtet, ist es

möglich, die Erschliessung mittels verwaltungsrechtlichem Vertrag mit dem zur Abwasserbeseitigung verpflichteten Bauherren zu regeln. Dabei kann sich die Gemeinde etwa verpflichten, Planung, Bauleitung und Kostenabrechnung bzw. -verteilung und allenfalls auch einen Beitrag an die Baukosten zu übernehmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_61/2010 vom 2. November 2010 E. 3.3). Der Rekurrent entschied sich für einen Anschluss an die Kanalisationsleitung, wobei er aufgrund des Reglements damit rechnen musste, dass neben den Baukosten auch Anschlussbeiträge anfallen.

Gegen die beiden Verfügungen der Anschlussstaxen der Vorinstanz ist somit in rechtlicher Hinsicht nichts einzuwenden. Sie basieren auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage und entsprechen dem Abwasserreglement der Gemeinde N. vom 13. Mai 2008. Dies wird vom Rekurrenten zu Recht nicht bestritten. Die gesamten Anschlusskosten bewegen sich mit rund Fr. 103 700.– jedoch in einer Höhe, die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an der oberen Grenze des Zumutbaren liegen dürfte. Nach Lage der Akten erfolgte der Anschluss jedoch freiwillig, sodass sich die Frage nach Zumutbarkeit und Zweckmässigkeit gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. b GSchV gar nicht stellt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass dem Beschwerdeführer durch den Anschluss der ausserhalb der Bauzone gelegenen Liegenschaften ein nicht zu unterschätzender Sondervorteil erwuchs. Zu prüfen ist, ob nicht besondere Umstände vorliegen, welche die Reduktion der Gebäudebeiträge rechtfertigen.

c) Gemäss Art. 34 des Reglements kann der Gemeinderat in Ausnahmefällen Gebäudebeiträge den besonderen Verhältnissen anpassen. Auch in diesen Fällen sind die dem Grundeigentümer durch Abwasseranlagen entstehenden Vorteile und die Aufwendungen für die Anlage zu berücksichtigen. Sonderfälle sind insbesondere Gewerbe- und Industriebetriebe, die eine ausserordentlich hohe oder tiefe Abwassermenge oder frachtmässige Belastung aufweisen, Kirchen und Kapellen und landwirtschaftlich genutzte Ökonomiegebäude.

Unter diesem Artikel werden nur Gebäude erfasst, die die Abwasserinfrastruktur über- bzw. unterdurchschnittlich beanspruchen. Die dem Grundeigentümer entstehenden Vorteile sind aber auf jeden Fall abzugelten. Fälle, in denen besonders hohe Anschlusskosten entstehen, fallen nicht darunter, denn der aus dem Anschluss gewonnene Nutzen wird davon nicht betroffen. Somit hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, eine Reduktion bzw. die Streichung der Anschlussstaxen würde zu einer Ungleichbehandlung der an die Kanalisation angeschlossenen Grundstückseigentümer führen. Von einem Sonderfall gemäss Art. 34 des Reglements ist folglich nicht auszugehen und eine entsprechende Reduktion bzw. ein Erlass der Gebäudebeiträge deshalb nicht angezeigt. Der Rekurs ist deshalb abzuweisen.

8. Abgaben

21

Art. 18 Abs. 1 DBG (SR 642.11) Spaltet der Inhaber eines Fabrikationsbetriebs in Form einer Einzelfirma diese im Alter von rund 70 Jahren auf und überführt er sie ohne das Betriebsgrundstück und die darauf lastenden Hypotheken in eine AG, deren Aktionär er ist und die das Grundstück von ihm mietet, nimmt er eine Überführung des Grundstücks vom Geschäftsvermögen ins Privatvermögen vor.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I, ~~11~~ 18. Juni 2013

Die Eheleute X und Y Z (beide geb. 1941) wohnen in M. (Kanton St. Gallen). X Z ist Eigentümer einer Liegenschaft in O. (Kanton Zürich), in der er unter der Firma Z-Fabrik ein Einzelunternehmen betrieben hat. Dessen Aktiven und Passiven wurden mit Ausnahme der Immobilien und der Hypothekarschuld per 1. Januar 2010 mittels Sacheinlage auf die neu gegründete Z-Fabrik AG übertragen. Für die im Einzelunternehmen verbliebene Liegenschaft in O. bezahlte die Z-Fabrik AG im Jahr 2010 einen monatlichen Mietzins. X Z ist Verwaltungsratspräsident und Y Z Verwaltungsratsmitglied der Z-Fabrik AG. Die Veranlagungsbehörde ging davon aus, mit der Überführung als Sacheinlage in die neugegründete Z-Fabrik AG sei die Einzelfirma liquidiert worden. Es liege eine Überführung in das Privatvermögen vor. Sie erfasste die stillen Reserven auf der Liegenschaft als steuerbares Einkommen. Ein von den Pflichtigen dagegen erhobener Rekurs blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

2. ...

b) Nach Art. 18 Abs. 1 DBG sind alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbstständigen Erwerbstätigkeit steuerbar. Dazu zählen auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen. Der Veräusserung gleichgestellt ist unter anderem die Überführung von Geschäftsvermögen in das Privatvermögen (Art. 18 Abs. 2 DBG). Darunter fallen alle Tatbestände, durch welche stille Reserven so verschoben werden, dass die bisher aufgeschobene Besteuerung später nicht mehr erfolgen könnte. Liquidationsgewinne bzw. alle mit einer Liquidation verbundenen Einnahmen sind zu den periodischen Unternehmenseinkünften hinzuzurechnen. Auf eine Überführung von Geschäfts- in Privatvermögen ist zu schliessen, wenn die steuerpflichtige Person ihren Bestandteil des Betriebsvermögens dauernd in den Dienst der privaten Kapitalanlage stellt (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 76 und 81 zu Art. 18 DBG).

Stille Reserven einer Personenunternehmung (Einzelfirma, Personengesellschaft) werden nicht besteuert, wenn die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Einkommenssteuer massgeblichen Werte übernommen werden, namentlich bei der Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs auf eine juristische Person (Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG). Privatrechtlich können Personenunternehmen nicht gespalten werden. Steuerrechtlich erfasst jedoch der Spaltungsbegriff auch die Aufteilung von Personenunternehmungen sowie andere im Fusionsgesetz nicht geregelte Unternehmensaufteilungen. Der steuerrechtliche Spaltungsbegriff ist in Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise eigenständig konzipiert. Steuerrechtlich massgebend sind lediglich die Ausgangslage und das wirtschaftliche Endresultat der Transaktion. Ob eine Spaltung im Sinne des Privatrechts vorliegt, ist somit für die steuerrechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend. Wenn die Vermögenswerte nach der Transaktion nicht mehr ganz oder vorwiegend der selbstständigen Erwerbstätigkeit dienen, ist der Tatbestand der Privatentnahme nach Art. 18 Abs. 2 DBG gegeben (M. Reich, in: Zweifel/Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 2. Aufl. 2008, N 28, 36 und 47 zu Art. 19 DBG).

Damit Geschäftsvermögen vorliegt, muss der Vermögensgegenstand einen Bezug zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit aufweisen (vgl. Art. 18 Abs. 2 Satz 3 erster Teil DBG). Darunter fällt allgemein jede Tätigkeit, bei der ein Unternehmer auf eigenes Risiko, unter Einsatz von Arbeit und Kapital in einer frei gewählten Organisation und mit der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Eine solche Tätigkeit kann haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder temporär ausgeübt werden. Ob eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, ist stets nach den gesamten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen (BGE 2C_115/2012 vom 25. September 2012 E. 2.1.1). Keine selbstständige Erwerbstätigkeit liegt vor, wenn bloss das eigene Vermögen verwaltet wird, insbesondere wenn eigene Liegenschaften vermietet werden. Dies gilt selbst dann, wenn das Vermögen umfangreich ist, professionell verwaltet wird und kaufmännische Bücher geführt werden (BGE 2C_907/2010 vom 16. Mai 2011 E. 3.1; Reich, in: Zweifel/Athanas, a. a. O., N 66 zu Art. 19 DBG).

b) Der Beschwerdeführer übte als Inhaber des Einzelunternehmens Z-Fabrik jahrelang eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus. Für diese Tätigkeit nutzte er die Liegenschaft an der E-Strasse in O. Das Grundstück wies somit einen Bezug zu der selbstständigen Erwerbstätigkeit auf, weshalb die Liegenschaft mindestens bis Ende 2009 als Geschäftsvermögen zu qualifizieren war.

Mit Vertrag vom 30. April 2010 übernahm die Z-Fabrik AG bei der Gründung rückwirkend per 1. Januar 2010 das operative Geschäft der Einzelunternehmung Z-Fabrik ohne Grundstücke und Hypothekarschulden. Die Geschäftsführung wurde den Beschwerdeführern übertragen, welche zugleich die einzigen Verwaltungsratsmitglieder der neu gegründeten Gesellschaft sind. Entsprechend gaben sie in der Steuererklärung an, unselbstständig erwerbstätig zu sein. Aus der Jahresrechnung des Einzel-

unternehmens für das Jahr 2010 ist ersichtlich, dass keine Umsätze erwirtschaftet und insbesondere kein Personalaufwand verbucht wurden. Die Beschwerdeführer machen zwar geltend, monatlich Fr. 1915.– bzw. jährlich Fr. 22 980.– an Mietentnahmen eingenommen zu haben. Diese seien in der Erfolgsrechnung nicht verbucht worden, da der Beschwerdeführer Wohnrechtszinsen an die Amtsvormundschaft O. zugunsten seiner Schwester zu bezahlen gehabt habe. Beschränkt sich die Tätigkeit eines Vermieters auf die Nutzungsüberlassung und auf die Vereinnahmung des Mietzinses, so handelt es sich bei der Vermietung grundsätzlich um keine eigentliche Geschäftstätigkeit, sondern um einen Akt der privaten Vermögensverwaltung. Solange die Vermietung indessen lediglich als eine vorübergehende Massnahme erscheint, liegt keine dauerhafte Änderung der Zweckbestimmung des Geschäftsvermögens und somit auch keine Privatentnahme vor. Eine Geschäftsaufgabe kann nur dann angenommen werden, wenn die spätere Rückkehr zur Selbstständigkeit durch den Betriebsinhaber oder dessen Erben als ausgeschlossen erscheint (M. Reich, Die Realisation stiller Reserven im Bilanzsteuerrecht, Zürich 1983, S. 131 f.). Mit dem Übertrag des operativen Geschäfts an die Z-Fabrik AG per 1. Januar 2010 ist die selbstständige Tätigkeit des Beschwerdeführers weggefallen. Unwahrscheinlich ist, dass der 72-jährige Beschwerdeführer in die selbstständige Erwerbstätigkeit zurückkehrt. Die Übertragung der Liegenschaft auf allfällige Erben zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit erscheint ebenfalls ausgeschlossen, nachdem die Aktiengesellschaft gemäss Angaben der Beschwerdeführer eben gerade deshalb ohne Übernahme der Liegenschaft gegründet worden sei, um sie später besser verkaufen zu können. Die Liegenschaft an der E.-Strasse in O wurde somit ins Privatvermögen überführt und die realisierten stillen Reserven sind nach Art. 18 Abs. 2 DBG zu besteuern.

Sämtliche Entnahmen haben zum Verkehrswert der ins Privatvermögen überführten Vermögenswerte zu erfolgen. Dabei ist der Verkehrswert im Zeitpunkt der Privatentnahme massgebend. Der andere massgebende Wert ist der steuerlich massgebende Buchwert des entnommenen Vermögenswertes. Die Differenz zwischen diesen beiden Grössen bildet den sogenannten Überführungsgewinn (P. Locher, Kommentar zum DBG, I. Teil, 1. Aufl. 2001, N103 zu Art. 18 DBG). Für die Festlegung des Verkehrswertes ist die Veranlagungsbehörde teilweise auf Schätzungen angewiesen. Bei Liegenschaften wird in der Regel auf den amtlichen Verkehrswert abgestellt (Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st.gal. Steuerrecht, 6. Aufl. 1999, S. 84 f.). ...

b) Zusammenfassend hat die Vorinstanz zu Recht eine Überführung der Liegenschaft vom Geschäfts- ins Privatvermögen angenommen.

22

Art.213 Abs .1 lita DBG (SR 642.11); Art.48 Abs .1 lita StG (sGS811.1) Bei getrennt besteuerten Eltern steht der Kinderabzug demjenigen Elternteil zu, der für den Unterhalt sorgt (nach Bundesrecht) bzw. für den Unterhalt zur Hauptsache aufkommt (nach kantonalem Recht). Die geschiedene Steuerpflichtige lebt mit ihrer volljährigen Tochter zusammen. Diese absolvierte im Rahmen ihrer Ausbildung ein Praktikum und erzielte daraus Erwerbseinkünfte. Diese sind teilweise an ihren Lebensunterhalt anzurechnen. Die notwendige Unterhaltsleistung der Eltern beträgt Fr.15044.–. Da der Vater durch monatliche Zahlungen insgesamt Fr.10320.– zum Unterhalt beitrug, ist der Anteil der Mutter auf Fr. 4724.– zu beziffern, wobei deren immaterielle Leistungen und Naturalleistungen durch Schätzung zu bestimmen sind. Zu berücksichtigen ist auch, dass volljährige Kinder keine besondere Betreuung benötigen. Damit kann der Mutter weder der Kinderabzug noch der Elterntarif gewährt werden.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 21. April 2013

3. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, der Kinderabzug stehe ihr zu, da sie für ihre Tochter neben der finanziellen Unterstützung auch einen nicht bezifferbaren immateriellen Beitrag leistete, welchen es ebenfalls zu berücksichtigen gelte. Die Vorinstanz hält dem entgegen, abzugsberechtigt sei nur derjenige Elternteil, welcher den Unterhalt des Kindes aus eigenen, steuerlich bei ihm aber nicht abziehbaren Mitteln überwiegend bestreite. Im Rekurs- und Beschwerdeverfahren ist demnach umstritten, ob die Beschwerdeführerin den Kinderabzug geltend machen kann.

a) Nach Art. 213 Abs. 1 lit. a DBG in der für das Jahr 2011 gültigen Fassung können für jedes minderjährige oder in der beruflichen oder schulischen Ausbildung stehende Kind, für dessen Unterhalt die steuerpflichtige Person sorgt, Fr. 6400.– abgezogen werden; werden die Eltern getrennt besteuert, so wird der Kinderabzug hälftig aufgeteilt, wenn das Kind unter gemeinsamer elterlicher Sorge steht und keine Unterhaltsbeiträge nach Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG für das Kind geltend gemacht werden.

b) Für volljährige Kinder wird der Kinderabzug nur gewährt, wenn sich das Kind noch in der schulischen oder beruflichen Ausbildung befindet. Unter beruflicher oder schulischer Ausbildung ist nicht nur eine Berufslehre zu verstehen; vielmehr gilt als berufliche Ausbildung jeder Ausbildungsgang, welcher mittelbar oder unmittelbar dazu dient, in erster Linie die Erstausbildung abzuschliessen (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 40 zu Art. 213 DBG). Nach dem Kreisschreiben der EStV Nr. 30 vom 21. Dezember 2010, das ab Steuerperiode 2011 massgebend ist, kann bei getrennt lebenden oder geschiede-

nen Eltern grundsätzlich derjenige Elternteil den Kinderabzug geltend machen, der die Unterhaltszahlungen leistet. Leisten beide Elternteile Unterhaltszahlungen, kann der Elternteil mit den höheren finanziellen Leistungen, d. h. in der Regel derjenige mit dem höheren Einkommen, den Kinderabzug geltend machen. Der andere Elternteil kann den Unterstützungsabzug geltend machen, sofern seine Leistungen mindestens in der Höhe des Abzuges erfolgen (Kreisschreiben der EStV Nr. 30 vom 21. Dezember 2010, Ziffer 14.10.2). Ist ein volljähriges Kind trotz seiner Ausbildung fähig, für einen Teil seines Unterhaltes selbst zu sorgen, ist dies an die Unterhaltsleistung der Eltern anzurechnen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 41 zu Art. 213 DBG; im Ergebnis gleich: NStP 2008, S. 67). Wohnt das Kind beim einen Elternteil und leistet der andere Elternteil dem Kind Unterhaltsbeiträge, so sind die Leistungen desjenigen Elternteils, bei dem das Kind wohnt, ziffernmässig zu bestimmen, um festzustellen, wer die höheren finanziellen Leistungen erbringt.

Die Tochter Y. war im Jahr 2011 volljährig und besuchte die A.-Schule in Z., welche dazu diente, sie auf die Abschlussprüfung zur Medizinischen Praxisassistentin vorzubereiten. Im Rahmen der schulischen Ausbildung absolvierte sie zwischen Februar 2011 und Januar 2012 ein Praktikum in einer Arztpraxis in Z. Der Besuch der A.-Schule ist ohne Zweifel als berufliche Erstausbildung zu qualifizieren. Entsprechend ist ein Kinderabzug grundsätzlich möglich. Es ist zu prüfen, welcher Elternteil den Kinderabzug geltend machen kann. In diesem Zusammenhang ist zunächst der Unterhaltsbedarf der Tochter Y. zu bestimmen. Alsdann ist zu prüfen, ob aufgrund eines allfälligen Einkommens des Kindes eine Eigenleistung zu berücksichtigen ist. In der Praxis wird bei einer Erwerbstätigkeit des Kindes ein Betrag von Fr. 6000.– abgerechnet, der zur freien Verfügung des Kindes vorgesehen ist. Damit kann die notwendige Elternleistung ermittelt werden. Die St.Galler Praxis stellt auf den effektiven Bedarf des betreffenden Kindes ab und setzt voraus, dass dieser in Grenzfällen für das mündige Kind zuerst festgestellt werden muss, wobei auch die in Natura erbrachten Leistungen wie Kost und Logis zu beziffern sind. Für die Bemessung des Unterhaltsbedarfs des Kindes wird für gewisse Auslagen, die notwendigerweise zu schätzen sind, auf Pauschalen abgestellt, in der Regel auf die Empfehlungen des Amtes für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen (www.ajb.zh.ch; vgl. SGE 2010 Nr. 3 und 2007 Nr. 9 [=VerwGE B 2007/14 vom 9. Mai 2007, in: www.gerichte.sg.ch]). Gemäss der «Empfehlung zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder» des Amtes für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich ist der jährliche Unterhalt auf Fr. 25 500.– zu schätzen. Davon ist bei volljährigen Kindern der Aufwand für Pflege und Erziehung Fr. 3960.– abzurechnen, da volljährige Kinder keine besondere Pflege und Erziehung mehr benötigen. Bei volljährigen Kindern besteht im Übrigen auch keine elterliche Sorge. Der Aufwand von Fr. 5100.– für Ernährung ist um die Hälfte zu reduzieren, da die Tochter teilweise auswärts isst und hierfür Berufskosten abrechnen kann. Daraus resultiert ein Bedarf von Fr. 18 990.–. Im Jahr 2011 erzielte Y. aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit ein Nettoeinkommen von Fr. 15 641.–, weshalb es ihr grundsätzlich möglich war, einen Teil

ihres Unterhaltes selbst zu bestreiten. Nach Abzug des Betrages von Fr. 6000.– zur freien Verfügung ist die Eigenleistung der Tochter auf Fr. 9641.– festzusetzen. Von dieser Eigenleistung ist zusätzlich der besondere Unterhaltsbedarf abzuziehen. Unter Berücksichtigung der Fahrkosten (Fr. 1854.–), der Mehrkosten für auswärtige Verpflegung (Fr. 3200.–) und der weiteren Berufskosten (Fr. 641.–) beträgt die mögliche Eigenleistung des Kindes noch Fr. 3946.–. Somit ist die notwendige Elternleistung mit Fr. 15 044.– zu beziffern.

Der Vater von Y. trug nachweislich durch Zahlungen von Fr. 860.– pro Monat, insgesamt Fr. 10 320.– zum Unterhalt von Y. bei. Der Anteil der Mutter betrug damit noch Fr. 4724.–. Damit sind die Leistungen des Vaters weit höher zu veranschlagen als jene der Mutter, weshalb der Kinderabzug nach Ziff. 14.10.2 des Kreisschreibens der EStV nicht der Mutter gewährt werden kann. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Anknüpfung für die Berechtigung zum Kinderabzug sei nicht die finanzielle Hauptlast, sondern die Betreuungsfunktion, welche sie als Mutter innehat. Sie verweist diesbezüglich auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_365/2009 vom 24. März 2010. Dieses Urteil ist aber nicht einschlägig, da es thurgauisches Recht zum Gegenstand hat und dessen Anwendung nur unter dem Blickwinkel der Willkür prüfte. Zudem wird im Urteil darauf hingewiesen, dass die Auffassung vertretbar, wenn nicht sogar zutreffender sei, dass derjenige den Kinderabzug geltend machen kann, der zur Hauptsache für das Kind aufkommt (E. 3.4). Der Vater leistete den grössten Teil des Unterhaltes, weshalb folgerichtig er auch den Kinderabzug geltend machen konnte. Der Beschwerdeführerin bleibt der Kinderabzug verwehrt.

Allenfalls ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin ein Unterstützungsabzug nach Art. 213 Abs. 1 lit. b DBG geltend machen kann. Dieser ist für jede erwerbsunfähige oder beschränkt erwerbsfähige Person zu gewähren, zu deren Unterhalt die steuerpflichtige Person mindestens in der Höhe des Abzuges beiträgt; der Abzug kann nicht beansprucht werden für den Ehegatten und für Kinder, für die ein Abzug nach lit. a gewährt wird. Erreicht die tatsächliche Unterstützung den Unterstützungsbeitrag nicht, entfällt der Unterstützungsabzug vollständig; er wird nicht im Ausmass der Unterstützung gewährt. Der Unterstützungsabzug ist gegenüber dem Kinderabzug subsidiär (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 50 zu Art. 213 DBG). Im vorliegenden Fall beträgt die Leistung der Mutter wie erwähnt Fr. 4724.–, womit der Unterstützungsabzug entfällt.

c) Im st.gallischen Steuerrecht wird nach Art. 48 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 StG ein Kinderabzug von Fr. 10 200.– für jedes unter der elterlichen Sorge oder Obhut des Steuerpflichtigen stehende oder volljährige Kind gewährt, das in der schulischen oder beruflichen Ausbildung steht, wenn der Steuerpflichtige zur Hauptsache dafür aufkommt. Im Unterschied zum DBG hält das st.gallische Steuerrecht explizit fest, dass der Kinderabzug nur von demjenigen Elternteil beansprucht werden kann, der «zur Hauptsache» für den Unterhalt des Kindes aufkommt. Zur Hauptsache bedeutet, dass derjenige Elternteil, der grundsätzlich mehr als die Hälfte der Unterhalts-

kosten des Kindes übernimmt, den Abzug beanspruchen kann. Zur Hauptsache kommt aber z. B. auch derjenige Elternteil auf, der nur 40 Prozent an den Unterhalt des Kindes zahlt, wobei die restlichen 60 Prozent jedoch je zur Hälfte durch Alimentenzahlungen des anderen Elternteils und durch eigene Erwerbseinkünfte des Kindes bestritten werden (SGE 2010 Nr. 3). Es kann daher auf die vorstehende Begründung über den Kinderabzug bei der direkten Bundessteuer verwiesen werden. Die Rekurrentin kann folglich auch keinen Kinderabzug für die Kantons- und Gemeindesteuern 2011 geltend machen. Ein Unterstützungsabzug ist im st.gallischen Steuerrecht übrigens nicht vorgesehen.

4. ...

e) Das kantonale Recht gewährt nach Art. 45 Abs. 1 lit. g StG eine Erhöhung des Abzuges von den Einkünften um Fr. 600.– für jedes Kind, für das der Steuerpflichtige einen Kinderabzug geltend machen kann. Da für die Kantons- und Gemeindesteuer kein Kinderabzug der Rekurrentin möglich ist, kann auch keine Erhöhung der Versicherungspauschale abgezogen werden.

5. Die Rekurrentin beantragt weiter die Festsetzung des Steuerbetrages zum Vollsplittingtarif nach Art. 50 Abs. 3 StG. Zur Begründung zitierte sie das Kreisschreiben der EStV Nr. 30 vom 21. Dezember 2010, Ziff. 14.10.3. Für die Anwendung des kantonalen Rechts ist das Kreisschreiben der EStV nicht massgebend. Hinzu kommt, dass Art. 50 Abs. 3 StG den Verheiratetentarif ausdrücklich jenen Steuerpflichtigen vorbehält, die den Unterhalt des Kindes zur Hauptsache bestreiten. Diese Voraussetzung ist wie erwähnt bei der Rekurrentin nicht erfüllt. Dementsprechend ist die Rekurrentin nicht dem Verheiratetentarif nach Art. 50 Abs. 3 StG zu unterstellen.

Die Vorinstanz brachte bei der direkten Bundessteuer den Verheiratetentarif zur Anwendung. Sie berief sich auf das Kreisschreiben der EStV. Nach Ziff. 14.10.3 kann grundsätzlich derjenige Elternteil, mit dem das Kind zusammenlebt, den Elterntarif geltend machen. Offenbar bezog sich die Vorinstanz auf diese Bestimmung. Indes wird im Kreisschreiben angefügt, es könne in der Regel davon ausgegangen werden, dass dieser Elternteil, also jener, mit dem das Kind zusammenlebt, für den Unterhalt zur Hauptsache aufkommt. Vorliegend ist dies allerdings nicht der Fall. Aufgrund der konkreten Umstände ist aber davon abzusehen, hinsichtlich des anwendbaren Tarifs eine *reformatio in peius* vorzunehmen und den Tarif zum Nachteil der Steuerpflichtigen zu ändern.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde und der Rekurs abzuweisen sind.

23

Art.39 StG (sG§11.1); Art.26 DBG (SR 642.11) Übernimmt die Arbeitgeberin die Kosten für die Fahrt vom Wohnort zum Arbeitsort mit einem Geschäftsauto und werden dabei nicht nur die steuerlich abzugsfähigen Berufskosten gedeckt, kann ein allfälliger Selbstbehalt, der dem Angestellten vom Lohn abgerechnet wird, nicht als Berufskostenabzug steuerlich in Abzug gebracht werden.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/August 2013

Der Steuerpflichtige wohnt in Goldach und ist in St.Gallen unselbstständig tätig. Die Arbeitgeberin stellt ihm ein Geschäftsauto zur Verfügung, das er auch für den Arbeitsweg benutzen darf, und übernimmt sämtliche Kosten dafür. Sie verbietet ihm aber weitere Privatfahrten und belastet ihm Fr. 200.– pro Monat. Im Lohnausweis kreuzte sie die Rubrik F «unentgeltliche Beförderung zwischen Wohn- und Arbeitsort» an. Die Vereinbarung ging der Angestellte freiwillig ein. Er will den Selbstbehalt von Fr. 200.– sowie einen Betrag von Fr. 100.– pro Monat für die Garage, insgesamt Fr. 3600.– pro Jahr, als Berufskosten vom Einkommen abziehen. Die Veranlagungsbehörde verweigerte diesen Abzug. Auch ein Rekurs bei der Verwaltungsrekurskommission blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

3. Umstritten ist die Abzugsfähigkeit des Betrags von Fr. 2400.–, welcher dem Steuerpflichtigen vom Arbeitgeber für den Geschäftswagen vom Lohn abgerechnet wird, sowie der Aufwendungen von Fr. 1200.– für die Garagenmiete.

a) Der Abzug der Berufskosten ist in Art. 26 DBG und Art. 39 StG geregelt. Gemäss Art. 26 Abs. 1 DBG bzw. Art. 39 Abs. 1 StG können unter anderem die notwendigen Kosten für Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsstätte (lit. a), die notwendigen Mehrkosten für auswärtige Verpflegung (lit. b) sowie die übrigen für die Ausübung des Berufes erforderlichen Kosten (lit. c) als Berufskosten abgezogen werden. Wesentlich ist, dass sie mit der Berufsausübung zusammenhängen und dass es sich um notwendige Aufwendungen handelt, deren Vermeidung dem Steuerpflichtigen nicht zugemutet werden kann. Nach den im Steuerrecht allgemein gültigen Beweisregeln hat dabei der Pflichtige grundsätzlich sowohl Notwendigkeit als auch Umfang von anrechenbaren Aufwendungen nachzuweisen (vgl. Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st.gallische Steuerrecht, 6. Aufl. 1999, S. 41; GVP 1973 Nr. 6 und 1980 Nr. 6).

aa) Die Steuerpflichtigen können nur diejenigen Kosten in Abzug bringen, die sie selber getragen haben. Was vom Arbeitgeber finanziert wird, stellt für den Arbeitnehmer kein Kostenaufwand dar. Es ist daher notwendig, dass zwischen den auszuweisenden Bezügen in Form von Naturalleistungen – wie das Zurverfügung-

stellen von Fahrzeugen oder das Anbieten von Verpflegung durch den Arbeitgeber – sowie der Entschädigung dieser Kosten durch den Arbeitgeber mittels ausbezahlter Spesen und den vom Arbeitnehmer beanspruchten Abzügen für die Berufskosten koordiniert wird. Andernfalls ergäbe sich ein doppelter Steuerabzug für die gleichen Aufwendungen (vgl. Bosshard/Mösli, Der neue Lohnausweis, Muri/Bern 2007, S. 32; Klöti-Weber/Siegrist/Weber, Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 3. Aufl. 2009, § 35 N 2; B. Knüsel in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. Aufl. 2008, N 5 zu Art. 26 DBG).

bb) Im neuen, seit dem 1. Januar 2007 geltenden, gesamtschweizerisch einheitlichen Lohnausweis werden neben dem eigentlichen Lohn auch die Gehaltsnebenleistungen – wie unter Ziff. 2.2 der Privatanteil an einem Geschäftswagen – erfasst. Unter Ziff. 15 – Bemerkungen – werden alle zusätzlichen Angaben aufgeführt, die nicht in einem anderen Feld eingetragen werden können und die der Vollständigkeit bzw. Wahrheit und Klarheit, also der Transparenz des Lohnausweises dienen.

Wird einem Mitarbeiter ein Geschäftswagen zur Verfügung gestellt, kann dieser meist auch privat genutzt werden. Dafür wird im Lohnausweis eine entsprechende Aufrechnung vorgenommen. Die Anschaffungs- sowie sämtliche Unterhaltskosten werden zumeist vom Arbeitgeber bezahlt. Von den Mitarbeitenden selbst zu tragen sind dann lediglich die Benzinkosten, die ihnen bei der Privatbenützung entstehen. Als Gehaltsnebenleistung ist der Wert zu erfassen, der dem Arbeitnehmer dadurch zufließt, dass er den Geschäftswagen auch privat benützen darf. Dafür wird ihm pro Monat 0,8 Prozent des Kaufpreises, mindestens Fr. 150.–, im Lohnausweis aufgerechnet. Diese pauschale Aufrechnung gelangt unabhängig von der effektiv gefahrenen Anzahl Privatkilometer zur Anwendung (vgl. zum Ganzen Bosshard/Mösli, a. a. O., S. 47 f.; Wegleitung zum Ausfüllen des Lohnausweises bzw. der Rentenbescheinigung der Schweizerischen Steuerkonferenz, Rz. 21). Da sich diese Aufrechnung ausschliesslich auf den privaten Gebrauch in der Freizeit (am Abend, Wochenende oder in den Ferien) bezieht und bei einem Geschäftswagen im Regelfall alle Kosten von der Firma getragen werden, erwachsen dem Mitarbeiter mit einem Geschäftswagen keine Arbeitswegkosten. Diese Regelung ist logisch, weil die Aufwendungen für den Arbeitsweg zu den Gewinnungskosten zählen. Der Arbeitsweg ist damit nicht privater Natur, sondern wird dem beruflichen Bereich zugeordnet. Deshalb muss der Hinweis auf die unentgeltliche Beförderung zwischen Wohn- und Arbeitsort (Feld F) auf dem Lohnausweis angebracht werden. In diesen Fällen entfällt ein Abzug für den Arbeitsweg (vgl. Bosshard/Mösli, a. a. O., S. 33; Wegleitung, Rz 9 und 25; Die neue Steuerpraxis, 2009, S. 62).

Übernimmt der Arbeitnehmer beträchtliche Kosten (z. B. sämtliche Kosten für Unterhalt, Versicherungen, Benzin und Reparaturen; die Übernahme der Benzinkosten dagegen genügt nicht), so ist im entsprechenden Feld des Lohnausweises (Feld 2.2 – Privatanteil Geschäftswagen) keine Aufrechnung vorzunehmen. In den Bemerkungen unter Ziff. 15 des Lohnausweises ist folgender Text anzubringen: «Privatanteil Geschäftswagen im Veranlagungsverfahren abzuklären». In diesen

Fällen ist anhand des Wertes des Geschäftswagens, der Anzahl der gefahrenen Privatkilometer und der vom Arbeitnehmer geleisteten Zahlungen, die insbesondere auch geschäftliche Fahrten betreffen können, eine Einzelfallberechnung bzw. Schätzung vorzunehmen (vgl. Bosshard/Mösli, a. a. O., S. 48 f; Wegleitung, Rz. 22). Auch bei dieser Konstellation ist aber das Feld F anzukreuzen (Bosshard/Mösli, a. a. O., S. 46, vgl. auch VRKE I/1 vom 18. August 2011, I/1–2010/142, in: www.gerichte.sg.ch).

b) Dem Steuerpflichtigen wurde das Fahrzeug vom Arbeitgeber, gestützt auf das Reglement über Montage- und Servicefahrzeuge mit beschränkter Privatbenutzung, zur Verfügung gestellt. Dieses sieht vor, dass das Firmenfahrzeug dem Mitarbeiter nur für den Arbeitsweg zur Verfügung steht und andere Privatfahrten nicht erlaubt sind. Für die Überlassung des Firmenfahrzeugs für den Arbeitsweg wird dem Angestellten ein Privatkostenanteil von mindestens Fr. 200.– pro Monat in Abzug gebracht (Ziff. 5 des Reglements). In solchen Fällen, in denen der Privatgebrauch des Geschäftsfahrzeuges erheblich eingeschränkt ist, indem das Geschäftsfahrzeug nur für den Arbeitsweg, nicht aber für andere Privatfahrten verwendet werden darf, ist keine Aufrechnung für den Privatanteil des Geschäftswagens vorzunehmen. In allen Fällen ist im Lohnausweis aber zusätzlich das Feld F (unentgeltliche Beförderung zwischen Wohn- und Arbeitsort) anzukreuzen (vgl. Ziff. 24 und 25 der Wegleitung). Die Wegleitung sieht auch ausdrücklich vor, dass das Überlassen eines Geschäftswagens durch den Arbeitgeber einer unentgeltlichen Beförderung zwischen Wohn- und Arbeitsort gleichkommt, sofern der Arbeitnehmer für den Arbeitsweg nicht mindestens Fr. 0.70 pro Kilometer bezahlen muss (Ziff. 9 der Wegleitung).

Der Steuerpflichtige bringt nun vor, er dürfe das Geschäftsauto ausschliesslich für den Arbeitsweg nutzen und er bezahle dem Arbeitgeber dafür Fr. 200.– pro Monat. Diese Leistungen stellen daher Berufskosten dar. Diese Argumentation ist bis zu einem gewissen Grad nachvollziehbar. Einerseits stellt der Arbeitgeber ein Geschäftsauto zur Verfügung und übernimmt auch sämtliche Kosten für Anschaffung und Betrieb, andererseits darf das Auto privat nur für den Arbeitsweg verwendet werden. Dies bedeutet, dass dem Angestellten Aufwendungen von Fr. 200.– für den Arbeitsweg erwachsen, die an sich als Berufskosten abgerechnet werden können. Mit der Pauschale von Fr. 200.– pro Monat werden aber im Wesentlichen die Vorteile abgegolten, die dem Angestellten durch die Überlassung eines Geschäftsfahrzeuges entstehen, insbesondere das Risiko von unvorhergesehenen Kosten bleibt beim Arbeitgeber. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer ein allfälliges Privatfahrzeug weniger häufig beanspruchen muss, was eine zusätzliche Kosteneinsparung bedeutet. Daher gilt der Privatkostenanteil, wie ihn der Steuerpflichtige im Betrag Fr. 200.– übernehmen muss, nicht als Aufwand für den Arbeitsweg, sondern als Abgeltung für die mit dem gewählten Modus verbundenen Vorteile.

Gemäss Ziff. 1 des Reglements handelt es sich beim Überlassen eines Geschäftsfahrzeuges mit beschränktem Privatbenutzungsrecht als Privileg. Mit der

Abrechnung eines Privatkostenanteils von Fr. 200.– pro Monat, wie er beim Rekurrenten und Beschwerdeführer vorgenommen wird, handelt es sich materiell denn auch nicht ausschliesslich um eine nur teilweise Deckung der Arbeitswegkosten. Bei den Kosten des Arbeitsweges sind nämlich als Berufskosten grundsätzlich nur die Aufwendungen für die öffentlichen Verkehrsmittel abzurechnen. Die Aufwendungen für die Verwendung eines Autos können nur abgezogen, wenn kein öffentliches Verkehrsmittel zur Verfügung steht oder dessen Benützung nicht zumutbar ist (Art. 18 der Steuerverordnung, sGS 811.11; Art. 5 der Berufskostenverordnung, SR 642.118.1). Der Rekurrent und Beschwerdeführer wohnt in Goldach und hat als Arbeitgeber die Firma Y. St.Gallen angegeben. Er ist in der Niederlassung St.Gallen tätig. Für den Arbeitsweg von Goldach nach St.Gallen sind aufgrund der bestehenden Verbindungen mit öffentlichen Verkehrsmitteln die Autokosten nicht abzugsfähig. Die Übernahme sämtlicher Kosten für das Zurücklegen des Arbeitsweges mit dem Auto und der Abrechnung eines minimalen Privatanteils von Fr. 200.– pro Monat entspricht daher einer grösseren Leistung als jener der Übernahme der notwendigen Berufskosten für den Weg zur Arbeit. Da im vorliegenden Fall die Autokosten für den Arbeitsweg nicht notwendig sind, weil die Fahrt mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zumutbar ist, kann die Vergütung der Autokosten für den Arbeitsweg nicht ausschliesslich als Übernahme von Berufskosten betrachtet werden. Mit der Übernahme der nicht berufsnotwendigen Autokosten für den Arbeitsweg wird eine zusätzliche Leistung erbracht. Für diese zahlt der Arbeitnehmer einen Betrag von Fr. 200.–. Daher erfolgt keine Aufrechnung als Gehaltsnebenleistung beim Einkommen, allerdings kann die Leistung auch nicht bei den Gewinnungskosten als Abzug geltend gemacht werden.

Soweit der Rekurrent und Beschwerdeführer die Mietkosten für die Garage in Abzug bringen will, weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass der Betrag von Fr. 1200.– in der Berufskostenpauschale von Fr. 2400.– enthalten ist. Hinzu kommt, dass nach dem Reglement ein Angestellter nicht verpflichtet ist, das Geschäftsfahrzeug in einer Garage einzustellen. Daher wurde auch für diesen Aufwand zu Recht kein zusätzlicher Abzug gewährt.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs und die Beschwerde abzuweisen sind.

24

Art.48 Abs.1 lit a Ziff 2 und 3 StG (s. 81.1.1); Art.213 Abs.1 lit a DBG (SR 642.11) Kinderabzug, Stichtagsprinzip. Der volljährige Sohn der verheirateten Steuerpflichtigen machte 2009 die Matura, absolvierte danach den Militärdienst als Durchdiener und nahm Mitte 2010 sein Universitätsstudium auf. Am Stichtag 31. Dezember 2010 befand er sich im Studium. Obwohl er bis Mitte 2010 als Durchdiener genug verdiente, um den Lebensunterhalt selber zu bestreiten, kann dieses Einkommen bei der Beurteilung der Frage, wer für den Unterhalt des Kindes zur Hauptsache sorgt, nicht berücksichtigt werden, denn es sind die Verhältnisse am Stichtag entscheidend. Der Dienst als Durchdiener ist kein Unterbruch des Studiums bzw. der Ausbildung, wie das etwa bei der RS oder einem WK der Fall ist.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, April 2013

Aus den Erwägungen:

4. ...

a) Die Rekurrenten und Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, es stehe ausser Frage, dass ihr Sohn Z. am 31. Dezember 2010 als Student der Universität St.Gallen in Ausbildung gewesen sei und sie seit Studienbeginn für den Unterhalt aufkämen. Ebenso sei nicht streitig, dass ihr Sohn im Jahr 2010 als Durchdiener ein nicht unerhebliches Einkommen in der Höhe von rund Fr. 25 000.– erzielt habe. Unter Verweis auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung machen sie hingegen geltend, auf die Einkünfte vor Aufnahme des Studiums komme es nicht an. Vielmehr sei auf jene Periode abzustellen, in der die am Stichtag geltenden Statusmerkmale vorhanden gewesen seien. Die Vorinstanz stimmt dem zu, bringt jedoch vor, der Sohn der Steuerpflichtigen habe sich während des ganzen Jahres 2010 im Ausbildungsstatus befunden. Ein Kind befinde sich auch dann noch in der beruflichen Ausbildung, wenn es den eigentlichen Ausbildungsgang vorübergehend unterbrochen habe. Z. habe nach Beendigung der Mittelschule im Jahre 2009 und Absolvierung des Militärdienstes das Studium an der Universität St.Gallen aufgenommen. Deshalb sei die gesamte Steuerperiode in die Beurteilung einzubeziehen. Aufgrund des erzielten Erwerbseinkommens von rund Fr. 25 000.– sei es Z. möglich gewesen, in der Steuerperiode 2010 selber zur Hauptsache für den Lebensunterhalt aufzukommen.

b) Gemäss Art. 213 Abs.1 lit. a DBG in Verbindung mit Art.7 lit. a der Verordnung über den Ausgleich der Folgen der kalten Progression für die natürlichen Personen bei der direkten Bundessteuer (in der bis zum 31. Dezember 2010 gültigen Fassung, AS 2005 1937, SR 642.119.2, abgekürzt VKP) werden für jedes minderjährige oder in der beruflichen Ausbildung stehende Kind, für dessen Unterhalt der

Steuerpflichtige sorgt, Fr. 6100.– vom Einkommen abgezogen. Das kantonale Recht sieht einen Abzug von Fr. 10 200.– vor (Art. 48 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 StG; vgl. zur damals gültigen Fassung nGS 44–120). Die Voraussetzungen für die Geltendmachung von Kinderabzügen sind nach dem kantonalen Recht und nach dem Recht der direkten Bundessteuer unterschiedlich. Während das kantonale Recht für die Zulässigkeit der Kinderabzüge verlangt, dass der Steuerpflichtige für den Unterhalt zur Hauptsache aufkommt und keinen Abzug nach Art. 45 Abs. 1 lit. c StG beansprucht (Art. 48 Abs. 1 lit. a StG), genügt es nach dem Recht der direkten Bundessteuer, wenn der Steuerpflichtige für den Unterhalt des Kindes sorgt (Art. 213 Abs. 1 lit. a DBG), wobei es gemäss Praxis ausreicht, wenn der Steuerpflichtige mindestens Kosten im Umfang des geltend gemachten Kinderabzugs trägt (vgl. I. P. Baumgartner, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band 1/2a, 2. Aufl. 2008, N14a zu Art. 35 DBG). Der erhöhte Abzug für Versicherungsprämien und Sparzinsen nach Art. 212 Abs. 1 DBG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 VKP (in der bis zum 31. Dezember 2010 gültigen Fassung, AS 1996 1118, SR 642.119.2) beträgt Fr. 700.– und kann nur gewährt werden, wenn ein Abzug nach Art. 213 Abs. 1 lit. a oder b DBG geltend gemacht werden kann. Auf kantonaler Ebene betragen diese Abzüge Fr. 4800.– bzw. Fr. 600.– (Art. 45 Abs. 1 lit. g StG). Die Sozialabzüge werden nach den Verhältnissen am Ende der Steuerperiode oder der Steuerpflicht festgesetzt (Art. 48 Abs. 2 StG, Art. 213 Abs. 2 DBG). Massgebend ist im vorliegenden Fall somit der 31. Dezember 2010.

Für volljährige Kinder wird ein Kinderabzug nur gewährt, wenn sich das Kind noch in der beruflichen oder schulischen Ausbildung befindet. Darunter ist jeder berufliche Ausbildungsgang zu verstehen, welcher mittelbar oder unmittelbar dazu dient, in erster Linie die Erstausbildung abzuschliessen. Diese ist dann als abgeschlossen zu betrachten, wenn ein Abschluss erlangt wird, der für die Ausübung eines bestimmten Berufs erforderlich ist und somit die Aufnahme einer angemessenen beruflichen Tätigkeit erlaubt. Dies kann beispielsweise ein Hochschulabschluss sein (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 40 zu Art. 213 DBG). Ein Kind steht auch dann noch in der beruflichen Ausbildung, wenn es den eigentlichen Ausbildungsgang vorübergehend unterbrochen hat. Der Unterbruch darf jedoch nicht grösseren Umfangs sein und sollte zweckgerichtet benützt werden, namentlich, um Militär-, Zivil- oder Zivilschutzdienstpflicht zu erfüllen, ergänzende Kurse zu besuchen oder Prüfungen angemessen vorzubereiten. Der Unterbruch muss so aus objektiven Gründen erfolgen und auf die Ausbildung ausgerichtet sein. Soweit der Unterbruch der Ausbildung für Tätigkeiten genutzt wird, welche nicht Voraussetzung oder notwendige Ergänzung der eigentlichen Ausbildung darstellen (z. B. Praktika, welche nur darauf ausgelegt sind, die Chancen am Arbeitsmarkt nach der eigentlichen Ausbildung zu erhöhen), muss davon ausgegangen werden, dass sich das Kind während diesem Unterbruch nicht in Ausbildung befindet. Fällt ein solcher Unterbruch auf einen

Stichtag, so ist der Kinderabzug zu negieren (vgl. Baumgartner, a.a.O., N 9 zu Art. 35 DBG).

c) Die Verfahrensbeteiligten sind sich darin einig, dass der Sohn der Steuerpflichtigen am 31. Dezember 2010 in Ausbildung war. Er nahm sein Studium an der Universität St.Gallen im Verlaufe des Jahres 2010 (September) auf, nachdem er zuvor als Durchdiener während mindestens 300 Tagen Militärdienst leistete; über die genaue Dauer der Dienstleistung ist den Akten nichts zu entnehmen. Einen Teil absolvierte er jedoch als Unteroffizier, was auf eine Dienstzeit von 430 Tagen schliessen lässt (vgl. Art. 10 der Verordnung über die Militärdienstpflicht, SR 512.21, abgekürzt MDV). Dabei dürfte er ein Mindesteinkommen von Fr. 44 970.– erzielt haben (vgl. Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport, Durchdiener: Minimalverdienst nach Graden, unter: www.vtg.admin.ch). Damit kann aber nicht mehr von einer nur kurzen Unterbrechung der Ausbildung gesprochen werden. Die Situation stellt sich grundlegend anders dar als bei einem Studenten, der seine Militärdienstpflicht – inklusive der Beförderungsdienste – in den Semesterferien erfüllt und seine Ausbildung in der Regel für lediglich 18 bzw. 21 Wochen unterbricht. Der Sohn der Rekurrenten und Beschwerdeführer entschied sich für das Durchdienermodell und damit auch dafür, den Beginn des Universitätsstudiums zugunsten der vollständigen Erfüllung der Militärdienstpflicht hinauszuschieben. Damit fehlte es an der Zweckgerichtetheit des Unterbruchs, denn der Unterbruch der Ausbildung diente weder der Ausbildung selbst noch der Erfüllung unabwendbarer Pflichten. Dies wäre zum Beispiel dann der Fall gewesen, wenn Z. im Jahr 2010 die Rekrutenschule absolviert hätte. Ins Gewicht fällt auch, dass der Sohn der Pflichtigen, wie erwähnt, während der gesamten Dienstleistung ein Einkommen erzielte, das ihm – unter Berücksichtigung freier Kost und Logis – die eigenständige Finanzierung seines Lebensunterhalts ermöglichte. Alleine im Jahr 2010 beliefen sich die Einkünfte nach übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensbeteiligten auf rund Fr. 25 000.–. Damit ist diese freiwillige Dienstleistung mit einem nicht durch die Ausbildung bedingten Praktikum zu vergleichen, das ein Student im Hinblick auf seine künftigen Berufschancen absolviert oder einer sonstigen beruflichen Tätigkeit, die im Hinblick auf das berufliche Fortkommen oder die Finanzierung eines späteren Studiums ergriffen wird. Die Verwaltungsrekurskommission erwog in diesem Zusammenhang in einem Entscheid aus dem Jahre 2012, objektive Gründe für einen Unterbruch lägen nicht vor, wenn der Unterbruch der Ausbildung für Tätigkeiten genutzt werde, welche nicht Voraussetzung oder notwendige Ergänzung der eigentlichen Ausbildung darstellten. Wenn ein Kind aus freien Stücken und nur deswegen ein Praktikum besuche, weil dieses die Chancen auf dem Arbeitsmarkt verbessern könne, sei davon auszugehen, dass sich das Kind während dieses Unterbruchs nicht in Ausbildung befinde (VRKE I/1–2011/29 vom 14. Februar 2012 E. 3c/aa, unter: www.gerichte.sg.ch). Gleich wie das erwähnte Praktikum weist auch der Durchdienermilitärdienst eine nicht zu vernachlässigende karrierefördernde Komponente auf. Das Eidgenössische Departement

für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport weist deshalb auf der Internetseite für Durchdiener ausdrücklich darauf hin, diese Art der Militärdienstleistung sei attraktiv für den Arbeitgeber, denn es fielen später keine Absenzen wegen Militärdienst mehr an (www.vtg.admin.ch).

Somit ist festzustellen, dass sich Z. während seiner Militärdienstzeit nach Beendigung der Mittelschule im Jahre 2009 bis zur Aufnahme des Studiums in St.Gallen im folgenden Jahr nicht in Ausbildung befand. Unbestritten ist der Ausbildungsstatus hingegen per 31. Dezember 2010, sodass die Rekurrenten und Beschwerdeführer für die Steuerperiode 2010 gestützt auf Art. 213 Abs. 2 DBG grundsätzlich einen Anspruch auf einen Kinderabzug und einen erhöhten Abzug für Versicherungsprämien und Sparzinsen für ihren Sohn Z. haben. Anders verhielte es sich nur, wenn ihr Sohn in der Lage gewesen wäre, zur Hauptsache selber für seinen Lebensunterhalt aufzukommen. Dies scheint nicht der Fall zu sein. Aus den Akten ergeben sich jedenfalls keine Hinweise auf nennenswerte Erwerbseinkünfte nach der Aufnahme des Studiums, und die Einkünfte vor der Zeitspanne, in der sich der Sohn in der Ausbildung befand, sind nicht zu berücksichtigen. Wird in Anwendung des Stichtagsprinzips darauf abgestellt, ob die Ausbildung am Ende der Steuerperiode noch besteht, ist es folgerichtig, wenn auch die Frage des hauptsächlichen Unterhalts lediglich in Bezug auf jenen Zeitraum beurteilt wird, in dem das Kind in Ausbildung stand (VerwGE B 2007/142 vom 12. Februar 2008 E. 2.3.3, unter: www.gerichte.sg.ch). Somit kann offen bleiben, ob der Sohn Z. bezogen auf das gesamte Jahr 2010 tatsächlich zur Hauptsache für seinen Unterhalt aufkam bzw. ob die Eltern Unterstützung im Umfang des Sozialabzugs von Fr. 6100.– leisteten. Die Vorinstanz hat dazu auch keine Berechnungen angestellt. Entscheidend ist vielmehr, dass der Sohn während seines Studiums im Jahr 2010 kein Einkommen erzielte und die Eltern den Kinderabzug deshalb zu Recht beanspruchten.

25

Art. 59 ff. StG (s. 51.1) Ergänzende Vermögenssteuer. Die Pflichtige teilte und veräusserte ihr Grundstück, das 20 Jahre zum Ertragswert besteuert worden war. Die Steuerbehörde stellte zur Ermittlung des nachzubesteuernden Vermögens auf die arithmetischen Mittel zwischen den für den Nachbesteuerungszeitraum massgebenden Verkehrswerten am Anfang und am Ende und den Ertragswerten am Anfang und am Ende des Zeitraumes von 20 Jahren ab. Damit erfolgte die Berechnung des nachzubesteuernden Vermögens gemäss den gesetzlichen Bestimmungen. Diese Methode zur Berechnung der ergänzenden Vermögenssteuer ist rechtmässig und praxistauglich, obwohl die massgebenden Bewertungsstichtage aufgrund der zehnjährigen Schätzungsintervalle dazu führen können, dass einzelne Bewertungen während mehrerer Jahre massgebend sind und andere nur für wenige Jahre.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/Okt 2013

X. war Eigentümerin einer Liegenschaft (GB-Nr. 0000, 13 391 m²) in der Gewerbe-/Industriezone und teilte diese in drei Grundstücke auf. Mit dem Verkauf dieser Grundstücke im Oktober bzw. Dezember 2012 war die ergänzende Vermögenssteuer geschuldet, da sie bis zur Veräusserung zum Ertragswert besteuert worden waren. Die Veranlagungsbehörde bezifferte das nachzubesteuernde Vermögen auf Fr. 16 612 000.– und veranlagte X. für die Kantons- und Gemeindesteuern 2012 gesondert mit einer ergänzenden Vermögenssteuer von Fr. 78 225.90. Die Einsprache von X. wies sie ab. X. erhob Rekurs und beantragte, gemäss ihrer eigenen Berechnung die ergänzende Vermögenssteuer auf gerundete Fr. 60 227.– festzusetzen und das St.Galler Steuerbuch dahingehend zu ändern, dass die zeitliche Komponente der Verkehrswertschätzung künftig berücksichtigt werde. Die Verwaltungsrekurskommission gab dem Begehren nicht statt.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 53 Abs. 1 StG wird eine Vermögenssteuer vom Reinvermögen erhoben, das grundsätzlich nach dem Verkehrswert bewertet wird (Art. 54 StG). Von dieser Bewertungsregel wird für die unter den Geltungsbereich der Bundesgesetzgebung über das bäuerliche Bodenrecht fallenden Grundstücke, die überwiegend land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden, abgewichen. Diese werden nach Art. 58 Abs. 1 StG zum Ertragswert bewertet, welcher in der Regel wesentlich unter dem Verkehrswert liegt. Mit der steuerlichen Erfassung von land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken zum Ertragswert wird dem Umstand Rechnung getragen, dass derartige Grundstücke Grundlage einer Erwerbstätigkeit bilden und ihr Wert demzufolge primär durch den entsprechenden Ertrag

bestimmt wird. Die günstigere Ertragswertbesteuerung kann allerdings nur so lange beansprucht werden, als die landwirtschaftliche Nutzung andauert (Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st.gallische Steuerrecht, 6. Aufl. 1999, S.211 ff.; M. Baumgartner, Vermögensbesteuerung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke im Kanton Zürich, Diss. Zürich 2002, S.106f.; Zigerlig/Jud, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/1, 2. Aufl. 2002, N12 zu Art.14 StHG). Fällt der Grund für die Vorzugsbehandlung weg, erfordert es das Gleichbehandlungsgebot, dass die Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem bisher erfassten Ertragswert über die ergänzende Vermögenssteuer gemäss Art.59 Abs.1 StG nachbesteuert wird. Nach dieser Bestimmung wird eine ergänzende Vermögenssteuer erhoben, wenn ein zum Ertragswert bewertetes Grundstück ganz oder teilweise veräussert oder der bisherigen land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung entfremdet wird.

Im Kanton St.Gallen wurde die ergänzende Vermögenssteuer mit dem IV. Nachtrag zum alten Steuergesetz vom 3. Juli 1986 auf den 1. Januar 1987 eingeführt (nGS 21–99). In der Botschaft der Regierung vom 14. Oktober 1985 zum IV. Nachtrag wurde festgehalten, dass die ergänzende Vermögenssteuer immer dann geschuldet sein soll, wenn die Ertragswertbewertung nicht mehr berechtigt ist (ABI 1985 S.1884). Mit dem neuen Steuergesetz, das am 1. Januar 1999 in Kraft trat, wurde aus Gründen der Steuergerechtigkeit an der ergänzenden Vermögenssteuer festgehalten (vgl. Botschaft ABI 1997 S.1021). Dabei wurde der Wortlaut der Bestimmung an Art.14 Abs.2 StHG angepasst, wonach die land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundstücke zum Ertragswert bewertet werden und das kantonale Recht bestimmen kann, dass bei der Bewertung der Verkehrswert mitberücksichtigt wird oder im Falle der Veräusserung oder Aufgabe der land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung des Grundstückes eine Nachbesteuerung für die Differenz zwischen Ertrags- und Verkehrswert erfolgt.

b) Das steuerbare Vermögen berechnet sich nach der Differenz zwischen dem Mittel der Ertragswerte und dem Mittel der Verkehrswerte des Grundstücks am Anfang und am Ende der massgebenden Dauer (Art.61 Abs.1 StG). Die massgebliche Dauer entspricht der Zeitspanne der Vorzugsbesteuerung und beträgt maximal 20 Jahre (Art.61 Abs.3 StG). Die ergänzende Vermögenssteuer reicht jedoch höchstens bis zum Zeitpunkt ihrer Einführung im st.gallischen Recht am 1. Januar 1987 (Art.283 StG; StB 59 Nr.1). Die einfache Steuer beträgt für die ganze Periode 1,7% (Art.65 Abs.1 StG). Massgeblich ist der im Jahr der Veräusserung geltende Steuerfuss (Weidmann/Grossmann/Zigerlig, a. a. O., S.218).

Für das nachzubesteuernde Vermögen hat der Gesetzgeber mit der gesetzlich festgeschriebenen Berechnung eine einfache und schematische Rechenmethode gewählt und dafür gewisse Unebenheiten in Kauf genommen. So ist die ergänzende Vermögenssteuer als pauschale Nachbezugssteuer für unversteuertes Vermögen zu verstehen, deren Pauschalcharakter sich im Verzicht auf einen Nachsteuerzins und ein jahresbezogenes Steuermass zeigt. Damit ist eine eigentliche

Nachbesteuerung analog Art. 199 ff. StG, gesondert berechnet für jedes einzelne Jahr, gesetzlich nicht vorgesehen. Zur Anwendung gelangt ausschliesslich eine Durchschnittsberechnung aufgrund der Ertrags- und Verkehrswerte am Anfang und am Ende des massgeblichen Zeitraumes der Nachbesteuerung (vgl. StB 59 Nr. 1).

2. a) Im Rekurs wird vorgebracht, die Steuerveranlagung zum Grundstück B.-Strasse klein' (Nr. 000) sei aufgrund der Verkehrswertschätzungen von 1989 und 2000 erfolgt, jene zum Grundstück B.-Strasse gross' (Nr. 000) hingegen aufgrund der Verkehrswertschätzungen von 1989 und 2011. Der Vergleich der Eckdaten zeige, dass die im Streitfall angewandte Berechnungsmethode offensichtlich ungerecht sei. Bei jener Liegenschaft sei die zweite Grundstückschätzung ziemlich genau in der Mitte der 20-jährigen Beobachtungsperiode erfolgt, sodass der Mittelwert gemäss der angewandten Berechnungsmethode stimme. Hingegen sei vorliegend die zweite Grundstückschätzung gegen Ende der Beobachtungsperiode erfolgt, sodass diese nun rückwirkend auf 10 Jahre versteuert werden müsse. Zur Begründung führte die Rekurrentin an, eine aufgeschobene Steuer dürfe sich nicht nachteilig auswirken, sondern müsse gleichwertig sein. Infolgedessen sei ihrer eigenen Berechnung stattzugeben.

b) Vorliegend ist es unbestritten, dass mit dem Verkauf der Grundstücke Nr. 187, 809 und 810 im Oktober bzw. Dezember 2012 die ergänzende Vermögensbesteuerung geschuldet ist.

Das nachzubesteuernde Vermögen errechnete die Vorinstanz anhand folgender Bemessungsgrundlage: Das Hauptgrundstück (GB-Nr. 0000) wurde vor seiner Teilung in drei Grundstücke (GB-Nr. 1111, 2222 und 3333) letztmals am 2. November 2011 neu geschätzt. Für dieses überwiegend in der Bauzone gelegene und dem BGGB unterstellte landwirtschaftliche Grundstück wurden ein Verkehrswert von Fr. 1174600.– und ein Ertragswert von Fr. 5600.– festgelegt. Vom Flächenmass von total 13391 m² des Grundstücks blieben in dieser Schätzung eine Gebäudegrundfläche von 5 m² ohne Wertermittlung, für eine Fläche von 1163 m² wurde der Verkehrswert mit Fr. 5.– und für die Restfläche von 10550 m² wurde der Verkehrswert mit Fr. 110.– je m² festgelegt. Der Ertragswert wurde mit Fr. 0.42 je m² ermittelt. Die Festsetzung des Verkehrs- sowie des Ertragswertes per 1. Januar 1992 erfolgte aufgrund der Schätzung vom 7. November 1989, welche auch das Grundstück Nr. 183 und somit 19328 m² umfasste, wobei die Werte für die massgeblichen Fläche des Grundstückes GB-Nr. 187 von 13417 m² ermittelt wurden.

Verkehrswert am Anfang 01.01.1992:	Fr.	499 800.–
Verkehrswert am Ende 31.12.2011:	Fr.	1 174 600.–
Mittelwert aus Verkehrswert am Anfang und Ende	Fr.	837 200.–

Berechnung des mittleren, bisher besteuerten Ertragswertes:

Ertragswert am Anfang 01.01.1992:	Fr.	7 600.–
Ertragswert am Ende 31.12.2011:	Fr.	5 600.–
Mittelwert aus Ertragswert am Anfang und am Ende	Fr.	6 600.–

Mittelwert aus Verkehrswert am Anfang und am Ende wie oben	Fr.	837 200.–
Mittelwert aus Ertragswert am Anfang und am Ende wie oben	./ Fr.	6 600.–
Differenz der Mittelwerte der Verkehrswerte und der Ertragswerte	Fr.	830 600.–

Die Differenz zwischen dem durchschnittlichen Verkehrswert und dem durchschnittlichen Ertragswert von Fr. 830 600.– unterliegt für die Zeit vom 1. Januar 1992 bis 31. Dezember 2011 (Besteuerung zum Ertragswert) der ergänzenden Vermögenssteuer (20 Jahre).

Total nachzubesteuerndes Vermögen = 20 x Fr. 830 600.– = Fr. 16 612 000.–

Vorliegend steht fest, dass die Rekurrentin bis zum Verkauf des Grundstücks GB-Nr. 0000 bzw. der Grundstücke GB-Nr. 1111, 2222 und 3333 die Vorzugsbesteuerung zum Ertragswert in Anspruch nahm. Wie dargetan, liegen der vorinstanzlichen Berechnung der ergänzenden Vermögenssteuer die Schätzung des Verkehrs- und Ertragswertes vom 7. November 1989 bzw. 2. November 2011 zugrunde. Indem jeweils die arithmetischen Mittel zwischen den für den Nachbesteuerungszeitraum massgebenden Verkehrswerten am Anfang und am Ende und den Ertragswerten am Anfang und am Ende des Zeitraumes von 20 Jahren gezogen wurden, erfolgte die Berechnung des nachzubesteuernden Vermögens gemäss den gesetzlichen Bestimmungen in Art. 61 Abs. 1 StG und Art. 14 Abs. 2 StHG sowie dem StB.

Mit der gesetzlich festgeschriebenen Berechnung des nachzubesteuernden Vermögens hat der Gesetzgeber bewusst keine Methode gewählt, welche eine jährliche Bewertung zulässt, wie dies bei der ordentlichen Nachsteuer der Fall ist. Grundstücke werden in der Regel in einem Intervall von zehn Jahren neu geschätzt; dementsprechend ist die Bewertung eines Grundstücks zu einem Zeitpunkt, der in geraumer Zeit vor oder nach der Schätzung erfolgt, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Die von der Vorinstanz angewandte Methode ist im Einzelfall einfach handhabbar und trägt den Schwierigkeiten bei der Wertermittlung für weit in der Vergangenheit liegende Perioden Rechnung. Die dabei unbestrittenmassen entstehenden Unebenheiten können zu gewissen Unterschieden bei der Besteuerung gleichwertiger Grundstücke führen. Allerdings wird, wie die Vor-

instanz zutreffend festhält, auch beim Steuerfuss auf eine jährlich angepasste Berechnung verzichtet und auch kein Zins auf den nachträglich erhobenen Steuern berechnet. Gesamthaft betrachtet ist die von der Vorinstanz angewandte Methode praxistauglich und führt nicht zu einer unangemessenen und ungesetzlichen Steuer. Ohnehin handelt es sich bei Schätzungen um Bewertungsmethoden, die trotz ziffernmässig genauen Resultaten nur annäherungsweise das korrekte Resultat wiedergeben. Dem Antrag der Rekurrentin, die ergänzende Vermögenssteuer aufgrund ihrer eigenen und von der vorinstanzlichen Methode abweichenden Berechnung zu ermitteln, ist daher nicht stattzugeben. Folglich ist der Rekurs abzuweisen.

26

Art.119 Abs.1 und Art.186 Abs.1 StG (sGS11.1); Art.96 Abs.1 und Art.137 Abs.1 DBG (SR 642.11); Art.64 StV (sGS811.11); Art.11 Abs.2 QStV (SR 642.118). Der Gesuchsteller gab bei der Auszahlung seines Pensionskassenguthabens zwecks Erwerb von Wohneigentum im Januar 2008 an, sein Wohnsitz befinde sich in Deutschland, worauf die im Kanton St.Gallen ansässige Pensionskasse die Quellensteuer abrechnete. Anschliessend liess sich der Betroffene im Kanton Aargau ordentlich besteuern und verlangte im November 2011 die Rückerstattung der Quellensteuer. Die zulässige (Verwirkungs-)Frist von 3 Jahren zur Rückerstattung war aber abgelaufen, weshalb die Steuerbehörde des Kantons St.Gallen zu Recht auf das Rückerstattungsbegehren nicht eintrat.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, Februar 2013

Aus den Erwägungen:

3. Umstritten ist, ob der auf die Kapitalleistung von Fr. 337 000.– vorgenommene Quellensteuerabzug von Fr. 26 819.50 zurückzuerstatten ist oder nicht.

a) Der Rekurrent und Beschwerdeführer macht geltend, die Aussage der Pensionskasse, wonach er in der Schweiz lediglich Wochenaufenthalter und sein zivilrechtlicher Wohnsitz in Deutschland sei, stimme nicht. Seine Ehefrau wohne und arbeite in Deutschland, weshalb sich sein Lebensmittelpunkt zwar in Deutschland befinde. Er arbeite jedoch in der Schweiz bei der M. im Aussendienst und er habe sich in der Schweiz weder ab- noch in Deutschland angemeldet. Die Quellensteuer im Betrag von Fr. 26 819.50 sei daher zurückzuerstatten.

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass der Rekurrent und Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Auszahlung des Vorbezugs seinen Lebensmittel-

punkt und damit auch seinen steuerlichen Wohnsitz in Deutschland gehabt habe. Dies ergebe sich aus den persönlichen Beziehungen zu B., wo seine Ehefrau wohne und wo er sich auch zur Hauptsache regelmässig aufzuhalten pflege. Die Pensionskasse der M. habe den Abzug der Quellensteuer daher zu Recht vorgenommen und fristgerecht dem kantonalen Steueramt überwiesen. Schliesslich sei der Antrag auf Rückerstattung der Quellensteuer auf Kapitaleleistungen von Vorsorgeeinrichtungen erst am 15. November 2011 eingereicht worden und nicht innerhalb von drei Jahren seit der Auszahlung. Aber auch bei einem Wohnsitz in der Schweiz sei der Rückforderungsanspruch verwirkt.

b) aa) Das Verfahren bei der Erhebung der Quellensteuer folgt dem Grundsatz der Selbstveranlagung. Der Schuldner der steuerbaren Leistung ist dabei verpflichtet, von der Leistung die vom Empfänger geschuldete Steuer direkt abzuziehen und der Steuerbehörde zu überweisen. Die Steuerbehörde, welcher bei der Erhebung der Quellensteuer eine Kontroll- und Aufsichtsfunktion zukommt, prüft die Veranlagung nachträglich und nimmt (allenfalls) eine Berichtigung vor. Im Regelfall erfolgt keine Entscheidung durch die Steuerbehörde. Nur wenn die Steuerpflicht oder der Steuerabzug dem Grundsatz oder seiner Höhe nach umstritten ist, entscheidet die Steuerbehörde entsprechende Streitigkeiten durch Erlass einer Verfügung (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 7 zu Art. 136 DBG). Art. 186 Abs. 1 StG bzw. Art. 137 Abs. 1 DBG räumen dem Steuerpflichtigen und dem Schuldner für die Bestreitung des Steuerabzugs eine Frist bis Ende März des auf die Fälligkeit der Leistung folgenden Kalenderjahres ein. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist. Aus der Sicht des Quellensteuerpflichtigen bedeutet dies, dass für ihn der vom Schuldner der steuerbaren Leistung vorgenommene Quellensteuerabzug Ende März des auf die Fälligkeit der Leistung folgenden Kalenderjahres in Rechtskraft erwächst. Danach kann der vorgenommene Quellensteuerabzug nur noch im Revisionsverfahren abgeändert werden, wenn der Pflichtige einen Revisionsgrund analog den in Art. 197 StG bzw. Art. 147 DBG genannten Revisionsgründen im ordentlichen Verfahren geltend machen kann und er diesen bei zumutbarer Sorgfalt nicht schon innert der Frist bis Ende März hätte vorbringen können. Für die Steuerbehörden hat die Qualifikation als Verwirkungsfrist zur Folge, dass sie nach Ende März nicht mehr auf den Quellensteuerabzug der früheren Kalenderjahre zurückkommen können. Sie dürfen sich darauf verlassen, dass die ihr eingereichten Quellensteuerabrechnungen korrekt sind. Die Steuerbehörde trifft keine umfassende Prüfungspflicht in dem Sinne, dass sie von sich aus ohne konkreten Anlass vertiefte Abklärungen vornehmen müsste, um allenfalls unzutreffende Angaben von Steuerpflichtigen, von Schuldnern steuerbarer Leistungen oder von Drittpersonen lückenlos zu erkennen. Die Veranlagungspraxis zeigt ausserdem, dass oft erst später festgestellt werden kann, dass Angaben zum in- oder ausländischen Wohnsitz, zum Zivilstand oder zur Anzahl der Kinder nicht den Tatsachen entsprechen (Zigerlig/Jud, in: Zweifel/Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2b, 2. Aufl. 2008, N 3 f. zu Art. 137 DBG; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 2 ff. zu Art. 137 DBG).

Nach Art. 119 Abs. 1 StG bzw. Art. 96 Abs. 1 DBG unterliegen im Ausland wohnhafte Empfänger von Leistungen aus schweizerischen privatrechtlichen Einrichtungen der beruflichen Vorsorge der Quellensteuer. Quellensteuerpflichtig kann nur sein, wer als Empfänger von Vorsorgeleistungen «im Ausland wohnhaft» ist und damit im Zeitpunkt der Fälligkeit der Kapitalleistung in der Schweiz keinen steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt (mehr) hat (Zigerlig/Jud, a. a. O., N 3 zu Art. 96 DBG). Der Begriff des steuerrechtlichen Wohnsitzes oder Aufenthalts einer natürlichen Person richtet sich dabei nach den gleichen Kriterien wie im ordentlichen Veranlagungsverfahren. Einen steuerrechtlichen Wohnsitz in der Schweiz hat eine Person demnach, wenn sie sich hier mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält oder wenn ihr das Bundesrecht einen besonderen gesetzlichen Wohnsitz zuweist. Das Hinterlegen der Schriften und Ausüben der politischen Rechte bilden – zusammen mit dem übrigen Verhalten der betreffenden Person – blosse Indizien für den steuerrechtlichen Wohnsitz (vgl. BGE 123 I 289 E. 2a). Einen Aufenthalt in der Schweiz begründet eine natürliche Person, wenn sie in der Schweiz ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit mindestens neunzig Tage verweilt. Bei Ausübung einer Erwerbstätigkeit genügt ein Verweilen von dreissig Tagen (vgl. Art. 3 Abs. 2 und 3 DBG; Zigerlig/Jud, a. a. O., N 3 zu Art. 98 DBG). Wochenaufenthalter begründen an ihrem Arbeitsort keinen steuerrechtlichen Aufenthalt (Bauer-Balmelli/Omlin, in: Zweifel/Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, 2. Aufl. 2008, N 10 zu Art. 3 DBG).

bb) Am 10. September 2007 beantragte der Rekurrent und Beschwerdeführer bei der Pensionskasse der M. einen Vorbezug aus den Mitteln der beruflichen Vorsorge. In der Folge schlossen er und die Pensionskasse am 27. Dezember 2007 bzw. 4. Januar 2008 einen entsprechenden Vertrag ab. Dabei wurde unter Ziff. 4 festgehalten, dass die Quellensteuer von Fr. 26 819.50 im Zeitpunkt der Auszahlung fällig und vom Vorbezug von Fr. 337 000.– abgezogen wird. Mit Schreiben vom 14. Januar 2008 kündigte die Pensionskasse der M. die Zahlung per 15. Januar 2008 an und wies dabei den Quellensteuerabzug aus. Sie ging dabei davon aus, dass der Rekurrent und Beschwerdeführer seinen Wohnsitz in Deutschland hat und in der Schweiz lediglich als Wochenaufenthalter gemeldet ist. Da der Rekurrent und Beschwerdeführer selbst angibt, sein Lebensmittelpunkt befinde sich bei seiner Ehefrau, welche in Deutschland wohne und arbeite, und er als Verwendungszweck des Vorbezugs den Kauf eines selbstgenutzten Einfamilienhauses, welches er im Gesamteigentum mit seiner Ehefrau besitzt, angegeben hat, ist die Annahme der Pensionskasse, er habe seinen steuerrechtlichen Wohnsitz in Deutschland, nachvollziehbar. Aufgrund der genannten Umstände traf auch die Vorinstanz keine weitere Prüfungspflicht in dem Sinne, dass sie von sich aus vertiefte Abklärungen hätte vornehmen müssen. Sie durfte sich vielmehr auf die Angaben des Schuldners stützen. Ob sich der steuerrechtliche Wohnsitz zum Zeitpunkt der Kapitalleistung tatsächlich in der Schweiz oder in Deutschland befunden hat, kann dabei offen bleiben. Es wäre vielmehr am Rekurrenten und Beschwerde-

fürer gelegen, bei der Vorinstanz bis Ende März 2009 eine Verfügung im Sinn von Art. 186 Abs. 1 StG bzw. Art. 137 Abs. 1 DBG zu erwirken, um den Quellensteuerabzug dem Grundsatz nach zu bestreiten, wenn er mit dem Quellensteuerabzug – und folglich mit der Annahme, sein Wohnsitz befinde sich in Deutschland – nicht einverstanden gewesen wäre. Die Quellensteuer im Umfang von Fr. 26 819.50 wurde demnach mit dem 31. März 2009 rechtskräftig. Ein Revisionsgrund nach Art. 197 StG bzw. Art. 147 DBG ist nicht ersichtlich. Insbesondere wusste der Rekurrent und Beschwerdeführer bereits am 30. Mai bzw. 2. Juni 2008, dass das Steueramt des Kantons Aargau ihn für die Kapitaleistung ordentlich veranlagten wird und demnach von einem steuerrechtlichen Wohnsitz in der Schweiz ausging.

c) aa) Kapitaleistungen von privatrechtlichen Vorsorgeleistungen an Personen ohne Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz unterliegen stets der Quellensteuer. Gemäss Art. 18 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (SR 0.672.913.62) steht dabei das Besteuerungsrecht für Ruhegehälter und ähnliche Vergütungen, die einer in einem Vertragsstaat ansässigen Person für frühere unselbstständige Arbeit gezahlt werden, dem Ansässigkeitsstaat zu. Art. 64 StV bzw. Art. 11 Abs. 2 der Quellensteuerverordnung des Bundes (SR 642.118.2, abgekürzt QStV) sehen daher vor, dass die erhobene Quellensteuer zinslos zurückzuerstatten ist, wenn der Empfänger der Kapitaleistung innerhalb von drei Jahren seit deren Fälligkeit einen entsprechenden Antrag stellt und dem Antrag eine Bestätigung der zuständigen Steuerbehörde des anspruchsberechtigten Vertragsstaates beilegt, wonach diese von der Kapitaleistung Kenntnis hat (vgl. auch BGE 2A.54/2003 vom 30. April 2004 E. 3).

bb) Die Quellensteuer wurde mit der Auszahlung der Kapitaleistung und damit am 15. Januar 2008 fällig (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N17 zu Art. 161 DBG). Der Antrag auf Rückerstattung hätte daher bis Mitte Januar 2011 gestellt werden müssen. Das Gesuch des Rekurrenten und Beschwerdeführers vom 15. November 2011 erfolgte damit offensichtlich verspätet, weshalb die Vorinstanz zu Recht nicht darauf eintrat. Aus diesem Grund können auch die Folgen der fehlenden Bestätigung des ausländischen Wohnortes über die Kenntnis der Kapitaleistung offen bleiben. Weiter hat der Rekurrent und Beschwerdeführer mit seinen widersprüchlichen Angaben zu seinem Wohnsitz und seinem Lebensmittelpunkt selbst veranlasst, dass bei der Auszahlung der Kapitaleistung eine Quellensteuer erhoben wurde (vgl. oben E. 3b/bb). Schliesslich ist der Einwand, die Frist von drei Jahren sei unzulässig, unbegründet. Eine Befristung ist grundsätzlich zulässig. So verwies das Bundesgericht im Urteil 2A.54/2003 vom 30. April 2004 ausdrücklich auf Art. 11 Abs. 2 QStV (E. 3), der wie Art. 64 StV eine Frist von drei Jahren vorsieht. Im Übrigen ist in der Lehre und Rechtsprechung als allgemeiner Grundsatz des schweizerischen Verwaltungsrechts anerkannt, dass öffentlichrechtliche Forderungen auch dann, wenn das Gesetz es nicht vorsieht, durch Zeitablauf

erlöschen. Das Bundesgericht erachtete dabei eine Frist von fünf Jahren bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage nicht als willkürlich (BGE 124 I 247 E. 5 mit weiteren Hinweisen).

d) Zusammenfassend ist ein allfälliger Rückerstattungsanspruch verwirkt, weshalb sowohl der Rekurs als auch die Beschwerde abzuweisen sind.

27

Art. 224 Abs. 1 StG (sG 811.1) Bezieht eine Person ausschliesslich eine AHV-Rente sowie Ergänzungsleistungen, begründet dies allein keine Notlage oder grosse Härte, welche einen Steuererlass rechtfertigt. Der Begriff der Notlage bzw. Bedürftigkeit wird im Verfassungsrecht, Steuerrecht, Sozialversicherungs- und Sozialhilferecht sowie im Vollstreckungsrecht verschieden ausgelegt.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I, August 2013

X., geb. 1949, bezieht eine IV-Rente und Ergänzungsleistungen. Für die Steuerperiode 2010 wurde sie für die Kantons- und Gemeindesteuern mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 16 000.–, ohne steuerbares Vermögen, und für die direkte Bundessteuer mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 16 900.– veranlagt. Dies führte zu einem Steuerbetrag von Fr. 599.80 für die kantonalen Steuern und von Fr. 25.35 für die Bundessteuer. X. ersuchte um Erlass der Kantons- und Gemeindesteuer, was vom kantonalen Steueramt abgewiesen wurde. Auch ein Rekurs bei der Verwaltungsrekurskommission blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

2. ...

b) Gemäss kantonalem Steuergesetz kann Steuerpflichtigen, die in Not geraten sind oder für welche die Bezahlung der Steuern, der Zinsen, der Bussen oder der Kosten eine grosse Härte bedeutet, der geschuldete Betrag gestundet oder ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 224 Abs. 1 StG). Dem Wesen nach handelt es sich beim Steuererlass um den nachträglichen Verzicht des Gemeinwesens auf einen ihm zustehenden steuerrechtlichen Anspruch. Anlass dazu geben vor allem Rücksichten auf die Person des Schuldners. Dieser soll aus humanitären, sozialpolitischen oder volkswirtschaftlichen Gründen nicht in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet werden. Die Grundsätze einer gesetzmässigen Verwaltung und der Rechtsgleichheit legen es allerdings nahe, dass der Gesetzgeber klare Vorgaben schafft. Die Tendenz, den Steuerer-

lass nicht mehr bloss dem freien Ermessen der zuständigen Behörde anheimzustellen, sondern von näher umschriebenen Voraussetzungen abhängig zu machen und dann auch einen eigentlichen, durchsetzbaren Rechtsanspruch zu begründen, setzt sich immer mehr durch. Aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung der Steuerpflichtigen muss der Steuererlass jedoch eine seltene Ausnahme bleiben, welche nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Juni 2009, A-3663/2007, E. 2.2, publiziert in StR 2009 S. 672 ff.).

Während im Kanton St.Gallen keine näheren Vollzugsvorschriften auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe existieren, wird die Behandlung der Erlassgesuche auf Bundesebene in der Verordnung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) über die Behandlung von Erlassgesuchen für die direkte Bundessteuer (SR 642.121, abgekürzt Steuererlassverordnung) geregelt. Im Kanton St.Gallen sind weitere Erläuterungen dem St.Galler Steuerbuch zu entnehmen (StB 224 Nr. 1). Ziel und Zweck des Erlassverfahrens ist gemäss Art. 1 Steuererlassverordnung eine langfristige und dauernde Sanierung der wirtschaftlichen Lage der steuerpflichtigen Person. Der Erlass hat der steuerpflichtigen Person und nicht ihren Gläubigern zugute zu kommen. Der Steuererlass ist ausschliesslich im Zusammenhang mit der Steuervollstreckung zu verstehen. Es kann nicht darum gehen, die Begründetheit einer Steuerforderung zu prüfen und allenfalls die Veranlagung zu korrigieren. Das Erlassverfahren ersetzt weder das Rechtsmittel- noch das Revisionsverfahren (Art. 1 Abs. 2 Steuererlassverordnung). Falls die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, besteht ein Anspruch auf Erlass der Steuerforderung (Art. 2 Abs. 1 Steuererlassverordnung). Dabei ist unerheblich, aus welchem Grund die steuerpflichtige Person in die geltend gemachte Notlage geraten ist (Art. 2 Abs. 2 Steuererlassverordnung, vorbehaltlich Art. 10 Abs. 2 Steuererlassverordnung). Die Erlassbehörde berücksichtigt bei ihrem Entscheid die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse der steuerpflichtigen Person. Massgebend ist dabei in erster Linie die Situation im Zeitpunkt des Entscheides, daneben auch die Entwicklung seit der Veranlagung, auf die sich das Erlassbegehren bezieht, sowie die Aussichten für die Zukunft (Art. 3 Abs. 1 Steuererlassverordnung). Übliche Schwankungen in den Einkommensverhältnissen der steuerpflichtigen Person werden in der Veranlagung periodisch erfasst und bilden keinen Erlassgrund. Hat sich die steuerpflichtige Person freiwillig ihrer Einkommensquellen oder Vermögenswerte entäussert, so wird ein solcher Einkommens- oder Vermögensrückgang bei der Beurteilung des Erlassgesuchs nicht berücksichtigt (Art. 12 Steuererlassverordnung). Die Behörde überprüft, ob für die steuerpflichtige Person Einschränkungen in der Lebenshaltung geboten und zumutbar sind oder gewesen wären. Solche gelten grundsätzlich als zumutbar, wenn die Auslagen die nach den Ansätzen für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Art. 93 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1, abgekürzt SchKG) sich ergebenden Lebenshaltungskosten übersteigen. Wäre eine fristgerechte Zahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit möglich gewesen, so ist dies im Erlassentscheid zu berücksichtigen (Art. 3 Abs. 2 und 3 Steuererlassverordnung).

Eine Notlage im Sinn von Art. 224 Abs. 1 StG liegt vor, wenn der ganze geschuldete Betrag in einem Missverhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit der steuerpflichtigen Person steht. Bei natürlichen Personen ist ein Missverhältnis insbesondere dann gegeben, wenn die Steuerschuld trotz Einschränkung der Lebenshaltungskosten auf das Existenzminimum in absehbarer Zeit nicht vollumfänglich beglichen werden kann. Massgebend ist dabei das betriebsrechtliche Existenzminimum (Art. 3 Abs. 2 Steuererlassverordnung). In jedem Fall liegt eine Notlage vor bei Einkommens- und Vermögenslosigkeit oder wenn die öffentliche Hand für die Lebenshaltungskosten der steuerpflichtigen Person und deren Familie aufkommen muss (Art. 9 Steuererlassverordnung).

Der Begriff der grossen Härte wird in der Verordnung nicht näher definiert. Er lässt sich indessen von der Notlage nicht scharf abgrenzen. Art. 9 Steuererlassverordnung erwähnt unter dem Titel der Notlage auch Punkte, welche gleichzeitig als Element der grossen Härte bezeichnet werden könnten, etwa das Missverhältnis zwischen dem geschuldeten Betrag und der finanziellen Leistungsfähigkeit der steuerpflichtigen Person (Zweifel/Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2b, 2. Aufl. 2008, N 18 zu Art. 167 DBG). Im Unterschied zum DBG nennt Art. 224 Abs. 1 StG die grosse Härte als selbstständige Erlassvoraussetzung. Während das Kriterium der Notlage einzig die wirtschaftliche Lage der steuerpflichtigen Person berücksichtigt, können unter dem Aspekt der grossen Härte auch andere Umstände massgebend sein, namentlich die Unbilligkeit (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 30 zu Art. 167 DBG).

c) Die Rekurrentin macht unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung geltend, im Umfang des nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen festzusetzenden Existenzminimums dürfe keine Besteuerung stattfinden. Im fraglichen Entscheid vom 9. März 2011 (2C_673/2010 bzw. Pra 100 Nr. 103) befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, in welcher Höhe Unterstützungen aus privaten Mitteln steuerfreie Einkünfte im Sinn von Art. 24 lit. d DBG darstellten. Dabei führte es aus (vgl. E. 5.2), dass derjenige, der solche steuerfreien Unterstützungsleistungen erhalte, sich in einer Notlage befinden müsse. Dabei könne sich der wirtschaftliche Begriff der Bedürftigkeit nicht auf das physische Überleben des Individuums und auch nicht auf das absolute Existenzminimum alleine beschränken. Es könne auch nicht auf den Begriff des betriebsrechtlichen Existenzminimums abgestellt werden, der auch den Schutz der Gläubigerinteressen bezwecke. Vielmehr sei es angebracht, das Existenzminimum, auf das sich Art. 24 lit. d DBG beziehe, beim massgeblichen Einkommen festzulegen, das vom ELG festgesetzt werde, wobei daran zu erinnern sei, dass dieser Betrag einen höheren Schutz biete als derjenige des Betriebsrechts. Zudem bezweckten die Ergänzungsleistungen gemäss ELG gerade, nach Möglichkeit die Inanspruchnahme der Sozialhilfe zu vermeiden und erfüllten somit den mit der Steuerbefreiung gemäss Art. 24 lit. d DBG verfolgten sozialpolitischen Zweck.

Der von der Rekurrentin angeführte Entscheid des Bundesgerichts enthält keine Erwägungen zur Frage des Steuerbezugs bzw. -erlasses. Es wird darin lediglich festgehalten, dass private Unterstützungsleistungen bis zur Höhe der Leistungen gemäss ELG nicht besteuert werden dürfen. Hinsichtlich des zu bestimmenden Existenzminimums wird explizit auf Art. 24 lit. d DBG Bezug genommen. Eine Ausweitung der Anwendung dieses Ansatzes auf das Erlassverfahren erscheint daher nicht gerechtfertigt. Von einer gesetzgeberischen Absicht, die Bezüger von Ergänzungsleistungen nicht zu besteuern, ist darin nirgends die Rede. Definitionsgemäss ist jeder Bezüger von Ergänzungsleistungen auch Bezüger einer AHV- oder IV-Rente, die steuerbares Einkommen darstellt. Die Rekurrentin bezog im Jahr 2010 eine IV-Rente in der Höhe von Fr. 22 320.–. Daraus resultierte ein steuerbares Einkommen von Fr. 16 000.–, welches gestützt auf Art. 50 Abs. 1 StG zu einem Steuerbetrag von Fr. 599.80 führte (Kantons- und Gemeindesteuern). Verfassungsrechtlich garantiert – in der alten Verfassung noch ungeschrieben, heute in Art. 12 BV – ist nur ein Minimum an staatlicher Leistung, das für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag. Bei der Konkretisierung des Rechts auf Existenzsicherung steht dem kantonalen Gesetzgeber eine erhebliche Freiheit zu. Verfassungsrechtlich kann lediglich verlangt werden, dass niemand durch eine staatliche Abgabeforderung effektiv in seinem Recht auf Existenzsicherung verletzt wird. Die Mindestleistungen nach ELG sind nicht gleichzusetzen mit dem verfassungsrechtlichen Minimalanspruch auf Existenzsicherung. Letztlich schützt das Betreibungsrecht davor, dass zugunsten staatlicher Steuerforderung in den Notbedarf eingegriffen wird. Damit ist dem Verfassungsrecht Genüge getan (BGE 122 I 101). Einen einheitlichen Begriff der Bedürftigkeit bzw. des Existenzminimums, der für das Verfassungsrecht, das Steuerrecht, das Betreibungsrecht sowie auch für das Sozialhilfe- und das Sozialversicherungsrecht (zu Letzterem zählt auch der Bereich Ergänzungsleistungen, obwohl es sich um bedarfsabhängige Leistungen handelt, vgl. BGer 2C_448/2007 vom 20. Februar 2008, E. 3.4) massgebend ist, gibt es nicht.

Ob eine Notlage vorliegt, ist gemäss ständiger Lehre und Rechtsprechung anhand des betreibungsrechtlichen Notbedarfs zu prüfen. Die Tatsache, dass ein Steuerpflichtiger Ergänzungsleistungen bezieht, stellt für sich allein genommen keinen Grund für einen Steuererlass dar. Das Verwaltungsgericht hat dies mit Urteil vom 3. Juli 2012 bestätigt und zudem ausgeführt, die Tatsache, dass die Steuerpflichtige ihren Unterhalt ausschliesslich aus Mitteln der Invalidenrente sowie ordentlichen und ausserordentlichen Ergänzungsleistungen bestreite, vermöge für sich allein genommen keine Notlage im Sinn von Art. 224 Abs. 1 StG zu begründen. Ferner hat es eine Erhöhung des betreibungsrechtlichen Grundbedarfs (Fr. 1230.–) auf jenen gemäss ELG (Fr. 1560.–) ausdrücklich abgelehnt (Urteil vom 3. Juli 2012, E. 3.2). Die Erwägungen des Bundesgerichts in seinem Entscheid vom 9. März 2011, die sich auf die Steuerbarkeit von Unterstützungsleistungen wie auch Ergänzungsleistungen beziehen, stehen dazu nicht im Widerspruch. Die Steuerbefreiung

der Ergänzungsleistungen bleibt auch nicht systematisch wirkungslos. Müsste die Rekurrentin diese Einkünfte versteuern, würden sich ihr steuerbares Einkommen und damit auch der daraus resultierende Steuerbetrag deutlich erhöhen. Es ist auch nicht so, dass die Rekurrentin deswegen gezwungen ist, Sozialhilfe zu beziehen. Sie verfügt über genügend finanzielle Mittel, um die Steuer zu entrichten (vgl. nachfolgend unter E. 2.d). Es erweist sich daher als rechtmässig, bei der Prüfung, ob eine Notlage im Sinn von Art. 224 Abs. 1 StG vorliegt, die zwar nicht steuerbaren Einkünfte aus Ergänzungsleistungen, die dem Empfänger zur Bestreitung seines Lebensunterhalts jedoch zweifellos zur Verfügung stehen, mit einzubeziehen sowie den Notbedarf anhand des betriebsrechtlichen Existenzminimums festzulegen.

d) Gegen die Berechnung der Vorinstanz, wonach der Rekurrentin bei Einkünften von Fr. 3339.– und Ausgaben von Fr. 3151.25 pro Monat ein Überschuss von Fr. 187.75 verbleibt, um die Steuerschuld von Fr. 599.80 innerhalb von vier Monaten zu begleichen, bringt diese keine Einwendungen vor. Die Berechnung erweist sich anhand der Akten und unter Berücksichtigung des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2012 (insbesondere zur Nichtberücksichtigung der Krankheitskosten) denn auch als korrekt. Der Rekurs ist folglich abzuweisen.

e) Dies ändert letztlich aber nichts daran, dass die Steuerforderung wegen der Unpfändbarkeit der IV-Rente und Ergänzungsleistungen (vgl. Art. 92 Ziff. 9a SchKG) auf dem betriebsrechtlichen Weg nicht vollstreckbar ist.

28

Art. 241 Abs. 1 StG (sG 11.1). Die Handänderungssteuer wird nur dann nach der Summe von Bodenpreis und Werklohn bemessen, wenn sich der Erwerber vom Veräusserer oder einem Dritten die Erstellung einer schlüsselfertigen Baute versprochen liess und es ohne den Abschluss dieses General- oder Totalunternehmervertrages nicht zum Grundstückskauf gekommen wäre (sogenannte Baubindung). Ein mit dem Kaufvertrag zusammenhängender Vertrag über eine Teilleistung und die Übernahme eines Bauprojekts rechtfertigen die Zusammenrechnung nicht.

Verwaltungsgericht, 21. August 2013

Die T. AG und die U. AG erwarben am 3. März 2008 das Grundstück Nr. 0000 an der V.-strasse 00 in St. Margrethen zu je hälftigem Miteigentum. Im Hinblick auf die Erstellung von insgesamt vier Einfamilienhäusern wurden in der Folge drei Teilflächen ab-

parzelliert, darunter das Grundstück Nr. 0001 mit einer Fläche von 499 m². Am 2. März 2009 bewilligte der Gemeinderat der Politischen Gemeinde St. Margrethen der P. AG den Bau eines Einfamilienhauses mit Garage und gedecktem Sitzplatz auf dem Grundstück Nr. 0001. Am 17. März 2010 fand die Schnurgerüstkontrolle statt.

Am 21. März 2010 unterzeichneten die Beschwerdeführer und die P. AG einen Vertrag über Architekturleistungen zur Erstellung eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück Nr. 0001. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 16. April 2010 erwarben die Beschwerdeführer das Grundstück von der T. AG und der U. AG zu einem Preis von Fr. 189 620.– (499 m² à Fr. 380.–) zu je hälftigem Miteigentum. Die Handänderung wurde gleichentags im Grundbuch eingetragen. Das Grundbuchamt St. Margrethen veranlagte die Beschwerdeführer am 28. April 2010 für den Kaufpreis des Grundstücks von Fr. 189 620.– mit einer Handänderungssteuer von Fr. 1896.20 (Rechnung 10.244/2010). Eine weitere Handänderungssteuer von Fr. 5000.– veranlagte das Grundbuchamt für den mutmasslichen Werklohn von Fr. 500 000.– für die Erstellung des Einfamilienhauses (Rechnung 10.243/2010 vom 28. April 2010). Die gegen diese Veranlagungsverfügung erhobene Einsprache wies der Gemeinderat der Politischen Gemeinde St. Margrethen am 21. Juni 2010 ab. Den dagegen erhobenen Rekurs hiess die Verwaltungsrekurskommission am 6. Januar 2012 gut und stellte fest, dass es mit der rechtskräftigen Veranlagung einer Handänderungssteuer von Fr. 1896.20 für den Kauf des Grundstücks Nr. 0001 sein Bewenden habe. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde der Politischen Gemeinde St. Margrethen ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin beantragt unter anderem, die Handänderungssteuer für die Handänderung des Grundstücks Nr. 0001 in St. Margrethen sei für den Kaufpreis mit Fr. 1896.20 zu veranlagern.

Für den am 16. April 2010 erfolgten Erwerb des Grundstücks Nr. 0001, V.-strasse 01, St. Margrethen, zu einem Preis von Fr. 189 620.– veranlagte die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegner mit Rechnung Nr. 10.244/2010 vom 28. April 2010 mit einer Handänderungssteuer von Fr. 1896.20 (1 Prozent des Kaufpreises). Diese Veranlagung war weder Gegenstand des Einsprache- noch des Rekursverfahrens, ist längst formell rechtskräftig und daher auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Auf den diesbezüglichen Antrag kann nicht eingetreten werden.

3. Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die mit Rechnung Nr. 10.243/2010 vom 28. April 2010 veranlagte Handänderungssteuer über Fr. 5000.–.

3.1. Gemäss Art. 241 Abs. 1 StG wird die Handänderungssteuer bei Handänderungen in der Gemeinde gelegener Grundstücke oder Grundstückanteile erhoben. Als Handänderung gilt jeder Eigentumswechsel und jede Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsgewalt über ein Grundstück (Art. 241 Abs. 2 StG). Die Steuer wird nach dem Kaufpreis mit allen weiteren Leistungen des Erwerbers bemessen (Art. 243 Abs. 1 StG).

3.2. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, mit dem Kaufvertrag vom 16. April 2010 sei ein Generalunternehmer- bzw. Werkvertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück Nr.0001 so verbunden gewesen, dass auch auf dem mutmasslichen Werklohn von Fr. 500 000.– eine Handänderungssteuer geschuldet sei.

3.2.1. Zur Frage dieser sogenannten Baubindung besteht eine ständige Praxis des Verwaltungsgerichts. Als Erwerbsobjekt gelten all jene liegenschaftlichen Werte, die tatsächlich und wirtschaftlich in die Verfügungsgewalt des Erwerbers überführt werden (GVP 1976 Nr. 21). Eine Baubindung liegt demnach vor, wenn ein Kaufvertrag über ein Grundstück derart mit einem Werkvertrag verbunden wurde, dass Boden und Werk eine Einheit bilden. In diesem Fall ist die Handänderungssteuer auf der Summe von Bodenpreis und Werklohn zu entrichten (vgl. SGE 2009 Nr. 12; GVP 1966 Nr. 3; GVP 1987 Nr. 24; Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st.gal-lische Steuerrecht, 6. Aufl., Muri-Bern 1999, S. 444 f.). Zwischen Kauf- und Werkvertrag muss eine Abhängigkeit bestehen, sodass es ohne den einen nicht zum Abschluss des andern gekommen wäre. Massgebend ist dabei, ob der Erwerber mit dem Abschluss eines Kaufvertrags und eines damit verbundenen Werkvertrags Rechtsgeschäfte tätigt, die wirtschaftlich gesehen die Übertragung der Verfügungsgewalt an einer bestimmten Baulandparzelle mit einem bestimmten darauf zu errichtenden Gebäude zum Gegenstand haben. Für die Beurteilung sind die gesamten Umstände des Einzelfalles heranzuziehen, wobei der Wille der Parteien massgebend ist, der darauf gerichtet sein muss, dem Erwerber ein schlüsselfertiges Haus zu verkaufen (Weidmann/Grossmann/Zigerlig, a. a. O., S. 444 mit Hinweis auf GVP 1976 Nr. 21; vgl. auch BGE 88 I 217 sowie 91 I 173 E. 4). Entscheidend sind die Verhältnisse bei Vertragsschluss.

3.2.2. Eine Zusammenrechnung von Kaufpreis und Werklohn erfolgt in der Regel in Fällen, in denen der Veräusserer und der Werkunternehmer identisch sind. Zur Frage, ob die Zusammenrechnung auch erfolgt, wenn – wie im vorliegenden Fall – Landveräusserer und Werkunternehmer verschiedene Personen sind, bestehen unterschiedliche kantonale Veranlagungspraxen.

Nach st.gal-lischer Veranlagungspraxis ist die fehlende Identität von Verkäufer und Unternehmer kein Hindernis der Zusammenrechnung von Landpreis und Werklohn. Art. 243 Abs. 1 StG sagt über den Empfänger der Leistungen des Erwerbers nichts aus und schliesst somit den Fall, dass auch Leistungen des Erwerbers an einen Dritten in die Berechnungsgrundlage für die Handänderungssteuer eingeschlossen werden, nicht aus (vgl. StB 243 Nr. 1). An dieser Auslegung ist festzuhalten. Wie erwähnt ist aber erforderlich, dass ein innerer Zusammenhang zwischen Kauf- und Werkvertrag in dem Sinne bejaht werden kann, dass der eine Teil des Vertrags ohne den anderen nicht abgeschlossen worden wäre bzw. der Werkvertrag in der Grundstückübertragung eingeschlossen ist. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise muss das Geschäft als Ganzes dem Verkauf eines fertigen Hauses gleichkommen. Diese Auffassung entspricht auch dem Zweck der Rechts-

verkehrssteuer, die den gesamten Vermögensübergang als solchen erfassen will (zum Ganzen vgl. SGE 2009 Nr. 12).

3.2.3. Die Praxis hat zahlreiche Indizien entwickelt, die in dieser Hinsicht als Entscheidungshilfen dienen. Demzufolge sprechen Kaufvertragsbestimmungen, durch welche ein Werkvertrag integriert oder dessen Abschluss ausbedungen wird, der Kauf- oder Besitzeserwerb auf den Zeitpunkt der Bauvollendung hinausgeschoben wird, ein Pauschalpreis für Boden und Bau festgelegt wird oder wonach der Verkäufer Baugarantien tragen soll, als Indizien für eine Baubindung. Darauf deutet ebenfalls hin, wenn der Kauf eines schlüsselfertigen Hauses in Inseraten angeboten wird, wenn sich der Verkäufer als Generalunternehmer betätigt, wenn mit der Überbauung bereits begonnen worden ist oder wenn der Kaufpreis für das Bauland unter den ortsüblichen Bodenpreisen liegt, mithin die Differenz im Werklohn enthalten ist (StB 243 Nr. 1).

3.2.4. Die Zusammenrechnung von Bodenpreis und Werklohn setzt immer voraus, dass im Ergebnis kaum ein Unterschied besteht zum Fall, in dem der Käufer ein fertiggestelltes Haus erwirbt. Dagegen kann der Werklohn nicht in die Bemessung der Handänderungssteuer einbezogen werden, wenn sich der Verkäufer lediglich gewisse Arbeiten an einem zu erstellenden Gebäude versprechen lässt, der Käufer aber im Übrigen frei ist, wann, wie und durch wen er sein Grundstück überbauen lassen will (vgl. StB 243 Nr. 1 sowie GVP 1987 Nr. 24). Von einem mitveräußerten liegenschaftlichen Wert kann somit nur im Fall eines einheitlichen Werkvertrages über eine fertig zu erstellende Baute gesprochen werden, d. h. wenn mit dem Kauf- ein General- oder Totalunternehmervertrag unabdingbar verbunden ist (vgl. GVP 1966 Nr. 3, 1976 Nr. 21 und 1992 Nr. 18).

3.3. Die Beschwerdegegner sind offensichtlich eine teilweise Baubindung mit den Veräußerern eingegangen. Die Baumeisterarbeiten im Umfang von Fr. 130 000.– sind nämlich bereits vor Abschluss des Grundstückkaufvertrages an die U. AG (damalige Miteigentümerin des Grundstücks) vergeben worden. Dieser Werkvertrag umfasste jedoch lediglich einen Teil der im Zusammenhang mit der Erstellung des Einfamilienhauses erforderlichen Arbeiten, sodass allein daraus nicht auf den angestrebten Verkauf eines fertigen Hauses geschlossen werden kann.

3.4. Umstritten ist die tatsächliche und wirtschaftliche Gewichtung der Tätigkeiten der P. AG. Fraglich ist insbesondere, ob diese als General- oder Totalunternehmerin tätig gewesen ist. Die P. AG wird wie die T. AG (vormalige Miteigentümerin des Grundstücks) durch A. und B. C. beherrscht. Die beiden Gesellschaften sind unbestrittenermassen wirtschaftlich identisch.

3.4.1. Nach Ansicht der Vorinstanz liegen keine Anhaltspunkte für eine vollständige Bindung der Beschwerdegegner hinsichtlich der Arbeitsvergabe, der Wahl der ausführenden Unternehmer und der Gestaltung des Innenausbaus vor:

Die P. AG hat vor dem Abschluss des Architekturvertrages am 21. März 2010 und der Veräußerung des Grundstücks an die Beschwerdegegner am 16. April 2010 mit einzelnen Bauhandwerkern im eigenen Namen Werkverträge abgeschlos-

sen. Dies gilt etwa für die Erstellung des Baugerüsts durch die E. AG. Diese Arbeiten sind über die P. AG (resp. über die unter der Adresse der P. AG firmierende «Baugesellschaft D.») abgewickelt worden, was die Offertstellung, die Auftragsbestätigung und die Rechnungstellung (im Betrag von Fr. 5100.–) betrifft. Auch die F. AG offerierte der P. AG am 28. Juli 2009 und am 15. Juli 2010 Bodenbelagsarbeiten und stellte ihr am 29. September 2010 dafür Rechnung. Für weitere Arbeitsgattungen, etwa die Erstellung einer Erdsondenheizung mit Wärmepumpe durch die G. AG und der H. AG für Sanitäreinrichtungen lagen im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs an die P. AG gerichtete Offerten vor, die schliesslich aber nicht angenommen wurden.

Für einige Bauleistungen lagen bei Abschluss des Kaufvertrages an die P. AG bzw. an die Baugesellschaft D. gerichtete Offerten vor. Partei der entsprechenden (und teilweise noch abgeänderten) Werkverträge wurden jedoch die Beschwerdegegner selbst. Dies gilt für die Auftragsbestätigung der I. AG vom 15. Mai 2010 und für die Rechnungen der K. AG, Storen und Rollladen, vom 26. November 2010 und 28. April 2011.

Für andere Arbeitsgattungen lagen am 16. April 2010 direkt an die Beschwerdegegner gerichtete Offerten und mit ihnen getroffene Vereinbarungen vor. Die Rechnungen wurden ebenfalls an die Beschwerdegegner adressiert. Dabei handelt es sich um die Bauleistungen der Elektro L. AG (Offerte vom 25. März 2010 und Rechnung vom 11. Juni 2010) und der N. Keramik AG (Offerte vom 25. Juli 2009 und Rechnung vom 8. Oktober 2009). Der Vertrag über die Ingenieurarbeiten wurde von der M. GmbH, der P. AG und den Beschwerdegegnern gemeinsam unterzeichnet. Die Rechnung vom 27. April 2010 wurde zwar an die P. AG gerichtet, die Beschwerdegegner wurden darin jedoch als Bauherren genannt.

Für einzelne Arbeitsgattungen wurden nach Abschluss des Kaufvertrages am 31. März 2010 Offerten an die Beschwerdegegner gerichtet, die entsprechenden Aufträge von diesen bestätigt und bezahlt (bspw. Offerten, Auftragsbestätigungen und Rechnungen der O. AG, Schreinerei und Innenausbau).

Die Vorinstanz kommt angesichts dessen zum Ergebnis, dass zwischen der P. AG und den Beschwerdegegnern kein einheitlicher Vertrag über die Erstellung eines schlüsselfertigen Hauses abgeschlossen worden ist.

3.4.2. Nach dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin wird das Abstellen der Vorinstanz auf das Fehlen eines schriftlichen Werkvertrages der Veranlagungspraxis und den zur Beurteilung solcher Sachverhalte entwickelten Indizien nicht gerecht. Der wirtschaftliche Gehalt des Rechtsgeschäfts entspreche dem Erwerb eines Grundstücks samt einem darauf zu erstellenden Gebäude.

Ein Indiz für die Baubindung erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung am 16. April 2010 bereits ein durch die P. AG im Detail ausgearbeitetes und bewilligtes Projekt vorgelegen habe. Es sei demnach offensichtlich, dass sich der Kaufvertrag vom 16. April 2010 und der Architekturvertrag vom 21. März 2010 insofern gegenseitig bedingen, als der Verkauf des Bau-

landes durch die T. AG und die U. AG von der Übernahme des von der P. AG ausgearbeiteten Projekts abhängig gemacht worden sei.

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass selbst die offensichtlich gegebene Abhängigkeit von Architektur- und Grundstückkaufvertrag nicht zu einer Zusammenrechnung von Werklohn und Kaufpreis führen kann, wenn darin lediglich die Projektierungsarbeiten (und damit eine Teilleistung), nicht aber die Erstellung eines schlüsselfertigen Gebäudes vereinbart wurden. Beim Architekturvertrag vom 21. März 2010 handelt es sich um einen Vertrag über Grundleistungen des Architekten (inklusive Bauleitung) gemäss SIA-Norm 102 zu einem Pauschalhonorar von Fr. 70 000.–. Es liegen keine Hinweise vor, dass dieser Vertrag im Hinblick auf eine Steuerumgehung simuliert worden ist und stattdessen ein (dissimulierter) General- oder Totalunternehmervertrag abgeschlossen worden wäre. Die verschiedenen Vertragsverhältnisse zwischen den Beschwerdegegnern und einzelnen Bauhandwerkern (so auch der U. AG) schliessen einen gleichzeitig bestehenden einheitlichen Werkvertrag mit der P. AG über die Erstellung eines schlüsselfertigen Einfamilienhauses aus. Ein solches ist selbst dann nicht geschuldet, wenn der Architekt nicht nur mit dem Verfassen des Projekts, sondern auch mit der Bauleitung betraut worden ist. Folgerichtig ist im vorliegenden Fall der gesamte Zahlungsverkehr über das auf die Beschwerdegegner lautende Baukreditkonto der CS Crédit Suisse Zürich abgewickelt worden. Die Beschwerdegegner waren den Bauhandwerkern gegenüber zahlungs- und diese ihnen gegenüber leistungspflichtig. Beim Erwerb eines fertigen Hauses wären die Zahlungen der Beschwerdegegner an den General- resp. Totalunternehmer und nicht an die einzelnen Handwerker zu leisten gewesen. Soweit die P. AG oder die Baugesellschaft D. an den Werkverträgen beteiligt waren, ist davon auszugehen, dass sie als Vertreter der Beschwerdegegner gehandelt haben.

3.4.3. Ein weiteres Indiz für die Zusammenrechnung von Kaufpreis und Werklohn erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass die P. AG die vier zu überbauenden Teilgrundstücke mit den jeweilig durch sie zu erstellenden Gebäuden inseriert hat. Dabei sei sie und nicht die beiden Grundeigentümerinnen als Kontaktperson für die entsprechenden Objekte aufgetreten, was darauf schliessen lasse, dass sie das Grundstück zusammen mit dem projektierten und bewilligten Gebäude habe veräussern wollen. Sowohl die Ausschreibung als auch die einzelnen Vorleistungen der P. AG seien klar auf ein Zielpublikum ausgerichtet gewesen, welches ein fertiges Haus habe kaufen wollen. Zu einem separaten Verkauf des Baulandes hätte es nicht kommen können, da ansonsten die Vorleistungen ein reines Verlustgeschäft gewesen wären.

Wie bereits ausgeführt, rechtfertigt die Verknüpfung von Kaufvertrag und einem Werkvertrag über eine Teilleistung die Zusammenrechnung von Kaufpreis und Werklohn nicht. Dabei ist unerheblich, ob die Teilleistung in der Erstellung eines Projekts oder in einer anderen Bauleistung lag. Zwar ist die P. AG – wie die Beschwerdegegner selbst einräumen – durchaus auch als Generalunternehmerin tätig

und es ist aufgrund des Inserates und der umfassenden Projektierungs- und anderen Vorarbeiten zu vermuten, dass sie wohl auch gegenüber den Beschwerdegegnern gerne als solche tätig geworden wäre. Massgebend ist aber, dass es dazu im vorliegenden Fall nicht gekommen ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die P. AG vor dem Vertragsschluss mit den Beschwerdegegnern gegenüber einzelnen Bauhandwerkern so aufgetreten ist, als ob sie das Projekt auf eigene Rechnung realisieren und das fertige Haus verkaufen wollte. Am 16. April 2010 bestand jedenfalls für die Beschwerdegegner noch eine beträchtliche Freiheit, wie und durch wen das Einfamilienhaus erstellt werden sollte.

3.4.4. Unbehelflich ist sodann der Hinweis der Beschwerdeführerin auf den Beschwerdeentscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 13. Oktober 2011 (Nr. 32.13–10.9). Auch nach der im Kanton Bern geübten Praxis muss der Wille der Verkäufer darauf ausgerichtet sein, als Generalunternehmer der Käuferschaft eine schlüsselfertige Baute zu übertragen. Als Anhaltspunkte werden im zitierten Entscheid die Vereinbarung eines Pauschalpreises und die Verantwortlichkeit des Verkäufers für die Erstellung der Baute genannt (E. 3). Anders als im vorliegenden Fall wird im zitierten Entscheid gestützt auf Indizien der Schluss gezogen, ein beauftragtes Architekturbüro habe die Baute als Generalunternehmer erstellt. Wie in den vorstehenden Erwägungen ausgeführt, hat sich im vorliegenden Fall die P. AG gegenüber den Beschwerdegegnern gerade nicht zur Erstellung einer schlüsselfertigen Baute zu einem Pauschalpreis verpflichtet. Sie ist mithin nicht als Generalunternehmerin tätig geworden. Der Sachverhalt ist daher im zentralen Punkt anders gelagert, was die unterschiedliche rechtliche Beurteilung erklärt.

3.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Für die Zusammenrechnung von Kaufpreis und Werklohn fehlt es an einem mit dem Kaufvertrag verknüpften Werkvertrag über eine fertig zu erstellende Baute. Ein mit dem Kaufvertrag zusammenhängender Vertrag über eine Teilleistung und die Übernahme eines Bauprojekts rechtfertigen eine Zusammenrechnung nicht.

9. Öffentliches Beschaffungswesen

29

Art. 12 lit. a und h V B (S. 11.11) Bei unvollständigen Angaben zum Eignungskriterium kann der Anbieter wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften aus dem weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Im offenen Verfahren muss dafür kein separater Entscheid ergehen. Die vorangehende Gewährung des rechtlichen Gehörs zum vorgesehenen Ausschluss dient nicht der Ergänzung des Angebots. Im Übrigen hätte die Anbieterin bei Berücksichtigung der nachträglichen Angaben auch wegen Nichterfüllens des Eignungskriteriums ausgeschlossen werden können.

Verwaltungsgericht, Juli 2013

Die Politische Gemeinde St.Gallen schrieb am 14. Januar 2013 die Rohrbauarbeiten für den Erdgas-Röhrenspeicher «Hohfirst» der von den St.Galler Stadtwerken betriebenen Erdgasversorgung St.Gallen im offenen Verfahren aus. Gemäss Ziff. 1.2 mit der Bezeichnung «Eignungskriterien» der Submissionsunterlagen sollten Anbieter «in den vergangenen fünf Jahren (Sept. 2007 bis Sept. 2012) mindestens 5 Projekte für Erdgas-Hochdruckleitungen, Länge mind. 2 Kilometer, $\varnothing \geq 40$ », MOP ≥ 70 bar» ausgeführt haben, wobei die Arbeiten genau zu beschreiben und für jedes Projekt eine Kontaktadresse samt Telefonnummer, bei welcher Auskünfte eingeholt werden können, anzugeben war. Unter Ziff. 7 mit der Bezeichnung «Referenzen» stand eine Tabelle zur Verfügung, deren Spalten mit «Jahr», « \emptyset », «Länge», «MOP», «Ort» und «Ansprechpartner» überschrieben waren. Innert der bis 4. Februar 2013 laufenden Eingabefrist gingen drei Angebote von drei Anbietern, unter anderem jenes der KELAG AG zum Preis von 1535329 Franken (inklusive Mehrwertsteuer), ein. Bei der Tabelle unter Ziff. 7 zu den Referenzen hatte sie den Hinweis «siehe Register 3» angebracht, wo unter dem Titel «Auszug Referenzprojekte» mehrere Aufträge dargestellt waren, von denen vier Gasleitungen betrafen. Einzig zu einem Projekt waren daraus die technischen Angaben zu Länge, Durchmesser und maximalem Betriebsdruck (MOP, maximum operating pressure) ersichtlich.

Die St.Galler Stadtwerke teilten der KELAG AG am 21. Februar 2013 mit, sie habe namentlich die in den Submissionsunterlagen für die Eignungsprüfung verlangten Angaben nicht deklariert (kein Eintrag unter 7. Referenzen), sodass nicht nachvollziehbar sei, ob die Eignungskriterien erfüllt seien oder nicht. Das Einreichen unvollständiger Unterlagen könne als Verstoss gegen wesentliche Formvorschriften zum Ausschluss vom Verfahren führen. Gleichzeitig erhielt sie Gelegenheit, bis 5. März 2013 schriftlich Stellung zu nehmen und Beweismittel einzureichen oder zu bezeichnen. Am 4. März 2013 wies die KELAG AG darauf hin, sie habe unmittelbar

unter der Tabelle bei Ziff. 7 den Hinweis «siehe Register 3» angebracht und damit auf die Liste der Referenzen verwiesen. Um den formellen Ansprüchen vollends zu genügen, reiche sie fristgerecht die ausgefüllte Tabelle nach. Sie gehe davon aus, dass damit kein Anlass für einen Ausschluss vom Verfahren bestehe. Dem Schreiben lagen die vollständig ausgefüllte Tabelle und die bereits früher eingereichten, teilweise ergänzten Blätter zu den Referenzarbeiten bei.

Mit Verfügung vom 26. März 2013 erteilten die St.Galler Stadtwerke den Zuschlag dem Angebot der BIS VAM Anlagentechnik GmbH (heute Bilfinger VAM Anlagentechnik GmbH), Österreich, zum Preis von 2 313 155 Franken (inklusive Mehrwertsteuer). Der Zuschlag wurde damit begründet, es seien Angebote mit bereinigten Nettopreisen von 1 535 318 bis 4 396 987 Franken berücksichtigt worden. Ein Anbieter sei vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, weil er die Unterlagen nicht vollständig ausgefüllt habe. Die verbleibenden Angebote seien entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Kriterien beurteilt worden. Das Angebot der BIS VAM Anlagentechnik GmbH stelle aufgrund der guten Referenzen und der wesentlich günstigeren Offerte das wirtschaftlichste Angebot dar. Der KELAG AG teilten die St.Galler Stadtwerke unter Beilage der Vergabeverfügung mit, ihr Angebot habe «nicht berücksichtigt» werden können. Das Verwaltungsgericht weist die dagegen von der KELAG AG erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin ficht den Ausschluss ihres Angebots aus dem Vergabeverfahren (vgl. dazu nachfolgend E. 2.1.) und dessen Begründung (vgl. dazu nachfolgend E. 2.2.) sowie in der Folge auch den Zuschlag des Auftrages an die Beschwerdegegnerin an (vgl. dazu nachfolgend E. 2.3.).

2.1. Gemäss Art. 13 Ingress und lit. d IVöB gewährleisten die kantonalen Ausführungsbestimmungen ein Verfahren zur Überprüfung der Eignung der Anbieterinnen und Anbieter nach objektiven und überprüfbaren Kriterien. Art. 6 Abs. 1 EGöB ermächtigt die Regierung zur Regelung der Grundsätze und Verfahren des öffentlichen Beschaffungswesens durch Verordnung (Abs. 1). Gemäss Art. 8 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) legt der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung fest, welche Eignungskriterien die Anbieter erfüllen und welche Nachweise sie erbringen müssen. Gemäss Art. 12 VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn dieser insbesondere die Eignungskriterien nicht erfüllt (lit. a) oder wesentliche Formvorschriften der Verordnung oder des Vergabeverfahrens verletzt (lit. h). Nach Art. 28 VöB sind der Antrag auf Teilnahme und das Angebot vollständig einzureichen (Abs. 1); sie sind vollständig, wenn alle vom Auftraggeber verlangten Unterlagen vollständig ausgefüllt eingereicht werden (Abs. 4). Beim Erfordernis der Vollständigkeit des Angebots handelt es sich um eine wesentliche Formvorschrift im Sinn von Art. 12 Ingress und lit. h VöB (vgl. GVP 2001 Nr. 19). Der Auftraggeber

prüft die Angebote nach einheitlichen Kriterien und korrigiert offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler; sind Angaben eines Angebotes unklar, kann er vom Anbieter Erläuterungen verlangen, die schriftlich festgehalten werden (Art. 31 VöB).

In Ziff. 1.2 der Submissionsunterlagen war das Eignungskriterium klar formuliert. Bewerber sollten in den vergangenen fünf Jahren (September 2007 bis September 2012) mindestens fünf Projekte für Erdgas-Hochdruckleitungen mit Leitungslängen von mindestens zwei Kilometern, Leitungsdurchmessern von vierzig Zoll oder mehr und einem maximalen Betriebsdruck von siebzig bar oder mehr ausgeführt haben. Auch aus der Bezeichnung der Spalten in der Tabelle unter Ziffer 7 der Submissionsunterlagen – Jahr, ø, Länge, MOP, Ort, Ansprechpartner – wurde unmissverständlich ersichtlich, dass für die Beurteilung der Eignung des Anbieters Angaben insbesondere zu technischen Grössen (Rohrdurchmesser und -länge, maximaler Betriebsdruck) gemacht werden mussten. Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen ergab sich, dass lediglich vier Referenzarbeiten Gasleitungen zum Gegenstand hatten (act. 6; Register 4, «Auszug Referenzprojekte» S. 2, 3, 6 und 7) und lediglich zu einer Arbeit Angaben zu Rohrdurchmessern und -längen sowie zum maximalen Betriebsdruck bestanden (S. 3). Das innerhalb der Eingabefrist eingereichte Angebot der Beschwerdeführerin war deshalb inhaltlich unvollständig, sodass sich die Rüge, die Sachverhaltsfeststellung der unvollständigen Offerte sei nachweislich falsch, weil die Referenzen eingereicht und ausdrücklich darauf verwiesen worden sei, als unbegründet erweist. Dies gilt in der Folge auch für die Rüge des überspitzten Formalismus, welche damit begründet wird, es wäre der Vorinstanz möglich gewesen, das Angebot ohne grossen Aufwand selbst zu ergänzen, und sie habe die Beschwerdeführerin wegen eines untergeordneten Mangels ausgeschlossen.

Nach der Öffnung der fristgerecht eingereichten Angebote wies die Vorinstanz die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 21. Februar 2013 auf das Erfordernis der Vollständigkeit der Angebote hin. Sie hielt fest, in der Offerte seien namentlich die verlangten Angaben für die Eignungsprüfung unter 1.2 nicht deklariert worden. Aufgrund der bisherigen Erkenntnisse gehe sie davon aus, die Beschwerdeführerin habe die Offertunterlagen nicht vollständig ausgefüllt und damit gegen wesentliche Formvorschriften im Sinn von Art. 12 Abs. 1 lit. h und Art. 28 VöB verstossen, was zum Ausschluss vom Verfahren führen könne. Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einreichung oder Bezeichnung von Beweismitteln. Ob die Beschwerdeführerin ihr Angebot – wozu sie im Schreiben der Vorinstanz vom 21. Februar 2013 nicht aufgefordert worden war – in zulässiger Weise ergänzte (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 684 ff.), indem sie die Tabelle ausfüllte und Angaben machte, welche aus den Unterlagen zu den Referenzarbeiten nicht ersichtlich waren (vgl. act. 6; Register 4), kann offen bleiben, wenn die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 12 Ingress und lit. a VöB auch mangels Erfüllens der Eignungskriterien hätte ausgeschlossen werden dürfen (vgl. dazu unten E. 2.3). Jedenfalls aber

kann das Verhalten der Vorinstanz, welche einerseits der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör zum möglichen Ausschluss einräumte und andererseits nicht verpflichtet war, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Ergänzung des Angebots zu geben, nicht als widersprüchlich bezeichnet werden.

2.2. Gemäss Art. 13 IVöB gewährleisten die kantonalen Ausführungsbestimmungen unter anderem den Zuschlag durch Verfügung (lit. g) sowie die Mitteilung und kurze Begründung des Zuschlages (lit. h). Als durch Beschwerde selbstständig anfechtbare Verfügungen gelten gemäss Art. 15 Abs. 2 IVöB der Ausschluss aus dem Verfahren (lit. d) sowie der Zuschlag, dessen Widerruf oder der Abbruch des Vergabeverfahrens (lit. e). Nach Art. 6 Abs. 2 EGöB erlässt die Regierung ergänzende Vorschriften über den Rechtsschutz. Im offenen Vergabeverfahren muss – obwohl auch hier Eignungs- und Zuschlagskriterien auseinanderzuhalten sind – kein selbstständiger Entscheid über die Erfüllung der Eignungskriterien getroffen werden. Der Ausschluss eines Anbieters kann deshalb auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Bewerber erfolgen (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a. a. O., Rz. 449 mit Hinweis auf die Rechtsprechung zum Vergaberecht des Bundes sowie Rz. 633 und 576). Bei der Beurteilung, ob eine Verfügung ausreichend begründet und dem Betroffenen deren sachgerechte Anfechtung möglich ist, kann unter anderem ein vorangegangener Schriftenverkehr mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 108 Ia 264 E. 7; 113 II 205 E. 2; 117 Ib 481 E. 6b/bb; L. Kneubühler, Die Begründungspflicht, Bern/Stuttgart/Wien 1998, S. 30 mit weiteren Hinweisen).

Das Vorgehen der Vorinstanz ist verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden, da sie einerseits die Beschwerdeführerin nach der Öffnung der Angebote am 21. Februar 2013 unter Gewährung des rechtlichen Gehörs vorab auf die Unvollständigkeit ihrer Offerte und den möglichen Ausschluss vom Vergabeverfahren hingewiesen und andererseits am 26. März 2013 den Zuschlag insbesondere unter Hinweis auf den Ausschluss eines Angebots verfügt hat. Aus der Zuschlagsverfügung ergab sich implizit, dass der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren das Angebot der Beschwerdeführerin betraf: Es war die Rede von drei Angeboten zu bereinigten Preisen zwischen 1 535 318 und 4 396 387 Franken, dem Ausschluss eines Angebotes und dem Zuschlag an das wirtschaftlichste der beiden verbleibenden Angebote zum Preis von 2 313 155 Franken. Für die Beschwerdeführerin musste unabhängig von der Formulierung im Begleitschreiben zur Zuschlagsverfügung, wonach sie «nicht berücksichtigt» worden sei, damit klar sein, dass nach dem Ausschluss ihres Angebots das Angebot über 2 313 155 Franken, welches schliesslich den Zuschlag erhielt, und das wesentlich unwirtschaftlichere Angebot über 4 396 387 Franken bewertet worden waren. Davon geht im Übrigen auch die Beschwerdeführerin aus (Rz. 24 ff. der Beschwerde).

Der Beschwerdeführerin war bekannt, welche Angaben die von ihr eingereichten Unterlagen zu ihren Referenzarbeiten enthielten. Insbesondere wusste sie, dass in ihren Referenzunterlagen lediglich vier Arbeiten den Bereich von Erdgasleitungen betrafen und davon nur bei einer Arbeit konkrete Angaben zu den techni-

schen Grössen ersichtlich waren. Aus dem Schreiben vom 21. Februar 2013 musste die Beschwerdeführerin deshalb ohne Weiteres schliessen, dass die Beurteilung der Unvollständigkeit ihres Angebots nicht in erster Linie auf dem Umstand beruhte, dass sie die Tabelle unter Ziffer 7 der Submissionsunterlagen nicht ausgefüllt hatte, sondern dass in ihren Unterlagen die Angaben zu den technischen Grössen, anhand derer die Erfüllung des Eignungskriteriums zu beurteilen war, weitgehend fehlten.

Die Begründung des Entscheides durch die Vorinstanz kann nicht als widersprüchlich und intransparent bezeichnet werden. Zwar hat die Vorinstanz weder in der Zuschlagsverfügung vom 26. März 2013 noch im Begleitschreiben mit gleichem Datum ausdrücklich auf die Auffassung der Beschwerdeführerin Bezug genommen, mit der Eingabe vom 4. März 2013 den Vorwurf der Unvollständigkeit des Angebots beseitigt zu haben. In der Zuschlagsverfügung führte sie aber aus, ein Bewerber habe «die Offertunterlagen nicht vollständig ausgefüllt», was im Übrigen der Formulierung in Art. 28 Abs. 4 VöB entspricht. Damit war für die Beschwerdeführerin erkennbar, dass die Vorinstanz ihre Angaben zu den Referenzarbeiten als unvollständig erachtete und – stillschweigend – die zusätzlichen Angaben in der am 4. März 2013 eingereichten Tabelle nicht daraufhin überprüfte, ob sie das Eignungskriterium erfüllte. Der Begründung der Zuschlagsverfügung durch die Vorinstanz lassen sich keinerlei Hinweise dafür entnehmen, dass sie den Ausschluss unter Berücksichtigung der zusätzlichen und neuen Angaben der Beschwerdeführerin vom 4. März 2013 auf die Nichterfüllung des Eignungskriteriums stützte. Die Vorinstanz stellte im Schreiben vom 21. Februar 2013 auch nicht in Aussicht, sie werde zusätzliche Angaben bei der Beurteilung eines möglichen Ausschlusses noch berücksichtigen.

Indem die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 15. April 2013 (act. 5, insbesondere Ziff. 5b) zum Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ausführte, bei allen im Register enthaltenen Referenzobjekten, die sich auf Erdgasleitungen bezogen, fehlten die zur Prüfung der Erfüllung der Eignungskriterien notwendigen Werte (Durchmesser, Länge und maximaler Betriebsdruck), verdeutlichte sie diese Begründung des Ausschlusses der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin wird damit – entgegen deren Auffassung in der Stellungnahme vom 21. Mai 2013 – nach wie vor mit einem formellen Versäumnis, nämlich damit begründet, dass ihr innert der bis 4. Februar 2013 laufenden Frist eingereichtes Angebot mangels technischer Angaben zu ihren Referenzarbeiten unvollständig war. Insbesondere schiebt die Vorinstanz damit in ihrer Vernehmlassung vom 15. April 2013 nicht nach, der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren stütze sich auf Art. 12 Ingress und lit. a VöB, nämlich die – materielle – Nichterfüllung des Eignungskriteriums. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin in der Stellungnahme vom 21. Mai 2013 (Rz. 13) wurde sie von der Vorinstanz im Schreiben vom 21. Februar 2013 auch nicht aufgefordert, die Unterlagen zu ihrem Angebot

zu ergänzen. Vielmehr erhielt sie – entsprechend ihrem Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs – die Gelegenheit, zur Auffassung der Vorinstanz, das Angebot sei hinsichtlich der Angaben zum Eignungskriterium unvollständig, Stellung zu nehmen und allenfalls zu begründen, weshalb sie die Auffassung der Vorinstanz nicht teilte. Ebenso wenig kann aus der – offenen – Formulierung im Begleitschreiben an die Beschwerdeführerin zur Vergabeverfügung vom 26. März 2013, sie sei «nicht berücksichtigt» worden, abgeleitet werden, ihr Angebot sei aus inhaltlichen Gründen ausgeschlossen oder es habe nach der Bewertung den Zuschlag nicht erhalten.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Unvollständigkeit des Angebots der Beschwerdeführerin für diese erkennbar nicht damit begründete, dass sie – wie im Übrigen auch der dritte, nicht ausgeschlossene, aber unwirtschaftlichere Anbieter (act. 7) – die Tabelle unter Ziffer 7 der Submissionsunterlagen nicht ausfüllte, sondern vielmehr damit, dass – anders als beim dritten Anbieter – die erforderlichen Angaben zur Beurteilung, ob das Eignungskriterium erfüllt sei, auch aus den Unterlagen zu den Referenzarbeiten, auf welche die Beschwerdeführerin verwiesen hatte, nicht hervorgingen. Zwar ging – wie in der Präsidialverfügung vom 17. April 2013 nach summarischer Prüfung der Angelegenheit im Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin angebehrte Erteilung der aufschiebenden Wirkung festgestellt wurde – der Ausschluss der Beschwerdeführerin nicht ausdrücklich aus der Vergabeverfügung und dem Begleitschreiben vom 26. März 2013 hervor. Aufgrund der Anforderungen an die Begründung von Ausschluss und Zuschlag einerseits und der konkreten Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung des Schreibens der Vorinstanz vom 21. Februar 2013, andererseits liegt darin indessen keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

2.3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, ob ihr Angebot ausgeschlossen worden oder unterlegen sei, sei nicht klar. Der Ausschluss vom Verfahren sei bisher nicht rechtlich haltbar begründet worden. Sie müsse zum Verfahren zugelassen werden. Die Vorinstanz habe zur Punktevergabe für ihr Angebot Stellung zu nehmen. Sie habe das mit Abstand günstigste Angebot eingereicht und werde bei einer Gutheissung der Beschwerde mit grosser Sicherheit den Zuschlag erhalten.

In der Beschwerde wird nicht geltend gemacht, das Erfordernis, fünf – ausgeführte – Projekte für Erdgas-Hochdruckleitungen mit einer Länge von mindestens zwei Kilometern, einem Durchmesser von über vierzig Zoll und einem maximalen Betriebsdruck von siebzig oder mehr bar, sei als Eignungskriterium unzulässig. Zu den Ausführungen der Vorinstanz in der Beschwerdevernehmlassung, die Beschwerdeführerin hätte auch ausgeschlossen werden müssen, wenn die nachträglich eingereichten Unterlagen zuzulassen oder von Anfang an eingereicht worden wären, weil die im Eignungskriterium genannten technischen Mindestanforderungen nicht erfüllt seien, bringt die Beschwerdeführerin vor, das sei «etwas völlig anderes» und sie habe damit aufgrund des Briefes der Vorinstanz «nicht rechnen»

müssen. Zur Frage, ob die Referenzarbeiten die zum Nachweis der Eignung erforderlichen technischen Kriterien erfüllten, äussert sie sich nicht. Auch mit der ausgefüllten Tabelle und den weiteren Unterlagen weist die Beschwerdeführerin nicht fünf Referenzarbeiten im Bereich des Baus von Erdgas-Hochdruckleitungen nach, welche die technischen Mindestanforderungen erfüllen würden.

Vergaberechtlich führt die Nichterfüllung von Eignungskriterien gleichermassen wie die Verletzung wesentlicher Formvorschriften zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Die Vorinstanz hat dementsprechend das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht nicht bewertet.

30

Art.41 v B (sGS841.11). Die fehlende beziehungsweise mangelhafte Begründung der Zuschlagsverfügung durch die Vergabestelle wird im Beschwerdeverfahren nicht geheilt. Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vergabestelle zurückgewiesen.

Verwaltungsgericht, Dezember 2013

Die Politische Gemeinde Nesslau führte zur Einholung von Angeboten für den Umbau und die Erweiterung der Fernwirk- und EMSRL-Einrichtungen der Wasserversorgung Stein ein Einladungsverfahren durch. Im Leistungsverzeichnis wurden folgende Zuschlagskriterien (und Maximalpunktzahlen) bekannt gegeben: a. Preis (300 Punkte); b. Qualität und technischer Wert (170 Punkte); c. Service- und Dienstleistungen (90 Punkte); d. Bewertung des Anbieters (30 Punkte); e. Dokumentation des Angebots (10 Punkte). Innert der Einreichfrist bis zum 26. Juli 2013 gaben vier Anbieter eine Offerte ab. Dabei reichte die Hach Lange GmbH, Zweigniederlassung Rheineck, zusätzlich zum Basisangebot eine Unternehmervariante ein. Am 18. September 2013 erteilte die Politische Gemeinde Nesslau den Zuschlag an die Rittmeyer AG, Baar, zum Preis von Fr. 129 289.40 inklusive MwSt. Die Zuschlagsverfügung enthält den Hinweis, es seien Angebote mit bereinigten Nettopreisen von Fr. 128 657.50 bis Fr. 192 790.80 (inklusive Optionen und MwSt.) berücksichtigt worden, und sie wird zudem damit begründet, die Arbeiten seien an die Rittmeyer AG vergeben worden, da sie das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis eingereicht habe. Das Verwaltungsgericht heisst die von der nicht berücksichtigten Hach Lange GmbH erhobene Beschwerde gut, hebt die Zuschlagsverfügung auf und weist die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art.16 Abs.1 IVöB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (lit.a) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (lit.b) gerügt werden. Aufgrund von Abs.2 der gleichen Bestimmung kann hingegen Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden. Diese Regelung entspricht der Vorschrift von Art. 61 VRP.

2.1. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz (vorab) eine Rechtsverletzung vor, indem die angefochtene Verfügung nur ungenügend begründet und somit das rechtliche Gehör verletzt worden sei.

2.2. Nach Art.41 Abs.1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, abgekürzt VöB) sind Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen. Abs.3 der gleichen Bestimmung sieht vor, dass in der Zuschlagsverfügung kurz darzulegen ist, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist.

Das Verwaltungsgericht hat die Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung in zahlreichen Urteilen umschrieben und seine Praxis wiederholt publiziert (vgl. GVP 2000 Nr. 24 und 2006 Nr. 59). Eine Begründung ist demnach ungenügend, wenn sie einzig die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Eine solche Begründung ist inhaltsleer, weil sie nur das Ergebnis der Bewertung wiedergibt, sich aber zu den eigentlichen Entscheidungsgründen ausschweigt. Die Anbieter müssen indessen der Verfügung entnehmen können, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert.

2.3. In der angefochtenen Zuschlagsverfügung wurden zwar die Preisspanne sowie der Preis des berücksichtigten Angebots angegeben. Ansonsten beschränkt sich aber die Begründung auf den inhaltsleeren Hinweis, es sei das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis berücksichtigt worden. Nachvollziehbare Angaben über die Bewertung wurden nicht gemacht, womit die Verfügung mangels ausreichender Begründung formell fehlerhaft ist.

2.4. Die Beschwerdeführerin erhielt nach Kenntnisnahme der angefochtenen Verfügung und auf entsprechende Nachfrage hin noch eine Bewertungsmatrix (act.3 Beschwerdeführerin) ausgehändigt. Ob den Anforderungen von Art. 41 VöB Genüge getan wird, wenn zusammen mit der nicht oder jedenfalls ungenügend begründeten Zuschlagsverfügung noch die Bewertungsmatrix ausgehändigt wird, kann hier offen bleiben. Die Begründung soll die nicht berücksichtigten Teilnehmer am Vergabeverfahren in die Lage versetzen, die Zuschlagsverfügung sachgerecht anzufechten. Hier war aber eine sachgerechte Anfechtung der Vergabe durch die Beschwerdeführerin selbst nach Erhalt der Bewertungsmatrix ausgeschlossen, weil darin die Angaben zu den von den Teilnehmern angebotenen Produkten nicht stimmten, was insofern bedeutsam ist, als das Angebot der Beschwerdegegenerin einzig bei dem das Produkt beschlagenden Kriterium «Qualität

und technischer Wert» (wesentlich) besser als dasjenige der Beschwerdeführerin abschneht.

2.5. Nach konstanter Praxis des Verwaltungsgerichts kann eine Gehörsverletzung – begangen durch eine fehlende oder nicht ausreichende Begründung der Zuschlagsverfügung – geheilt werden, wenn die Begründung in der Beschwerdevernehmlassung nachgeholt wird und die Beschwerdeführerin Gelegenheit erhält, mittels Replik zur Beschwerdevernehmlassung Stellung zu nehmen (vgl. VerwGE B 2007/133 vom 5. November 2007 E. 2.3., B 2008/133 vom 21. April 2009 E. 2.3, B 2010/90 vom 30. November 2010 E. 2.3).

Die Vorinstanz reichte mit der Beschwerdevernehmlassung vom 22. Oktober 2013 eine korrigierte Bewertungsmatrix ein. In der Beschwerdevernehmlassung führte sie – neben dem Hinweis auf das Schreibversehen in der an die Beschwerdeführerin ausgehändigten Bewertungsmatrix – einzig an, die Grundlagen der Bewertung würden sich aus den eingereichten Unterlagen ergeben und die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin sei detailliert geprüft worden; diese komme jedoch aus technischen Gründen nicht infrage. Ob sie mit dem Hinweis auf die Unterlagen nur die korrigierte Bewertungsmatrix oder die (nach Aufforderung zur Vernehmlassung zum Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung) eingereichten Vergabeakten meint, ist unklar. Ohnehin liegt es aber weder an der Beschwerdeführerin noch am Verwaltungsgericht, in nicht näher bezeichneten Akten nach möglichen Begründungen für das Vergabeergebnis zu suchen. Hinzu kommt, dass sich den Akten jedenfalls nicht entnehmen lässt, welche Gründe für die Nichtberücksichtigung des Basisangebots der Beschwerdeführerin – beziehungsweise für dessen markante Schlechterbewertung im Vergleich zum Angebot der Beschwerdegegnerin beim Kriterium «Qualität und technischer Wert» – ausschlaggebend waren, zumal im Vergabeantrag der BGG Engineering AG vom 8. August 2013 (act. 17 der Vorinstanz) alle Angebote als technisch einwandfrei qualifiziert wurden. Sie ergeben sich auch nicht aus der korrigierten Bewertungsmatrix, denn sie gibt lediglich über die punktemässige Bewertung der einzelnen Angebote bei den Haupt- und Unterkriterien Auskunft. Dementsprechend wurde der Mangel der nicht ausreichenden Begründung im Beschwerdeverfahren nicht geheilt, und die angefochtene Verfügung ist aus formellen Gründen aufzuheben. Enthält eine Zuschlagsverfügung eine mangelhafte Begründung und beschreibt eine nicht berücksichtigte Teilnehmerin den Rechtsmittelweg, so kann von der Vergabeinstanz durchaus erwartet werden, dass sie sich in der Beschwerdevernehmlassung zumindest mit den Angeboten der Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin auseinandersetzt und sich dabei zu den wesentlichen Merkmalen äussert; unterlässt sie dies, tritt auch keine Heilung der Gehörsverletzung ein.

2.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung (infolge fehlender Begründung) an einem formellen Mangel leidet, der auch im Beschwerdeverfahren nicht geheilt worden ist. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Streitsache zum Neu-

entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird sich die Vorinstanz auch dahingehend (beziehungsweise zum Widerspruch) äussern müssen, dass gemäss Vernehmlassung vom 22. Oktober 2013 die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin aus technischen Gründen nicht infrage kommen soll, jedoch im Gemeinderatsbeschluss vom 3. September 2013 (act.18 der Vorinstanz) erwähnt wird, dass mit dem System der Beschwerdegegnerin auch die Einbindung der Wasserversorgung Stein in die Wasserversorgung Nesslau-Neu St.Johann möglich sei, sollte sich dies zu einem späteren Zeitpunkt als sinnvoll erweisen.

10. Feuerwehr und Gebäudeversicherung

31

Art.40 und 46 ff. FSG (sGS 871.1) Die Rettung eines Pferdes durch die Feuerwehr ist kein technischer Einsatz, sondern fällt unter den allgemeinen Rettungsbegriff, bei dem nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen Kosten in Rechnung gestellt werden können. Diese Voraussetzungen waren im konkreten Fall nicht erfüllt, weshalb die Tierhalterin nicht zur Zahlung der Einsatzkosten verpflichtet werden durfte.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/Dezember 2013

2. Angefochten ist der Entscheid des Gemeinderates, mit dem die Rekurrentin verpflichtet wurde, die Kosten des Feuerwehreinsatzes in der Höhe von Fr. 3480.– zu bezahlen. Zu prüfen ist, ob es sich beim Rettungseinsatz um eine kostenpflichtige Dienstleistung der Feuerwehr handelte.

a) Das Gesetz über den Feuerschutz (sGS 871.1, abgekürzt FSG) unterscheidet im Bereich der Feuerwehraufgaben zwischen «Hilfeleistung» (Art.40 FSG), «Dienstleistungen» (Art.40bis FSG), «Feuerwachen» (Art.41 FSG) sowie «Schadenverhütung und Schadenbegrenzung» (Art.41bis FSG). Nach Art.40 FSG ist die Feuerwehr die Einsatzorganisation für Rettung und allgemeine Schadenwehr (Abs.1). Sie leistet unverzüglich Hilfe, insbesondere bei Bränden und Explosionen, Elementarereignissen und Ereignissen, welche die Umwelt schädigen oder gefährden (Abs.2). Die Hilfeleistung besonderer Organe bleibt vorbehalten. Gemäss Art.40bis FSG kann die Feuerwehr darüber hinaus zur Hilfe in der sanitätsdienstlichen Rettung herangezogen werden (Abs.1). Lässt es sich mit der Hilfeleistungspflicht nach Art.40 FSG vereinbaren, kann die Feuerwehr zu Dienstleistungen herangezogen werden, insbesondere zu Verkehrs- und Ordnungsdienst, na-

mentlich bei Festanlässen und anderen öffentlichen Veranstaltungen sowie technischen Einsätzen (Abs. 2).

aa) Die Vorinstanz erwoh, wenn es sich mit der Erfüllung der Hilfeleistungsaufgaben der Feuerwehr vereinbaren lasse, könne sie zu Dienstleistungen, insbesondere zu technischen Einsätzen, herangezogen werden. Bei der Grosstierrettung vom 6. Oktober 2012 habe es sich um einen solchen kostenpflichtigen Einsatz gehandelt. Dies ergebe sich auch aus der Checkliste «verrechenbare Einsätze» des kantonalen Amtes für Feuerschutz. Darin seien Tierrettungen als entschädigungspflichtige technische Einsätze aufgeführt. Der Verursacher habe eine Entschädigung nach Aufwand zu leisten, welche sich nach dem Tarif für die Schadenbekämpfung richte.

bb) Bereits in der Botschaft zum Entwurf eines Gesetzes über den Feuerschutz vom 31. Oktober 1967 wurde der Gemeinderat autorisiert, die Feuerwehr über ihren eigentlichen Kernauftrag hinaus bei Ereignissen einzusetzen, bei denen rasche und grössere Hilfe erforderlich ist (ABI 1967 S.1426). Mit dem Nachtragsgesetz zum Gesetz über den Feuerschutz wurden diesen Aufgaben unter dem Titel «Dienstleistungen» schliesslich ein eigener Artikel (Art. 40bis FSG) gewidmet und der Begriff «technische Einsätze» eingeführt (Abs. 2 lit. b). Darunter sind Hilfeleistungen mit den technischen Mitteln der Feuerwehr zu verstehen. Der Gesetzgeber setzte jedoch klare Prioritäten und hielt fest, die Kernaufgabe der Feuerwehr, die Schadenwehr, dürfe durch derartige Einsätze nicht gefährdet werden; sie habe in jedem Fall Vorrang (vgl. Botschaft zum Nachtragsgesetz zum Gesetz über den Feuerschutz vom 31. Oktober 1989, ABI 1990 S.18).

Zur Kernaufgabe der Feuerwehr gehört insbesondere die Rettung (Art. 40 Abs. 1 FSG). Der Rettungsauftrag wurde erst im Zusammenhang mit der Einführung des Bevölkerungsschutzgesetzes (sGS 421.1) ausdrücklich im FSG verankert (vgl. dazu Botschaft zum Bevölkerungsschutzgesetz vom 21. Oktober 2003, ABI 2003, S. 2397 ff.). Der Rettungsauftrag ist umfassend zu verstehen. Für die Aufgabenerfüllung in der Rettung bedeutet dies, dass den Feuerwehren auch die sogenannte schwere Rettung oder Trümmerrettung – und das bereits für den Normalfall – in die direkte und alleinige Verantwortung überbunden wurde, nachdem sie davor schon bei Alltagsereignissen und bei Katastrophen für Personen- und Tierrettung im Einsatz waren (Botschaft, a. a. O., S. 2432). Tierrettungen fallen somit nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unter die Dienstleistungen nach Art. 40bis FSG, sondern sind dem umfassenden Hilfeleistungsauftrag (Art. 40 FSG) zuzuordnen. Damit wird dem in den letzten Jahren gestiegenen Status der Tiere Rechnung getragen, welcher sich auch in der Tierschutzgesetzgebung widerspiegelt (Gebäudeversicherung Kanton Zürich, Tierrettung, Nr. 5, November 2009, S. 3, publiziert in: www.gvz.ch/feuerwehr). Zudem sind Tiere nach Art. 641a ZGB keine Sachen.

cc) Die Rettung des Pferdes der Rekurrentin erfolgte folglich im Rahmen des Kernauftrages der Feuerwehr und ist nicht als Dienstleistung nach Art. 40bis FSG zu qualifizieren. Daran ändert nichts, dass auf der von der Vorinstanz als Grundlage für ihren Ent-

scheid beigezogenen Checkliste Tierrettungen in Ziffer 9 als technische Einsätze bezeichnet werden. Dabei dürfte es sich um eine ältere Fassung handeln. In der gültigen Checkliste über die Verrechnung von Einsätzen des Amtes für Feuerschutz wurde dies geändert (vgl. Richtlinie des Amtes für Feuerschutz des Kantons St. Gallen, Kdt 1.02, erstellt 08.02, Revision 07.05, publiziert in: www.gvasg.ch). Zu klären ist, ob die mit dem Einsatz verbundenen Kosten von der Rekurrentin zu tragen sind.

b) In Art. 46 ff. FSG werden die Kosten für die verschiedenen Leistungen der Feuerwehr geregelt. Nach 46bis FSG sind Hilfeleistungen für versicherte Ereignisse nach dem Gesetz über die Gebäudeversicherung (sGS 873.1) unentgeltlich (Abs. 1). Einsätze infolge eines vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachten Fehlalarms sowie Sicherungs- und Behebungsmassnahmen aufgrund gesetzlicher Vorschriften sind kostenpflichtig (Abs. 2). Dabei gilt das Verursacherprinzip (vgl. Art. 46ter FSG). Wer Dienstleistungen nach Art. 40bis FSG oder Feuerwachen nach Art. 41 FSG beansprucht, hat eine Entschädigung nach Aufwand zu leisten. Die Ansätze sind vom Gemeinderat zu regeln (Art. 46quater FSG). Die Ansätze für die Verrechnung der Kosten nach Art. 46, 46bis und 46quinquies FSG richten sich nach dem Tarif für die Schadenbekämpfung (sGS 871.16).

Nachdem feststeht, dass der Rettungseinsatz als Hilfeleistung im Sinne von Art. 40 FSG zu qualifizieren ist, kommt als Grundlage für die Forderung der Vorinstanz nur Art. 46bis FSG infrage. Diese Bestimmung regelt die Fälle, in denen auf den Privaten, dem die Hilfe geleistet werden muss, zurückgegriffen werden kann. Mit dieser Norm werden nur Hilfeleistungskosten (und nicht etwa Kosten für besondere Dienstleistungen oder für die Kontrolle von Meldeanlagen und dergleichen) geregelt. Diese Ordnung knüpft an die alte Tradition der Feuerwehr an, die dem Humangedanken verpflichtet ist: Gerät eine Person in Not, so hat die Feuerwehr ihr beizustehen und die Rettung bleibt kostenlos (Botschaft zum Nachtragsgesetz, a. a. O., S. 20). Da der in der Botschaft zum Bevölkerungsschutzgesetz dargelegte Rettungsbegriff umfassend zu verstehen ist (vgl. vorne E. 2a/bb), muss dies auch für in Not geratene Tiere gelten. In begrenztem Umfang werden jedoch auch Kosten für Hilfeleistungen verrechnet. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 46bis FSG ist dies jedoch nur in genau definierten Fällen möglich; nämlich dann, wenn entweder vorsätzlich oder grobfahrlässig ein Fehlalarm verursacht wurde oder aber Sicherungs- und Behebungsmassnahmen aufgrund gesetzlicher Vorschriften – wie sie in Art. 59 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (SR 814.01) und Art. 8 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (SR 814.20) stipuliert sind – vorgenommen werden mussten. Entsprechend deckt sich der Begriff des gemäss Art. 46ter FSG kostenpflichtigen Verursachers mit demjenigen des eidgenössischen Umweltschutzrechts (Botschaft zum Nachtragsgesetz, a. a. O., S. 21). Weitere kostenpflichtige Hilfeleistungen kennt das FSG nicht; insbesondere werden Tierrettungen nicht als solche erwähnt. Die Rettungsaktion kann der Rekurrentin deshalb nicht auf der Grundlage von Art. 46bis FSG in Rechnung gestellt werden.

Nach Art. 48 FSG kann jedoch auf Personen, die den Einsatz der Feuerwehr durch eine vorsätzliche oder grobfahrlässige rechtswidrige Handlung oder Unterlassung nötig gemacht oder veranlasst haben, für alle Auslagen aus dem Einsatz Rückgriff genommen werden. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass dies vorliegend der Fall war. Auch die Vorinstanz machte dies nicht geltend. Insbesondere brachte sie nicht vor, die Mistgrube auf dem Hof der Rekurrentin sei nicht ausreichend gesichert gewesen.

c) Zusammenfassend ist festzustellen, dass es sich beim Feuerwehreinsatz um einen unentgeltlichen Rettungseinsatz nach Art. 40 FSG handelte. Die Vorinstanz hätte der Rekurrentin die Einsatzkosten in der Höhe von Fr. 3480.– nicht in Rechnung stellen dürfen. Der Rekurs ist deshalb gutzuheissen.

II. Zivilrecht

1. Personen- und Familienrecht

32

Art. 450 Abs. 2 und Art. 445 ZGB (SR 210) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) gilt als Vorinstanz und ist in der Regel nicht beschwerdelegitimiert. Bezüglich vorsorglicher Massnahmen besteht eine Einzelzuständigkeit.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, November 2013

Aus den Erwägungen:

1. Vorliegend erhob die Beschwerdeführerin als für die Kinderbelange zuständige KESB Beschwerde gegen den Entscheid der VRK betreffend Besuchsrecht bzw. Zuständigkeit. Es stellt sich daher zunächst die Frage nach der Beschwerdelegitimation im Rechtsmittelverfahren.

In Art. 450 Abs. 2 ZGB (i. V. m. Art. 314 ZGB) sind die zu einer Beschwerde legitimierten Personen abschliessend aufgezählt. Es sind dies die Betroffenen selbst, ihnen nahestehende Personen und solche, die ein eigenes rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben. Nicht erwähnt wird eine allfällige Beschwerdelegitimation der KESB. Eine solche lässt sich auch nicht aus den genannten Kategorien ableiten. Zudem sieht das Ge-

setz ausdrücklich nur die Einladung der KESB zur Vernehmlassung vor (Art. 450d ZGB), und ein gesetzgeberisches Versehen scheint angesichts der Neuregelung der Materie ausgeschlossen. Dementsprechend wird heute überwiegend die Ansicht vertreten, dass die Rechtsmittellegitimation für das Gemeinwesen, und damit auch für die KESB, ausgeschlossen sei (OGer ZH, 21. Februar 2013, PA130005-O/U, www.gerichte-zh.ch, m. w. H. = SJZ 2013, 509; BaslerKomm Erwachsenenschutz/Steck, Art. 450 ZGB, N 31, 39; FamKomm Erwachsenenschutz/Steck, Art. 450 ZGB, N 23; Rosch/Büchler/Jakob, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Art. 450 ZGB, N10; CHK-D. Steck, Art. 450 ZGB, N19, 24; Bernhart, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung, N 803; Häfeli, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht, N 34.12; vgl. aber Schmid, Erwachsenenschutz, Art. 450 ZGB, N 26; zum alten Recht: BGer, ZVW 1961, 32; Verwaltungsgericht TG, TRV 2005 Nr.15, www.vgbuch.tg.ch). Die KESB gilt mithin als reine Vorinstanz. Eine Ausnahme wurde im alten Recht und vereinzelt lediglich dann gemacht, wenn sich die KESB gegen die Kosten wendet, die ihr von der Gerichtsinstanz auferlegt wurden (BaslerKomm ZGB/Geiser, aArt. 420 ZGB, N 34; ZR 2005 Nr. 17, E. 3). Hier richtet sich die Beschwerde aber gegen den Entscheid der VRK, die Sache zur neuen Verfügung an die KESB zurückzuweisen, und nicht gegen die Kostenaufgabe. Diese gilt nur als mitangefochten, und die entsprechende Rüge wurde nicht begründet (. . .). Auf die Beschwerde der KESB ist daher nicht einzutreten.

2. Nach Art. 445 ZGB (i. V. m. Art. 314 ZGB) trifft die KESB alle für die Dauer des Verfahrens notwendigen vorsorglichen Massnahmen. Der Entscheid erfolgt dabei grundsätzlich durch die Kollegialbehörde, soweit das kantonale Recht dafür nicht nach Art. 440 Abs. 2 ZGB eine Einzelzuständigkeit vorsieht (FamKomm Erwachsenenschutz/Steck, Art. 445 ZGB, N 9).

Der Kanton St.Gallen bestimmt in Art. 20 EG-KES unter dem Titel Einzelzuständigkeit und dem Untertitel Vorsorgliche Massnahmen Folgendes:

Die oder der Vorsitzende oder das zuständige Mitglied der KESB kann vorsorgliche Massnahmen nach Art. 445 ZGB verfügen.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dieses «kann» bedeute, dass der Vorsitzende neben dem Gremium vorsorgliche Massnahmen anordnen dürfe. Gegen diese Ansicht spricht aber einerseits die systematische Einordnung von Art. 20 EG-KES unter den Titel Einzelzuständigkeit. Andererseits ergibt sich auch aus dem Wortlaut der Bestimmung keine wahlweise Zuständigkeit einer Einzelperson oder eines Gremiums. Vielmehr drückt das «kann» aus, dass gerade die vorsitzende bzw. zuständige Person der KESB vorsorgliche Massnahmen erlassen darf (das aber nicht muss). Das «kann» bezieht sich somit nicht auf die Behörde, sondern auf die vorsorgliche Massnahme. Eine andere Absicht des Gesetzgebers lässt sich auch der Botschaft (Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 18. Oktober 2011, www.soziales.sg.ch) nicht entnehmen. Dort heisst es einleitend

unmissverständlich, Art. 23 (welcher dem heutigen Art. 20 EG-KES entspricht, vgl. S. 55 der Botschaft) halte eine Einzelzuständigkeit für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 445 nZGB fest (S. 36 der Botschaft). Begründet wird die Einzelzuständigkeit damit, dass es hierbei um Entscheide gehe, die keinen Aufschub erlaubten. Die Botschaft geht somit klar von einer Einzelzuständigkeit bei vorsorglichen Massnahmen aus, und in der vorberatenden Kommission sowie später im Rat kam es diesbezüglich entsprechend zu keinen Wortmeldungen (Protokoll der vorberatenden Kommission vom 14. November 2011, S. 32, www.ratsinfo.sg.ch). Die Beschwerdeführerin meint nun aber, aus dem nachfolgenden Satz in der Botschaft, nämlich

Im Sinne der Verfahrensbeschleunigung können vorsorgliche Massnahmen somit auch von einem Einzelmitglied angeordnet werden.

lasse sich eine alternative Zuständigkeit Einzelmitglied/Kollegium ableiten. Dieser Satz kann entweder so verstanden werden, dass neben einem Kollegium auch eine einzelne Person vorsorgliche Massnahmen erlassen darf, oder aber so, dass ein Einzelmitglied, neben den in den vorherigen Artikeln erwähnten Zuständigkeiten, auch für vorsorgliche Massnahmen zuständig ist. Aus dem Zusammenhang, d. h. insbesondere aus dem ersten Satz der Botschaft zu Art. 23 und der Einordnung von Art. 20 EG-KES unter den Titel Einzelzuständigkeit, sowie aus der Tatsache, dass in der Botschaft zu Art. 23 von einem Gremium nie die Rede ist, ist der zweiten Interpretation offenkundig der Vorzug zu geben. Der Kanton St.Gallen wollte mithin für vorsorgliche Massnahmen eine Einzelzuständigkeit und keine parallele Zuständigkeit Einzelperson/Gremium begründen.

Die KESB hat zwar grundsätzlich als Kollegialbehörde (FamKomm Erwachsenenschutz/Wider, Art. 440 ZGB, N 31 ff.) zu entscheiden, das Vorsehen einer Einzelzuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen erscheint aber dennoch als zulässig. Das neue Recht gewährt den Kantonen nämlich einen grossen Gestaltungsspielraum (Schmid, Erwachsenenschutz, Art. 440 ZGB, N19). Der Bundesgesetzgeber wollte den Kantonen (weiterhin und weitgehend) die organisatorische Verantwortung überlassen und ihnen nicht vorschreiben, für welche Fälle sie eine Einzelzuständigkeit vorsehen dürfen (vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, 7073, 7078).

In der Lehre wird denn auch überwiegend die Meinung vertreten, es sei wegen der Dringlichkeit zulässig, vorsorgliche Massnahmen generell in die Einzelkompetenz zu geben (BaslerKomm Erwachsenenschutz/Auer/Marti, Art. 445 ZGB, N 24 [mit Hinweis auf a. M.]; Rosch/Büchler/Jakob, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Art. 445 ZGB, N7; CHK-D. Steck, Art. 445 ZGB, N 6). Ausnahmen zur Kollegiums Zuständigkeit seien insbesondere dort angezeigt, wo ein rascher Entscheid nötig sei (FamKomm Erwachsenenschutz/Wider, Art. 440 ZGB, N 31 ff.), was bei vorsorglichen Massnahmen typischerweise der Fall ist. Die Konferenz der kantonalen Vor-

mundschaftsbehörden empfahl denn auch die Einzelzuständigkeit insbesondere für Verfahren, die im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit dem summarischen Verfahren zugeordnet würden (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde [Analyse und Modellvorschläge] Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden [VBK], ZVV 2008, 63, 85), worunter ohne Weiteres die vorsorglichen Massnahmen gehören.

Eine Einzelzuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen erscheint aus verschiedenen Gründen als sinnvoll oder gar unabdingbar: Vorab dient sie der Verfahrensbeschleunigung. Ferner kommt einer vorsorglichen Massnahme keine materielle Rechtskraft zu. Sie ist daher erleichtert abänderbar, was am besten eine Einzelperson gewährleisten kann. Ein Gremium entscheidet diesbezüglich schwerfälliger. Zudem muss sich ein Kollegium auf schwierige und heikle Fälle konzentrieren können (CHK-U. Vogel, Art. 440 ZGB, N10), die auf Dauer Bestand haben. Das darf nicht vereitelt werden, indem es sich mit häufiger vorkommenden, dringlich zu entscheidenden vorsorglichen Massnahmen zu beschäftigen hat. Daran ändert nichts, dass bisweilen auch in diesem Bereich «schwerwiegende» Entscheide anfallen. Die Interdisziplinarität erscheint bei vorsorglichen Massnahmen, zugunsten einer raschen vorläufigen Regelung, entbehrlich. Im Übrigen bestehen zwischen vorsorglichen Massnahmen und Hauptverfahren auch bezüglich Rechtsmittel und Beweislage entscheidende Unterschiede, die eine andere sachliche Zuständigkeit rechtfertigen lassen.

Ohnehin hat die sachliche Zuständigkeit als zwingend zu gelten (BernerKomm/Berger, Art. 4 ZPO, N 8; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 129; Wey, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 4 ZPO, N7; Leuenberger/Uffler-Tobler, Kommentar zur ZPO SG, Vorbem. zu Art. 5-21 aZPO SG, N 3; Willisegger, Grundstruktur des Zivilprozesses, 119). Der Ausnahmekatalog der Einzelzuständigkeit war demnach von den Kantonen abschliessend festzulegen (CHK-U. Vogel, Art. 440 ZGB, N11; BaslerKomm Erwachsenenschutz/Vogel, Art. 440/441 ZGB, N18). Eine parallele Zuständigkeit wäre mithin gar nicht zulässig und der Rechtssicherheit abträglich. Es wäre kaum sachgerecht, in jedem Fall eine Abwägung bezüglich Betroffenheit und der Zuweisung der Sache in die Einzel- oder Kollegialzuständigkeit vorzunehmen, was gerade für dringliche, vorsorgliche Massnahmen offenkundig ist. Ebenso wenig sinnvoll wäre es, wenn die KESB jeweils im Einzelfall abwägen müsste, ob die Kollegialbehörde gleich schnell wie das fallführende Mitglied allein zu entscheiden vermag. Zudem ist nicht gewährleistet, dass Gremium und Einzelmitglied jeweils einen identischen Entscheid treffen, weil letzteres im Gremium überstimmt werden kann.

Schlussendlich hält auch das Bundesgericht die sachliche Zuständigkeit für zwingend und hat entschieden, die (damalige) Gerichtskommission dürfe nicht anstelle des Präsidenten über vorsorgliche Massnahmen befinden. Im Kanton St.Gallen gebe es diesbezüglich keine Kompetenzattraktion (unveröffentlichter BGer 5P.487/1995 vom 15. April 1996 i. S. G. S. /T. S., E. 3). Diese zivilprozessrechtliche Rechtsprechung lässt sich ohne Weiteres auf das Verfahren vor der KESB übertragen.

Insgesamt ergibt sich, dass im Kanton St.Gallen im Bereich Kindes- und Erwachsenenschutzrecht für vorsorgliche Massnahmen eine Einzelzuständigkeit besteht. Die Kollegialbehörde ist nicht befugt, entsprechende Entscheide zu treffen. Hätte auf die Beschwerde der KESB mithin eingetreten werden können, wäre sie abzuweisen gewesen.

2. Sachenrecht und Grundbuch

33

Art.956a und Art.970 Abs.1 und 2 ZGB (SR 210); Art.106 und Art.116 ZPO (SR 272); Art.95 f., Art.98 und Art.98ter VRP (sGS951.1) Grundbuchbeschwerde. Einsichtnahme in das Grundbuch. Allgemeine Ausführungen zum Nachweis des schützenswerten Interesses zur Geltendmachung des Einsichtsrechts (E. III.2) und zur Interessenabwägung zur Bestimmung des Umfangs der zu genehmigenden Einsichtnahme (E. III.4). Grundsätze der Kostenverlegung bei der Grundbuchbeschwerde (E. IV).

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 10.Dezember 2013

Aus den Erwägungen:

III.

2.a) Das Grundbuch hält den Bestand der dinglichen Rechte an Grundstücken fest; es erfüllt bezüglich unbeweglicher Sachen die Publizitätsfunktion, welche bei beweglichen dem Besitz zukommt. Die Eintragungen im Grundbuch tun also die dinglichen Rechte nach aussen kund und gelten als bekannt (Art. 970 Abs. 4 ZGB). Um dieser Publizitätsfunktion nachkommen zu können, muss die Öffentlichkeit in bestimmtem Rahmen Zugang zu den Eintragungen haben (BSK ZGB II-Schmid, N 12 und 26 vor Art. 942–977 ZGB; Pfammatter, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (Hrsg.), ZGB Kommentar [OFK-ZGB], N 1 zu Art. 970 ZGB). Das Gesetz (in der seit 1. Januar 2005 in Kraft stehenden Fassung) definiert einen engen Kreis von Daten, zu welchem jedermann und voraussetzungslos Auskunft zu erhalten vermag (Art. 970 Abs. 2 und 3 ZGB); die weitergehende Einsicht erfordert, dass ein Interesse glaubhaft gemacht wird (Art. 970 Abs. 1 ZGB).

b) Das zur Einsichtnahme geltend gemachte Interesse ist schützenswert, wenn zwischen der Offenlegung eines oder mehrerer Bereiche oder Teile des Grundbuchs und dem geltend gemachten Interesse ein innerer, funktioneller Zusammenhang besteht. Dies ist gegeben, wenn das Interesse vom Inhaber einer bestehenden, eingetragenen dinglichen Rechtsposition, durch den Inhaber eines vorgemerkten persönlichen Rechts oder vom Inhaber eines Titels, der ihm eine solche Position zu verschaffen geeignet ist, geltend gemacht wird (Rey, Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs, ZBGR 1984, 73 ff., 80; BSK ZGB II-Schmid, N14 zu Art. 970 ZGB; Pfammatter, OFK-ZGB, N 4 zu Art. 970 ZGB; Etter-Strebel, Die Öffentlichkeit des Grundbuchs im Spiegel der Rechtsprechung, recht 1988, S. 137).

Wird kein solches «rechtliches Interesse im traditionellen Sinn» (Rey, a. a. O.) geltend gemacht, sondern ein tatsächliches oder wirtschaftliches, so bietet der funktionelle Zusammenhang keine hinreichende Entscheidungsgrundlage; der Gesuchsteller hat eine qualifizierte Bezugsnähe zu dem Teil des Grundbuchs darzutun, in den er Einsicht nehmen möchte. Eine solche qualifizierte Bezugsnähe liegt vor, wenn dem an der Einsichtnahme Interessierten ein persönlicher, aktueller und konkreter Vorteil erwächst, den er nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts ohne die Konsultation des Grundbuches nicht ohne Weiteres bzw. nicht ohne erheblichen Aufwand erlangen könnte (BGE 132 III 603 E. 4.3.2: «La possibilité de se procurer les données requises par un autre moyen ne permet pas d'exclure la consultation (...), en particulier si cela rend notablement plus difficile la tâche du requérant».; vgl. auch BGE 126 III 512 E. 6a zu früherer Fassung von Art. 970 ZGB; enger formuliert [«nicht ohne Konsultation»]: Rey, a. a. O., S. 81; Pfammatter, OFK-ZGB, N 5 zu Art. 970 ZGB; Etter-Strebel, a. a. O., S. 138; BSK ZGB II-Schmid, N15 zu Art. 970 ZGB).

Das Kriterium der qualifizierten Bezugsnähe ist indessen nicht für sich alleine entscheidend, es ist darüber hinaus – namentlich was den Umfang der Einsicht angeht – eine Abwägung mit den Interessen der weiteren Beteiligten, insbesondere der Eigentümer und der Berechtigten eingetragener dinglicher Rechte, vorzunehmen. Die Einsichtnahme ist nur soweit zu gewähren, wie das Interesse des Gesuchstellers reichen kann (BGE 132 III 603 E. 4.3.1; BGE 126 III 512 E. 3a). Wenn die Einsichtnahme in Belege begehrt wird, ist Zurückhaltung geboten bei der Einsicht in schuldrechtliche Bestimmungen, die mehr oder weniger persönlichkeitsbezogen sind und abseits der Publizitätsfunktion des Grundbuchs stehen (vgl. Etter-Strebel, a. a. O., S. 139; Rey, a. a. O., S. 81 f.; Pfammatter, OFK-ZGB, N 9 zu Art. 970 ZGB).

c) Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für deren Vorhandensein eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 9.166, vgl. auch BGE 130 III 321 E. 3.3). Vorliegend muss das dargelegte tatsächliche Interesse im genannten Sinn als wahrscheinlich erscheinen (Rey, a. a. O., S. 83 f.).

[...]

4. Mit der Bejahung des Einsichtsrechts bleibt festzulegen, inwieweit dem Beschwerdeführer Einsicht in die Belege des Grundbuches zu gewähren ist. Dabei ist die Einsicht auf den zur Befriedigung des zu schützenden Interesses notwendigen Umfang zu beschränken (BGE 132 III 603 E. 4.3.1; 126 III 512 E. 3a).

IV.

1. Die Regelung der Kostenverteilung der ZPO (Art. 104 ff. ZPO) ist am Muster des klassischen Zweiparteienverfahrens orientiert. Registerangelegenheiten wie die vorliegende – es handelt sich um eine Angelegenheit der grundbuchlichen Aufsicht (vgl. BGer 5A.16/2000 [in BGE 126 III 512 nicht publizierte] E. 1; beachte heute Art. 72 Abs. 2. lit. b Ziff. 2 BGG) – stehen ihrem Wesen nach dem Verwaltungsverfahren nahe und entsprechend sind die Kosten hier sowohl für das Beschwerdeverfahren vor dem Departement des Innern als auch vor dem Kantonsgericht nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu verlegen. Im Kanton St.Gallen werden die Kosten ohnehin sowohl im Zivilverfahren (nach ZPO) als auch im Verwaltungsverfahren den Beteiligten grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (vgl. Art. 106 ZPO bzw. Art. 95 und Art. 98 und 98bis VRP; vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, N1568).

2. Das Departement des Innern und die verfügende Behörde fungierten nicht als Parteien, welche eigene vermögensrechtliche Interessen verfolgten, sondern als Vorinstanzen im Sinne der Verwaltungsrechtspflege; es sind ihnen daher für das Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 3 VRP; Kiener/Rütsche/Kuhn, a. a. O., N1571).

Dem Beschwerdeführer sind, da er mit seiner Beschwerde durchdringt, die Kostenvorschüsse durch das Kantonsgericht und das Departement des Innern zurückzuerstatten.

3. Der Beschwerdeführer hat – zumal der Kanton St.Gallen keine Kostenbefreiung zugunsten seiner Körperschaften i. S. v. Art. 116 ZPO vorsieht und die Ausnahmefälle von Art. 98 Abs. 3 VRP nicht einschlägig sind – Anspruch auf Ausrichtung einer amtlichen Entschädigung für die Kosten seiner Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt Dr. S., in den Beschwerdeverfahren vor dem Departement des Innern und der Einzelrichterin. Diese ist der Gemeinde F. aufzuerlegen (Art. 98 Abs. 1 VRP; vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, a. a. O., N1582).

3. Obligationenrecht

34

Art.2 ZGB (SR 210); Art.97 und Art.363 OR (SR 220); Art.160 ff (SR 272). Die Aushändigung der Baupläne an den Unternehmer stellt eine der Erreichung des Vertragszwecks dienende, selbstständige Nebenleistungspflicht des Bestellers dar. Hat dieser seine Pflicht erfüllt, so kann der Unternehmer im späteren Prozess um die Vergütung eine nochmalige Aushändigung der Pläne (zwecks Substantiierung seiner Werklohnforderung) nicht mehr erzwingen. Die ungerechtfertigte Verweigerung der Herausgabe im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht kann jedoch eine bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigende Beweisvereitelung darstellen.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, April 22 2013

Die Parteien schlossen am 23. Mai 2007 einen Werkvertrag über den Bau eines Einfamilienhauses zum Einheitspreis von Fr. 802 333.90 ab. Nach Abschluss der Baumeisterarbeiten stellte die Unternehmerin aufgrund von Mehrarbeiten eine Werklohnforderung von insgesamt Fr. 1 334 724.95 in Rechnung, welche von den Bestellern nur zum Teil beglichen wurde. Am 5. März 2010 klagte die Unternehmerin auf Zahlung von Fr. 607 402.45 nebst Zins; die Besteller trugen auf Abweisung der Klage an. Die in der Folge zur Replik eingeladene Klägerin stellte daraufhin am 7. November 2011 zunächst das Begehren, die Beklagten seien vorab zu verpflichten, ihr sämtliche für den Hausbau errichteten Pläne herauszugeben, und mit Eventualbegehren vom 9. Februar 2012 verlangte sie die Herausgabe der Pläne ferner durch die A. AG (Erstellerin der Ingenieurpläne) bzw. B. AG (Erstellerin der Architektenpläne), welchen sie zuvor den Streit verkündet hatten, an dem diese sich jedoch nicht beteiligten. Mit Teilentscheid vom 25. Juni 2012 hiess das Kreisgericht das gegen die Beklagten gerichtete Begehren gut, wogegen diese gemäss entsprechender Rechtsmittelbelehrung Berufung erhoben.

Aus den Erwägungen:

II.

3. Das klägerische Editionsbegehren stellt, soweit es von der Vorinstanz als materiellrechtliches Herausgabebegehren interpretiert und unter Bejahung eines materiellrechtlichen Anspruchs gutgeheissen wurde – und nur insoweit liegt überhaupt ein berufungsfähiger Teilentscheid vor (der Beweisbeschluss betreffend ein prozessuales Editionsbegehren wäre es nicht; vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 4 zu Art. 99 ZPO) –, eine Klageänderung im Sinne von Art. 72 ZPO/SG dar, welche von der Vorinstanz, die ohne Weiteres darauf eintrat, implizit als zulässig erachtet wurde. Dies wiederum wird von den Beklagten mit keinem Wort als

unrichtige Rechtsanwendung im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO gerügt, weshalb es dabei sein Bewenden hat (vgl. BGE 138 III 374 = Pra 2013 Nr. 4).

[...]

III.

1. Gegenstand der vorliegenden Berufung ist die Herausgabepflicht der Beklagten betreffend die nachstehend genannten Pläne, welche für das Haus der Beklagten erstellt worden sind:

- die Ingenieurpläne – Schalungspläne und Armierungspläne – und die Eisenlisten;
- die Architektenpläne, d. h. die Werkpläne – Grundrisse, Schnitte und Detailhandbuch – und die Werkleitungspläne.

Nicht bestritten ist, dass diese Pläne der Klägerin bereits einmal vollständig ausgehändigt worden sind.

a) Die Beklagten bestreiten die von der Vorinstanz bejahte materielle Herausgabepflicht mit der Begründung, die Pläne der Klägerin bereits einmal ausgehändigt zu haben. Die Nebenleistungspflicht der Beklagten zur Aushändigung der notwendigen Unterlagen sei bereits erfüllt. Dass die Beklagten der Klägerin dieselben Pläne ein weiteres Mal aushändigen müssten, lasse sich weder aus Art. 100 SIA-Norm 118 noch aus Werkvertragsrecht ableiten; denn das Werk sei von der Klägerin zwischenzeitlich längst erstellt worden, dazu hätte sie sämtliche relevanten und von ihr nun erneut heraus verlangten Pläne zur Verfügung gehabt. Auch auf dem Vertrauensprinzip könne keine weitere Herausgabe gründen, da zwischen den Parteien kein Meinungsdivergenz in dem Sinne bestehe, dass der Inhalt des Vertragsverhältnisses unklar wäre. Ebenso bestehe auch aufgrund des aus dem Grundsatz von Treu und Glauben resultierenden präparatorischen Informationsrechts keine darüber hinausgehende Herausgabepflicht, da es am Erfordernis des berechtigten Informationsinteresses mangle. Zwar bestehe eine Sonderbeziehung zwischen den Parteien, der Anspruch auf Information zur Vorbereitung und Feststellung von Ansprüchen des Informationsberechtigten gegen den Informationspflichtigen erfordere aber auch ein berechtigtes Informationsinteresse. Die Beklagten verneinen nicht, dass die Pläne zur Substantiierung der vermeintlichen Forderung benötigt würden, machen aber geltend, entscheidend sei, dass die Klägerin längst im Besitz von allen fraglichen Plänen gewesen sei. Die Klägerin habe somit den Verlust der Pläne selbst zu verantworten.

b) Die Klägerin hält, sich auf die Erwägungen der Vorinstanz stützend, dagegen, sie habe ein berechtigtes Interesse an der Herausgabe der Pläne, da sie ohne vollständige und aktuelle Pläne ihre Werklohnforderungen gar nicht rechtsgenügend substantiieren könne. Das berechtigte Interesse sei umso klarer, als sehr grosse Forderungen zur gerichtlichen Beurteilung anstünden, welche die Beklagten umfassend und in allen Teilen bestritten. Dass die bestreitenden Beklagten gleichzeitig den Architekten und Ingenieuren die Herausgabe der Pläne an sie, die Klägerin, verboten hätten, lasse zudem ihr Interesse an den Plänen deutlicher hervortreten.

c) Dass aus der werkvertraglichen Beziehung der Parteien und dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Informationspflicht der Beklagten besteht, ist somit unbestritten, bestritten ist jedoch, ob daraus auch eine Pflicht zur wiederholten Herausgabe der Pläne begründet werden kann.

2. Das Privatrecht kennt keinen allgemeinen Anspruch auf Herausgabe von Informationen. Ob ein solcher Anspruch besteht, ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Dabei kann sich ein Herausgabeanspruch aus den gesetzlichen und vertraglich ausdrücklich vorgesehenen Haupt- und Nebenpflichten sowie aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB ergeben. Ausgehend von der allgemeinen, aus Art. 2 ZGB abzuleitenden Loyalitätspflicht resultieren für die Vertragsparteien neben den gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich vorgesehenen Pflichten zahlreiche ungeschriebene Nebenpflichten. Diese Nebenpflichten werden ohne entsprechende Willensäußerung Vertragsinhalt. Es wird unterschieden zwischen den sogenannten selbstständigen Nebenleistungspflichten mit einklagbarem Erfüllungsanspruch und den Verhaltenspflichten, die lediglich schadenersatzrechtlich abgesichert sind und deren Erfüllung nicht erzwungen werden kann. Grundsätzlich gehören zu den Nebenleistungspflichten diejenigen Pflichten, die mit der vertragsgemässen Erbringung der Leistung in unmittelbarem Zusammenhang stehen und der Erreichung des Vertragszwecks dienen. Die Verhaltenspflichten dagegen, welche eine grosse und zunehmend wachsende Zahl von Pflichten aus Vertrag bilden, dienen nicht der eigentlichen Erfüllung des Vertrages, sondern beruhen auf der Überlegung, dass die Vertragsparteien infolge des Vertragsschlusses untereinander in eine Sonderverbindung eingetreten sind und sich aus diesem Grunde umfassende Rücksichtnahme auf die gegenseitigen Interessen schulden. Sie bezwecken den Schutz der Integrität der Rechts- und Vermögenssphäre des Vertragspartners und äussern sich konkret in Sorgfalts-, Obhuts-, Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten. Welcher Kategorie eine Nebenpflicht zuzuordnen ist, muss durch Auslegung ermittelt werden (BK OR-Kramer, Allg. Einl. N 91 f., 96; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 32 ff.; BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 16; Gessler, in: SJZ 2004 S. 433 ff.; Vock, in: SJZ 1999 S. 41 f.; OG-ZH II. ZivK 24.11.1945 in: SJZ 1977 S. 23 ff.).

a) Im vorliegenden Fall waren die vorstehend genannten Pläne für die vertragsgemässe Erstellung des Einfamilienhauses unentbehrlich. Die Aushändigung dieser Pläne steht folglich mit der gehörigen Erbringung der Leistung in unmittelbarem Zusammenhang und dient der Erreichung des Vertragszwecks, weshalb sie grundsätzlich eine leistungsbegleitende Nebenpflicht darstellt. Diese Pflicht aber haben die Beklagten, welche die Pläne bereits einmal vollständig ausgehändigt haben bzw. dafür besorgt waren, dass die Pläne der Klägerin bereits einmal vollständig zur Verfügung standen, erfüllt. Die Klägerin benötigt die Pläne denn auch nicht mehr zur Erstellung des Werkes, sondern, wie sie selbst erklärt, lediglich zur replicando vorzunehmenden Substantiierung der Werklohnforderung.

Ist der selbstständige Nebenleistungsanspruch aber zufolge Erfüllung untergegangen, so ist das klägerische Herausgabebegehren, soweit es noch einmal darauf abgestützt wird, abzuweisen.

b) Abzuweisen ist das Herausgabebegehren aber auch soweit die Klägerin, auf die Ausführungen der Vorinstanz verweisend, ihren Anspruch aus einem sog. präparatorischen Informationsrecht ableitet.

Das präparatorische Informationsrecht stellt keinen selbstständigen, allgemeinen materiellrechtlichen Informationsanspruch dar, der weiter geht als die aus der vertraglichen Verpflichtung und dem Grundsatz von Treu und Glauben resultierenden Haupt- und Nebenpflichten (Markus Affolter, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, S. 12). Als «präparatorische» Informationsrechte umschreibt Affolter dabei diejenigen Informationsrechte, die der Vorbereitung und Feststellung von Rechtsansprüchen dienen, sie verfolgen den Zweck, dem Berechtigten die Beantwortung der Frage zu ermöglichen, ob und in welchem Umfang ihm Ansprüche gegen den Verpflichteten zustehen. Die Klägerin verlangt hier Informationen, welche geeignet sind, den Nachweis der materiellen Begründetheit ihres Hauptleistungsbegehrens (Zahlung des Werklohns) zu erbringen. Der Antrag auf Leistung präparatorischer Informationen ist bei dieser Vorgehensweise nicht Sach-, sondern Beweisantrag (Affolter, a. a. O., S. 117), weshalb die prozessrechtlichen Mitwirkungspflichten der Parteien und Dritter zur Anwendung gelangen. Verweigert der Informationsschuldner die Erfüllung präparatorischer Informationspflichten ungerechtfertigt, so kann dies eine Beweisvereitelung darstellen, begründet jedoch keinen Leistungsanspruch (Affolter, a. a. O., S. 120 ff.).

3. Der angefochtene Entscheid ist daher in Gutheissung der Berufung aufzuheben. Die Vorinstanz wird – einer formellen Rückweisung bedarf es dazu nicht – über die klägerischen Editionsbegehren gemäss den Eingaben vom 7. November 2011 und vom 9. Februar 2012 als schlichte Beweisanträge zu befinden haben, und zwar mit einfachem Beweisbeschluss gemäss Art. 99 ZPO/SG (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 9 zu Art. 99 ZPO), unter Hinweis auf die Säumnisfolgen der Mitwirkungsverweigerung der Klägerin als Partei (Art. 123 Abs. 2 ZPO/SG), bzw. – für den Fall, dass die A. AG und die B. AG zur Edition verpflichtet werden sollen, wogegen die Beklagten nichts einwenden – mit begründetem Beweisbeschluss gemäss Art. 129 ZPO/SG (samt neurechtlicher Rechtsmittelbelehrung gemäss Art. 405 Abs. 1 i. V. m. Art. 167 Abs. 3 ZPO [altrechtlich Art. 16 lit. a und Art. 217 lit. b ZPO/SG]), diesfalls unter Hinweis auf die Folgen der Mitwirkungsverweigerung gemäss Art. 130 Abs. 2 ZPO/SG.

35

Art.394 und Art.398 OR (SR 220); Art.2 ZGB (SR 210) Zahnarztvertrag. Im Streit um das Honorar hat der Zahnarzt Inhalt und Umfang der vereinbarten Behandlung zu beweisen. Bei ungenügender Aufklärung über die vorgesehene Behandlung mit Alternativen und Kosten oder bei fehlender Dokumentation der Aufklärung und des Einverständnisses des Patienten (z.B. in der Krankengeschichte) kann dieser Nachweis misslingen. Aus dem fehlenden Nachfragen des Patienten darf der Zahnarzt nicht ohne Weiteres auf eine konkludente Zustimmung zu einer bestimmten Behandlung schliessen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, September 2013

A. liess sich von Dr. med. dent. B. an vier Terminen zahnärztlich behandeln. Eine erste Rechnung in Höhe von Fr. 528.50 betreffend die ersten beiden Behandlungen vom 13. April 2011 und 29. April 2011 bezahlte A. am 5. Mai 2011. Für die letzten beiden Behandlungen vom 6. Mai 2011 und 1. Juli 2011 stellte B. am 20. Juli 2011 eine zweite Rechnung in Höhe von Fr. 4471.90, nachdem er an diesen beiden Terminen im linken Unterkiefer von A., wie mit diesem vorgängig vereinbart worden sei, zwei Kronen eingesetzt hatte. A. weigerte sich, die zweite Rechnung zu bezahlen, weil er nicht zwei Kronen einsetzen, sondern nur einen abgebrochenen Zahn habe reparieren lassen wollen und die Kosten von B. dafür mit Fr. 800.– veranschlagt worden seien.

Aus den Erwägungen:

III.

1. Der Kläger begründet die eingeklagte Forderung wie erwähnt mit einem Anspruch auf Vergütung für zahnärztliche Leistungen in der Zeit vom 6. Mai bis 1. Juli 2011 (Überkronung von zwei Zähnen), wogegen der Beklagte bestreitet, einen solchen Auftrag erteilt zu haben, und behauptet, abgemacht worden sei lediglich die Behandlung eines abgebrochenen Zahnes.

Die Vorinstanz hielt im Wesentlichen dafür, der Kläger habe den Nachweis der rechtsgenügenden Aufklärung des Beklagten nicht erbracht, weshalb auch keine rechtsgenügende Einwilligung in die vorgenommene Behandlung, das Einsetzen zweier Kronen, vorliegen könne; die Behandlung sei daher rechtswidrig. Weil aber ein Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt nicht zulässig sei (Art. 20 OR), könne sich der Kläger für seine Forderung nicht auf einen Vertrag stützen. Die Klage wurde demgemäss abgewiesen, soweit sie nicht – zufolge (prozessualer) Anerkennung – als erledigt abgeschrieben wurde.

Den vorinstanzlichen Ausführungen kann insoweit nicht gefolgt werden, als – was der Beschwerdeführer zutreffend als unvollständige Sachverhaltsfeststellung

rügt – gar nicht bestritten ist, dass sich der Beklagte bereits seit Mitte April 2011 beim Kläger in Behandlung befand und es nur um die gehörige Aufklärung über die ab 6. Mai 2011 vorgesehenen weiteren Behandlungsschritte geht. Klärt der Arzt den Patienten über die einzelnen Schritte nicht gehörig auf, so liegt primär eine Vertragsverletzung vor und kann die nachfolgende Behandlung als Eingriff in die körperliche Integrität zwar rechtswidrig sein, doch interessiert dies lediglich in Haftpflichtfällen, wenn der Eingriff – wie im vom Vorderrichter zitierten Fall (BGE 117 Ib 197 ff.) – zu Schäden führt, ohne dass dem Arzt ein Kunstfehler bei der Behandlung vorgeworfen werden kann. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Beklagte macht keine Schadenersatzansprüche geltend, auch nicht verrechnungsweise. Und ein Vertrag, wie ihn der Kläger behauptet, ist selbstverständlich nicht rechtswidrig; rechtswidrig wäre nur die vom Vertragsinhalt allenfalls nicht (mehr) gedeckte Behandlung, was hier wie erwähnt aber nicht interessiert. Fraglich ist deshalb und als Erstes zu prüfen mithin, ob die vom Kläger ausgeführte Überkronung der beiden Zähne zum Inhalt des Zahnarztvertrags gehörte oder nicht. Das ist wiederum eine reine Beweisfrage, wobei die Beweislast den Kläger trifft, der seine Forderung aus dem Zustandekommen eines solchen Auftrags bzw. aus einem Vergütungsanspruch nach vertragsgemässer Erfüllung desselben ableitet (Art. 8 ZGB).

2. a) Der Kläger hält die dem Gericht eingereichte Krankengeschichte als rechtsgenügende Grundlage für den Nachweis seiner Sachdarstellung. Alle wesentlichen Elemente, nämlich die Art des Eingriffes und die damit verbundenen Kosten, seien dargelegt worden. Er habe dem Beklagten vorgeschlagen, im Unterkiefer links zwei Kronen einzusetzen mit einer Kostenfolge von rund Fr. 4000.–, was der Patient auch so gewünscht habe; die Behandlung des Unterkiefers rechts sei zurückgestellt worden.

b) Der Beklagte hält dagegen, er sei hinsichtlich des vom Kläger geplanten Eingriffs nicht rechtsgenügend aufgeklärt worden, und er habe sich mit einer Überkronung nicht einverstanden erklärt. Insbesondere hätten ihm für eine grössere Sanierung die notwendigen finanziellen Mittel gefehlt, und er hätte auch nie eingewilligt, einen gesunden Zahn abzuschleifen. Er habe lediglich den abgebrochenen Zahn für vom Arzt veranschlagte Kosten von Fr. 800.– reparieren lassen wollen.

c) Die Vorinstanz verzichtete auf die Befragung der Parteien, gleich wie sie auch die Sekretärin des Klägers nicht als Zeugin befragte. Der Kläger erhebt dagegen in der Beschwerde keine Einwände. Eine Rückweisung zur Beweisabnahme kommt daher nicht infrage. Die Beweiswürdigung hat mithin aufgrund der vorliegenden Akten zu erfolgen. Dazu fällt was folgt in Betracht:

aa) Eine ordnungsgemäss geführte und das Wesentliche enthaltende Krankengeschichte erbringt in der Regel den Beweis für die rechtsgenügende Aufklärung (Wiegand, in: Honsell, Handbuch des Arztrechts, S. 119 f. und S. 167 f.; Fellmann, in: Kuhn/Poledna, Arztrecht in der Praxis, S. 112 f.). Es genügt den Beweisforderungen jedoch nicht, darin nur ganz allgemein zu vermerken, der Patient sei über die geplante Behandlung informiert worden. Insbesondere muss sich aus der Kran-

kengeschichte ergeben, welche Behandlungsalternativen zur Verfügung standen, über welche Risiken informiert wurde und wie sich der Patient dazu stellte, ob er einwilligte, ob er mehr oder weniger wissen wollte oder ob der Arzt die Aufklärung einschränkte (Fellmann, a. a. O., S. 170 und S. 219). Gerade im Rahmen einer Zahnbehandlung, bei welcher der Patient in der Regel selber für die Kosten aufzukommen hat und nicht die Krankenversicherung für die Behandlung bezahlt, spielt auch der Aspekt der wirtschaftlichen Aufklärung eine zentrale Rolle und die Kosten der verschiedenen Behandlungsalternativen sind daher offenzulegen (Fink, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen [Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker], S. 205 f.).

In der vorliegenden Krankengeschichte wird zur Behandlung vom 29. April 2011 Folgendes festgehalten: «8er Status, mündliche Begutachtung Oberkiefer (fecit Kriebel). Lösung im Unterkiefer diskutiert. Patient zufrieden mit reduzierter Okklusion: links 2 Kronen, rechts 3 gliedrige Brücke oder Implantat und Krone 5 – (4500 bzw. 7000.–) Unterkiefer links 2x Aufbau und Procera à 4000.– Patient will zuerst Unterkiefer links».

Ersichtlich ist daraus nur, dass allgemein über eine Lösung im Unterkiefer diskutiert und für die linke Seite vom Einsetzen zweier Kronen gesprochen, nicht aber, dass über die wesentlichen Arbeitsschritte und Elemente einer Überkronung der Zähne informiert wurde. Auch geht aus der Krankengeschichte nicht hervor, dass die erwähnten, möglichen Alternativbehandlungen, deren Risiken und Vorteile sowie die dafür zu veranschlagenden Kosten tatsächlich besprochen worden wären. Der Kläger behauptet auch nicht, dass eine Aufklärung über mögliche Alternativen zur Einsetzung zweier Kronen stattgefunden hat. Die Krankengeschichte liefert zudem keinen Hinweis darauf, weshalb sich der Patient zuerst für die Behandlung im Unterkiefer links entschieden hat und auf die anscheinend ebenfalls notwendige Behandlung im Unterkiefer rechts verzichtete. Unklar ist ferner, worauf sich die in der Krankengeschichte veranschlagten Kosten beziehen. Geht man davon aus, dass die Behandlung «rechts 3 gliedrige Brücke oder Implantat und Krone 5» mit Fr. 7000.– und die Behandlung «links 2 Kronen» mit Fr. 4500.– veranschlagt wurden, wie dies der ursprünglichen Aussage des Klägers entspricht, wonach in den Unterlagen dokumentiert sei, dass die Überkronung der beiden fraglichen Zähne ca. Fr. 4500.– koste, so bleibt aber unerklärlich, wieso in der Krankengeschichte neben den Fr. 4500.– für «links 2 Kronen» auch Fr. 4000.– für «Unterkiefer links 2x Aufbau und Procera» erwähnt werden.

Nach dem Gesagten bildet die Krankengeschichte als solche keinen genügenden Beweis für die Darstellung des Klägers, der Beklagte habe ihm den Auftrag erteilt, im linken Unterkiefer zwei Kronen einzusetzen, und das zum Preis von rund Fr. 4000.–.

bb) Der Kläger wendet noch ein, hätte der Beklagte tatsächlich nicht gewusst, welche Behandlung durchgeführt werde, welchen Umfang diese aufweise und welche Kostenfolge damit verbunden sei, hätte man von ihm erwarten dürfen, dass er an der eigens für diesen Zweck durchgeführten Konsultation vom 29. April

2011 den Arzt um genauere Auskunft bitte; entsprechende Fragen hätten spätestens bei der Vereinbarung der zwei folgenden Behandlungstermine oder zumindest im Rahmen des vierten Behandlungstermins vom 1. Juli 2011 gestellt werden müssen. Damit wird implizit gerügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht auf ein konkludentes Zustandekommen eines Vertrags zur Überkronung der beiden Zähne geschlossen (unrichtige Rechtsanwendung im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO).

Der Kläger verkennt bei diesem Einwand indessen, dass beim vorstehenden Ergebnis der Beweiswürdigung nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Beklagte von einem anderen, kleineren Eingriff ausging und dem Arzt als Fachmann Vertrauen entgegenbrachte, weshalb für ihn kein Grund bestand, Nachfragen zu stellen. Selbst wenn der Ansicht des Klägers insoweit gefolgt würde und man davon ausgehen wollte, der Beklagte hätte die Möglichkeit gehabt, von sich aus Nachfragen zu stellen – was ja nicht von der Hand zu weisen ist –, befreit dies den Kläger nicht von seiner Pflicht zur rechtsgenügenden Aufklärung über die ab 6. Mai 2011 vorgesehenen, konkreten Behandlungsschritte und die damit verbundenen Kosten (dazu Fellmann, Berner Kommentar, N150 ff. zu Art. 398 OR). Da er über keinen Nachweis in der Krankengeschichte, dieser Pflicht früher nachgekommen zu sein, verfügte, wäre eigentlich zu erwarten gewesen, dass er sich spätestens anlässlich der Termine vom 6. Mai 2011 und 1. Juli 2011 diesbezüglich vergewissert und in der Krankengeschichte entsprechende Hinweise vermerkt hätte. Auch das war jedoch nicht der Fall, weshalb sich in Würdigung des gesamten Erklärungsverhaltens der Parteien, soweit nachgewiesen, auch die Annahme eines sogenannten normativen Konsenses verbietet. Dem Kläger kann unter diesen Umständen nicht zugebilligt werden, er habe aus dem fehlenden Nachfragen des Beklagten auf dessen Einverständnis mit der tatsächlich durchgeführten Behandlung zum Preis von rund Fr. 4000.– schliessen dürfen und der Beklagte habe umgekehrt annehmen müssen, dass – nach Treu und Glauben – mangels Remonstration seinerseits auf eine Zustimmung zu einer solchen Behandlung geschlossen würde.

cc) Mithin scheitert der Kläger mit dem Nachweis des Zustandekommens des von ihm behaupteten Auftrags, weshalb die Vorinstanz einen vertraglichen Anspruch als Grundlage für die eingeklagte Forderung – im Ergebnis – zu Recht verneint hat.

36

Art.956 OR (SR 220); Art.261 ff. ZPO (SR 271). Firmenrecht ist besondere Zurückhaltung geboten, wenn einem Unternehmen der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten werden soll, da das Unternehmen vorsorglich zur Umfirmierung gezwungen wird, was praktisch nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Ein vorsorgliches Verbot darf deshalb nur bei offensichtlichen, schweren Verletzungen ausgesprochen werden. Die Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Handelsgerichtspräsident, Dezember 2013

Aus den Erwägungen:

5./a

[...]

bb) Die Gesuchstellerin wurde Mitte der Neunzigerjahre unter ihrer Firma ins Handelsregister eingetragen. Nachdem die Gesuchsgegnerin erst im Jahre 2013 unter ihrer Firma im Handelsregister eingetragen wurde, handelt es sich bei der Gesuchstellerin um die ältere Firma. Sie hat daher einen Ausschliesslichkeitsanspruch auf den Gebrauch ihrer Firma nach Art. 956 Abs. 1 OR.

cc) Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich die Firma der Gesuchsgegnerin deutlich von der Firma der Gesuchstellerin unterscheidet. Der Firmenname der Gesuchstellerin enthält den Familiennamen des Firmengründers, eine Fantasiebezeichnung, eine Sachbezeichnung und den Hinweis auf die Rechtsform. Demgegenüber beinhaltet der Firmenname der Gesuchsgegnerin die genau gleiche Fantasiebezeichnung, den Hinweis auf die Rechtsform und seit der Umfirmierung den Zusatz «Söhne».

Prägender Bestandteil sowohl des Firmennamens der Gesuchstellerin als auch der Gesuchsgegnerin stellt die Fantasiebezeichnung dar. Dieser Fantasiebezeichnung kommt eine starke Kennzeichnungskraft zu. Weder die Sachbezeichnung noch der Hinweis auf die Rechtsform weisen demgegenüber eine massgebliche Kennzeichnungskraft auf. Die Kennzeichnungskraft des Familiennamens wird zudem insofern relativiert, als auch sämtliche Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin den gleichen Familiennamen wie der Firmengründer der Gesuchstellerin tragen. Es handelt sich somit auch bei der Gesuchsgegnerin um eine Aktiengesellschaft der gleichen Familie, weshalb im Publikum eine diesbezügliche Gedankenverbindung besteht, auch wenn der Familienname nicht in der Firma der Gesuchsgegnerin verwendet wird.

Gemäss Handelsregisterauszug bezwecken beide Gesellschaften den Handel und die Produktion von gleichartigen Waren. Zudem haben sie sowohl ihren Sitz als auch ihre Firmenadresse in der gleichen Gemeinde. An die Unterscheidbarkeit der Firmen sind daher besonders strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BSK-

Altenpohl, 4. Aufl., N11 zu Art. 951 OR; BGE 95 II 456, E. 2.; BGE 97 II 153, E. 2a/b.; BGE 131 III 572 E. 4.4., in: Pra 95 Nr. 67). Der Zusatz «Söhne», den die Gesuchsgegnerin seit der Umfirmierung in den Firmennamen aufgenommen hat, vermag keine deutliche Unterscheidung der beiden Firmen zu bewirken, handelt es sich doch dabei nur um einen Hinweis auf eine verwandtschaftliche Beziehung. Im Verhältnis zur Fantasiebezeichnung kommt dem Zusatz «Söhne» keine prägende Kennzeichnungskraft zu. [...] Zudem erscheint der Zusatz «Söhne» auch deshalb ungeeignet, eine deutliche Unterscheidung zwischen den beiden Firmen zu bewirken, weil mit dem Zusatz «Söhne» häufig auf eine Nachfolgeregelung hingewiesen wird. [...]

dd) Die Gesuchsgegnerin wendet ein, sie sei berechtigt, die Fantasiebezeichnung in ihrer Firma zu tragen, da sie Eigentümerin der gleich lautenden Marke sei [...].

Allein der Umstand, dass einer Gesellschaft das Recht an einer Marke zusteht, beinhaltet nicht ohne Weiteres, dass ihr auch das Recht zusteht, diese Marke als Bestandteil ihres Firmennamens zu benutzen. Besteht bereits eine ältere Firma, welche diese Marke als Bestandteil ihres Firmennamens führt, so hat die Trägerin der jüngeren Firma bei Verwendung dieser Marke als Firmenbestandteil dafür zu sorgen, dass sich ihre Firma deutlich von der älteren Firma unterscheidet, damit weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Firmen besteht. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Firma als Namen einer juristischen Person eine starke persönlichkeitsrechtliche Komponente hat. Zudem dient sie der Individualisierung einer Person, weshalb ihr Geltungsbereich im Gegensatz zur Marke nicht auf einzelne Warenklassen bzw. den Gesellschaftszweck beschränkt ist. Es kann somit offenbleiben, ob die Übertragung der Marke auf die Gesuchstellerin rechtmässig war [...].

ee) Die Gesuchstellerin hat somit glaubhaft dargelegt, dass sich die Firma der Gesuchsgegnerin nicht deutlich von der Firma der Gesuchstellerin unterscheidet, eine erhebliche Verwechslungsgefahr besteht und damit ihr Anspruch auf Schutz der Ausschliesslichkeit ihrer Firma durch die Gesuchsgegnerin verletzt wird.

[...]

c) Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen sind die Interessen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin gegeneinander abzuwägen. Die beantragte vorsorgliche Massnahme muss verhältnismässig und notwendig sein. Die vorsorglichen Massnahmen dürfen im Rahmen der Abwägung der Interessen der Gesuchstellerin und derjenigen der Gesuchsgegnerin nicht weitergehen, als es zum vorläufigen Schutz des durch die Gesuchstellerin glaubhaft gemachten Anspruches notwendig ist (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 23 zu Art. 261).

Im Firmenrecht ist besondere Zurückhaltung beim Erlass vorsorglicher Massnahmen geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben eine neue anzu-

nehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre. Ein vorsorgliches Verbot darf nur bei offensichtlichen, schweren Verletzungen ausgesprochen werden (BSK-Altenpohl, 4. Aufl., N14 zu Art. 956 OR; Massnahme-Entscheid des Zivilgerichts Basel Stadt vom 2. März 2005, E. 3a, in: sic! 11/2005, S. 816).

Bei beiden Gesellschaften handelt es sich um Aktiengesellschaften, welche ihre Firma frei wählen dürfen. Die Anforderungen an die deutliche Unterscheidbarkeit sind daher bereits erhöht. Da beide Firmen in ihrer prägenden Fantasiebezeichnung übereinstimmen und nur in den Bestandteilen mit schwacher Kennzeichnungskraft differieren, besteht bereits eine erhebliche Verwechslungsgefahr. Diese Verwechslungsgefahr wird jedoch durch den Umstand wesentlich erhöht, dass vorliegend beide Gesellschaften ihren Sitz in der gleichen Gemeinde haben, die Firmenadressen sich ebenfalls in dieser Gemeinde befinden, der gleiche Gesellschaftszweck verfolgt wird, die Personen, welche die Firmen führen, alle den gleichen Familiennamen tragen und sich die Kundenkreise zumindest teilweise überschneiden. In Anbetracht dieser Umstände liegt eine offensichtliche und schwere Verletzung des Anspruches auf Schutz der Ausschliesslichkeit der älteren Firma der Gesuchstellerin vor.

Da ein Unternehmen, um handlungsfähig zu bleiben, eine Firma braucht, kann ein Verwendungsverbot nicht per sofort ausgesprochen werden. Die Umfirmierung einer Gesellschaft erfordert diverse rechtliche und administrative Schritte. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist der Gesuchsgegnerin eine Frist bis Ende Februar 2014 einzuräumen, um ihre Firma anzupassen und die Fantasiebezeichnung zu entfernen. Eine solche Übergangsfrist erscheint auch verhältnismässig (vgl. BGer 4A_45/2012 vom 12. Juli 2012, E. 6), zumal im Falle einer Beschwerde ans Bundesgericht genügend Zeit verbliebe, um vor Fristablauf über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden, mit deren Erteilung sowohl das vorläufige Verbot wie auch die Strafandrohung ausgesetzt würden.

37

Art. 4 und Art. 53 ff. WKR (SR 0.221.211).¹ Stehen sich zwei Geldforderungen aus einem internationalen Kaufvertrag gegenüber, so sind die Voraussetzungen der Verrechenbarkeit durch vertragsautonome Auslegung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (WKR) zu bestimmen. Was die Verrechenbarkeit von unterschiedlichen Währungen anbelangt, so gebietet der Zweck des WKR, dass eine Verrechnung zwischen unterschiedlichen Währungen möglich sein muss, wenn ein Umrechnungskurs besteht.

Die Beklagte schuldete den Kaufpreis für eine internationale Warenlieferung und erklärte Verrechnung mit Schadenersatzansprüchen, weil ihr die Klägerin die zur Verarbeitung der Ware notwendigen Dokumente zu spät zustellte. Der Kaufpreis war in Euro zu entrichten. Der Schaden in Form von Lagerkosten fiel in Franken an und wurde auch in dieser Währung geltend gemacht.

Aus den Erwägungen:

III.

7. Die Beklagte erklärt Verrechnung mit behaupteten Schadenersatzforderungen aus der verspäteten Lieferung der Kontrollbescheinigungen betreffend Bio-Zertifizierung. Bei der vorliegenden Verrechnungsforderung handelt es sich um eine Schadenersatzforderung aus einem internationalen Vertragsverhältnis. Es gilt somit dasselbe wie bei der Hauptforderung: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.211.1; abgekürzt WKR) ist grundsätzlich auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien unmittelbar anwendbar, wenn sie ihre Niederlassung im Sinne von Art.10 lit.a WKR in verschiedenen Vertragsstaaten haben (Art.1 Abs.1 lit.a WKR).

a) Die Frage, ob die Verrechnung bzw. Aufrechnung von Forderungen aus dem Vertragsverhältnis im WKR geregelt wird, ist nicht ausschliesslich anhand des Gesetzestextes zu beantworten. Während unbestritten ist, dass das WKR die Verrechnung bzw. Aufrechnung nicht ausdrücklich vorsieht, ist sich die Mehrheit der Lehre einig, dass die Verrechnung insoweit dem WKR untersteht, als es um konventionsinterne Ansprüche geht (Brunner, Stämpfli Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, Bern 2004, N 52 zu Art. 4; Hornung/Fountoulakis, in: Schlechtriem/Schwenzer [Hrsg.], Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht CISG, 5. Aufl., München 2008, N 21 zu Art. 81; Siehr, in: Honsell [Hrsg.], Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin und Heidelberg 1997, N 20 zu Art. 4). Dies ergibt sich gestützt auf Art.7 Abs.2 WKR aus dem Synallagma der gegenseitigen Verpflichtungen bzw. dem Zug-um-Zug-Prinzip, das sowohl für die Lieferung als auch für eine Rückabwicklung vorgesehen ist. Die Verrechnung von konventionsinternen Ansprüchen muss bloss geltend gemacht werden und unterliegt sonst keinen besonderen Voraussetzungen (Brunner, a. a. O.; Hornung/Fountoulakis, a. a. O.). Die Aufrechnung konventionsinterner Ansprüche hat denn der Rechtsprechung bisher auch keine Schwierigkeiten bereitet (Kantonsgesicht Zug vom 14. Dezember 2009 [A2 2001 105]; Handelsgericht Aargau vom 5. Februar 2008 [HOR.2005.82], S. 23; Oberlandesgericht München vom 9. Juli 1997 [7 U 2070/97], Ziff. 4). Angesichts der vom WKR angestrebten Einheitlichkeit des Kaufrechts, kommt es somit für die Verrechnung von konventionsinternen Forderungen, das heisst von im Kaufvertrag begründeten Ansprüchen, nicht auf die Eigenheiten des jeweiligen nationalen Rechts an.

b) Es stellt sich allerdings die Anschlussfrage, wie die Ansprüche beschaffen sein müssen, damit sie verrechnet werden können. So sind etwa Retentions- oder

Informationsrechte einerseits und Geldforderungen andererseits wohl nicht verrechenbar, da es in der Natur der Sache liegt, dass nur gleichartige Forderungen verrechnet bzw. nach deutscher Terminologie aufgerechnet werden können. Im vorliegenden Fall sind die Forderungen insofern gleichartig, als es sich um Geldforderungen handelt. Die geschützte Kaufpreisforderung ist allerdings in Euro zu begleichen. Zum einen wurde diese Währung vereinbart, zum anderen handelt es sich auch um die Währung am Zahlungsort, hat die Verkäuferin doch Sitz in Deutschland und sind Geldschulden regelmässig Bringschulden. Die behauptete Schadenersatzforderung besteht in Schweizer Franken und wird auch so geltend gemacht. Es handelt sich im Wesentlichen um in Schweizer Franken abgerechnete Lagerkosten. Sowohl das schweizerische wie auch das deutsche Recht dürften die Verrechnung von Forderungen in verschiedenen Währungen im vorliegenden Fall nicht zulassen, da es am Erfordernis der Gleichartigkeit fehlt (zum deutschen Recht vgl. Schlüter, Münchener Kommentar, 5. Aufl., München 2007, N 32 zu § 387 BGB; zum schweizerischen Recht vgl. BSK-Peter, N10 zu Art. 120 OR). Auch aus Art. 84 OR könnte die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten, da der Kaufpreis zum einen in Euro vereinbart wurde (Art. 72 Abs. 1 OR) und zum anderen der Zahlungsort am Sitz der Beklagten in Deutschland liegt, wo Schulden in Euro zu begleichen sind (Art. 72 Abs. 2 OR). Auch das deutsche Recht kennt keine Regel, wonach eine Gläubigerin ihre auf Schweizer Franken lautende (Schadenersatz-) Forderung in Euro geltend machen darf, um so die Verrechenbarkeit mit einer Euroschuld herbeizuführen. Das Recht, anstelle der vereinbarten Währung in Landeswährung zu bezahlen, steht im Übrigen dem Schuldner zu (§ 244 BGB), berechtigt den Gläubiger hingegen nicht, Landeswährung zu fordern (zur Rechtslage in der Schweiz: BGE 134 III 154). Die Frage, ob eine Verrechnung nach nationalem Recht möglich wäre, kann aber letztendlich offen gelassen werden.

c) Wenn die Frage der Verrechenbarkeit von konventionsinternen Ansprüchen dem WKR untersteht, so ist es nämlich nur folgerichtig, dass die Voraussetzungen der Verrechenbarkeit nicht durch Rückgriff auf das nationale Recht, sondern durch vertragsautonome Auslegung des WKR bestimmt werden. Dies gilt umso mehr, als die Währungsfrage im internationalen Geschäftsverkehr äusserst wichtig ist und es dem Konventionsziel nach einer einheitlichen Regelung widersprechen würde, wenn an die Voraussetzungen der Verrechenbarkeit von verschiedenen Währungen unterschiedliche Anforderungen gestellt würden (Hornung/Fountoulakis, a. a. O.). Vor dem Hintergrund des Zwecks des WKR muss es für die Verrechenbarkeit in Bezug auf die Gleichartigkeit von Forderungen genügen, dass es sich um Geldforderungen handelt und ein Umrechnungskurs besteht, der die Umrechnung überhaupt ermöglicht. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall offensichtlich erfüllt. Dabei gilt es zu beachten, dass für den Umrechnungskurs auf den Zeitpunkt des Zugangs der Verrechnungserklärung abzustellen ist (vgl. Bucher, OR Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 439). Vorliegend ist aufgrund des Schreibens der Klägerin vom 18. März 2011 erstellt, dass sie spätestens an

diesem Tag die Klageantwort mit der Verrechnungserklärung erhalten hat. Somit ist auf diesen Tageskurs abzustellen (EUR/CHF vom 18. März 2009: 1.26).

4. Geistiges Eigentum

38

Art. 72 MSchG (SR 232.11) Der für die Beurteilung des zivilrechtlichen Gesuchs um vorläufige Beschlagnahmung der Ware zuständige Zivilrichter ist nicht befugt, die von den Zollbehörden verfügte Zurückbehaltung aufzuheben, da es sich bei der von den Zollbehörden verfügten, auf maximal 20 Werktagen befristeten Zurückbehaltung um eine zoll- bzw. verwaltungsrechtliche Massnahme handelt.

Handelsgerichtspräsident, 12. Oktober 2013

Aus den Erwägungen:

I.

1. Am 4. Juni 2013 stellte die Gesuchstellerin bei der Eidgenössischen Zollverwaltung Antrag auf Hilfeleistung im Sinne von Art. 71 des BG über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (SR 232.11; abgekürzt MSchG). Mit Schreiben vom 11. Juli 2013 teilte die Eidgenössische Zollverwaltung der Gesuchstellerin mit, eine Sendung der Gesuchsgegnerin an deren Zweigniederlassung in X im Umfang von fünf Paletten mit einem Gesamtgewicht von 1660 kg sei zurückbehalten worden. Die Gesuchstellerin wurde davon in Kenntnis gesetzt, dass die Ware zur Erwirkung vorsorglicher Massnahmen während höchstens zehn Werktagen und in begründeten Fällen während weiteren zehn Werktagen zurückbehalten werde.

[...]

3. [...] Mit Entscheid vom 31. Juli 2013 wies der Handelsgerichtspräsident den Antrag [der Gesuchstellerin] auf Verfügung einer superprovisorischen Massnahme [Rückbehaltung der Ware] ab. Gleichzeitig wurde die Gesuchsgegnerin aufgefordert, zum Gesuch Stellung zu nehmen. [...]

4. Am 5. August 2013 verfügte das Zollinspektorat Rheintal die Zurückbehaltung der Ware um weitere zehn Werktagen (Art. 72 Abs. 3 MSchG).

a) Am 8. August 2013 reichte [die Gesuchsgegnerin] ihrerseits beim Handelsgericht St. Gallen ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ein und ver-

langte, die eidgenössische Zollverwaltung sei superprovisorisch anzuweisen, die zurückbehaltene Lieferung umgehend freizugeben.

aa) Mit Entscheidung vom 14. August 2013 wies der Handelsgerichtspräsident das Gesuch um superprovisorische Freigabe der Ware ab. Dies unter anderem mit der Begründung, eine summarische Prüfung der Rechtslage ergebe, dass der Zivilrichter die Zollverwaltung nicht anweisen könne, die Ware freizugeben. [...]

bb) Der Zivilrichter kann zwar gestützt auf Art. 72 Abs. 2 MSchG selbstständig die Rückbehaltung als vorsorgliche Massnahme anordnen, womit diese zivilrechtliche Massnahme die von Gesetzes wegen auf maximal 20 Werkstage zeitlich beschränkte zollrechtliche Zurückbehaltung (Art. 72 Abs. 2 und 3 MSchG) überdauert bzw. faktisch ersetzt. Weist der Zivilrichter hingegen das zivilrechtliche Massnahmegesuch (superprovisorisch) ab, so ändert dies nichts daran, dass er nicht über die von den Zollbehörden verfügte Zurückbehaltung entscheiden bzw. die zollrechtliche Frist nicht verkürzen kann, da es sich dabei um eine verwaltungsrechtliche Massnahme handelt. Es liegt somit in der alleinigen Kompetenz der Zollbehörden, ob sie dem Gesuchsteller die maximale Frist von 20 Werktagen zur Verfügung stellen wollen, um eine für ihn positive zivilrechtliche Verfügung zu erwirken. Ob gegen die von den Zollbehörden verfügte Zurückbehaltung (Art. 72 Abs. 2 MSchG) bzw. deren Verlängerung (Art. 72 Abs. 3 MSchG) allenfalls ein verwaltungsrechtlicher Rechtsbehelf gegeben wäre, woran namentlich im Falle von rasch verderblichen Waren offensichtlich ein grosses Interesse besteht, kann offengelassen werden. Zum einen wäre der Zivilrichter für diesen Entscheid nicht zuständig, zum anderen handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um rasch verderbliche Ware.

b) Mit Eingabe vom 29. August 2013 wurde dem Gericht von der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass die von der Eidgenössischen Zollverwaltung zurückbehaltene Sendung mit Ablauf der zollrechtlichen Zurückbehaltungsfrist freigegeben worden sei.

III. Strafrecht (einschliesslich Opferhilfe)

39

Art. 19 StGB (SR 311). Die Frage, ob sich die Parkinson-Erkrankung der beschuldigten Person bzw. die damit verbundene Medikamenteneinnahme auf ihre Schuldfähigkeit in Bezug auf die ihr vorgeworfenen Sexualdelikte (Vergewaltigung, sexuelle Nötigung) ausgewirkt hat, ist von einem Sachverständigen zu beantworten. Einschränkung der Schuldfähigkeit im konkreten Fall verneint.

Kantonsgericht, Strafkammer, Jänner 2013

→ Bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_501/2013 vom 11. Februar 2014)

Aus den Erwägungen:

IV./2. a) Der Verteidiger rügte im Berufungsverfahren, dass weder von der Staatsanwaltschaft noch von der Vorinstanz je geprüft worden sei, welche Auswirkungen die (schwere) Parkinson-Erkrankung des X. bzw. die damit verbundene Medikamenteneinnahme («Medikamentencocktail») auf dessen Schuldfähigkeit zu den Tatzeiten gehabt habe. Es sei unverständlich, dass kein entsprechendes Gutachten eingeholt worden sei. Daher beantragte er die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens zur Schuldfähigkeit des X.

b) aa) Besteht ernsthafter Anlass, an der Schuldfähigkeit des Täters zu zweifeln, so ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Gericht eine Begutachtung durch einen Sachverständigen an (Art. 20 StGB). Dabei ist die Anordnung eines Gutachtens nicht nur dann verlangt, wenn das Gericht tatsächlich berechnete Zweifel an der Schuldfähigkeit hat, sondern auch dann, wenn es solche nach den Umständen des Falls haben müsste; entscheidend ist die objektive Sachlage (BSK Strafrecht I-Bömer, Art. 20 N 9 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 116 IV 273 E. 4a).

bb) Vorliegend steht fest, dass X. schwer an Parkinson erkrankt ist und in diesem Zusammenhang mit verschiedenen Medikamenten versorgt wird. Zudem weisen Gerichtsentscheide in Deutschland darauf hin, dass eine Parkinson-Erkrankung bei den davon Betroffenen unter Umständen zu einer verminderten Steuerungsbzw. Schuldfähigkeit führen kann (vgl. dazu den Aufsatz «Sexuelle Delinquenz und Morbus Parkinson» in der deutschen Zeitschrift «Der Nervenarzt» 4/2003, S. 370 ff.). Daher wurde vom Berufungsgericht ein forensisches-psychiatrisches Gutachten über X. eingeholt, das sich insbesondere zu dessen Schuldfähigkeit und zum Medikamenteneinfluss äussern sollte. Das Gutachten von Dr. med. A. ging am 29. November 2012 beim Gericht ein.

c) aa) Zur Frage der Schuldfähigkeit hält der Gutachter fest, dass im Zeitpunkt des Begehens der X. zur Last gelegten Delikte möglicherweise eine Anpassungs-

störung im Sinne der derzeitigen psychiatrischen Klassifikationssysteme (ICD-10) vorlag. Dabei handle es sich jedoch um eine Störung leichteren Grades, welche die Kriterien einer schweren psychischen Beeinträchtigung im Sinne des Strafgesetzes nicht erfülle. Sie sei nicht von forensischer Relevanz, insbesondere habe sie keine Auswirkung auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Das Vorliegen einer (ebenfalls erörterten) depressiven Störung sei im Vergleich zur Anpassungsstörung aufgrund der fehlenden Anzahl sowie des fehlenden Schweregrades der hierfür erforderlichen Symptome wesentlich unwahrscheinlicher. Selbst wenn diese Störung, was unwahrscheinlich sei, im Zeitpunkt der inkriminierten Straftaten vorgelegen hätte, hätte sie ebenfalls keine Minderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit zur Folge gehabt, da die hierfür erforderlichen psychischen Symptome, insbesondere z. B. eine wahnhafte Realitätsverkennung, nicht vorhanden gewesen seien. Zusammenfassend habe X. im Zeitraum der inkriminierten Straftaten nicht unter einer psychischen Störung gelitten, die zu einer Minderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit hätte führen können. Betreffend den Medikamenteneinfluss wurde im Gutachten ausgeführt, dass die Einnahme von Medikamenten zur Behandlung einer Parkinson-Erkrankung nicht automatisch zu einer Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit führe. Im Regelfall hätten diese Medikamente keinen Einfluss auf voluntative kognitive Fähigkeiten wie diejenige zur Kontrolle von auftretenden Impulsen, diejenige zur Konzentration, diejenige zur Planung und Organisation sowie diejenige des schlussfolgernden Denkens und der Willensfreiheit zur Entscheidung für oder gegen eine Handlung. Allerdings könne es in selteneren Fällen bei den von X. eingenommenen Medikamenten durchaus zu erheblichen Nebenwirkungen, auch solchen psychischer Art, kommen. Bei X. sei so eine gut dokumentierte Spielabhängigkeit aufgetreten, welche insbesondere durch eine entsprechende Umstellung der Medikation bereits vor Beginn des straftatrelevanten Zeitraums weitgehend minimiert habe werden können. Hingegen sei es zu keinem Zeitpunkt zu einer sogenannten Hypersexualität gekommen, welche ebenfalls eine beschriebene mögliche Nebenwirkung der zu Diskussion stehenden Medikamente sei. Ein Auftreten der Zeichen einer Hypersexualität wäre eine Voraussetzung für die Annahme, dass die Medikation sich auf die Steuerungsfähigkeit in sexueller Hinsicht ausgewirkt haben könnte. Da vorliegend eine solche Hypersexualität jedoch nie dokumentiert, sondern stets verneint worden sei und im Gegenteil die Häufigkeit sexueller Aktivitäten über die Jahre allmählich abgenommen habe, fehle das entscheidende Kriterium für die Annahme des Vorliegens einer dranghaften und nicht kontrollierbaren Steigerung libidinöser Impulse. Da eine solche hypersexuelle Störung bei X. auch im deliktbezogenen Zeitraum nicht vorgelegen habe, seien die von ihm in diesem Zeitraum begangenen sexuellen Aktivitäten als Ausdruck normaler sexueller Motivation zu sehen, die er mit oder gegen den Willen seiner Sexualpartnerin um- bzw. durchgesetzt habe. Eine Minderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit sei hiermit nicht verbunden gewesen, ebenso wenig im Zusammenhang mit den zur Last gelegten Drohungen. Eine Verminderung der Ein-

sichts- oder Steuerungsfähigkeit verneinte der Gutachter auch bei Einnahme des Potenzmittels Viagra, auch in Kombination mit den täglich einzunehmenden Medikamenten gegen die Parkinson-Erkrankung und gegen die psychischen Nebenfolgen sowie mit den ebenfalls einzunehmenden Schlaftabletten. Beruhigungsmittel, wie Schlaftabletten, Medikamente gegen die Parkinson-Erkrankung oder potenzfördernde Mittel würden nicht die Fähigkeit an sich, sich für oder gegen die Durchführung von Drohungen zu entscheiden, vermindern. Bezüglich der sexuellen Handlungen wird weiter ausgeführt, dass, selbst wenn X. zu diesem Zeitpunkt potenzfördernde Mittel wie Viagra eingenommen und unter ihrem Einfluss gestanden hätte, hätten diese nicht zu einer Minderung der Kontrollfähigkeit sexueller Impulse geführt. Voraussetzung für das Eintreten der Wirkung von Viagra im Sinne einer verbesserten Erektion sei, dass bereits vor seiner Einnahme sexuelle Lust bestehe. Viagra selbst habe jedoch keinen Einfluss auf die Libido und könne somit auch nicht zu einer Hypersexualität führen, die bei X. ohnehin zu keinem Zeitpunkt vorgelegen habe. Zusammenfassend schloss der Sachverständige, es hätten sich in der gutachterlichen Untersuchung keine Hinweise dafür gefunden, dass die eingenommenen Medikamente alleine oder in Kombination einen Einfluss auf die Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit des X. gehabt hätten.

bb) Vorab ist festzuhalten, dass von einem rechtsgenügenden Gutachten auszugehen ist. Es berücksichtigt die Vorgeschichte des X. wie auch diejenige der Partnerschaft mit seiner Ehefrau, sein bisheriges Verhalten, verarbeitet Fremddangaben, insbesondere vorliegende Arztberichte, und eigene Untersuchungsbefunde. In seinen Schlussfolgerungen ist es klar, inhaltlich nachvollziehbar und überzeugend. Auf das Gutachten ist abzustellen.

cc) Dem Antrag der Verteidigung, Dr. med. A. auch noch an einer mündlichen Verhandlung einzuvernehmen, war aufgrund des schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachtens nicht stattzugeben. Dies umso weniger, als dem ebenfalls gestellten Beweisantrag nachgekommen wurde, den Neurologen des X., Dr. med. B., auf die weitere Verhandlung vom 17. Januar 2013 vorzuladen und zu den vom Verteidiger hauptsächlich geltend gemachten Verhaltens-/Impulskontrollstörungen bzw. zur diesbezüglichen Kritik am Gutachten sowie zur Sifroleinnahme zu befragen.

(...)

dd) aaa) (...)

bbb) Unbegründet ist weiter die Rüge des Verteidigers, dass entgegen der Annahme des Gutachters von einer verminderten Schuldfähigkeit auszugehen sei, weil laut dem Gutachter die von X. ausgestossenen SMS-Drohungen von einem entsprechenden Affekt (infolge Kränkungen etc.) begleitet worden seien. Der Gutachter hat zu Recht festgestellt, dass das Vorliegen eines Affekts für sich allein in aller Regel keine Verminderung der Steuerungsfähigkeit zu begründen vermag (vgl. auch SJZ 62 [1966] Nr. 84). Ausserdem ging es in diesem Zusammenhang letztlich um die Frage, ob ein unkontrollierbares (hypersexuelles) Verhalten des X. hinsichtlich der Sexualdelikte als Folge seiner Medikamenteneinnahme vorlag.

ccc) Der Verteidiger bringt zum Gutachten von Dr. med. A im Wesentlichen sodann vor, der Sachverständige sei zu Unrecht zum Schluss gekommen, dass eine Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit bei X. nicht vorhanden gewesen sei, weil keine Hypersexualität vorgelegen habe. Der Gutachter lasse ausser Acht, dass die Einnahme von mindestens vier Milligramm Sifrol mit einem Unterbruch von drei Wochen, in denen nur drei Milligramm eingenommen worden seien, zu Verhaltensstörungen sowie zu Impulskontrollstörungen führen könne, die ihrerseits ein nicht gewolltes Verhalten auslösen könnten, wie zum Beispiel bezüglich der Art und Weise der Ausübung des Sexualaktes bzw. des Aussprechens von Mitteilungen jeglicher Art.

Der Sachverständige Dr. med. A. verneinte die Einschränkung der Steuerungsfähigkeit bei X., weil er davon ausging, dass bei diesem aufgrund der Medikation keine Hypersexualität vorgelegen habe bzw. sich dieser gegenüber seinem behandelnden Neurologen/Urologen Dr. med. B. nie dahingehend geäussert habe.

Dr. med. B. gab an der Verhandlung vom 17. Januar 2013 an, dass X. seit September 2008 sein Patient sei. In Bezug auf medikamentös bedingte Impulskontrollstörungen führte er aus, dass X. wegen der Spielsucht zu ihm gekommen sei. Von Hypersexualität sei nie die Rede gewesen. Er habe X. zwar darauf angesprochen; dies habe er jedoch nie angegeben. Es sei (nur) um die Spielsucht gegangen, auch um eine Gewichtszunahme. Hypersexualität sei thematisiert, aber nicht bejaht worden. Die Ehefrau von X. habe sicher nichts dazu gesagt. Weiter bejahte der Neurologe die Frage des Verteidigers, ob unter anderem das Medikament Sifrol zu den Dopaminagonisten gehöre. Die Einnahme von Letzteren könne zumindest zu Impulskontrollstörungen führen. Der Zeuge bestätigte, dass X. Sifrol eingenommen habe, zunächst, d. h. im September 2008, drei Milligramm pro Tag. Anlässlich der Behandlung vom August 2009 habe er festgestellt, dass X. das Sifrol auf vier Milligramm und auch das Madopar erhöht habe. Nach einer Umstellung auf Neupro und Halbierung der Dosis habe der Patient an der Besprechung vom 3. Dezember 2009 gesagt, dass er sozusagen keine Impulsstörungen mehr habe. Der Spieltrieb sei weg gewesen; Hypersexualität sei nicht vorhanden gewesen. Insgesamt verneinte der Neurologe im Zusammenhang mit dem Medikamentenbezug des X. explizit eine Impulskontrollstörung. Nicht zu 100 Prozent unmöglich sei, dass ein Parkinson-Patient die Impulsstörungen schönrede. Seines Wissens fördere jedoch Stress, wie z. B. Trennungsstress, bei Einnahme von Sifrol eine Impulskontrollstörung nicht. Abschliessend wurde Dr. med. B. vom Gericht gefragt, wie er die Schlussfolgerung von Dr. med. A., wonach bei X. keine dranghafte und nicht kontrollierbare Steigerung libidinöser Impulse vorliegen habe, beurteile. Der Zeuge antwortete, dass er diese Schlussfolgerung unterstützen könne. Er habe auch nie einen Hinweis gehabt, dass eine solche Impulsstörung vorgelegen habe.

Aus diesen Angaben von Dr. med. B. folgt – in Übereinstimmung mit den gutachterlichen Erkenntnissen von Dr. med. A. – der Schluss, dass die Medikamentenein-

nahme des X. im Zusammenhang mit seiner Parkinson-Erkrankung zu keiner Hypersexualität führte und somit auch keine Einschränkung der Steuerungsfähigkeit vorlag. Daran vermögen die generellen Bestreitungen des Verteidigers nichts zu ändern, zumal Dr. med. B. als Neurologe und Fachperson auf Impulskontrollstörungen sehr sensibilisiert ist und überdies für den konkreten Fall in Bezug auf die zentrale Frage nach der Hypersexualität klare und überzeugende Feststellungen machen konnte. Eine Blutuntersuchung war deshalb entgegen der Ansicht des Verteidigers nicht erforderlich. Auch hat Dr. med. B. genügend Behandlungen mit X. – in der Regel drei pro Jahr – durchgeführt. Die eindeutigen Befunde des Neurologen werden – anders als es die Verteidigung vorträgt – auch nicht durch den Umstand infrage gestellt, dass die wissenschaftliche Forschung noch keineswegs beendet ist. Weiter trägt der Verteidiger vor, dass bei Einnahme des Medikaments Sifrol Impulskontrollstörungen in der Partnerschaft bzw. in der Sexualität nicht ausgeschlossen seien. Dies hat Dr. med. B. unter dem Aspekt der Hypersexualität für den konkreten Fall jedoch gerade ausdrücklich verneint. Dasselbe gilt für die wiederholte Behauptung des Verteidigers, dass (Partnerschafts-)Stress erst die negativen Symptome erzeugt bzw. verstärkt habe. Auch dies hat der Zeuge als Fachperson verneint.

d) Im Ergebnis ist aufgrund des schlüssigen Gutachtens von Dr. med. A. und der klaren Befunde des den X. behandelnden Neurologen Dr. med. B. rechtsgenügend der Beweis erbracht, dass bei X. im Zeitpunkt der vorliegend zu beurteilenden Straftaten keine Einschränkung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit und damit der Schuldfähigkeit vorlag. Daher besteht im Folgenden kein Anlass für eine Straf-milderung unter diesem Titel.

40

Art.42 Abs.1 StGB (SR 311.0) Eine Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten, welche eine Zusatzstrafe darstellt, kann bei gegebenen Umständen bedingt aufgeschoben werden (E. IV./3a/bb).

Kantonsgericht, Strafkammer, November 2013

Aus den Erwägungen:

IV.

3. a) aa) Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB).

bb) Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB können Freiheitsstrafen von mindestens sechs Monaten bedingt aufgeschoben werden. Für eine Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten, welche – wie vorliegend – eine Zusatzstrafe darstellt, muss jedoch bei gegebenen Umständen auch ein bedingter Vollzug angeordnet werden können. Vorliegend ist von der Überlegung auszugehen, dass beim Verschulden des X. und seinen Vorstrafen keine Geld-, sondern nur eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden konnte. Für die Frage des bedingten Strafvollzugs bzw. die Beachtung der gesetzlich gesetzten Grenzen (Art. 41, 42 StGB) kann es nicht auf die Zusatzstrafe, sondern nur auf die (hypothetische) Gesamtstrafe ankommen. Diese liegt im konkreten Fall bei etwas über elf Monaten, was einen bedingten Aufschub der Strafe ermöglicht. Hinzu kommt, dass für die Frage des bedingten Strafvollzugs die aktuellen Verhältnisse, d. h. diejenigen im Urteilszeitpunkt, entscheidend sind (vgl. dazu auch BSK StGB-Schneider/Garré, Art. 42 N 44 mit Hinweisen, und Hug, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl., Ausgabe 2006, S. 95 oben mit Hinweisen). Auch dies kann dazu führen, dass eine Zusatzstrafe von weniger als sechs Monaten bedingt aufzuschieben ist. Schliesslich ist der Fall denkbar, dass bei einer Zusatzstrafenbildung von zwei zur Diskussion stehenden bedingten Freiheitsstrafen auszugehen ist und dabei eine Zusatzstrafe von weniger als sechs Monaten resultiert. Dann aber kann eine solche Freiheitsstrafe nicht plötzlich unbedingt ausgesprochen werden, nur weil die Grenze von sechs Monaten andernfalls nicht erreicht ist. Bei der Zusatzstrafenbildung sind eben systembedingt Kompromisse und Ungereimtheiten unvermeidlich, wenn der Täter weder benachteiligt noch bessergestellt werden soll (Hug, a. a. O., S. 107; vgl. auch Stratenwerth, Gesamtstrafenbildung nach neuem Recht, in: *forum poenale* 6/2008, S. 356 ff., 359). Damit ergibt sich, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe von 20 Tagen grundsätzlich aufgeschoben werden kann.

41

Art. 42 Abs. 4 StGB (SR 311.0); Art. 26 Abs. 2 AnwG (sGS 963.70) Die Verbindungsbusse dient primär dazu, die Schnittstellenproblematik zwischen der unbedingten Busse (für Übertretungen) und der bedingten Geldstrafe (für Vergehen) zu entschärfen. Zudem kommt sie in Betracht, wenn das Gericht dem Täter den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe gewähren, ihm aber dennoch mit der Auferlegung einer zu bezahlenden Geldstrafe oder Busse einen spürbaren Denkkzettel verabreichen möchte (E. III.1). Die verfahrensleitende Behörde kann von einem Rechtsvertreter eine schriftliche Vertretungsvollmacht einverlangen. Bevor der Partei nicht Gelegenheit zur Einreichung einer Vollmacht gegeben wird, ist es nicht zulässig, mangels Bevollmächtigung auf eine Zivilklage nicht einzutreten (E. III.2).

Kantonsgericht, Strafkammer, Dezember 2012

Aus den Erwägungen:

III.

1. a) Die Verteidigerin wendet sich in ihrer Berufung gegen die von der Vorinstanz ausgesprochene Busse von Fr. 2500.–. Sie trägt zur Begründung zusammengefasst vor, eine Busse in der Höhe von Fr. 500.– sei völlig adäquat und entspreche ebenfalls dem Verschulden der Verurteilten. Ein höherer Bussenbetrag wäre eine Umgehung der bedingten Freiheitsstrafe, da die Beschuldigte die Busse nicht in absehbarer Frist bezahlen könnte und somit die Ersatzfreiheitsstrafe vollzogen werden würde. Gemäss Lehre und Rechtsprechung solle die Verbindungsstrafe einen Denkkzettel bewirken und nicht zu einer Straferhöhung führen.

b) Gestützt auf Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Art. 106 StGB verbunden werden. Das Bundesgericht hat sich in zwei Grundsatzentscheiden zu den Verbindungsstrafen nach Art. 42 Abs. 4 StGB geäußert (BGE 134 IV 1 und 60; vgl. auch BGE 135 IV 188 E. 3.3). Es verweist darauf, dass mit dieser nachträglichen Gesetzanpassung im Bereich der Massendelinquenz die Möglichkeit geschaffen werden sollte, eine spürbare Sanktion zu verhängen. Die Bestimmung dient gemäss Bundesgericht «in erster Linie» dazu, die Schnittstellenproblematik zwischen der unbedingten Busse (für Übertretungen) und der bedingten Geldstrafe (für Vergehen) zu entschärfen (BGE 134 IV 60 E. 7.3.1, mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 vom 29. Juni 2005 [BBl 2005 4689, 4695, 4699 ff.]; vgl. auch BGE 134 IV 1 E. 4.5.1). Auf Massendelikte, die im untersten Bereich bloss mit Bussen geahndet werden, soll – auch – mit einer unbedingten Sanktion reagiert werden können, wenn sie die Schwelle zum Vergehen überschreiten. Insoweit, also im Bereich der leichteren Kriminalität,

verhilft Art. 42 Abs. 4 StGB zu einer rechtsgleichen Sanktionierung und übernimmt auch Aufgaben der Generalprävention (BGE 134 IV 60 E. 7.3.1, mit Hinweis auf BGE 134 IV 1 E. 4.5.1 und 134 IV 82 E. 8).

Darüber hinaus erhöht die Strafenkombination gemäss Bundesgericht ganz allgemein die Flexibilität des Gerichts bei der Auswahl der Strafart. Sie kommt in Betracht, wenn man dem Täter den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe gewähren möchte, ihm aber dennoch in gewissen Fällen mit der Auferlegung einer zu bezahlenden Geldstrafe oder Busse einen spürbaren Denkkzettel verabreichen möchte. Die Strafenkombination dient hier spezialpräventiven Zwecken. Das Hauptgewicht liegt auf der bedingten Freiheitsstrafe, während der unbedingten Verbindungsgeldstrafe bzw. Busse nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Diese soll nicht etwa zu einer Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermöglichen. Sie erlaubt lediglich innerhalb der schuldangemessenen Strafe eine täter- und tatangemessene Sanktion, wobei die an sich verwirkte Freiheitsstrafe und die damit verbundene Geldstrafe bzw. Busse in ihrer Summe schuldangemessen sein müssen (BGE 134 IV 1 E. 4.5.2; 135 IV 188 E. 3.3).

c) Vorliegend wurde die Beschuldigte von der Vorinstanz zu einer bedingt aufgeschobenen Freiheitsstrafe von 18 Monaten und zu einer Busse von Fr. 2500.– verurteilt. Ein Fall von Schnittstellenproblematik im beschriebenen Sinn liegt nicht vor. Als Grund für eine Verbindung der bedingten Freiheitsstrafe mit einer zu bezahlenden Busse fällt somit einzig in Betracht, dass man der Beschuldigten aus spezialpräventiven Überlegungen einen spürbaren Denkkzettel im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verabreichen möchte. Die Vorinstanz führt diesbezüglich zur Begründung einzig aus, es rechtfertige sich vorliegend die zusätzliche Auferlegung einer Busse, «um der Beschuldigten die Ernsthaftigkeit der Sanktion verstärkt aufzuzeigen». Inwieweit der Beschuldigten die Ernsthaftigkeit der Primärstrafe in Form der bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten nicht bewusst ist und deshalb die Verhängung einer zusätzlichen Busse notwendig wäre, begründet die Vorinstanz nicht. Auch die Staatsanwaltschaft begründet weder in der Anklageschrift noch in ihren Ausführungen vor Kreisgericht und vor Kantonsgericht, weshalb es nebst der von ihr beantragten bedingten Freiheitsstrafe von 15 (!) Monaten einer zusätzlichen Busse bedarf. Mangels konkreter, gegenteiliger Anhaltspunkte ist zugunsten der Beschuldigten davon auszugehen, dass ihr die Ernsthaftigkeit der bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe bewusst ist, zumal das Strafverfahren für sie auch erhebliche Kostenfolgen von über Fr. 10 000.– zeitigt (vgl. zum Ganzen auch die Entscheide der Strafkammer des Kantonsgerichts St.Gallen ST.2011.14-SK3 vom 23. Februar 2012 E. IV.2.d und ST.2011.55-SK3 vom 6. Dezember 2011 E. IV.3.d, mit zusätzlichem Hinweis auf die nicht unerheblichen Kostenfolgen für den Beschuldigten). Ziff. 3 des vorinstanzlichen Entscheids ist in diesem Sinne aufzuheben.

Dass die Verteidigerin selbst eine Busse von Fr. 500.– beantragt, steht dem vorstehenden Ergebnis nicht entgegen. Gemäss Art. 391 Abs. 1 lit. b StPO ist das Be-

rufungsgericht bei seinem Entscheid ausser bei der Beurteilung von Zivilklagen nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Dadurch soll der Rechtsmittelinstanz ermöglicht werden, einen sachlich und rechtlich möglichst richtigen Entscheid zu treffen (BSK StPO-Ziegler, Art. 391 N1; Schmid, Praxiskommentar, Art. 391 N1). Im Übrigen könnte das Berufungsgericht zugunsten der Beschuldigten selbst nicht angefochtene Punkte überprüfen, um gesetzwidrige oder unbillige Entscheidungen zu verhindern (Art. 404 Abs. 2 StPO).

[...]

2. a) Die Privatklägerin wendet sich mit ihrer Berufung gegen das Nichteintreten auf ihre Zivilklage und verlangt deren Gutheissung. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, die Rechte des verstorbenen Privatklägers seien auf die Erbengemeinschaft übergegangen, da dieser zu Lebzeiten nicht auf seine Verfahrensrechte verzichtet und die Teilung der Erbschaft noch nicht stattgefunden habe. Mit Schreiben vom 4. März 2011 habe der Vertreter der Privatklägerschaft erklärt, dass es sich bei der Privatklägerschaft um die Erbengemeinschaft handelt. Auch vor Gericht sei der Rechtsvertreter ausdrücklich im Namen der Erbengemeinschaft aufgetreten. In den Akten fänden sich allerdings keine Vollmachten, obwohl solche nach Art. 68 Abs. 3 ZPO erforderlich wären. Damit mangle es der Privatklägerschaft vorliegend an der Parteifähigkeit. In Anwendung von Art. 122 StPO i. V. m. Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO werde deshalb auf die Zivilforderung nicht eingetreten.

b) Der Adhäsionsprozess ist kein selbstständiger Zivilprozess, welcher dem Strafverfahren nur angehängt ist. Seiner Natur nach ist der Adhäsionsprozess ein in den Strafprozess integrierter Zivilprozess, für den aufgrund dieser Besonderheit in mancherlei Hinsicht besondere Regeln gelten. Der Adhäsionsprozess folgt zwar nach herrschender Lehre grundsätzlich zivilprozessualen Regeln. Doch bewirkt die Verbindung mit dem Strafverfahren, dass sich der Adhäsionsprozess primär nach den entsprechenden Bestimmungen der Strafprozessordnung richtet. Nur soweit Letztere keine Bestimmungen – auch nicht durch Auslegung – bereit hält, kommen zivilprozessrechtliche Regeln zur Anwendung. Dabei ist jedoch der Besonderheit der Einbettung des Adhäsionsprozesses ins Strafverfahren Rechnung zu tragen (vgl. zum Ganzen BSK StPO-Dolge, Art. 122 N 9 und 12, m. w. H.).

c) Vorliegend ist unbestritten, dass der Verstorbene nicht auf seine Verfahrensrechte als Privatkläger verzichtet hat. Entsprechend gingen seine Rechte auf die Angehörigen im Sinne von Art. 110 Abs. 1 StGB in der Reihenfolge der Erbberechtigung über (Art. 121 Abs. 1 StPO). Sind wie hier mehrere Erben vorhanden, so besteht unter ihnen bis zur Teilung eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft (Art. 602 Abs. 1 ZGB). Da den Erben die vererbten Ansprüche gemäss dem Gesamthandprinzip gemeinsam zustehen und sie bei deren prozessualen Geltendmachung eine notwendige Streitgenossenschaft bilden, kann ein einzelner Erbe nicht alleine als Kläger für die Erbengemeinschaft auftreten (BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 121 N 8). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, erklärte der Rechtsvertreter der Erbengemeinschaft mit Schreiben vom 4. März 2011, dass es

sich bei der Privatklägerschaft um eine Erbengemeinschaft handelt. Wörtlich führte er aus, «dass die Privatklägerschaft (Erbengemeinschaft A. B.) mit Ausnahme des Sohnes, Herr R. B., auf eine Teilnahme an der Hauptverhandlung verzichtet». Ebenso trat der Rechtsvertreter, wie die Vorinstanz erwägt, auch vor Gericht ausdrücklich im Namen der «Erbengemeinschaft» auf. Damit aber trat gerade nicht ein einzelner Erbe als Kläger auf, sondern die Erbengemeinschaft als Ganzes.

Fraglich kann nach dem Gesagten einzig sein, ob der Vertreter der Erbengemeinschaft von dieser bevollmächtigt war. Diesbezüglich ist zunächst daran zu erinnern, dass gemäss Art. 26 Abs. 1 des Anwaltsgesetzes des Kantons St. Gallen vom 11. November 1993 (AnwG; sGS 963.70) der Rechtsanwalt als Inhaber einer Vertretungsvollmacht dessen gilt, für den er handelt. Auch die Strafprozessordnung sieht die Einreichung einer schriftlichen Vollmacht nicht allgemein vor, sondern erwähnt Letztere allein im Zusammenhang mit der in Art. 129 Abs. 2 StPO geregelten Wahlverteidigung (vgl. dazu Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 409). Hätte die Vorinstanz die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht für nötig befunden, wäre es ihr freigestanden, diese gestützt auf Art. 26 Abs. 2 AnwG (vgl. überdies BGE 94 I 523 sowie Guidon, a. a. O., N 409) vom Vertreter der Privatklägerin zu verlangen. Jedenfalls geht es nicht an, dem Vertreter, der ausdrücklich für die Erbengemeinschaft handelt, keine Gelegenheit zur Einreichung einer entsprechenden Vollmacht einzuräumen und auf die Zivilklage in der Folge kurzerhand nicht einzutreten. Das ergibt sich letztlich auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Verbot des überspitzten Formalismus, welche im Anwendungsbereich der Strafprozessordnung ebenfalls Gültigkeit beansprucht und das Fehlen einer Vollmacht in konstanter Praxis als unwesentlichen und behebbaren Mangel qualifiziert (dazu im Einzelnen Guidon, a. a. O., N 419f., m. w. H.).

Zu keinem anderen Ergebnis führt im Übrigen, wenn man von einer lückenhaften Regelung in der Strafprozessordnung ausgehen und trotz des Umstandes, dass es sich nicht um einen selbstständigen Zivil-, sondern einen Adhäsionsprozess handelt, mit der Vorinstanz die Bestimmungen der Zivilprozessordnung zur Anwendung bringen wollte. In Bezug auf den von der Vorinstanz erwähnten Art. 68 Abs. 3 ZPO ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich der Vertreter aufgrund dieser Bestimmung zwar durch eine Vollmacht auszuweisen hat. Wie die Privatklägerin allerdings zutreffend bemerkt, verlangt diese Bestimmung nicht die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht, sondern lässt eine mündliche Vollmachtserteilung genügen (Stahelin/Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 68 N 27). Sodann sieht die Zivilprozessordnung in Art. 132 Abs. 1 ZPO ausdrücklich vor, dass es sich beim Fehlen einer Vollmacht um einen verbesserbaren Mangel handelt, für dessen Behebung der betreffenden Partei eine Nachfrist anzusetzen wäre. Erst wenn die zulässige Verbesserung innert der angesetzten Nachfrist unterbleibt, gilt die Eingabe als nicht erfolgt (Art. 132 Abs. 1 Satz 2 ZPO; Stahelin/Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 132

N 4; KUKO ZPO-Domej, Art. 68 N 4; BSK ZPO-Tenchio, Art. 68 N 16 f.). Entsprechend ginge es auch unter dem Blickwinkel der Zivilprozessordnung nicht an, auf eine Zivilklage zufolge Fehlens einer schriftlichen Vollmacht kurzerhand nicht einzutreten.

d) Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz auf die Zivilklage der Privatklägerin eintreten und diese materiell beurteilen müssen. Zu prüfen bleibt damit die Frage, ob anstelle der Vorinstanz direkt das Berufungsgericht über die Zivilklage befinden kann bzw. darf. Entgegen der Auffassung der Privatklägerin beurteilt sich auch diese Frage entsprechend dem eingangs Gesagten in erster Linie nach den einschlägigen Bestimmungen der Strafprozessordnung. Danach hat das Berufungsgericht bei wesentlichen Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurückzuweisen (Art. 409 Abs. 1 StPO). Wie die Botschaft festhält, erfolgt eine solche Aufhebung «bei erheblichen Verfahrensmängeln, die zur Folge hatten, dass den Parteien in erster Instanz kein ordnungsgemässes Verfahren gewährleistet war und eine materielle Behandlung der Berufung zur Folge hätte, dass die betroffene Partei faktisch eine Instanz verlieren würde» (Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 [BBI 2006 1085 ff., 1318]). Als Beispiel nennt die Botschaft unter anderem den Fall, dass die Vorinstanz «nicht ordnungsgemäss alle Anklagepunkte oder auch den Zivilpunkt behandelt hat» (BBI 2006 1318). Auch in der Lehre wird als Fall für einen kassatorischen Entscheid bzw. eine Rückweisung die unterbliebene Behandlung bzw. Beurteilung des Zivilpunktes (eingeschlossen die unzulässige Verweisung des Zivilpunktes auf den Zivilweg) genannt (BSK StPO-Eugster, Art. 409 N 1; Schmid, Kommentar, Art. 409 N 5).

Vorliegend hat sich die Vorinstanz mit der Zivilklage zu Unrecht materiell nicht befasst, sich mithin überhaupt nicht inhaltlich zum geltend gemachten Anspruch geäußert. Würde an ihrer Stelle nunmehr erstmals das Berufungsgericht entscheiden, gingen die Parteien – je nach Ausgang der materiellen Beurteilung zulasten der Beschuldigten und/oder der Privatklägerin – einer Instanz verlustig. Zur Wahrung der Parteirechte und insbesondere aufgrund des erwähnten Instanzverlustes erscheint eine Rückweisung im vorliegenden Fall daher als unumgänglich (Schmid, Praxiskommentar, Art. 409 N 6).

42

Art. 112 StGB (SR 311.0) Mord. Besonders verwerfliche Art der Ausführung der Tötung eines Menschen, indem diesem 14 Schläge mit einem Holzseicht gegen den Kopf zugefügt werden, ein Treppensturz herbeigeführt wird, das Opfer schliesslich zurückgelassen wird und dieses nach frühestens 30 Minuten durch Verbluten stirbt (E. III.5).

Kantonsgericht, Strafkammer, M 2 2013

Im Laufe einer Auseinandersetzung in der Wohnung des Opfers schlug der Angeschuldigte mit einem Holzseicht mindestens 14-mal auf den Kopf des Opfers ein. Die dadurch zugefügten Kopfverletzungen führten nach frühestens 30 Minuten zum Tod des Opfers durch Verbluten. Der Angeschuldigte wechselte sein Schlagwerkzeug zwischendurch aus und behändigte in der Küche das Wallholz, mit dem er ebenso auf den Kopf und den Oberkörper des Opfers einschlug. Das Opfer versuchte sich dem Angeschuldigten zu entziehen und wurde schliesslich von ihm gewaltsam von einer Treppe gezogen. Beim nachfolgenden Sturz zog es sich einen Schädelbruch und oberflächliche, nicht tödliche Hirnverletzungen zu. Als der Angeschuldigte nach dem Treppensturz beim Opfer beinahe keinen Puls mehr spürte, entledigte er sich seiner Jacke und Hose und stopfte sie zusammen mit einem Putzlappen, mit dem er die Blutspuren in der Küche wegzuputzen begonnen hatte, in einen Kehrichtsack, den er ins Tenn stellte. Das Holzseicht warf er in den Ofen, der noch Feuer hatte. Er zog eine neue Hose an, die sich noch in der Wohnung befand, löschte überall die Lichter, liess im Wohnzimmer den Rollladen herunter, verriegelte sämtliche Türen und verliess das Haus via die Wohnung seines Sohnes im oberen Stockwerk. Die Verbindungstüre zum Wohnbereich des Opfers verriegelte er durch ein Schnürchen, das er aus dessen Küche mitgenommen hatte. Er traf sich daraufhin auf ein Feierabendbier mit seinem Sohn. Bevor er nach Hause ging, um mit seiner Partnerin und seiner Tochter zu essen, holte er den Kehrichtsack aus dem Tenn. Er übergab ihn zwei Tage später der Kehrichtabfuhr.

Aus den Erwägungen:

III.

5. a) Des Mordes (Art. 112 StGB) macht sich schuldig, wer vorsätzlich einen Menschen tötet und dabei besonders skrupellos handelt, namentlich wenn der Beweggrund des Täters, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich sind. Das Gesetz verweist für die Mordqualifikation in nicht abschliessender Aufzählung auf äussere (Ausführung) und innere Merkmale (Beweggrund, Zweck). Diese müssen nicht alle erfüllt sein, um Mord anzunehmen. Mord zeichnet sich demnach durch die aussergewöhnlich krasse Missachtung fremden Lebens bei der Durchsetzung eigener Absichten aus. Das Gesetz will den skrupellosen, ge-

mütskalten, krass und primitiv egoistischen Täter erfassen, der ohne soziale Reaktionen ist und sich daher zur Verfolgung seiner eigenen Interessen rücksichtslos über das Leben anderer Menschen hinwegsetzt. Entscheidend ist eine Gesamtwürdigung der äusseren und inneren Umstände der Tat. Die für eine Mordqualifikation konstitutiven Elemente sind dabei stets jene der Tat selber; das Vorleben und Verhalten des Täters nach der Tat sind nur (aber immerhin) heranzuziehen, soweit sie tatbezogen sind und ein Bild der Täterpersönlichkeit geben. Die besondere Skrupellosigkeit kann sodann im Rahmen der Gesamtwürdigkeit entfallen, wenn das Tatmotiv einfühlbar und nicht krass egoistisch ist, etwa wenn die Tat durch eine schwere Konfliktsituation ausgelöst wurde (vgl. zum Ganzen BGE 127 IV 10 E. 1a, m. w. H.; Bger. 6B_232/2012 E. 1.2). Für Mord typische Fälle sind die Tötung eines Menschen zum Zwecke des Raubes (BGE 115 IV 187), Tötungen aus religiösem oder politischem Fanatismus (BGE 115 IV 8 E. Ib; 117 IV 369 E. 19c) oder aus nichtigen Gründen (BGE 120 IV 265 E. 3).

b) Gemäss Anklageschrift stellt die Tat des Angeschuldigten «einen klassischen Eliminationsmord aus niedrigen Motiven dar». Zudem habe der Angeschuldigte «verwerflich und heimtückisch» gehandelt, da er sich unter einem Vorwand Eintritt in das Haus des Opfers verschafft und es so in eine Falle gelockt habe. Insgesamt sei seine Tat zielgerichtet vorbereitet und bis ins Detail geplant gewesen. Die Umsetzung sei ebenfalls zielgerichtet, kaltblütig und «mit nur schwer vorstellbarer Brutalität» erfolgt.

c) aa) Mit der Vorinstanz kann dem Angeschuldigten nicht nachgewiesen werden, dass seine Tat von langer Hand geplant und schliesslich begangen wurde, um das Haus an der ___strasse in Alleineigentum zu erhalten. Auch zur Annahme von Eifersucht als Motiv des Angeschuldigten, weil er kurz zuvor von der neuen Beziehung des Opfers erfahren hat, ist die Beweislage nicht ausreichend. Es liegt somit kein besonders verwerflicher Beweggrund oder Zweck der Tat vor.

bb) Bei der besonders verwerflichen Art der Ausführung stehen die äusseren Tatumstände sowie die eingesetzten Tatmittel im Vordergrund (BSK StGB-Schwarzenegger, Art. 112 N 20).

Für die Annahme eines besonders verwerflichen Vorgehens spricht vorliegend zunächst der Umstand, dass der Angeschuldigte mit den Schlägen gegen den Kopf unter Verwendung des Holzscheits erst begann, als er das Opfer bereits überwältigt hatte. Selbst wenn vonseiten des Opfers ein tätlicher Angriff gegen den Angeschuldigten ausgegangen sein sollte, war dieser längst abgewehrt. Vielmehr versuchte das Opfer sich bei der ersten Gelegenheit vom Täter zu entfernen und flüchtete zuerst in die Küche, dann in den Zwischengang zur Treppe. Die Eskalation von den Faustschlägen ins Gesicht respektive vom Würgen zu den Schlägen mit dem Holzscheid erfolgte für das Opfer überdies unvermittelt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Angeschuldigte eine erhebliche Brutalität erkennen liess, indem er dem Opfer mindestens 14-mal auf den Kopf schlug, ihm die Kopfhaut an zahlreichen Stellen durchtrennte und es derart gleichsam skalpierte. Die Tathandlung be-

schränkte sich dabei nicht auf eine Örtlichkeit, sondern der Angeschuldigte folgte dem Opfer durch das Haus und traktierte es an mindestens zwei Stellen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Tatausführung einige Zeit dauerte. Vor der Treppe liess er zudem selbst dann nicht vom Opfer ab, als es nicht mehr aufrecht stand; er schlug weiter auf das Opfer ein, als es sich zuerst in erniedrigter und schliesslich in bodennaher Position befand. Aufgrund des Blutspurenbildes ist zudem erwiesen, dass das Opfer bereits während der Schläge massiv blutete. Sodann fällt ins Gewicht, dass der Angeschuldigte mitten in der Tatausführung in die Küche ging, sein Schlagwerkzeug austauschte und das Opfer in der Folge mit dem Wallholz weiter traktierte. Das Wallholz lag dabei nicht offen in der Küche auf und konnte vom Angeschuldigten nicht zufällig und im Vorbeigehen behändigt werden. Wie aus seinen Angaben anlässlich der Tatrekonstruktion hervorgeht, holte er es vielmehr gezielt aus dem Küchenschrank. Durch den Wechsel des Schlagwerkzeuges und die damit einhergehende zeitliche Zäsur in der Tatausführung offenbarte der Angeschuldigte seine Unbeirrbarkeit und Beharrlichkeit, mit der er die Verletzung und schliesslich die Tötung des Opfers anstrebte.

Infolge der Art der Tatausführung musste das Opfer ausserordentliche Qualen erleiden, denn der Übergriff dauerte aufgrund der Flucht des Opfers, des damit verbundenen Wechsels der Örtlichkeiten sowie wegen des Auswechselns des Tatwerkzeuges durch den Angeschuldigten mitten in der Tatausführung eine gewisse Zeit. Zudem führte der Angeschuldigte mindestens 14 Schläge mit dem Holzsech oder dem Wallholz gegen den Kopf des Opfers aus und fügte ihm überdies einen Schädelbruch sowie geringfügige Quetschungen der Hirnrinde zu, indem er es gewaltsam von der Treppe zerrte. Schliesslich liess er das Opfer mit schwachem Puls und stark blutend am Fusse der Treppe liegen. Es dauerte mindestens weitere 30 Minuten, bis das Opfer infolge des Blutverlustes verstarb.

Nach dem Gesagten zeugt die Tat des Angeschuldigten von ausserordentlicher Brutalität. In Anbetracht der gesamten Umstände handelte er besonders grausam (vgl. auch Bger. 6B_156/2008 E. 2.4; 6S. 441/2004 E. 2.2.1) und skrupellos respektive ist seine Art der Ausführung der Tat i. S. v. Art. 112 StGB besonders verwerflich. Seine besondere Skrupellosigkeit offenbarte der Angeschuldigte ebenfalls in seinem tatbezogenen Nachtatverhalten; das Bild der Persönlichkeit des Angeschuldigten wird dadurch vervollständigt. Nachdem er aufgrund des nur noch schwachen Pulses des Opfers davon ausgehen musste, dass es sterben würde, versuchte er in überaus berechnender und kaltblütiger Weise, seine Tat zu vertuschen. Das verwendete Holzsech warf er in den Ofen, der noch Feuer führte. Das Wallholz reinigte er und verstaute es wieder an seinem angestammten Platz im Küchenschrank. Er entfernte Spuren in der Küche, entsorgte seine blutverspritzten Kleider sowie den verwendeten Putzlappen in einem Kehrichtsack, liess im Wohnzimmer den Rollladen herunter und löschte das Licht. Schliesslich verliess er die Wohnung des Opfers derart, dass davon ausgegangen werden sollte, es habe sämtliche Türen von innen abgeschlossen. Mit seinem wohl überlegten und zielgerichteten

Nachtatverhalten versuchte der Angeschuldigte den Eindruck zu erwecken, es handle sich um einen Unfalltod infolge eines Treppensturzes. Nachdem er die Liegenschaft des Opfers verlassen hatte, traf er sich sogleich mit seinem Sohn und trank mit diesem ein Feierabendbier in einem Restaurant. Später ass er zusammen mit seiner Partnerin und seiner Tochter zu Hause. Dabei vermochte er ohne Weiteres den Anschein der Normalität zu erwecken. Bereits zuvor hatte er auf dem Heimweg vom Restaurant den Kehrriechtsack aus dem Tenn geholt, wo er ihn zuvor deponiert hatte, damit er die abgeschlossene Wohnung des Opfers nicht noch einmal betreten musste. Zwei Tage später übergab er ihn der Kehrriechtabfuhr und entfernte damit weitere ihn belastende Spuren.

cc) Dem Angeschuldigten war bei der Tatausführung nicht zuletzt angesichts der Anzahl der von ihm ausgeführten Schläge sowie des grossen Blutverlustes des Opfers bewusst, dass er ihm ausserordentliche Qualen zufügte. Nachdem er den nur noch schwachen Puls des Opfers gefühlt hatte, wusste er auch, dass es nicht sogleich, jedoch in absehbarer Zeit sterben würde. Er handelte auch diesbezüglich vorsätzlich und erfüllte somit den Tatbestand von Art. 112 StGB.

d) Nach Angaben des Angeschuldigten startete das Opfer die tätliche Auseinandersetzung, indem es ihm einen Schlag mit der Hand an den Kopf versetzte. Selbst wenn dies den Tatsachen entspräche, wäre das Verhalten des Angeschuldigten dadurch nicht gerechtfertigt. Eventuell könnte die vom Angeschuldigten beschriebene unmittelbare Antwort darauf, der Schlag mit dem Handrücken ins Gesicht des Opfers, als Abwehrhandlung i. S. v. Art. 15 StGB gewertet werden. Danach und insbesondere nachdem das Opfer das Wohnzimmer verlassen und sich somit vom Angeschuldigten entfernt hatte, lag kein Angriff i. S. v. Art. 15 StGB und entsprechend auch keine rechtfertigende Notwehrsituation vor. In der Folge ging der Angriff vom Angeschuldigten aus, weshalb auch der behauptete zweite Schlag des Opfers ins Gesicht des Angeschuldigten, als dieser in der Küche auf dem Opfer kniete und es derart fixierte, das nachfolgende Tatgeschehen nicht zu rechtfertigen vermögen würde. Sonstige Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

e) Gemäss dem psychiatrischen Gutachten leidet der Angeschuldigte an einer emotional-instabilen Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typus (F60.39 mit narzisstischen Anteilen). Die Störung bestand bereits im Tatzeitpunkt, hatte jedoch keine Auswirkung auf die Einsichtsfähigkeit des Angeschuldigten. Auch die Steuerungsfähigkeit erachtete der Sachverständige im Tatzeitpunkt als gegeben und zwar unabhängig davon, ob ein Affekt vorlag oder nicht. Er ergänzte, dass für eine Verminderung der Steuerungsfähigkeit der Affekt sehr massiv hätte gewesen sein müssen. Dies hätte jedoch typischerweise einen chaotischen Tatablauf mit sich gebracht und der Angeschuldigte wäre auch psychomotorisch (Zittern, Apathie, fehlende Erinnerung, keine Reaktion auf Aussenreize) auffällig gewesen (vgl. dazu ebenfalls ZR 96/1997 Nr. 21 S. 60 ff.).

Vorliegend erweist sich das Verhalten des Angeschuldigten im Zusammenhang mit der Tat als zielgerichtet und reflektiert. So wechselte er nicht bloss das Schlag-

werkzeug und holte zielstrebig und überlegt das Wallholz aus dem Küchenschrank, sondern entledigte sich nach Vollendung der Tat seiner blutbeschnitzten Kleider, deponierte diese vorausschauend im Tenn, fingierte sodann, dass die Wohnung des Opfers von innen verschlossen worden war und gesellte sich anschliessend zuerst zu seinem Sohn, dann zu seiner Partnerin und seiner Tochter. Sie berichteten von keinerlei Auffälligkeiten am Verhalten des Angeschuldigten. Gemäss Darstellung des Angeschuldigten hat er während der eigentlichen Tathandlung zudem mit dem Opfer kommuniziert. Seine Erinnerungen an die Tat sind wach und detailliert. Insgesamt liegt daher kein Grund zur Annahme vor, die Steuerungsfähigkeit des Angeschuldigten sei im Tatzeitpunkt ausgeschlossen oder vermindert gewesen. Er war im Tatzeitpunkt schuldfähig. Sonstige Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

43

Art. 183 Ziff. 1 StGB (SR 311.0) Freiheitsbeschränkungen, die als notwendiges Minimum eines sexuellen Angriffs erscheinen, sind vom jeweiligen Tatbestand des Sexualstrafrechts umfasst. Echte Konkurrenz zu Art. 183 StGB liegt nur vor, wenn der Täter das Opfer zunächst entführt oder nach der Tat noch weiter festhält. Dabei sind die Dauer und Intensität der damit verbundenen Freiheitsberaubung massgebend (E. III. B.3).

Kantonsgericht, Strafkammer, 26. Februar 2013

Aus den Erwägungen:

III.

B.

3. a) Dem Beschuldigten wird Freiheitsberaubung und Entführung z.N. der Privatklägerin A. vorgeworfen. Der Freiheitsberaubung macht sich strafbar, wer jemanden unrechtmässig festnimmt oder gefangen hält respektive wer jemandem in anderer Weise unrechtmässig die Freiheit entzieht (Art. 183 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Beim Tatbestand der Entführung (Art. 183 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) wird die betroffene Person an einen Ort geführt, wo sie sich in der Gewalt des Täters befindet; ohne dessen Zutun kann sie nicht an ihren früheren Aufenthaltsort zurückkehren. Bei einer Entführung braucht weder eine Nötigung noch eine Freiheitsberaubung vorzuliegen (BGE 118 IV 61 E. 2. b f.; BSK Strafrecht II-Delnon/Rüdy, Art. 183 N 29). Dies gilt insbesondere, wenn jemand entführt wird, der urteilsunfähig, widerstandsunfähig oder noch nicht 16 Jahre alt ist (Art. 183 Ziff. 2 StGB). In BGE 119 IV

216 E.2.e hielt das Bundesgericht fest, dass durch die Zusammenfassung von Freiheitsberaubung und Entführung in einem Tatbestand die oft schwierige Abgrenzung sowie Konkurrenzfragen vermieden werden sollen. Beide Delikte seien mit derselben Strafe versehen; sie würden als verschiedene Begehensweisen einer Straftat erscheinen. Prinzipiell erachtet das Bundesgericht Freiheitsberaubung und Entführung als gleichwertige Eingriffe in die Freiheit, weshalb Abgrenzungsfragen nicht von Bedeutung sind.

Von der sexuellen Nötigung respektive der Vergewaltigung umfasst sind diejenigen Verhaltensweisen, die als notwendiges Minimum des sexuellen Angriffs erscheinen. Echte Konkurrenz zu Art.183 StGB liegt nur vor, wenn der Täter das Opfer zunächst entführt oder nach der Tat noch weiter festhält (BSK Strafrecht II-Maier, Art.189 N 54).

b) Der Beschuldigte setzte die Privatklägerin A. nicht wie gewünscht an deren Heimadresse ab, sondern fuhr mit ihr weiter, um sie an einer abgelegenen Stelle zu vergewaltigen. Die Autofahrt war aus Sicht der Privatklägerin A. erzwungen, als der Beschuldigte nicht von der K.- in die L.-strasse abbog, was der Fahrt an ihre Wohnadresse entsprochen hätte. Der Beschuldigte soll gemäss Angaben der Privatklägerin dort das Fahrzeug verriegelt haben («kurz nach dem Altersheim in R.»). Die Dauer dieser Fahrt ist in der Anklageschrift nicht weiter bezeichnet. Aufgrund der örtlichen Verhältnisse ist davon auszugehen, dass die Fahrt von der Abzweigung K.-strasse/L.-strasse bis zum Tatort wenige Minuten dauerte. Dies kann gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich für eine Freiheitsberaubung nach Art.183 Ziff.1 StGB ausreichen. Nebst der Dauer ist allerdings insbesondere auch auf die Intensität der Freiheitsberaubung abzustellen (Bger.6B_523/2010 E.5.3.3; 6B_430/2007 E.5.3; Trechsel/Fingerhuth, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art.183 N7; BSK Strafrecht II-Delnon/Rüdy, Art.183 N 24).

Als der Beschuldigte nicht wie angezeigt von der K.- in die L.-strasse abbog, wurde der Privatklägerin A. sofort bewusst, dass sie ihm ausgeliefert war. Da er während der Taxifahrt bereits zuvor zudringlich geworden war und die Privatklägerin A. deshalb nach hinten auf den Rücksitz gewechselt hatte (act. D3/1, S.3), musste sie mit einem Übergriff des Beschuldigten rechnen. Es gab für sie zudem keine Möglichkeit, aus dem fahrenden Taxi zu entweichen. Sie war gezwungen auszuharren, bis das für sie unbekannte Ziel erreicht war, wo sie dem Beschuldigten noch viel mehr ausgeliefert war; dies wusste auch der Beschuldigte. Angesichts dessen ist von einer vergleichsweise hohen Intensität der Freiheitsberaubung auszugehen und der Tatbestand von Art.183 Ziff.1 StGB ist durch das Verhalten des Beschuldigten erfüllt (vgl. auch den Entscheid des Obergerichts ZH, 1. Strafkammer vom 4. Juli 1963, SJZ 1964, Heft 13 Nr.137). Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe liegen nicht vor. Der Beschuldigte ist daher der Freiheitsberaubung und Entführung schuldig zu sprechen. Die Beschränkung der Bewegungsfreiheit der Privatklägerin A. während den sexuellen Übergriffen ist demgegenüber von den Tatbeständen der Art.189 und Art.190 StGB umfasst.

44

Art.1 Abs.2 lit b JStG (SR 311.1V.m. Art.47, 48 und 51 StGB (SR 311.0) sowie Art.1 und Art.34 JStG Strafzumessung in Jugendstrafsachen. Das Gericht hat sich bei der Wahl der Strafart vorrangig am Erziehungsziel und dem Schutzbedürfnis des Jugendlichen zu orientieren. Das Tatverschulden wirkt dabei als Korrektiv nach unten bzw. als Strafuntergrenze. Demgegenüber bemisst sich die Höhe der Strafe in erster Linie nach dem Verschulden. Strafminderung zufolge Verletzung des Beschleunigungsgebots.

Kantonsgericht, Strafkammer Juni 2013

Aus den Erwägungen:

IV.

2. Die Verteidigung wendet sich gegen die vorinstanzliche Strafzumessung und beantragt (eventualiter) die Verurteilung des Beschuldigten zu 10 Tagen persönlicher Leistung sowie den Verzicht auf den Widerruf des mit Urteils vom 25. Januar 2010 der Jugendanwaltschaft St.Gallen ausgesprochenen bedingten Freiheitsentzugs von 4 Monaten unter Anrechnung von 4 Tagen Untersuchungshaft. Der Beschuldigte ist nach dem Dargelegten wegen Hehlerei und Drohung zu verurteilen.

a) aa) Hat der Jugendliche schuldhaft gehandelt, so verhängt die urteilende Behörde gemäss Art.11 Abs.1 JStG zusätzlich zu einer Schutzmassnahme oder als einzige Rechtsfolge eine Strafe. Anders als im Erwachsenenstrafrecht folgt das Jugendstrafrecht bei der Sanktionswahl anderen Grundprinzipien («Bildung» und «Erziehung» versus «Vergeltung»; dazu Bger. 6B_330/2012 E.6.2; vgl. auch Bger. 6B_232/2010 E.3.3 mit Hinweisen). Bei der Strafzumessung sind dementsprechend die spezifischen Anforderungen des Jugendstrafrechts an die Sanktionierung Jugendlicher zu berücksichtigen (zum Ganzen BGE 137 IV 7 E.1.3 mit Hinweisen; Bger. 6B_695/2011 E.5.3). Wegleitend sind gemäss Art.2 Abs.1 JStG der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen. Zusätzlich ist den Lebens- und Familienverhältnissen des Jugendlichen sowie der Entwicklung seiner Persönlichkeit besondere Beachtung zu schenken (Art.2 Abs.2 JStG). Welche Sanktion im Einzelfall als erzieherisch wirksam und geboten erscheint, beurteilt sich folglich nach dem Persönlichkeitsbild des Delinquenten und seinem «Erziehungszustand» (BGE 137 IV 7 E.1.3, Bger. 6B_232/2010 E.3.3 mit Hinweisen). Vorrangiges Ziel ist dabei, den Jugendlichen in seinem Entwicklungsprozess zu fördern und ihn (wieder) zu integrieren; dies immer im Bestreben, seine Legalbewährung zu erreichen (Aeberold, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2011, S. 85; Holderegger, Die Schutzmassnahmen des Jugendstrafgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in den Kantonen Schaffhausen und Zürich, Diss. Zürich 2009, Rz. 47 und 103; Jositsch/Lohri, Sicherungsmassnahme im Jugendstrafrecht?, in:

AJP 2008, S.791 f.; Riesen, Das neue Jugendstrafgesetz [JStG], in: ZStrR 123 [2005], S.18 ff., S.21; BBI 1999 2218). Neben dem Erziehungs- ist auch dem Schutzgedanken Rechnung zu tragen. Schutz im Sinne von Fürsorge bedeutet aber nicht, dass der Jugendliche vor Strafen möglichst zu verschonen ist. Der Strafe als Mittel der Erziehung soll – neben einer allfälligen Schutzmassnahme – Warnungs- und Denkkettelfunktion zukommen. Denn die Strafen des Jugendstrafrechts sind darauf ausgerichtet, auf das strafbare Verhalten des Jugendlichen mit einer spürbaren Sanktion zu reagieren. Die Reaktion soll klar machen, dass strafbares Verhalten nicht geduldet wird (Schröder, Freiheitsentzug im Jugendstrafverfahren, Diss. Luzern 2011, S.172; vgl. auch BBI 1999 2221).

bb) Konkret hat sich das Gericht bei der Wahl der Strafart vorrangig am Erziehungsziel und dem Schutzbedürfnis des Jugendlichen zu orientieren, welche anhand seiner Persönlichkeit festzulegen sind. Dabei sind neben dem Alter, den familiären Verhältnissen, der sittlichen und geistigen Reife, der gezeigten Reue, den Vorstrafen und dem Vollzugsverhalten insbesondere auch die Einlassung zum Tatvorwurf sowie die persönliche Entwicklung in der Vergangenheit zu berücksichtigen. Auch eine allenfalls erstandene Untersuchungshaft kann auf einen jugendlichen Täter erzieherisch eingewirkt haben. Es ist im Rahmen einer Gesamtbeurteilung danach zu fragen, mit welcher Strafe sich die negativen Antriebe, die zur Straftat Anlass gaben, künftig vermeiden lassen.

cc) Umgekehrt darf die Strafe nicht alleine nach den persönlichen Verhältnissen bemessen werden; das Verschulden des jugendlichen Täters ist bei der Wahl der Strafart – wenn auch nur subsidiär – mitzuberücksichtigen. Das Tatverschulden wirkt dabei als Korrektiv nach unten bzw. als Strafuntergrenze. Es verhindert, dass auf ein besonders schweres Delikt bloss mit einem Verweis reagiert wird, auch wenn dies im (äusserst hypothetischen) Einzelfall erzieherisch sinnvoll wäre (Aebersold, a. a. O., S.159; Murer Mikolásek, Analyse der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung, Diss. Zürich 2010, Rz.13 ff.). Zu berücksichtigen ist bei der Prüfung jedoch stets auch die Wirkung einer allenfalls gleichzeitig anzuordnenden Schutzmassnahme.

b) Für die heute zu beurteilenden Delikte kommen als Strafe ein Verweis (Art. 22 JStG) und eine persönliche Leistung (Art. 23 JStG) infrage. Der Beschuldigte hatte sodann zum Tatzeitpunkt (15. Juni 2011) das 15. Altersjahr vollendet, womit die Voraussetzungen zur Bestrafung mit Busse bis Fr. 2000.– (Art. 24 JStG) sowie Freiheitsentzug von einem Tag bis zu einem Jahr (Art. 25 Abs.1 JStG) grundsätzlich erfüllt sind.

aa) Der Verweis ist die leichteste Strafe und kommt in Betracht, wenn die Straftat zwar geringfügig ist, eine Strafbefreiung aber nicht infrage kommt. Er ist zudem an eine günstige Legalprognose für den Jugendlichen gebunden (Art. 22 Abs.1 JStG; kritisch dazu Riesen-Kupper, in: OFK-StGB, Art. 22 JStG N7).

bb) Die persönliche Leistung ist trotz unterschiedlicher Bezeichnung grundsätzlich mit der für die erwachsenen Täter vorgesehenen gemeinnützigen Arbeit ver-

gleichbar (BBI 1999 2247). Dabei sieht das Gesetz präzisierend vor, dass sie dem Alter und den Fähigkeiten des Jugendlichen zu entsprechen hat. Persönliche Leistung ist gerade für Jugendliche eine besonders sinnvolle Strafe, weil sie einen aktiven Einsatz erfordert und ihr Nutzen direkt erfahrbar wird. Anders als bei der Anordnung gemeinnütziger Arbeit (Art. 37 Abs. 1 StGB) ist die Zustimmung des Jugendlichen nicht erforderlich (Riesen-Kupper, OFK-StGB, Art. 23 JStG N 1 und N 3).

cc) Vorgesehen ist im JStG zudem die Ausfällung einer Busse (Art. 24 Abs. 1 JStG). Auch sie kann unter gewissen Umständen die notwendige erzieherische Wirkung entfalten. Die Busse ist unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Jugendlichen festzusetzen, weshalb sie häufig nur in jenen Fällen zweckmässig ist, in denen der Jugendliche über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügt. Nur wenn der Jugendliche die Busse auch zu bezahlen vermag, kann diese ihre erzieherische Wirkung auch entfalten (Riesen, a. a. O., S. 35 mit Hinweis; vgl. auch Amtliches Bulletin 2002 N 139 f.). Auch darf beim jugendlichen Täter nicht der Eindruck entstehen, mit Geld alles wieder ins Lot bringen zu können (BSK Strafrecht I-Gürber/Hug/Schläfli, Art. 24 JStG N 2).

dd) Die persönliche Leistung sowie die Busse sollen den Freiheitsentzug so weit wie möglich ersetzen. Kommt indes keine dieser Strafen infrage, etwa weil vorauszu- sehen ist, dass der Jugendliche weder auf die persönliche Leistung noch die Busse positiv reagieren wird, kann ausnahmsweise der Freiheitsentzug angeordnet werden. Ziel des Jugendstrafrechts bleibt nämlich, die für den Jugendlichen geeignetste Sanktion anzuordnen, wobei im Einzelfall insbesondere auch der bedingte Freiheitsentzug als Warnstrafe durchaus erzieherischen und präventiven Charakter haben kann (vgl. BBI 1999 2247 und 1999 2250). Bei schweren Delikten, die eine Strafe von über einem Jahr Freiheitsentzug zulassen (vgl. Art. 25 Abs. 2 JStG) ist mit Blick auf Art. 2 JStG indes besondere Zurückhaltung geboten (vgl. zum Ganzen auch Riesen-Kupper, OFK-StGB, Art. 25 JStG N 2 mit Hinweis; wohl a. A. BSK Strafrecht I-Gürber/Hug/Schläfli, Vor Art. 21 JStG N 4, wonach der Freiheitsentzug auf seine *ultima ratio*-Funktion reduziert werden soll). Trotzdem haben auch bei diesen Delikten generalpräventive Überlegungen nicht vollends vor dem Schutz- und Erziehungsgedanken zurückzutreten. Denn auch das Jugendstrafrecht hat in erster Linie die Aufgabe, Werte und Normen zu schützen (Aebersold, a. a. O., S. 88).

3. a) Zunächst ist festzuhalten, dass ein Verweis vorliegend unter spezialpräventiven Gesichtspunkten von vornherein ungeeignet erscheint, um beim Beschuldigten die gewünschte erzieherische Wirkung zu erzielen. Sodann ist die finanzielle Situation des Beschuldigten angespannt. An Schranken führte er zur aktuellen finanziellen Situation aus, dass er noch etwa 4 bis 5 Beteiligungen bzw. Verlustscheine, ca. Fr. 2000.– Schulden habe. Auch im Berufungsverfahren droht dem Beschuldigten nunmehr eine weitere Kostenaufgabe. Die Ausfällung einer Busse erscheint folglich unzweckmässig; dies auch vor dem Hintergrund, als beim Beschuldigten bisher auch die verfügbaren Kostenaufgaben wenig fruchteten.

b) Der Beschuldigte ist mehrfach vorbestraft. So wurde er am xx.xx.xxxx wegen mehrfachen bandenmässigen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs, Entwendung zum Gebrauch und mehrfachen Fahrens ohne Führerausweis mit Freiheitsentzug von 4 Monaten bestraft, wobei die Untersuchungshaft von 4 Tagen angerechnet wurde. Der Vollzug wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgelegt. Daneben wurde er zur Bezahlung diverser Zivilforderungen im Umfang von mehreren Tausend Franken sowie Verfahrenskosten von Fr. 830.– verpflichtet. Mit Strafverfügung der Jugendanwaltschaft Y._____ vom xx.xx.xxxx wurde er wegen einer Übertretung des Personenbeförderungsgesetzes mit einem Verweis bestraft. Aufgrund dieser Vorstrafen hätte der Beschuldigte sensibilisiert sein müssen, zumal ihm bewusst sein musste, dass ihm mit dem Urteil vom xx.xx.xxxx letztmals eine Chance auf Bewährung eingeräumt wurde. Trotzdem beging er am xx.xx.xxxx – mithin während laufender Probezeit – die heute zu beurteilenden Delikte. Der Beschuldigte delinquierte damit innert drei Jahren mehrfach und teilweise einschlägig. Er liess sich damit nicht im Geringsten vom bedingt ausgesprochenen Freiheitsentzug sowie den vier Tagen Untersuchungshaft abschrecken; auch nicht von der Auferlegung der Verfahrenskosten in der Höhe von mehreren Hundert Franken, womit er eine gewisse Unbelehrbarkeit und Uneinsichtigkeit offenbarte. Die Anordnung einer persönlichen Leistung fällt unter diesen Umständen ausser Betracht. Es drängt sich vielmehr die Ausfällung eines Freiheitsentzugs auf, wobei dieser – wie noch aufzuzeigen sein wird – aufgrund der jüngeren Entwicklung des Beschuldigten bedingt ausgesprochen werden kann.

4. a) Das Jugendstrafrecht weist neben seiner Erziehungs- bzw. Präventionsfunktion auch einen pönalen Charakter auf. Während die Schutzmassnahmen auf die besondere erzieherische Betreuung oder therapeutische Behandlung abzielen, steht bei der Strafe das «Bestrafen» im Vordergrund (Scuderi, *Droit pénal des mineurs: cohabitation possible entre peine et mesure au sein d'un même établissement* Siehe, in: Jusletter vom 15. Juli 2013, Rz. 1). Es erscheint daher folgerichtig, die Höhe der Strafe – im Unterschied zur Wahl der Strafart (vgl. E. IV/2a hiervor) – in erster Linie nach dem Verschulden zu bemessen. Dass sich der Gesetzgeber einer tatschuldorientierten Behandlung von jugendlichen Tätern nicht verschliesst, zeigt sich etwa in Art. 25 JStG, welcher sich an der vom Jugendlichen verübten Straftat und an der Tatschwere orientiert (Holderegger, a. a. O., Rz. 75). Im Hinblick auf die spezialpräventive Ausrichtung des Jugendstrafrechts, dürfen erzieherische Gründe aber auch hier nicht ausser Acht gelassen werden (vgl. E. IV/4c hiernach).

b) Für die Strafzumessung verweist Art. 1 Abs. 2 lit. b JStG auf Art. 47, 48 und 51 StGB, die jedoch sinngemäss, d. h. namentlich entsprechend dem besonderen Sinn und Zweck des als Täterstrafrecht ausgestalteten Jugendstrafrechts, anzuwenden sind (BBl 1999 2220). Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Das Verschulden wird

nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 1 Abs. 2 lit. b JStG i. V. m. Art. 47 StGB). Es erscheint sachgerecht, das vom Bundesgericht vorgezeichnete methodische Vorgehen bei der Strafzumessung auch im Jugendstrafrecht sinngemäss zur Anwendung zu bringen. Danach hat der Richter im Interesse einer nachvollziehbaren Strafzumessung aufgrund des Tatverschuldens eine Einsatzstrafe festzulegen. Zur Bestimmung der Einsatzstrafe ist in einem ersten Schritt zu begründen, wie gross das objektive Tatverschulden ist und welche hypothetische Strafe sich daraus ergibt. In einem zweiten Schritt ist darzulegen, inwiefern sich subjektive Gründe im Tatzeitpunkt (subjektives Tatverschulden; insb. verminderte Schuldfähigkeit, Art. 19 Abs. 2 StGB und Art. 11 Abs. 2 JStG) auf das Verschulden auswirken. Es ist hierbei insbesondere zu prüfen, ob der Jugendliche zur Zeit der Tat fähig bzw. reif genug war, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (Art. 11 Abs. 2 JStG). Zwar sind starre Alterslimiten abzulehnen, doch kann bei normal verlaufener Entwicklung davon ausgegangen werden, dass Jugendliche ab 14 Jahren über die erforderliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit verfügen und deshalb schuldfähig sind (Aebersold, a. a. O., S. 124 und S. 126; vgl. auch Murer Mikolásek, a. a. O., Rz. 11). Es hat gestützt auf die Umstände im Einzelfall immer eine altersadäquate Beurteilung der Schuldfähigkeit zu erfolgen (dazu wohl a. A. BSK Strafrecht I-Gürber/Hug/Schläfli, Art. 11 JStG N 3; vgl. aber Bger. 6B_330/2012 E. 6.2). Unter Berücksichtigung des subjektiven Tatverschuldens ist wiederum die resultierende angemessene hypothetische Strafe zu nennen. Diese Strafe ist schliesslich gegebenenfalls aufgrund täterrelevanter bzw. tatunabhängiger Strafzumessungsfaktoren zu erhöhen bzw. zu reduzieren (zum Ganzen BGE 136 IV 55 E. 5.7; Bger. 6B_585/2008 E. 3.5; 6B_865/2009 E. 1.2.2).

c) Das Verschulden ist – wie erwähnt – nicht das einzige Kriterium bei der Strafzumessung. Vielmehr spielen auch spezialpräventive Gesichtspunkte eine Rolle. In einem abschliessenden Schritt ist folglich stets zu prüfen, ob die anhand des Tatverschuldens ausgefallte Strafe auch unter erzieherischen Gesichtspunkten angemessen bzw. geboten erscheint. Diese Überprüfung stellt sicher, dass die ausgefallte Strafe letztlich in einem vernünftigen Verhältnis zum festgelegten Erziehungsziel steht. Verschulden und Erziehungsziel stehen mehrheitlich miteinander im Einklang, da die Persönlichkeit des Jugendlichen und sein erzieherisches Defizit, wie es sich in der Tat offenbart hat, in aller Regel mit dem Tatverschulden korrelieren. Die beiden Massstäbe können sich in gewissen Fällen aber auch widersprechen. Bei solchen Konstellationen gilt es zu berücksichtigen, dass die dem Verschulden angemessene Höchststrafe aus erzieherischen Überlegungen nicht überschritten werden darf, aber aus erzieherischen Gründen unterschritten werden kann. Ein erzieherisch begründeter Strafzuschlag ist unzulässig, würde er doch die Jugend-

lichen gegenüber den Erwachsenen schlechterstellen und das Schuldprinzip aushebeln (Aebersold, a. a. O., S. 159; Murer MikolÁsek, a. a. O., Rz. 13 ff.).

d) Hat die urteilende Behörde gleichzeitig über mehrere Straftaten eines Jugendlichen zu urteilen, kann sie entweder die Strafen nach Art. 33 JStG verbinden oder, wenn die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt sind, eine Gesamtstrafe bilden, indem sie die Strafe der schwersten Tat angemessen erhöht (Art. 34 Abs. 1 JStG). Die einzelnen Taten dürfen bei der Bildung der Gesamtstrafe nicht stärker ins Gewicht fallen, als wenn sie für sich allein beurteilt worden wären. Die Gesamtstrafe darf das gesetzliche Höchstmass einer Strafart nicht überschreiten (Art. 34 Abs. 2 JStG). Auch beim Jugendstrafrecht ist eine Kumulation mehrerer Taten bei gleichzeitiger Beurteilung ausgeschlossen. Kommt die Ausfällung gleichartiger Strafen in Betracht, gilt ähnlich wie nach Art. 49 Abs. 1 StGB das Asperationsprinzip (BBl 1999 2258 zur Anwendbarkeit des Asperationsprinzips; dazu auch BSK Strafrecht I-Gürber/Hug/Schläfli, Art. 34 JStG N 4). Das Gericht hat mithin in einem ersten Schritt, unter Einbezug aller strafferhöhenden und strafmindernden Umstände, gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. In einem zweiten Schritt hat es diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei es ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (vgl. zum Ganzen Bger. 6B_579/2008 E. 4.2.2; 6B_297/2009 E. 3.3.1; 6B_865/2009 E. 1.2.2; 6B_323/2010 E. 2.2; 6B_475/2011 E. 1.2; vgl. auch BGE 127 IV 101 E. 2b; 116 IV 300 E. 2b/aa, je noch zu aArt. 68 Ziff. 1 StGB).

e) Obschon Art. 50 StGB im Normenkatalog von Art. 1 Abs. 2 JStG nicht explizit aufgeführt wird, sind bei der Begründung des Strafmasses auch im Jugendstrafrecht gewisse konventions- und verfassungsrechtliche Mindestgarantien zu berücksichtigen. Eine entsprechende Begründungspflicht lässt sich subsidiär sowohl aus Art. 29 Abs. 2 BV wie auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK ableiten (BSK Strafrecht I-Wi-prächtiger/Echle, Art. 50 N 9; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 45 N 11). Mit Blick auf Art. 2 JStG muss den Erwägungen zumindest entnommen werden können, dass sich die ausgefällte Strafe am Schutz- und Erziehungsgedanken orientiert hat und die wesentlichsten erzieherischen Gesichtspunkte beachtet wurden.

5. Ausgangspunkt der Strafzumessung bildet das tatschwerste Delikt, vorliegend die Hehlerei i. S. v. Art. 160 Abs. 1 Ziff. 1 StGB, die als Verbrechen i. S. v. Art. 10 Abs. 2 StGB noch leicht schwerer wiegt als die Drohung gemäss Art. 180 StGB. Der konkrete Strafraum des heute auszufällenden Freiheitsentzuges reicht dabei – wie erwähnt – von einem Tag bis zu einem Jahr (Art. 25 Abs. 1 JStG).

a) aa) Hinsichtlich der objektiven Tatschwere lässt sich festhalten, dass der Beschuldigte die sich ihm bietende Möglichkeit, die zuvor von A. entwendete Digitalkamera einzustecken, ohne Scheu nutzte. Von einer geringfügigen Deliktssumme kann dabei nicht gesprochen werden. Zu berücksichtigen ist indes, dass der Beschuldigte die Tat nicht von langer Hand plante, sondern die Digitalkamera unmittelbar nach der durch A. begangenen Entwendung spontan übernahm. Hinzu

kommt, dass die Tatbegehung unter gruppendynamischen Einflüssen erfolgte. Insgesamt ist von einem (objektiv) nicht mehr leichten Verschulden auszugehen. Angemessen erscheint eine hypothetische Strafe von einem Monat.

bb) In subjektiver Hinsicht ist anzufügen, dass der Beschuldigte aus rein finanziellen Motiven handelte. Bei der Übernahme der Digitalkamera war er sich zudem über deren deliktische Herkunft im Klaren; er handelte mithin direktvorsätzlich. Der Beschuldigte war sodann zum Tatzeitpunkt 17 Jahre jung. Ein besonderer Entwicklungs- und Reiferückstand, der seine erforderliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit hätte beeinträchtigen können, wird weder geltend gemacht noch ist angesichts des konkreten Tatverhaltens beim beinahe volljährigen Beschuldigten eine entsprechende Retardierung auszumachen. Damit war der Beschuldigte vollumfänglich schuldfähig. Nach dem Gesagten vermögen die subjektiven Komponenten des Tatverschuldens das (objektiv) nicht mehr leichte Verschulden des Beschuldigten nicht zu relativieren. In Anbetracht der konkreten Tatumstände und der entsprechenden Tatschwere erscheint es somit angezeigt, die Einsatzstrafe bei einem Monat festzusetzen.

b) Straferhöhend wirkt sich nun die Drohung als weiteres Delikt aus. Dabei drohte der Beschuldigte dem Privatkläger aus einem nichtigen Grund mit Schlägen und trat mit seinen Füßen gegen dessen zwei Taschen, sodass dieser zurückweichen musste. Auch diese Tat war spontan, unüberlegt und basierte auf einem situativen, gruppendynamischen Prozess. Seine Drohung diente letztlich einzig eigennützigen Motiven, nämlich den Privatkläger einzuschüchtern und «Dampf abzulassen». Insgesamt ist von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen. Angemessen ist eine asperierte Erhöhung der festgelegten Einsatzstrafe um einen weiteren halben Monat.

c) Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden. Aus dem Lebenslauf und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten. Der Beschuldigte kennt zwar seinen Vater nicht und verlor im Alter von x Jahren durch die Scheidung seiner Mutter auch seinen Stiefvater, den er offensichtlich mochte. Auch war seine Mutter nur in sehr geringem Masse fähig, ihm auf emotionaler Ebene Halt zu geben und ihn im organisatorischen, lebenspraktischen Bereich zu unterstützen. Trotz dieser sicherlich nicht immer ganz einfachen Lebensabschnitte, drängt sich unter diesem Titel eine Strafminderung nicht auf. Weiter konnte sich der Beschuldigte nicht zu einem klaren Geständnis durchringen. Deutlich strafferhöhend (½ Monat) wirken die (teilweise) einschlägigen Vorstrafen (vgl. E. IV/3b hievor) sowie das erneute Delinquieren während laufender Probezeit aus. Es verstösst im Übrigen nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, die erneute Straffälligkeit während der laufenden Probezeit neben der Vorstrafe als weiteren Erhöhungsgrund zu berücksichtigen (Bger. 6B_765/2008 E. 2.1.2). Klar strafmindernd (½ Monat) wirkt sich das Wohlverhalten des Beschuldigten (Art. 1 Abs. 2 lit. b JStG i. V. m. Art. 48 lit. e StGB) sowie die Stabilisierung seiner Lebens-

verhältnisse aus. Bei den Täterkomponenten überwiegen damit weder die negativen noch die positiven Faktoren, weshalb die nach der Tatkomponente festgesetzte Einsatzstrafe aufgrund der Täterkomponenten weder zu erhöhen noch zu reduzieren ist.

d) aa) Weiter ist – wie die Verteidigung zu Recht geltend macht – der für ein Jugendstrafverfahren doch langen Verfahrensdauer Rechnung zu tragen. Das in Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 5 StPO festgeschriebene Beschleunigungsgebot gilt auch im Jugendstrafverfahren (Art. 3 Abs. 1 JStPO; Murer Mikolásek, a. a. O., Rz. 305; vgl. auch Art. 21 Abs. 1 lit. f JStG). Das Beschleunigungsgebot verpflichtet die Behörden, das Strafverfahren voranzutreiben, um den Beschuldigten nicht unnötig über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe im Ungewissen zu lassen bzw. ihn nicht länger als notwendig den Belastungen eines Strafverfahrens auszusetzen (BGE 133 IV 158 E. 8; 130 IV 54 E. 3.3.1; 124 I 139 E. 2a; Bger. 6B_711/2011 E. 2; 6B_676/2011 E. 4.4.1; 6B_994/2010 E. 2.4; 6B_45/2009 E. 2.3; je mit Hinweisen). Die Ungewissheit über den Verfahrensausgang trifft eine nicht voll gereifte Persönlichkeit besonders hart und hemmt sie in ihrer Entfaltung. Strafen sind im Jugendstrafverfahren folglich möglichst schnell und konsequent anzuordnen (Zapf, Opferschutz und Erziehungsgedanke im Jugendstrafverfahren, Göttingen 2012, S. 38; Jositsch et al., JStPO Kommentar, Einleitung N 20; vgl. zum Ganzen auch Rose, Wenn die [Jugend-]Strafe der Tat nicht auf dem Fusse folgt: Die Auswirkung von Verzögerungen im Jugendstrafverfahren, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 6/2013, S. 315 ff.). Es soll zudem vermieden werden, dass eine sich abzeichnende günstige Entwicklung des fehlbaren Jugendlichen irgendwie durch strafrechtliche Massnahmen oder Strafen gestört wird, die zu dessen Besserung nichts mehr beitragen können, sei es, dass bereits anderweitig das Nötige vorgekehrt wurde, sei es, dass der Jugendliche durch sein eigenes aktives Verhalten seit der Tat eine innere Umkehr oder durch sein Wohlverhalten während einer längeren Zeit ernsthaft seinen Besserungswillen bekundet hat (Bger. 6B_232/2010 E. 3.3 noch zu aArt. 98 Abs. 4 StGB).

bb) Von den Behörden und Gerichten kann indes nicht verlangt werden, dass sie sich ständig einem einzigen Fall widmen. Zeiten, in denen das Verfahren stillsteht, sind unumgänglich. Wirkt keiner dieser Zeitabschnitte stossend, ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Dabei können Zeiten mit intensiver behördlicher oder gerichtlicher Tätigkeit andere Zeitspannen kompensieren, in denen aufgrund der Geschäftslast keine Verfahrenshandlungen erfolgten. Eine Strafminderung drängt sich auf, wenn eine krasse Zeitlücke (im Ablauf) seitens der Strafbehörde zutage tritt. Dazu genügt es nicht, dass diese oder jene Handlung ein bisschen rascher hätte vorgenommen werden können (BGE 130 IV 54 E. 3.3.3; 124 I 139 E. 2c mit Hinweisen; Bger. 6B_711/2011 E. 2.2; 6B_670/2009 E. 2.2; 6B_105/2007 E. 3.3). Das Beschleunigungsgebot ist sodann während des gesamten Verfahrens zu berücksichtigen, einschliesslich der Rechtsmittelverfahren (BGE 130 I 312 E. 5.1; 124 I 139 E. 2c; Bger. 6B_994/2010 E. 2.4; 6B_1076/2009 E. 2.2).

cc) Eine Verfahrensverzögerung, insbesondere im Stadium der Untersuchung sowie im Verfahren vor Vorinstanz ist nicht ersichtlich. Die entsprechenden Beurteilungen erfolgten zeitnah; stossende Zeitspannen sind nicht zu verzeichnen. Vorliegend hat das Verfahren vor Kantonsgericht insgesamt doch über ein Jahr gedauert, obschon der Fall weder besonders umfangreich noch äusserst komplex war. Diese Verfahrensdauer erweist sich angesichts der im Jugendstrafverfahren gebotenen schnellen Reaktion als recht lang, aber nicht überlang, weshalb eine Herabsetzung der Strafe um einen halben Monat als angemessen erscheint. Die Straf-minderung in dieser Höhe läuft im Übrigen auch nicht den Grundprinzipien des Jugendstrafrechts zuwider. Denn gerade eine lange Verfahrensverzögerung lässt bei Jugendlichen den Erziehungseffekt verblassen, wird doch eine spät ausgefallte Strafe insbesondere bei zwischenzeitlicher Verhaltensänderung vom Jugendlichen als ungerecht empfunden (vgl. zum Ganzen Ostendorf, Jugendstrafrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2011, Rz. 57 ff.; Murer Mikolásek, a. a. O., Rz. 284; Studer, Jugendliche Intensivtäter in der Schweiz, Diss. Zürich 2012, Rz. 600). Es gilt zudem zu verhindern, dass eine Verletzung des Beschleunigungsgebots aus erzieherischen Gründen zum Nachteil des jugendlichen Täters korrigiert wird.

e) Im Ergebnis und unter Berücksichtigung der relevanten tat- und täterbezogenen Strafzumessungsgründe erweist sich ein Freiheitsentzug von einem Monat als tat- und schuldangemessen.

f) Diese Strafe ist nunmehr noch unter erzieherischen Gesichtspunkten zu überprüfen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte – wie bereits erwähnt – während laufender Probezeit erneut delinquierte und auch der aufgeschobene Freiheitsentzug von 4 Monaten keinen tiefgreifenden Eindruck hinterliess. Eine Reduktion der festgelegten Strafe von einem Monat Freiheitsentzug kommt unter diesen Umständen nicht infrage. Sie würde gegenteils die erzieherische Wirkung vereiteln.

45

Art. 1 und 22 Abs. 1 OHG (SR 312.5) Höhe der Genugtuung nach OHG. Gestützt auf die zivilrechtlich zugesprochene Genugtuung, welche das Selbstverschulden des Opfers bereits berücksichtigte, rechtfertigt sich nur noch eine Kürzung der opferhilferechtlichen Genugtuung um 30 Prozent. Diese Kürzung steht im Einklang mit den Empfehlungen der Schweizerischen Verbindungsstellenkonferenz zur Anwendung des Opferhilfegesetzes vom 21. Januar 2010.

Versicherungsgericht, Dezember 2013

(OH 2013/2; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

46

Art.22 f. OHG (SR 312.5) Genugtuung nach mehrfacher qualifizierter Vergewaltigung. Berücksichtigung besonderer Begleitumstände. Kürzung der zivilrechtlich zugesprochenen Genugtuung um ca. einen Drittel. Diese Kürzung steht im Einklang mit den Empfehlungen der Schweizerischen Verbindungsstellenkonferenz zur Anwendung des Opferhilfegesetzes vom 21. Januar 2010.

Versicherungsgericht, November 2013
(OH 2013/3; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

IV. Rechtspflege

1. Verwaltungsrechtspflege

47

Art.7 lib VPR (SG 951.1) Der Stadtpräsident der Stadt St.Gallen, der gleichzeitig Präsident des Verwaltungsrats der Genossenschaft Olma Messen St.Gallen ist, hätte beim Entscheid über die Einsprache gegen den Gestaltungsplan «Olma-Kongress- und Konferenzgebäude mit Hotel» in den Ausstand treten müssen.

Verwaltungsgericht, Mai 2013

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerinnen rügen den Entscheid der Vorinstanz zunächst, weil diese zum Schluss gekommen ist, Stadtpräsident Thomas Scheitlin hätte beim Beschluss über die Einsprachen gegen den Gestaltungsplan «Olma-Kongress- und Konferenzgebäude mit Hotel» in den Ausstand treten müssen. Zudem hätte sie die Frage, ob die damalige Stadträtin Elisabeth Beéry befangen gewesen sei, ihrer Meinung nach nicht offenlassen dürfen, sondern verneinen müssen.

3.1. Die Olma Messen St.Gallen ist eine Genossenschaft des Privatrechts, die Messen, Ausstellungen, Kongresse, Versammlungen organisiert bzw. die Infra-

struktur dafür bietet. Als Mitglieder werden nur juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts aufgenommen. Von den zurzeit bestehenden 77 Mitgliedern sind deren neun der öffentlichen Hand (Stadt St.Gallen, die Ostschweizer Kantone St.Gallen, Thurgau, beide Appenzell, Glarus, Graubünden und Schaffhausen sowie das Fürstentum Liechtenstein) zuzurechnen, 23 stammen aus dem Bereich Banken, 26 aus der Landwirtschaft, neun aus Gewerbe und Industrie und zehn weitere aus dem Bereich Versicherung und Diverse. Die Genossenschaft weist drei Geschäftsbereiche auf: die Eigenmessen (etwa die OLMA, OFFA sowie Tier & Technik), die Gastmessen sowie das Kongress- und Eventgeschäft zur Betreuung von Veranstaltungen wie Kongressen, Events, Kulturveranstaltungen sowie Vermietungen allgemeiner Art.

3.1.1. Die Rekursinstanz sieht die Befangenheit des Stadtpräsidenten darin, dass dieser trotz seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident der Genossenschaft Olma Messen St.Gallen gleichzeitig als Mitglied des Stadtrats beim Entscheid über die Einsprachen gegen den vorliegenden Gestaltungsplan mitgewirkt hat. Die Bedeutung der Doppelrolle der Stadträtin, die als Vorsteherin der Direktion Bau und Planung in die Beurteilungsgremien eingebunden war und aufgrund ihres Stimmrechts nicht nur Einfluss auf die Auswahl, sondern auch auf die inhaltliche Weiterentwicklung des umstrittenen Projekts hatte, liess sie wie gesagt offen. Immerhin gab sie zu bedenken, die Stadträtin sei beim nachmaligen Entscheid über die Einsprachen gegen den Gestaltungsplan, der die notwendige Voraussetzung für dessen Realisierung war, möglicherweise gedanklich nicht so unbeeinflusst gewesen, wie es für einen offenen Ausgang des Einspracheverfahrens geboten gewesen wäre.

3.1.2. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten die festgestellte Befangenheit deshalb, weil keine Verfügung, sondern ein erstinstanzliches Planverfahren Streitgegenstand sei. Folglich habe die Beschlussfassung des umstrittenen Gestaltungsplans gar nicht beim Stadtrat, sondern beim Stadtparlament gelegen. Das Einspracheverfahren könne daher von vornherein zu keiner unabhängigen Überprüfung führen. Insbesondere die Beschwerdeführerin 2 ist der Meinung, dass der Stadtrat den Einspracheentscheid lediglich im Sinne des Vollzugs des Planerlasses erlasse bzw. eröffne. Davon abgesehen bestünde für Mitglieder einer Verwaltungsbehörde, die kein persönliches Interesse an der Sache hätten, ohnehin kein Grund, in den Ausstand zu treten, wenn bei einem Geschäft öffentliche Interessen des Gemeinwesens berührt seien. Dass der Zweck des dem Sondernutzungsplan zugrunde liegenden Bauvorhabens im öffentlichen Interesse liege, zeige sich schon darin, dass die Vorinstanz das Bauvorhaben in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen als rechtmässig beurteilt habe. Es sei der statutarische Zweck der Genossenschaft, Dienstleistungen für Messen, Tagungen, Kongresse und andere Veranstaltungen im öffentlichen Interesse der Ostschweiz zu erbringen. Der Stadtpräsident und die ehemalige Direktorin Bau und Planung hätten in den Vorverfahren folglich nur die Interessen der Stadt und der Öffentlichkeit vertreten, nicht aber ihre eigenen. Die Beschwerdeführerin 2 moniert zudem, dass es gegen Treu und Glauben

verstosse, wenn Einwände gegen die Zusammensetzung des Spruchkörpers erst im Rechtsmittelverfahren erhoben würden. Wie dieser ordentlicherweise zusammengesetzt sei, könne dem publizierten Staatskalender entnommen werden. Ein allfälliges Ausstandsbegehren müsse deshalb bereits im Einspracheverfahren im Voraus gestellt werden. Werde es erst im Rekursverfahren gestellt, sei das Begehren verspätet.

3.1.3. Die Vorinstanz ihrerseits verweist darauf, dass sie die Verletzung der Ausstandsvorschriften nur bezüglich der Einspracheentscheide des Stadtrats geprüft und letztlich bejaht habe. Die kantonalen Ausstandsbestimmungen würden wesentliche Ähnlichkeiten mit der privatrechtlichen Doppelvertretung aufweisen, die an sich verpönt sei. Im öffentlichen Recht, wo die Behörde den betroffenen Privaten hoheitlich übergeordnet gegenüberetre, müsse das umso mehr gelten.

3.1.4. Die Beschwerdegegnerinnen betonen ebenfalls, die kantonale Regelung würde über die bundesrechtlichen Mindestgarantien hinaus gehen, weshalb die Ausstandspflicht der involvierten Stadträte auch ohne persönliche Interessen gegeben sei. Dem Stadtpräsidenten unterstellt die Beschwerdegegnerin 1 allerdings auch solche. Als oberstes Organ der Genossenschaft habe er sich vehement für das Projekt eingesetzt, womit es in seinem Fall wesentlich auch um sein Prestige und seine Anerkennung im präsierten Gremium und in der Öffentlichkeit gegangen sei. Folglich habe er auch ein persönliches Interesse daran, dass das von ihm unterstützte Projekt beschlossen werde.

3.2. Art. 6 EMRK garantiert das Recht auf ein faires Verfahren. Das Gericht bzw. der justizförmige Körper muss demnach unabhängig und unparteiisch urteilen und auch äusserlich den Anschein der Unabhängigkeit wahren (Meyer-Ladewig, EMRK-Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, S. 138). Nebstdem hat der Einzelne nach Art. 30 Abs. 1 BV Anspruch darauf, dass seine Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Dieser Anspruch ist verletzt, wenn bei einem Richter – objektiv betrachtet – Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und der Gefahr der Voreingenommenheit begründen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein (BGE 133 I 1 E. 6.2 mit Hinweisen).

3.3. Für nichtgerichtliche Behörden enthält Art. 29 Abs. 1 BV eine ähnliche Garantie. Die Rechtsprechung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Gerichtsbehörden kann jedoch nicht ohne Weiteres auf erstinstanzliche Verwaltungsverfahren übertragen werden. Vielmehr müssen die Anforderungen an die Unparteilichkeit von Verwaltungs- und Exekutivbehörden unter Berücksichtigung ihrer gesetzlich vorgegebenen Funktion und Organisation ermittelt werden. Bei Exekutivbehörden ist dabei zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer, Aufgaben einhergeht (G. Steinmann, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Rz. 18 zu Art. 29 BV). Im ver-

waltungsinternen Verfahren bejaht das Bundesgericht eine Ausstandspflicht in der Regel deshalb nur dann, wenn das betreffende Behördenmitglied oder der Beamte ein persönliches Interesse an dem zu behandelnden Geschäft hat. Indessen ist in jedem Fall eine Beurteilung aller konkreten Umstände nötig. Auch in der Literatur wird daran festgehalten, dass sich ein Ausstandsbegehren immer gegen eine (oder mehrere) natürliche Personen zu richten hat, nicht aber gegen eine Gesamtbehörde (B. Schindler, *Die Befangenheit der Verwaltung*, Diss. Zürich 2002, S. 75 f.). Eine Ausstandspflicht besteht demnach dann, wenn der Amtsträger selbst Partei des Verfahrens ist oder ein persönliches Interesse am Verfahrensgegenstand hat und insoweit in «eigener Sache» entscheiden würde (Schindler, a. a. O., S. 98 ff.; BGer 1C_278/2010 vom 31. Januar 2011 E. 2.2).

3.4. Behördenmitglieder, Beamte, öffentliche Angestellte und amtlich bestellte Sachverständige haben gegebenenfalls von sich aus in den Ausstand zu treten (Art. 7 Abs. 1 VRP). Besonders schwere Fälle, insbesondere wenn erhebliche persönliche Interessen berührt sind, führen zu einem von Amtes wegen zu berücksichtigenden Nichtigkeitsgrund (Merkli/Aeschlimann/Herzog, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, Bern 1997, N 4 zu Art. 9 VRPG). Ansonsten ist der unter Verletzung von Ausstandsgründen zustande gekommene Entscheid bloss anfechtbar. In besonders leichten Fällen kann ein Mangel im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn der Rechtsmittelinstanz dieselbe Prüfungsbefugnis wie der Vorinstanz zukommt (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 178 mit Hinweis). Haben die Verfahrensbeteiligten auf die Geltendmachung von Ausstandsgründen verzichtet, tritt nach Treu und Glauben von Vornherein weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit ein. Ein solcher Verzicht hat allerdings ausdrücklich zu erfolgen (Kölz/Bosshart/Röhl, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, 2. Auflage, Zürich 1999, N 7 zu § 5a). Ein Ausstandsbegehren ist nicht Voraussetzung für den Ausstand (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 177). Folglich kann von den Verfahrensbeteiligten nicht verlangt werden, den Staatskalender oder die im Internet publizierten Organigramme vorgängig zu konsultieren und zu prüfen, ob ein Kollegialbehördenmitglied oder ein Sachbearbeiter, der im Rahmen der Vorbereitung oder der Ausfertigung des Verwaltungsakts Verantwortung übernimmt, befangen sein könnte. Dieser hat nach Art. 7 Abs. 1 VRP im Gegenteil von sich aus in den Ausstand zu treten, weshalb eine entsprechende Unterlassung auch noch im nachfolgenden Rechtsmittelverfahren gerügt werden können muss. Ein möglicher Ausstandsgrund muss somit nicht bereits vorab im Einspracheverfahren geltend gemacht werden, sondern könnte – allenfalls unter Kostenfolge – noch im Beschwerdeverfahren gerügt werden, selbst wenn eine entsprechende Rüge im vorinstanzlichen Verfahren versäumt wurde (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 196).

3.5. Der Stadtrat kann in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 der Bauordnung der Stadt St. Gallen vom 9. August 2002 / 23. Februar 2006 (sRS 731.1) den Erlass von Sonderbauvorschriften dem Stadtparlament überlassen, wenn diese – wie vorliegend – von grösserer städtebaulicher Bedeutung sind. Weder die Gemeindeord-

nung (sRS 111.1) noch das Geschäftsreglement des Stadtparlaments (sRS 151.1) eröffnet dem Parlament jedoch die Möglichkeit, auch über die Einsprachen zu entscheiden. Als Rechtsmittelinstanz amtet demnach auch bei Anwendung von Art. 2 Abs. 1 BO weiterhin der Stadtrat, was sich indirekt auch aus dem Geschäftsreglement des Stadtrats (Art. 1 lit. f, sRS 173.1) ergibt. Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen sind deshalb insofern richtigzustellen, als der Stadtrat in Planungssachen nicht blosses Vollzugsorgan des Parlaments ist und diesem Antrag stellt, sondern seine Kompetenz beim Erlass von Sonderbauvorschriften einzig bei Angelegenheiten von grösserer städtebaulicher Bedeutung dem Parlament überlässt. Über Einsprachen entscheidet der Stadtrat in eigener Kompetenz vorab, wobei er seinen Beschluss erst nach dem Erlass der Sonderbauvorschriften eröffnet. Heisst er die Einsprache gut, ändert er den Planentwurf gegebenenfalls ab und legt ihn allenfalls nochmals auf. Ändert dagegen das Parlament die Vorlage im Sinn der Einsprache, passt der Stadtrat seinen Beschluss entsprechend an, bevor er eröffnet wird. Daraus folgt, dass die beiden Verfahren zwar zusammenhängen, gleichwohl aber nicht vom selben Entscheidungsträger entschieden werden. Mit den Einsprachen bzw. den einzelnen Vorbringen der Einsprecher setzt sich zumindest formell einzig der Stadtrat auseinander. Es kann mithin nicht gesagt werden, dass die einzelnen Stadträte deshalb nicht als befangen gelten können, weil das Parlament über den Sondernutzungsplan – aber eben nur über diesen – befindet.

3.6. Ein Ausstandsgrund liegt nach den kantonalen Bestimmungen vor, wenn der Betroffene persönlich berührt ist (Art. 7 Abs. 1 lit. a VRP), wenn dieser Vertreter, Beauftragter, Angestellter oder Organ einer an der Angelegenheit beteiligten Person ist oder in der Sache Auftrag erteilt hat (Art. 7 Abs. 1 lit. b VRP) oder aus anderen Gründen (Art. 7 Abs. 1 lit. c VRP) befangen erscheint. Sowohl hinsichtlich der Bedeutung des Begriffs «Befangenheit» als Generalklausel als auch hinsichtlich der Frage der Vorbefassung lehnt sich das Verwaltungsgericht eng an die Rechtsprechung des Bundesgerichts an (VerwGE B 2011/152 vom 24. Januar 2013 E. 5.2.1, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 192 f.).

3.6.1. Zu berücksichtigen ist indessen, dass Verwaltungsbehörden nicht nur zur neutralen Rechtsanwendung berufen sind, sondern insbesondere öffentliche Aufgaben zu erfüllen haben. Aus diesem Grund ist die Behörde oftmals Partei und gleichzeitig in eine Verwaltungsorganisation eingebunden. Beim Erlass von Verfügungen können Verwaltungsbehörden deshalb nicht im eigentlichen Sinn als unparteiisch bezeichnet werden (G. Steinmann, in: St.Galler Kommentar zu Art. 29 BV, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2008, Rz. 18 zu Art. 29 mit Hinweis auf BGE 124 I 274 E. 3e). Dies zeigt sich insbesondere beim Erlass eines Gestaltungsplans. Diesem liegt das Planungsziel zugrunde, dass damit eine vorzüglich gestaltete Überbauung ermöglicht werde, die im Rahmen der Regelbauweise nicht realisierbar wäre. Auch wenn dafür anders als beim Zonenplan der Anstoss für den Erlass regelmässig von der Bauherrschaft ausgeht, die im Plangebiet ein konkretes Bauvorhaben verwirklichen will, bleibt die Planhoheit selbst beim projektbezogenen Sondernutzungsplan

allein bei der zuständigen Planungsbehörde (VerwGE B 2011/53 vom 14. Februar 2012 E. 4.1.2, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch). Ihre Aufgabe ist es dabei, die Interessen des Bauherrn und der betroffenen Nachbarn mit den Zielen und Planungsgrundsätzen des Raumplanungsrechts so in Übereinstimmung zu bringen, dass mit dem Plan eine städtebaulich vorzügliche Gestaltung erreicht werden kann. Der Gestaltungsplan ist also nicht in erster Linie dafür da, der Bauherrschaft zu ermöglichen, ihr Bauvorhaben ihren Wünschen und Bedürfnissen entsprechend zu ermöglichen. Er soll die unterschiedlichen Interessen vielmehr gleichermaßen berücksichtigen. Dabei zeigt sich der projektbezogene Aspekt darin, dass im Rahmen der Grundordnung von der Regelbauweise abgewichen werden darf (GVP 1997 Nr. 69 S. 149 f.), während der öffentlich-rechtliche Charakter darin liegt, dass mit dem Plan eine im öffentlichen Interesse liegende städtebaulich vorzügliche Gestaltung erreicht werde. Dafür kann der Plan auch gegen den Willen einzelner Grundeigentümer verfügt werden, selbst wenn es dabei nötig werden sollte, dass diese dafür enteignet werden (Art. 28 Abs. 3 und 4 BauG; VerwGE B 2011/53 vom 14. Februar 2012 E. 4.1.2, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch).

3.6.2. Bei der Wahrung öffentlicher Interessen besteht demnach grundsätzlich keine Ausstandspflicht. Nehmen Personen in ihrer Funktion als Behördenmitglieder in einer bestimmten Angelegenheit öffentliche Interessen wahr, liegt folglich auch kein Ausstandsgrund vor. Aus diesem Grund bleibt die Planungsbehörde genauso zuständig, wenn die Planungsmassnahme ein eigenes Grundstück betrifft, wie wenn eine politische Gemeinde als Baubehörde ein eigenes Baugesuch behandeln muss (VerwGE B 2010/96 vom 14. Oktober 2010 E. 3.1.3, VerwGE B 2011/182 vom 3. Juli 2012 E. 3.3 f. mit Hinweisen, beide abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch). In solchen Fällen wird im Kanton St.Gallen die Zuständigkeit zur Erteilung der Baubewilligung nicht an eine kantonale Behörde übertragen. Auch übt die Rekursinstanz ihr Ermessen nicht anstelle der örtlichen Planungsbehörde aus (VerwGE B 2011/182 vom 3. Juli 2012, E. 3.4, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch). Allein die Tatsache, dass das Grundstück der Politischen Gemeinde St.Gallen gehört, begründet also keinen Ausstandsgrund. Aus dem Gesagten folgt, dass der Stadträtin Elisabeth Beéry keine unzulässige Befangenheit vorgeworfen werden kann, bloss weil sie in ihrer Funktion als Vorsteherin der Direktion Bau und Planung und darauf als Vertreterin der Planungsbehörde Einsitz in den Beurteilungsgremien bezüglich der Erarbeitung der Vorprojekte hatte.

3.7. Einer vertiefteren Betrachtung bedarf dagegen die Rolle von Thomas Scheitlin, der als Stadtpräsident Behördenmitglied und als Verwaltungspräsident der Genossenschaft Olma Messen St.Gallen gleichzeitig Organ dieser Gesellschaft ist.

3.7.1. Die Politische Gemeinde St.Gallen verfolgt zumindest teilweise öffentliche Interessen, indem sie das der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zugeteilte Grundstück der Genossenschaft Olma Messen St.Gallen im Baurecht überlassen hat, die ihrerseits eine Tätigkeit ausübt, die zumindest zum Teil im öffent-

lichen Interesse liegt und öffentliche Bedürfnisse befriedigt (zur Zonenkonformität der geplanten Nutzung siehe weiter hinten). Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt die Genossenschaft, im öffentlichen Interesse der Ostschweiz die Durchführung der Olma Schweizer Messe für Landwirtschaft und Ernährung sowie weiterer Messen aller Art, die Organisation von Tagungen, Kongressen und Veranstaltungen, die Vermietung der eigenen Infrastruktur für Veranstaltungen aller Art durchzuführen und jegliche Dienstleistungen im Zusammenhang mit Messen, Tagungen, Kongressen und anderen Veranstaltungen zu erbringen (www.afhn.sg.ch). In der Genossenschaft Olma Messen St.Gallen haben sich sodann mehrere Gemeinwesen und Private als Mitglieder zur Besorgung einer öffentlichen Aufgabe zusammengeschlossen. Alsdann ist statutarisch festgelegt, dass die Politische Gemeinde St.Gallen zwei, der Kanton St.Gallen einen Vertreter in den Verwaltungsrat der Genossenschaft abordnet. Damit handelt es sich um eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung, wobei die Verbindung von Gewinnerzielung und Gemeinwohlziel im Unternehmenszweck typisch ist (D. Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Diss. Zürich 2000, S. 44). In dieser Sichtweise dient der angefochtene Gestaltungsplan den öffentlichen Interessen.

3.7.2. Ein Behördenmitglied hat wie gesagt von Gesetzes wegen in den Ausstand zu treten, wenn es Organ einer an der Angelegenheit beteiligten Person ist. Die kantonale Regelung gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b VRP geht damit weiter als die bundesrechtliche. Dies ist insofern unproblematisch, als der Anspruch auf Beurteilung einer Angelegenheit durch eine unbefangene und unparteiliche Behörde prozessualer Natur ist und damit grundsätzlich in die Regelungsbefugnis der Kantone fällt, zumindest soweit, als es sich wie vorliegend um ein Verfahren vor einer kantonalen Behörde handelt (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 173). Somit hat der Stadtpräsident, Abgeordneter der Stadt St.Gallen in den Verwaltungsrat der Genossenschaft Olma Messen St.Gallen, bei Geschäften, welche die Genossenschaft betreffen, unabhängig von einem allfälligen persönlichen Interesse gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a VRP in den Ausstand zu treten. Wegen des klaren Wortlauts von Art. 7 Abs. 1 lit. b VRP ist dem so, auch wenn der Stadtpräsident nicht in den Ausstand treten müsste, wenn die Stadt der Genossenschaft kein Baurecht gegeben und sie das Grundstück selbst als Grundeigentümerin und Bauherrin überbauen würde bzw. den Gestaltungsplan selbst initiiert hätte.

3.7.3. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 verweisen in diesem Zusammenhang auf den – allerdings kritisierten – Entscheid des Bundesgerichts BGE 103 Ib 134. Darin wird festgestellt, dass grundsätzlich keine Ausstandspflicht bestehe, wenn ein Behördenmitglied, welches das Gemeinwesen zugleich in einem öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vertrete, an Entscheiden mitwirke, welche die Interessen des Unternehmens berühren könnten (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 180 mit Hinweis auf die kritischen Lehrmeinungen zu BGE 103 Ib 134). Diesem Bundesgerichtsentscheid lag eine Verfügung des Veterinäramts des Kantons St.Gallen vom 29. Oktober 1975 bzw. ein Beschwerdeentscheid der Regie-

rung des Kantons St.Gallen vom 22. Juni 1976 zugrunde. Jener Fall lag in Bezug auf den Sachverhalt aber insofern anders, als der Kantonstierarzt von der Verfügung gegen den betroffenen Schweinemastbetrieb selber nicht direkt betroffen war. Das Bundesgericht bestätigte seine Entscheidung betreffend den Kanton St.Gallen in BGE 107 Ia 135 E. 2b nochmals, als es die Frage beurteilen musste, ob zwei Zürcher Regierungsräte in einem Rechtsmittelverfahren befangen seien, das auch ein Elektrizitätswerk betraf, bei dem sie von Amtes wegen Mitglieder des Verwaltungsrats waren (Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St.Gallen 2012, Rz. 523 f.). Dieser Entscheidung ist für den vorliegenden Fall jedoch ebenfalls nicht einschlägig, da dort auf Art. 10 Abs. 1 lit. a VwVG bzw. das persönliche Interesse am Ausgang des Verfahrens Bezug genommen wird, während Art. 7 Abs. 1 lit. b VRP den Ausstand unabhängig davon allein wegen der nahen Beziehung zu Beteiligten bzw. zum Streitgegenstand vorschreibt.

3.7.4. Benjamin Schindler kommt sodann unabhängig von Art. 7 Abs. 1 lit. b VRP zum Schluss, dass Doppelrollen grundsätzlich problematisch seien. Nach ihm hat ein solcher Doppelfunktionär zumindest dann in den Ausstand zu treten, wenn er insoweit vorbefasst ist, als er sich bereits – wie vorliegend – im Führungsorgan des Unternehmens mit derselben Angelegenheit zu befassen hatte und dabei eine ähnliche oder qualitativ gleiche Frage zu beurteilen war (Schindler, a. a. O., S. 174 f.). Dazu kommt, dass sich ein Behördenmitglied, auch wenn es sich bei diesem um einen vom Gemeinwesen nach Art. 926 des Obligationenrechts (SR 220, abgekürzt OR) abgeordneten Interessenvertreter handelt, womit es dank institutioneller Absicherungen einem allfälligen Interessenkonflikt grundsätzlich nicht ausgesetzt wäre, wegen seiner Mitgliedschaft im Exekutivorgan der betroffenen Gesellschaft gleichwohl mit dieser identifiziert. Dies gilt insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden, wo der abgeordnete Vertreter das Exekutivorgan der Gesellschaft präsidiert. In einer solchen Konstellation ist die Gefahr einer Befangenheit stark erhöht, weshalb an deren Nachweis im Einzelfall keine hohen Anforderungen mehr gestellt werden müssen (a. a. O., S. 179).

3.7.5. Aus dem Gesagten folgt, dass beim Beschluss über die Einsprachen zwar nicht die damalige Stadträtin, jedoch der Stadtpräsident als befangen erscheint bzw. beim Entscheid über die Einsprachen gegen den Sondernutzungsplan in den Ausstand hätte treten müssen. Da der Anspruch auf Einhaltung der Ausstandsregeln formeller Natur ist, ist der Entscheid, der in Verletzung dieser Bestimmungen zustande gekommen ist, im Anfechtungsfall ohne materielle Prüfung aufzuheben.

In Anbetracht der Tragweite, der Bedeutung und des Umfangs des geplanten Bauvorhabens und mit Blick darauf, dass sich die gleichen bzw. ähnliche Rechtsfragen erneut stellen werden, wenn der Stadtrat in korrekter Zusammensetzung über die Einsprachen befinden wird, rechtfertigt es sich, den vorliegenden Sondernutzungsplan auch hinsichtlich der anderen formellen und materiellen Einwände zu überprüfen, wie es die Vorinstanz auch getan hat.

48

Art. 18 VRP (sG 951.1). Nachdem der Schulrat nicht darlegt, inwiefern das Tragen eines Kopftuches den geordneten Schulalltag tatsächlich stört, überwiegt das durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützte Interesse der Tochter der Beschwerdeführer, das Kopftuch – trotz entsprechendem Verbot in der Schulordnung – für die Dauer des Verfahrens in der Schule tragen zu dürfen.

Verwaltungsgericht, Pr s idialentschweizer November 2013

A. (geb. 19. Dezember 2001) ist seit Sommer 2013 schulpflichtig in der 6. Klasse. Am 12. August 2013, dem ersten Tag nach den Sommerferien, erschien sie in Begleitung ihres Vaters mit einem Kopftuch in der Schule. Die Schulleiterin wies darauf hin, die Schulordnung untersage das Tragen eines Kopftuches. In der Folge lehnte der Vater eine Beschulung seiner Tochter im Gruppenraum ab und kehrte mit ihr gemeinsam nach Hause zurück. Noch am gleichen Tag fand ein Gespräch zwischen dem Vater, dem Präsidenten und dem Vizepräsidenten des Schulrates sowie dem Schulsekretär statt. Dabei wurde der Vater aufgefordert, seine Tochter umgehend wieder in die Schule zu schicken, und zwar ohne Kopfbedeckung. Anlässlich des Gesprächs wurde ihm sodann eine Verfügung ausgehändigt, worin er (nochmals) auf das Kopfbedeckungsverbot der Schulordnung sowie die Schulpflicht aufmerksam gemacht und sodann festgehalten wurde, eine Ausnahme von dieser Regelung sei nicht vorgesehen. Seither nimmt A. am Schulunterricht nicht mehr teil. Sie erarbeitet den Schulstoff zu Hause.

Gegen die Verfügung vom 12. August 2013 liessen die Eltern von A., vertreten durch den Islamischen Zentralrat Schweiz, mit Eingabe vom 21. August 2013 Rekurs beim Bildungsdepartement erheben. Am 25. September 2013 ersuchte der Vertreter sodann darum, es sei A. ab sofort wieder zum Unterricht zuzulassen und für die Dauer des Verfahrens auf die Einhaltung des Kopftuchverbots zu verzichten. Mit Entscheid des Bildungsdepartements des Kantons St. Gallen vom 30. September 2013 wurde das Gesuch, das Kopftuch während des laufenden Rekursverfahrens tragen zu dürfen, abgewiesen. Der Präsident des Verwaltungsgerichts heisst die gegen das vorsorgliche Verbot erhobene Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 18 Abs. 1 VRP können zur Erhaltung des Zustands oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen getroffen werden. Ihre Regelungswirkung ist beschränkt auf die Dauer des Hauptverfahrens. Sie tragen dem Umstand Rechnung, dass bis zum Entscheid in der Hauptsache geraume Zeit vergehen kann, während das öffentliche Interesse oder ein privates Interesse oft ein sofortiges Einschreiten der zuständigen Behörde erheischen (Kölz/Boss-

hart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, N 5 f. zu § 6).

Aufgrund der Akzessorietät zur Hauptsache können vorsorgliche Massnahmen nur zum Schutz von Interessen angeordnet werden, die innerhalb des durch die spätere Hauptanordnung bestimmten Streitgegenstands liegen (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 1 zu Art. 27; Kölz/Röhl/Bosshart, a. a. O., N 17 zu § 6). Die vorsorgliche Massnahme muss ausserdem durch ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (Kölz/Bosshart/Röhl, a. a. O., N 10 f. zu § 6; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a. a. O., N 12 zu Art. 27). Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung können unter Umständen auch die Erfolgsaussichten in der Hauptsache beleuchtet werden. Dabei drängt sich jedoch Zurückhaltung auf; der Einbezug der Erfolgsaussichten soll die Ausnahme bleiben. In der Regel sollten sie nur dann ins Gewicht fallen, wenn die Sach- und Rechtslage eindeutig erscheint und die Privatinteressen der von einer vorsorglichen Anordnung betroffenen Person nicht gering sind (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a. a. O., N 12 zu Art. 27).

3. Vorliegend ist mit der Vorinstanz als Inhalt der Verfügung vom 12. August 2013 die Weigerung des Beschwerdegegners anzusehen, A.Z. vom Kopfbedeckungsverbot gemäss Art. 14 Abs. 2 der Schulordnung der Schulgemeinde Q. zu dispensieren. Zu Recht erkannte die Vorinstanz denn auch in der Eingabe vom 25. September 2013 ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme dahingehend, das Tragen des Kopftuches für die Dauer des Rekursverfahrens zu erlauben. Dies könnte vorsorglich erwirkt werden, bildet doch eine (generelle und dauerhafte) Dispens vom Kopfbedeckungsverbot (auch) Streitgegenstand im Hauptverfahren.

4. Das Tragen des islamischen Kopftuches ist bei einer Muslimin, deren Bekenntnis zum Islam glaubhaft erscheint, Ausdruck religiöser Überzeugung, womit es unter dem Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) steht (BGer 2C_794/2012 vom 11. Juli 2013 E. 4.2). Im vorzitierten Entscheid ging das Bundesgericht sodann davon aus, ein generelles Verbot, das Kopftuch auf dem Schulareal tragen zu dürfen, stelle für die betroffenen Schülerinnen einen schweren Eingriff in das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit dar (a. a. O., E. 5.2). Somit ist auch hier von einem nicht zu unterschätzenden Nachteil für die Tochter der Beschwerdeführer auszugehen. Die Vorinstanz bestreitet an sich nicht, dass die Tochter der Beschwerdeführer das Kopftuch aus (eigener) religiöser Überzeugung trägt. Sie macht einzig geltend, es sei nicht einzusehen, inwiefern das Interesse am Tragen des Kopftuches hier beeinträchtigt sein soll, nachdem die religiöse Pflicht erst ab dem ersten Auftreten der Monatsregel bestehe, was indessen bei A.Z. noch nicht der Fall sei. Dem ist jedoch (schon hier) entgegenzuhalten, dass es nicht an den staatlichen Instanzen liegen kann, über den genauen Gehalt von religiösen Verhaltensweisen zu

befinden, soweit deren religiöser Charakter dem gruppenspezifischen Selbstverständnis entspricht und die Berufung darauf nicht missbräuchlich erscheint (vgl. dazu Y. Hangartner, Wenig Verständnis für die Religionsfreiheit, in: AJP 2013, S. 4). Somit kann nicht massgebend sein, ob der Koran das Tragen des Kopftuchs erst ab der Geschlechtsreife vorschreibt oder empfiehlt. Entscheidend ist allein, dass beziehungsweise ob es eine Muslimin als Ausdruck ihres Glaubens empfindet. Zudem befindet sich A. Z. in einem Alter, in dem mit dem Eintritt der Geschlechtsreife gerechnet werden kann, sodass ihr Verhalten auch nicht als missbräuchlich anzusehen ist. Im Unterschied zur Vorinstanz ist somit das Kopftuchverbot im Schulunterricht als (schwerer) Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Tochter der Beschwerdeführer anzusehen. In Betracht fällt weiter, dass ihr die Beschulung im Klassenverband verwehrt ist, wenn sie das Kopftuch tragen will. Sie scheint im Moment nicht in den Genuss eines ausreichenden Grundschulunterrichts zu kommen. Hinzu kommt, dass die Situation für das erst 12 Jahre alte Mädchen fraglos sehr belastend ist. Sie befindet sich im Konflikt, sich entweder an das staatliche Verbot zu halten und damit einem religiösen Gebot zuwiderhandeln zu müssen oder das Verbot zu negieren, dafür aber ihrem Glauben auch im Schulunterricht Ausdruck zu verleihen. Dieses Spannungsverhältnis – das zumindest latent auch im Verhältnis zu ihren Eltern besteht – ist gewiss nicht im Sinn des Kindeswohls. Den erwähnten privaten Interessen steht die Einhaltung der Schulordnung gegenüber. Ob dieser Erlass eine genügende gesetzliche Grundlage für den Eingriff darstellt, wird im Hauptverfahren zu klären sein; Gleiches gilt im Übrigen für die Frage, ob der Erlass gehörig publiziert worden ist. Das Kopfbedeckungsverbot wird (im angefochtenen Entscheid) mit dem öffentlichen Interesse an der Sicherstellung des geordneten Schulbetriebs und dem ungestörten Erfüllen der Schulpflicht begründet. Es steht ausser Frage, dass ein solches Interesse besteht. Der Beschwerdegegner legt jedoch nicht konkret dar, inwiefern durch das Tragen des Kopftuches der geordnete Schulalltag tatsächlich gestört wird und der (schwere) Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit erforderlich ist. Auch der angefochtene Entscheid setzt sich damit nicht auseinander. Ohne solchen Nachweis überwiegt jedoch das (von der Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützte) Interesse am Tragen des Kopftuches. Auch trägt eine Dispens vom Kopftuchverbot für die Dauer des Verfahrens dem Kindeswohl (besser) Rechnung. Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen, und der Tochter der Beschwerdeführer ist das Tragen des Kopftuches im Schulunterricht während der Dauer des Rekursverfahrens zu erlauben.

49

Art. 58 Abs. 1 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 lit. a VRP (sGS 951.1). In Rechtsmittelverfahren der verwaltungsinternen Rechtspflege gelten die Gerichtsferien nicht. Das Verschulden des Rechtsvertreters, der davon ausging, die Gerichtsferien gälten auch im Rekursverfahren vor dem Baudepartement, wiegt nicht leicht. Sein Wiederherstellungsgesuch wurde deshalb zu Recht abgewiesen.

Verwaltungsgericht, November 2013

→ Das Bundesgericht hat die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten am 20.11.2014 abgewiesen (1C_878/2013).

Die Beschwerdeführer erhoben den Rekurs vor dem Baudepartement nach Ablauf von 14 Tagen. Ihr Rechtsvertreter ersuchte unter Hinweis auf die Gerichtsferien um Wiederherstellung der Frist. Das Baudepartement trat auf den Rekurs unter Abweisung des Gesuches um Wiederherstellung wegen Verspätung nicht ein. Das Verwaltungsgericht weist die gegen den Rekursentscheid erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Ansicht der Beschwerdeführer hat die Vorinstanz ihre Argumente nicht gehört und den angefochtenen Entscheid ungenügend begründet. Sie habe apodiktisch festgehalten, aus Wortlaut und Systematik des VRP sei ersichtlich, dass die Gerichtsferien für den Rekurs ans Baudepartement nicht gelten würden. Damit habe die Vorinstanz ihren Standpunkt bestätigt, ohne sich mit den Argumenten der Beschwerdeführer auseinanderzusetzen.

2.1. Die in Art. 58 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP gesetzlich verankerte Pflicht, Rekursentscheide zu begründen, ist Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung, SR 101; vgl. Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 838). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Begründungspflicht verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn er sich über die Tragweite eines Entscheids ein Bild machen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen. Die Begründungspflicht geht indessen nicht so weit, dass sich die Behörde ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Es genügt, wenn sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränkt (vgl. z. B. BGer I 3/05 vom 17. Juni 2005 E. 3.1.3; BGE 138 V 32 E. 2.2 mit Hinweisen;

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2003, Rz.1053 ff.).

2.2. In ihrem Entscheid brachte die Vorinstanz unmissverständlich und unter Hinweis auf die relevanten Gesetzesbestimmungen zum Ausdruck, dass die Gerichtsferien im Rekursverfahren vor Verwaltungsbehörden nicht gelten (Erw.2.1 und 3.2). Sie legte ihre eigene Rechtsauffassung dar und widersprach damit der gegenteiligen Ansicht der Beschwerdeführer. Die Vorinstanz hat sich in zulässiger Weise darauf beschränkt, die für ihren Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte darzutun. Die Beschwerdeführer konnten ohne Weiteres erkennen, von welchen Überlegungen sie sich leiten liess, und den Entscheid sachgerecht anfechten. Die Begründungspflicht ist nicht verletzt; der (Eventual-)Antrag um Rückweisung an die Vorinstanz ist abzuweisen.

3. Der am 1. Januar 2011 im Rahmen der Einführungsgesetzgebung zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (sGS 961.2, vgl. nGS 45–99) in Kraft getretene Art. 30 VRP hält in Abs. 2 lit. a fest, dass die Gerichtsferien im Verfahren vor Verwaltungsbehörden nicht gelten. Gleiches sah bereits die Vorgängerbestimmung vor. Nach Ansicht der Beschwerdeführer kann aus der grammatikalischen und gesetzessystematischen Auslegung des VRP nicht abgeleitet werden, dass ein Rekursverfahren vor dem Baudepartement als Verfahren vor den Verwaltungsbehörden gilt. Vielmehr handle es sich um ein Verfahren im Rahmen des Rechtsschutzes in Verwaltungsstreitsachen. In diesen Verfahren würden die Gerichtsferien grundsätzlich – mit den Ausnahmen von lit. b-d der genannten Bestimmung – gelten.

3.1. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (VerwGE B 2011/186 vom 15. Dezember 2011 E. 4.2.2, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch; zur konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. z. B. BGE 134 II 249 E. 2.3 oder 131 II 702 E. 4.1). Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm, ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 130 II 211 E. 5.1; 129 II 118 E. 3.1; 125 II 196 E. 3a, je mit Hinweisen). Das Bundesgericht lässt sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten und stellt nur dann allein auf das grammatikalische Element ab, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt (z. B. BGE 139 V 250 E. 4.1; 134 II 249 E. 2.3; 124 II 376 E. 5 mit Hinweisen).

3.2. Zunächst ist auf den Wortlaut der Bestimmung einzugehen. Der Begriff der Verwaltungsbehörde ist im VRP nicht näher umschrieben. Es handelt sich mithin um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Bedeutung durch Auslegung zu ermitteln ist.

Nach der herrschenden Lehre besorgen die Verwaltungsbehörden den nicht-streitigen Vollzug von verwaltungsrechtlichen Normen. Im Rahmen der verwal-

tungsinternen Entscheidung über Verwaltungsrechtsstreitigkeiten üben sie auch eine rechtsprechende Tätigkeit aus (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 47, vgl. auch F. Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 21; B. Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel 1992, Bd. 1, N 4; ferner Th. Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, § 4 N1).

Beim kantonalen Baudepartement handelt es sich unzweifelhaft um eine Verwaltungsbehörde. Aus dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 2 lit. a VRP ist demnach zu schliessen, dass die Gerichtsferien für den Rekurs an das Baudepartement nicht gelten.

3.3. Die Beschwerdeführer wollen durch eine systematische Auslegung des VRP zum gegenteiligen Ergebnis gelangen. Das Gesetz unterscheide klar zwischen den Verfahren vor Verwaltungsbehörden (Überschrift des zweiten Teils) und dem Rechtsschutz in Verwaltungsstreitsachen (Überschrift des dritten Teils). Durch Art. 58 Abs. 1 VRP komme im Rechtsmittelverfahren der zweite Teil des Gesetzes über das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden ergänzend zur Anwendung. Aus Gründen der Logik folge aus dem Verweis von Art. 58 Abs. 1 VRP auf das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden in Bezug auf Art. 30 Abs. 2 lit. a VRP nichts anderes, als dass nur in den Verfahren vor den Verwaltungsbehörden (gemäss zweitem Teil) die Gerichtsferien nicht gälten. Alles andere würde einen sog. Zirkelschluss bedeuten, denn durch Art. 58 Abs. 1 VRP könne der Formulierung «Verfahren vor Verwaltungsbehörden» nicht auf einmal eine weitergehende Bedeutung zukommen als dies im zweiten Teil des Gesetzes in Art. 30 Abs. 2 lit. a VRP vorgesehen sei. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und dem Rechtsschutz dürfe nicht verwischt werden.

3.3.1. Das VRP regelt im zweiten Teil in den Art. 6 bis Art. 31bis das Verfahren vor Verwaltungsbehörden. Der dritte Teil (Rechtsschutz in Verwaltungsstreitsachen; Art. 32 bis Art. 93septies) behandelt die Organisation, die allgemeinen Vorschriften für das Verfahren vor Gerichten, den Rekurs, die Beschwerde, die öffentlich-rechtliche Klage, das Begehren um Wiederaufnahme des Verfahrens, die Rechtsverweigerungsbeschwerde, den Rechtsschutz gegen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht sowie die Erläuterung und Berichtigung von Entscheiden.

Als Organe der Verwaltungsrechtspflege bezeichnet Art. 32 VRP die oberste Verwaltungsbehörde einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt (lit. a), die Verwaltungsrekurskommission und das Versicherungsgericht (lit. b), die Regierung (lit. c), die Departemente (lit. c^{bis}), das Verwaltungsgericht (lit. d) sowie den Einzelrichter des Kreisgerichtes, das Kreisgericht und das Kantonsgericht (lit. e).

3.3.2. Im Abschnitt über den Rekurs wird festgehalten, dass unter anderem Verfügungen und Entscheide der Verwaltungsbehörden des Staates – mit Ausnahme derjenigen des Erziehungsrates, des Universitätsrates, des Rates der Pädagogischen Hochschule des Kantons St.Gallen, des Verwaltungsrates der Spitalver-

bunde und des Gesundheitsrates – beim zuständigen Departement angefochten werden können, sofern nicht der Weiterzug an die Verwaltungsrekurskommission, an das Versicherungsgericht oder an die Regierung offensteht (vgl. Art. 43bis Ingress und lit. b VRP). Art. 58 Abs. 1 VRP hält fest, dass sich der Rekurs sachgemäss nach den Vorschriften des zweiten Teils über das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden richtet, sofern der Abschnitt über den Rekurs nichts anderes bestimmt.

3.3.3. In sachgemässer Anwendung der Bestimmung von Art. 30 Abs. 2 lit. a VRP – wonach die Gerichtsferien vor den Verwaltungsbehörden nicht gelten – auf das Rekursverfahren ergibt sich, dass die Gerichtsferien nicht gelten, wenn es sich bei der Rekursinstanz – wie hier – um eine Verwaltungsbehörde handelt.

Eine anderweitige systematische Auslegung scheidet aus. Die angeblich strikte Unterscheidung zwischen Verfahren vor Verwaltungsbehörden und Rechtsmittelverfahren hat der Gesetzgeber durch die Verweisnorm von Art. 58 VRP gewollt durchbrochen. Dass der Gehalt einer Bestimmung durch sachgemässe Anwendung auf ein anderes Verfahren erweitert wird, ist regelmässig der Fall. Ein logischer Fehler im Sinne eines Zirkelschlusses lässt sich darin entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht erkennen.

3.4. Das historische Auslegungselement ist vorliegend gleichzusetzen mit einer geltungszeitlichen Herangehensweise, da die Bestimmung von Art. 30 VRP in ihrer heutigen, im Wesentlichen unveränderten Form erst im Kontext der Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts in das VRP aufgenommen worden ist (vgl. Art. 25 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 15. Juni 2010, in Kraft seit 1. Januar 2011, sGS 961.2). Zuvor war der hier interessierende Fristenstillstand in den Art. 77 ff. des Gerichtsgesetzes (sGS 941.1, abgekürzt GerG) geregelt worden. In seiner früheren Fassung hat Art. 30 VRP auf das GerG verwiesen und ergänzend festgehalten, dass die Gerichtsferien im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden nicht gelten (Neudruck in der Fassung vom April 2007, nGS 42–56). Daran hat der Gesetzgeber anlässlich der Revision von Art. 30 VRP offensichtlich und bewusst festgehalten.

Die anderweitigen Vorbringen der Beschwerdeführer gehen an der Sache vorbei. Insbesondere ist nicht von Belang, ob das Institut der Gerichtsferien aus dem Blickwinkel des Gerichts resp. der Behörde oder des Rechtssuchenden zu betrachten ist.

3.5. In Bezug auf Sinn und Zweck von Art. 30 Abs. 2 lit. a (i. V. m. Art. 58 Abs. 1) VRP ist auf die grundlegende Unterscheidung zwischen verwaltungsinterner und -externer Verwaltungsrechtspflege hinzuweisen. Erstere bezweckt die Überprüfung von Verwaltungshandlungen durch eine übergeordnete Verwaltungsinstanz. Die entscheidende Behörde ist Teil der hierarchisch aufgebauten Verwaltungsorganisation. Im Gegensatz dazu sind die Behörden der gerichtlichen (und somit verwaltungsexternen) Verwaltungsrechtspflege gegenüber dem Parlament und der Regierung und deren Verwaltungsbehörden unabhängig (Art. 55 Abs. 2 der Kantonsverfassung, sGS 111.1; vgl. z. B. auch Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 12; Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 1735 und 1857).

Das VRP folgt in Bezug auf die Gerichtsferien genau dieser Unterscheidung. Diese sollen nur in Verfahren vor verwaltungsexternen Rechtspflegebehörden gelten, in verwaltungsinternen (Rechtsmittel-)Verfahren hingegen nicht. Dies gilt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer auch für Verfahren vor der Regierung (VerwGE B 2012/21 vom 15. Oktober 2012 E. 3.3.4., abrufbar unter www.gerichte.sg.ch). Die gesetzlich vorgenommene Differenzierung folgt einem logisch nachvollziehbaren und sachgerechten Kriterium. Diese ergibt sich im Übrigen bereits aus dem Wortlaut der «Gerichts»ferien. Sinn und Zweck der Norm ist es gerade, die Gerichtsferien auf die verwaltungsexternen, gerichtlichen Verfahren zu beschränken.

3.6. Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der grammatikalischen, systematischen, historischen (und zugleich geltungszeitlichen) sowie teleologischen Auslegung, dass die Gerichtsferien im Rekursverfahren vor Departementen nicht gelten, da es sich bei diesen um Verwaltungsbehörden handelt. Generell lässt sich festhalten, dass die Gerichtsferien im Rahmen der verwaltungsinternen Rechtspflege keine Anwendung finden. Dies entspricht der konstanten Verwaltungsrechtsprechung wie auch der einschlägigen Lehrmeinung (VerwGE B 2006/160 vom 30. November 2006 E. 2.b sowie B 2012/21 vom 15. Oktober 2012 E. 3.3.4., beide abrufbar unter www.gerichte.sg.ch; ferner Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 905).

Es bleibt damit bei der vorinstanzlichen Feststellung, wonach der Rechtsvertreter mit seinen Eingaben vom 18. April 2013 die am 9. April 2013 abgelaufene Rekursfrist verpasst hat.

4. Nach Ansicht der Beschwerdeführer hätten sie in der Rechtsmittelbelehrung der Einspracheentscheide darauf hingewiesen werden müssen, dass die Gerichtsferien im Rekursverfahren nicht gelten. Die in Art. 30 Abs. 3 VRP vorgesehene Befreiung von der Hinweispflicht könne sich nicht auf den verwaltungsinternen Rechtsschutz in Verwaltungsstreitsachen beziehen.

Gemäss Art. 30 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 lit. a VRP muss nicht darauf hingewiesen werden, dass die Gerichtsferien im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden nicht gelten. Das Baudepartement ist eine Verwaltungsbehörde; dies wurde bereits festgehalten (vgl. oben, E. 3.2). Daran ändert – wie ebenfalls aufgezeigt worden ist – nichts, dass es im vorliegenden Fall funktionell als verwaltungsinterne Rechtsmittelbehörde tätig geworden ist. Dass damit auch die Gerichtsferien nicht gelten, geht bereits aus dem Gesetzestext hervor. Die entsprechende Erkenntnis ist (im Gegenteil zur anderslautenden Rechtsauffassung der Beschwerdeführer) nicht Resultat eines komplexen Auslegungsvorgangs, sondern einer einfachen Konsultation des Gesetzes. Eine Hinweispflicht bestand gemäss dem klaren Gesetzeswortlaut nicht.

5. Gemäss Art. 30ter Abs. 1 VRP kann eine versäumte Frist wiederhergestellt werden, wenn der Verfahrensgegner zustimmt. Die Vorinstanz hat auf die Einholung einer Stellungnahme verzichtet mit der Begründung, dass sie das Wiederherstellungsgesuch ohnehin abgelehnt hätte. Die Beschwerdegegnerin stellte sich in

ihrer Stellungnahme im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zudem explizit gegen die Wiederherstellung (act. 12).

Art. 30 Abs. 1 VRP verweist auf Art. 148 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272). Demnach kann die Frist einer säumigen Partei wiederhergestellt werden, wenn sie glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Abs. 2 der gleichen Bestimmung sieht sodann vor, dass das Gesuch innert 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen ist.

5.1. Unverschuldet ist die Fristversäumnis, wenn die Einhaltung aus subjektiven oder objektiven Gründen unmöglich war. Zu denken ist an eine plötzliche, schwere Erkrankung des Betroffenen (resp. seines Rechtsvertreters), pflichtwidriges Verhalten der Post, Epidemien oder Katastrophenfälle (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1139). Solche Begebenheiten liegen hier offensichtlich nicht vor.

5.2. Bei leichtem Verschulden liegt der Entscheid über die Wiederherstellung im pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Behörde (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1138). Das Verwaltungsgericht nimmt keine Ermessenskontrolle wahr; seine Kognition beschränkt sich darauf, die Einhaltung des Ermessensspielraums zu überprüfen (Art. 61 Abs. 1 VRP).

5.2.1. Die Vorinstanz lastete dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer eine Nachlässigkeit an, die nicht mehr als leichtes Verschulden qualifiziert werden könne (E. 3.2). Er habe sich offenkundig im Irrtum über die Geltung der Gerichtsferien befunden, was angesichts des klaren Wortlauts von Art. 30 Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 58 VRP nicht entschuldbar sei.

5.2.2. Es ist nicht auszumachen, inwiefern darin ein Ermessensfehler liegen soll. Die Auslegung der massgeblichen Gesetzesbestimmungen ist klar und eindeutig. Dass die Gerichtsferien vor verwaltungsinternen Rekursinstanzen nicht gelten, ist keine Verwaltungspraxis, die der Rechtsvertreter nicht kennen musste. Er weiss genau, dass hierbei zwischen verwaltungsinterner und -externer Rechtspflege differenziert wird. Diese gesetzlich getroffene Unterscheidung ist kein sachfremdes Kriterium, sondern ist dem Rechtskundigen gemeinhin geläufig. Selbst wenn das Gesetz auslegungsbedürftig wäre, entspräche es im Bereich der gesetzlichen Fristen, an deren Einhaltung anerkanntermassen und notwendigerweise strenge Anforderungen gestellt werden, nicht der zu erwartenden Sorgfalt, einfach das für sich günstigere Auslegungsergebnis zu wählen und letztlich auf die Wiederherstellung zu vertrauen.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid genügend begründet und das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer nicht verletzt. Die Gerichtsferien gelten in verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren nicht. Die gesetzlichen Grundlagen sind eindeutig. Der angefochtene Nichteintretensentscheid erweist sich als korrekt; die Wiederherstellung der Rekursfrist wurde zu Recht verweigert.

50

Art. 64 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Die Beschwerde gegen einzelne Maturitätsprüfungsnoten setzt ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung der Note voraus. Das Rechtsschutzinteresse muss einen praktischen Nutzen beinhalten, das heisst eine erfolgreiche Beschwerde muss zur Abwendung materieller, ideeller oder sonstiger Nachteile führen. Da die Beschwerdeführerin nicht hinreichend dargetut, welcher Nachteil ihr durch die Prüfungsnote von 4,5 im Fach Biologie erwächst, wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Verwaltungsgericht, 14. Februar 2013

Die Beschwerdeführerin (geb. 1993) besuchte im Schuljahr 2011/12 die 6. Gymnasialklasse. Der Rektor des Gymnasiums teilte ihr am 30. August 2011 mit, sie habe an der Vormaturaprüfung im Fach Biologie die Note 4,5 erzielt. Den dagegen erhobenen Rekurs wies der Erziehungsrat am 22. April 2012 ab. Das Verwaltungsgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1. Die Sachurteilsvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen:

1.1. Vorliegend handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, zumal die Maturitätsprüfungen gemäss Art. 4 des Maturitätsreglements des Gymnasiums Z. unter Aufsicht des Erziehungsrates abgenommen werden (vgl. Cavelti/Vögli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St. Gallen 2003, Rz. 480 ff.). Sie stellt sodann eine Rechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101, abgekürzt BV) dar, weshalb die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts – trotz Art. 23bis des Maturitätsreglements des Gymnasiums Z., wonach der Entscheid des Erziehungsrates abschliessend sei – gegeben ist (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1, abgekürzt VRP]).

Die Beschwerdeeingabe vom 28. April 2012 entspricht zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP).

1.2. Zu prüfen ist sodann, ob die Beschwerdeführerin zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert ist. Gemäss Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP setzt die Legitimation zur Beschwerde ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung des angefochtenen Aktes voraus. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist nachfolgend zu prüfen.

1.2.1. Erforderlich ist ein eigenes Interesse, weil die Verwaltungsgerichtsbarkeit vorab dem Schutz des Bürgers verpflichtet ist. Gegen behördliches Handeln soll

nur einschreiten können, wer auch davon betroffen ist (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 387).

Die Beschwerdeführerin verlangt eine Aufhebung und Neufestsetzung ihrer Vormaturanote in Biologie. Das eigene Interesse ist offensichtlich gegeben, da es beim Rekursentscheid um die Bewertung der eigenen Prüfungsleistung geht, welche ein Bestandteil der gesamten Maturitätsprüfung ist.

1.2.2. Das Rechtsschutzinteresse erfordert die «Schutzwürdigkeit» der geltend gemachten Interessen. Die Rechtsmittelbefugnis ist nicht nur zu bejahen, wenn der Betroffene rechtlich geschützte Interessen geltend macht, sondern auch dann, wenn eine Verfügung oder ein Entscheid ihn in seiner tatsächlichen Interessenstellung mehr berührt als einen beliebigen Dritten oder die Allgemeinheit. Die Beeinträchtigung seiner Interessen muss insofern objektivierbar sein als der Beschwerdeführer in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen muss. Das Rechtsschutzinteresse muss einen praktischen Nutzen beinhalten, d. h. eine erfolgreiche Beschwerde muss zur Abwendung materieller, ideeller oder sonstiger Nachteile führen, die der angefochtene Akt mit sich bringen würde. Der Zugang zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird also durch den Nachweis eines aktuellen materiellen oder ideellen Nachteils eröffnet (vgl. GVP 2006 Nr. 77 E. 1; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 389 ff.). Das Anfechtungsinteresse muss zudem aktuell sein. Dies erfordert, dass die rechtliche oder tatsächliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst wird (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 400 ff.).

Die Beschwerdeführerin erwartet eine Aufhebung und Neufestsetzung ihrer mündlichen Vormaturanote in Biologie. Fraglich ist, ob und inwieweit der Beschwerdeführerin eine Korrektur der Vormaturanote einen praktischen Nutzen bringt und dadurch ein ihr erwachsender Nachteil entfällt.

1.2.2.1. Die Beschwerdeführerin hat im Rechtsmittelverfahren nie geltend gemacht, dass wegen der angefochtenen Biologienote das Bestehen der Maturitätsprüfung infrage gestellt ist. Gemäss der Berichterstattung im St.Galler Tagblatt vom 30. Juni 2012 hat die Beschwerdeführerin die Maturitätsprüfung als Beste mit der Note 5,6 bestanden.

1.2.2.2. Das Maturitätszeugnis wird aufgrund der Leistungen während der Schulzeit (Erfahrungsnoten) und in den schriftlichen und/oder mündlichen Maturitätsprüfungen (Prüfungsnoten) gebildet. Das Fach Biologie ist eines von dreizehn Maturitätsfächern (Art. 5 Maturitätsreglement). Im Fach Biologie findet gemäss Art. 6 f. Maturitätsreglement eine mündliche Prüfung statt. Die Beschwerdeführerin erhielt in der mündlichen Prüfung die Note 4,5. Gemäss den Schulzeugnissen erhielt die Beschwerdeführerin in den letzten zwei Semestern in Biologie die Noten 6,0 und 5,5 (Vorinstanz act. 1a/4). Daraus resultierte die Erfahrungsnote von 5,8 (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. a Maturitätsreglement). Die Maturitätsnote in einem geprüften Fach ist das auf- oder abgerundete Mittel aus der Prüfungsnote und der Erfahrungsnote (Art. 16 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und Abs. 2 Maturitätsreglement). Aufgrund der

Prüfungsnote und der Erfahrungsnote ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in Biologie die Maturitätsnote von 5,0 erreicht hat. Dies entspricht dem Prädikat gut. Es ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin aus der Biologie-Maturitätsnote von 5,0 ein Nachteil erwächst. Die Beschwerdeführerin hat erstmals in der Beschwerdeschrift an das Verwaltungsgericht vorgebracht, dass sie infolge eines geplanten Studiums an der Universität von Cambridge/GB ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung und Neufestsetzung der Vormaturanote in Biologie habe, denn sie erfülle einzig im Fach Biologie die Minimalanforderungen nicht. Die Beschwerdeführerin hat ihre Ausführungen dazu allgemein gehalten. Es fehlen insbesondere Angaben und Unterlagen zum konkreten Studium und zu den Zulassungsbedingungen, welche es dem Verwaltungsgericht ermöglicht hätten zu überprüfen, ob eine bessere Note in Biologie für ein Studium an der Universität von Cambridge erforderlich ist.

1.2.2.3. Eine Erhöhung der Prüfungsnote in Biologie hätte sich zudem nicht oder höchstens um 0,1 Notenpunkte auf die Maturitätsgesamtnote ausgewirkt. Ein konkreter praktischer Nutzen daraus ist nicht ersichtlich.

1.2.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das schutzwürdige Interesse im Sinne von Art. 45 Abs. 1 VRP fehlt. Die Beschwerdebefugnis ist daher nicht gegeben. Auf die Beschwerde ist folglich nicht einzutreten.

1.3. Zum gleichen Resultat führt im Übrigen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Schulzeugnissen. Gemäss Bundesgericht sind Schulzeugnisse dann Verfügungen im Sinne von anfechtbaren Hoheitsakten, wenn ihnen eine rechtsgestaltende oder eine rechtsfeststellende Funktion zukommt. Anfechtbar ist eine Note beziehungsweise die Gesamtheit der Noten nur, wenn diese unmittelbar ausschlaggebend ist für das Bestehen einer Prüfung, für den Erwerb eines Diploms oder für die Berechtigung, eine weitere Ausbildung antreten oder einen Titel tragen zu dürfen. Ansonsten fehlt einer einzelnen Note die Eigenschaft einer der Anfechtung zugänglichen Verfügung, denn mit einer Note wird lediglich eine Aussage über eine Tatsache gemacht, nämlich über die Qualität der an einer Prüfung oder bei einer Arbeit oder generell im Schulunterricht erbrachten Leistung (BGer 2P.208/2005 vom 8. September 2005, E. 2). Die Praxis der Nichtanfechtbarkeit einzelner Noten einer Gesamtprüfung wurde in einem neueren Urteil (BGE 136 I 229 E. 2.6) bestätigt, sofern die angefochtene Einzelnote nicht mit einer weitergehenden Wirkung wie dem Nichtbestehen verbunden ist und auch sonst keine unmittelbaren Folgen zeitigt.

Vorliegend wurde eine Einzelnote angefochten. Die Beschwerdeführerin hat die Maturitätsprüfung bestanden. Eine andere Folge, wie der Ausschluss von einer Weiterbildung oder die Nichterlangung eines Prädikats, wurden von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert geltend gemacht beziehungsweise nachgewiesen. Entsprechend ist die Einzelnote nicht anfechtbar.

51

Art.64 i.V.m. Art.48 Abs.3 VRP (sGG 951.1) .Der unbenützte Ablauf der richterlichen Frist zur Beschwerdeergänzung hat – unter dem Vorbehalt, dass die Säumnisfolge angedroht wurde – Verwirklichungsfolge. Die innert der Beschwerdefrist eingereichte «Notbegründung» erfüllt – selbst unter Berücksichtigung der Vorbringen im Ausstandsbegehren, welches bei der Vorinstanz eingereicht worden war und auf das verwiesen wurde – im konkreten Fall die inhaltlichen Voraussetzungen an eine ausreichende Begründung nicht.

Verwaltungsgericht, November 2013

Der Beschwerdeführer plant auf seinem Grundstück in der Gemeinde Flums im Rahmen eines Überbauungsplans den Bau von zwei Mehrfamilienhäusern mit 24 Wohnungen und einer Tiefgarage. Der Gemeinderat erteilte die Bewilligung und wies die gegen das Vorhaben erhobenen Einsprachen ab. Dagegen wurden beim Baudepartement verschiedene Rekurse erhoben. Am 23. April 2013 teilte der Leiter des Rekursverfahrens, Dr. A. Z., dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine erste Beurteilung der Rechtsabteilung des Baudepartements zur Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften zur Beschränkung des Baus von Zweitwohnungen mit. Darin wird die Auffassung vertreten, für Baubewilligungen, die am 1. Januar 2013 noch nicht rechtskräftig gewesen seien, gelte die Verordnung über Zweitwohnungen mit der Folge, dass in Flums nur noch der Bau von Erstwohnungen bewilligt werden könne. Daran ändere der Überbauungsplan nichts, da er nicht bereits die wesentlichen Elemente der Baubewilligung regle und nicht den geforderten Detaillierungsgrad aufweise. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers beantragte am 14. Mai 2013, «der Verfahrensleiter und jeder andere Funktionär des Baudepartements» seien in den Ausstand zu versetzen und die Rekursverfahren einem nicht vorbefassten Departement zu übertragen. Er machte im Wesentlichen geltend, die Rechtsabteilung spreche dem Bauvorhaben «mitten im laufenden Rekursverfahren» die Bewilligungsfähigkeit ab, obwohl noch viele Fragen rund um die Auslegung und Umsetzung der mit der Zweitwohnungsinitiative angenommenen Verfassungsbestimmungen offen seien. «In den Händen des Baudepartements» erscheine das Verfahren «nicht mehr als ergebnisoffen». Am 29. Mai 2013 wies der Vorsteher des Baudepartements das Ausstandsbegehren gegen Dr. A. Z. sowie weitere Mitarbeitende der Rechtsabteilung des Baudepartements ab. Er setzte dem Beschwerdeführer eine Frist von 14 Tagen nach Rechtskraft zur Mitteilung der vorgesehenen Nutzung der beiden geplanten Mehrfamilienhäuser an. Der Entscheid wurde am 30. Mai 2013 mit eingeschriebenem Brief (zur Abholung gemeldet am 31. Mai 2013) versandt. Der Beschwerdeführer wandte sich mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 20. Juni 2013 an das Verwaltungsgericht. Er stellte

«vorläufige» Anträge und verwies zur Begründung «sicherheitshalber» im Sinn einer «vorläufigen Notbegründung» auf die «rekursgegnerische Eingabe vom 14. Mai 2013». Zudem gab er an, gegen welche Rechtsnormen der angefochtene Entscheid seiner Auffassung nach verstösst. Im Übrigen ersuchte er um Zustellung der Verfahrensakten und Ansetzung einer angemessenen Frist zur weiteren Begründung der Beschwerde.

Am 24. Juni 2013 wies das Verwaltungsgericht die Vorinstanz an, dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Akten zur Einsichtnahme zuzustellen und setzte ihm – unter Androhung des Nichteintretens auf die Beschwerde im Säumnisfall – zur Ergänzung der Beschwerde hinsichtlich der Darstellung des Sachverhaltes und der Begründung eine Frist bis 12. Juli 2013 an. Am 8. Juli 2013 ersuchte der Rechtsvertreter um Erstreckung dieser Frist um 30 Tage und fragte, ob er annehmen dürfe, dass während der Gerichtsferien der Fristenstillstand gelte. Die Frist wurde mit Schreiben vom 9. Juli 2013 letztmalig bis 28. August 2013 erstreckt. Für die Säumnisfolgen wurde auf das Schreiben vom 24. Juni 2013 verwiesen. Der Rechtsvertreter ergänzte die Beschwerde mit Eingabe vom 30. August 2013. Er erhielt Gelegenheit, sich bis 12. September 2013 zur Verspätung und zum Nichteintretensentscheid, mit dem zu rechnen sei, zu äussern.

Am 12. September 2013 vertrat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Auffassung, die «Notbegründung» in der Eingabe vom 20. Juni 2013 übertreffe die Anforderungen an eine minimale Beschwerdebegründung. Die Frist zur Ergänzung habe keine unmittelbare Verwirkungsfolge. Im Säumnisfall bestehe ein Anspruch auf eine kurze Nachfrist. Das Verwaltungsgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen:

2. Ob die Beschwerde die gesetzlichen Anforderungen in inhaltlicher Hinsicht erfüllt, hängt davon ab, ob die Ergänzung vom 30. August 2013 zu berücksichtigen ist (vgl. dazu nachfolgend E. 2.1) oder ob die Beschwerdeeingabe vom 20. Juni 2013 für sich allein genügt (vgl. dazu nachfolgend E. 2.2).

2.1. Der Beschwerdeführer erhielt seinem Gesuch entsprechend unter Hinweis auf die Säumnisfolgen Gelegenheit, die Beschwerde bis 28. August 2013 mit einer Darstellung des Sachverhalts und einer Begründung zu ergänzen. Sein Rechtsvertreter anerkennt, die Beschwerde mit der Eingabe vom 30. August 2013 nach Ablauf dieser Frist ergänzt zu haben. Er ist aber der Auffassung, bei der Frist zur Ergänzung handle es sich nicht um eine Verwirkungsfrist. Eine Nichtbeachtung der Eingabe ohne Ansetzung einer kurzen Nachfrist verletze den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers.

Fehlen Antrag, Darstellung des Sachverhalts, Begründung oder Unterschrift, fordert die Beschwerdeinstanz den Beschwerdeführer gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 VRP unter Ansetzung einer Frist auf, die Beschwerde zu ergänzen und droht an, nach unbenützter Frist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Hinsichtlich der Zeitbestimmungen verweist Art. 30 Abs. 1 VRP auf die Bestimmun-

gen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272, abgekürzt ZPO), soweit das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege selbst nichts anderes bestimmt. Während gesetzliche Fristen gemäss Art. 30bis VRP – vorbehaltlich einer anderen Regelung im Gesetz – bei Nichtbeachtung Verwirkungsfolge haben, wird die Säumnisfolge für richterliche Fristen nicht ausdrücklich geregelt. Aus Art. 48 Abs. 3 VRP ist indessen zu schliessen, dass die richterliche Frist zur Ergänzung eines Rechtsmittels ebenfalls die Folge der Verwirkung nach sich zieht, wenn auf die Möglichkeit, im Säumnisfall auf das Rechtsmittel nicht einzutreten, hingewiesen worden ist. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der Rechtsprechung zur Frage, wie bei einem Gesuch um eine Erstreckung der richterlichen Frist zu verfahren ist. Käme dem unbenützten Ablauf nicht Verwirkungsfolge zu, so wäre auch die Rechtsprechung, nach welcher ein Erstreckungsgesuch zumindest am letzten Tag der Frist gestellt werden muss, nicht gerechtfertigt (vgl. BGer 1C_171/2012 vom 13. Juni 2012 E. 2; VerwGE B 2011/225 vom 14. Februar 2012 E. 4.1, 4.2 und 4.4, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch). Ebensowenig ist – soweit die Säumnisfolge angedroht worden ist – nach unbenütztem Ablauf der Frist im Sinn einer Notfrist eine kurze Nachfrist anzusetzen. Vielmehr greift in diesem Fall ohne Weiteres die angedrohte Säumnisfolge (vgl. VerwGE B 2012/21 vom 15. Oktober 2012 E. 3.1, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch). Da der Rechtsvertreter die Verspätung einräumt und auch nicht um die Wiederherstellung der Frist ersucht, ist die Beschwerdeergänzung vom 30. August 2013 unbeachtlich.

2.2. Der Rechtsvertreter macht geltend, die Beschwerdeeingabe vom 20. Juni 2013 erfülle auch für sich allein betrachtet die gesetzlichen Anforderungen in inhaltlicher Hinsicht.

2.2.1. Allein aus der Verspätung einer Ergänzung und der Androhung, im Säumnisfall gestützt auf Art. 48 Abs. 3 VRP auf das Rechtsmittel nicht einzutreten, kann noch nicht auf die Rechtmässigkeit eines Nichteintretensentscheides geschlossen werden. Wird eine Nachfrist zur Ergänzung angesetzt, weil unklar ist, ob eine genügende Begründung vorliegt, ist nach deren unbenütztem Ablauf trotz entsprechender Androhung nicht ohne Weiteres auf Nichteintreten zu erkennen. Vielmehr hat die Rechtsmittelinstanz zu beurteilen, ob die ursprüngliche Eingabe den Anforderungen von Art. 48 Abs. 1 VRP genügt (vgl. GVP 1985 Nr. 50, VerwGE B 2012/258 vom 12. März 2013 E. 3, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch). Ob dabei – wie der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers geltend macht – der Verweis in der Beschwerdeeingabe vom 20. Juni 2013 auf die Begründung des Ausstandsbegehrens vom 14. Mai 2013 zu berücksichtigen ist, kann offenbleiben, wenn sie inhaltlich ohnehin nicht geeignet wäre, an der Beurteilung etwas zu ändern.

2.2.2. Die Begründung der Beschwerde ist Gültigkeitserfordernis. Auch wenn an ihre Qualität und Ausgestaltung keine grossen Anforderungen gestellt werden, wird doch ein gewisses Mass an Sorgfalt verlangt. Um den formellen Anforderungen zu genügen, braucht eine Begründung weder richtig noch vollständig zu sein. Sie ist ausreichend, wenn Argumente vorgebracht werden, nach denen ein Ent-

scheid oder eine Verfügung auf einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung beruht. Wenn sich die Vorbringen aber nicht auf den angefochtenen Entscheid bzw. dessen Motive beziehen, genügt die Begründung den Anforderungen nicht (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 922). Noch geringer als bei der Begründungspflicht sind die Anforderungen an die Darstellung des Sachverhalts (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 927).

Auslegung und Anwendung des st.gallischen Verfahrensrechts haben die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien zu beachten, wie sie sich insbesondere aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) ergeben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nicht jede prozessuale Formstrenge überspitzt formalistisch, sondern nur jene, die durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck wird. Prozessuale Formen sind unerlässlich, um die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Eingaben an Behörden, vor allem Rechtsmittelschriften, haben daher im Allgemeinen bestimmten formellen Anforderungen zu genügen. Es soll aus ihnen hervorgehen, dass und weshalb der Rechtssuchende einen Entscheid anfechtet und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll. Wird daher die Gültigkeit eines Rechtsmittels kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung davon abhängig gemacht, dass es eine minimale Begründung enthält, so liegt darin weder eine Verweigerung des Anspruchs auf rechtliches Gehör noch kann darin ein überspitzter Formalismus gesehen werden (BGE 134 II 244 E. 2.4.2 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

2.2.3. Im Folgenden ist im Detail zu prüfen, ob sich die Beschwerdeeingabe vom 20. Juni 2013 – gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Begründung des Ausstandsbegehrens vom 14. Mai 2013 – mit der Begründung des angefochtenen Entscheides der Vorinstanz vom 29. Mai 2013 auseinandersetzt. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bringt vor, die Eingabe vom 20. Juni 2013 enthalte eine leicht übersehbare Begründung. Um nicht wegen eines dummen Flüchtigkeitsfehlers über eine tückische Verwirkungsfrist zu stolpern, habe er bereits diese Eingabe «sicherheitshalber» mit einer «Notbegründung» versehen. Diese habe präzise und konkret auf das Schreiben des Beschwerdeführers vom 14. Mai 2013 verwiesen. Darin habe er kurz dargetan, weshalb die Verfahrensleitung «und jeder andere Funktionär des Baudepartements» den Anschein der Befangenheit erweckt habe. Ergänzend sei knapp angefügt worden, welche Rechtsnormen der angefochtene Teilentscheid des (sachlich unzuständigen) Baudepartements mitunter verletze. Sie übertreffe die Anforderungen an eine minimale Beschwerdebegründung.

Die vom Rechtsvertreter in der Stellungnahme vom 12. September 2013 vorgebrachte Rüge, die Vorinstanz sei zum Entscheid über das Ausstandsbegehren nicht zuständig gewesen, wird in der Beschwerdeeingabe vom 20. Juni 2013 nicht

erhoben. Auch die Begründung des Ausstandsbegehrens vom 14. Mai 2013 setzt sich mit der Frage der Zuständigkeit zur Beurteilung des Begehrens nicht auseinander.

Die Vorinstanz hat das gegen «sämtliche Funktionäre des Baudepartements» gerichtete Ausstandsbegehren als gegen den Verfahrensleiter und sämtliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der departementalen Rechtsabteilung entgegengenommen und behandelt. Damit hat sie – was die übrigen Mitarbeitenden des Departements betraf – einen Nichteintretensentscheid und – soweit das Ausstandsbegehren gegen den Departementsvorsteher gerichtet gewesen sein sollte – eine Überweisung an die Regierung vermieden. Mit der Beschränkung des Gesuchs auf die departementale Rechtsabteilung befasst sich die Beschwerdeeingabe vom 20. Juni 2013 nicht.

Im angefochtenen Entscheid wird der in der Eingabe vom 14. Mai 2013 vertretenen Auffassung, das Verfahren sei nach der vorläufigen Beurteilung nicht mehr ergebnisoffen gewesen, entgegengehalten, in jenem Zeitpunkt seien die Rekursbegründungen, die Vernehmlassungen der Vorinstanz samt Vorakten sowie auch die umfangreiche Rekursvernehmlassung des Rekursgegners vorgelegen. Der Rekurs sei grundsätzlich entscheidreif gewesen. Dies gelte umso mehr, als es sich bei der Frage der Anwendbarkeit der umstrittenen Vorschriften um reine Rechtsfragen gehandelt habe, wozu kein Augenschein notwendig gewesen sei. Mit diesen Überlegungen setzt sich die «Notbegründung» in keiner Weise auseinander. Auch die Begründung des Ausstandsbegehrens vom 14. Mai 2013 enthält keine Ausführungen zum Umstand, dass sich im Rekursverfahren bereits sämtliche Verfahrensbeteiligten geäußert hatten. Die letzte Stellungnahme war jene des Beschwerdeführers vom 4. April 2013 zu den Vorbringen der Rekurrenten und der politischen Gemeinde. Zumal bis 23. April 2013 keine weiteren Äusserungen der Verfahrensbeteiligten bei der Vorinstanz eingegangen waren, durfte der Schriftenwechsel deshalb als abgeschlossen betrachtet werden.

Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, es sei dem Verfahrensleiter nicht verwehrt, sich aufgrund der Akten und der Beweisergebnisse eine Meinung zu bilden. Vorläufige Beurteilungen dienen der Verfahrensökonomie. Dieses Vorgehen entspreche der gefestigten Praxis der Rechtsabteilung des Baudepartements, welche das Rekursverfahren instruiere. Die Mitteilung der Erfolgsaussichten bezwecke, Aufwand und Kosten im Rekursverfahren zu sparen und liege damit auch im Interesse der Verfahrensbeteiligten. Unter Hinweis auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung (VerwGE B 2007/81 vom 15. Oktober / 5. November 2007, E. 2.2) wird ausgeführt, der Vorwurf der Befangenheit sei grundsätzlich unbegründet, wenn im Verfahren seitens der Behörde die Erfolgsaussichten erörtert würden. Vielmehr könne es im Interesse der Parteien liegen, wenn diejenige Person, die ein Verfahren leitet, im Hinblick auf einen möglichen Vergleich oder einen Rekursrückzug ihre einstweilige Auffassung zum Streit kundtue. Im Übrigen seien unterschiedliche Rechtsauffassungen über die Anwendbarkeit der Bestimmungen

zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus nicht geeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Verfahrensleiters oder der Mitarbeitenden der Rechtsabteilung des Baudepartements zu begründen. Auch zu dieser Überlegung enthalten weder die Beschwerdeeingabe vom 20. Juni 2013 noch das Ausstandsbegehren vom 14. Mai 2013 einen Gegenstandspunkt.

Schliesslich wird im angefochtenen Entscheid ausgeführt, eine «erste Beurteilung» der Rechtsabteilung des Baudepartements sei nicht geeignet, den Entscheid des Departementsvorstehers, dem der Entscheid einzig und allein obliege, vorwegzunehmen. Auch zu diesem Argument lässt sich der Beschwerdeeingabe vom 20. Juni 2013 und dem Ausstandsbegehren vom 14. Mai 2013 nichts entnehmen.

2.2.4. Selbst wenn der Verweis auf den Inhalt des Ausstandsbegehrens vom 14. Mai 2013 in der Beschwerdeeingabe vom 20. Juni 2013 zu berücksichtigen wäre, lag damit bei Ablauf der Frist zur Ergänzung am 28. August 2013 keine ausreichende Begründung der Beschwerde gegen den abschlägigen Ausstandsentscheid der Vorinstanz vom 29. Mai 2013 vor. Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, im Rahmen einer «Notbegründung» kurz auf die im angefochtenen Entscheid vorgebrachte Begründung einzugehen und seine von diesen Überlegungen abweichende Auffassung kurz zu begründen. Auf die Beschwerde ist dementsprechend androhungsgemäss nicht einzutreten.

Im Übrigen wäre dem Ausstandsbegehren in materieller Hinsicht mit Blick auf die Begründung des angefochtenen Entscheides und die Rechtsprechung kaum Aussicht auf Erfolg beschieden. Dass der Departementsvorsteher das Ausstandsbegehren, soweit es die Mitarbeitenden des departementalen Rechtsdienstes betraf, behandelte, ist mit Blick auf die Zuständigkeitsregelung in Art. 7bis Abs. 1 Ingress und lit. e VRP nicht zu beanstanden. Sodann erscheint nachvollziehbar, dass der Departementsvorsteher das gegen «sämtliche Funktionäre» des Baudepartements gerichtete Ausstandsbegehren nicht auf sich selbst bezog, zumal ein solches Gesuch bei der Regierung einzureichen gewesen wäre (vgl. VerwGE B 2012/179 vom 11. Dezember 2012 E. 4.3, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch), die Eingabe sich aber an das Baudepartement richtete. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist der Vorwurf der Befangenheit schliesslich grundsätzlich unbegründet, wenn im Rekursverfahren seitens der Behörde die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels erörtert werden. Dies gilt insbesondere, wenn der Rekursachbearbeiter den Verfahrensbeteiligten – nach Abschluss des Schriftenwechsels – mitteilt, dass er den Rekurs aufgrund einer vorläufigen Beurteilung als aussichtslos beurteile (vgl. VerwGE B 2011/213 vom 31. Mai 2012 E. 2.2 und B 2007/81 vom 15. Oktober / 5. November 2007 E. 2.2, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch; B. Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 131). Diese Sach- und Rechtslage weicht in wesentlichen Punkten von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Anschein der Befangenheit des Vorsitzenden eines Strafgerichts, der im Berufungsverfahren eine Rückzugsempfehlung abgibt (vgl. BGE 137

I 227 und 134 I 238), ab. Zum einen betrifft diese Rechtsprechung die Anwendung von Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, abgekürzt BV) und nicht von Art. 29 Abs. 1 BV. Zum andern gab der Richter seine Einschätzung bekannt, bevor die Berufungsverhandlung durchgeführt worden und die Angelegenheit spruchreif war.

52

Art. 79bis und 80 Abs. 1 sowie Art. 64 i. V. m. Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1) Wie im Verfahren des Zivilprozesses wird die Aktivlegitimation auch im öffentlich-rechtlichen Klageverfahren als Frage des Rechtsanspruchs und nicht als Eintretensvoraussetzung geprüft.

Verwaltungsgericht, 10. Dezember 2013

Aus den Erwägungen:

3. Ob die Kläger berechtigt sind, das eingeklagte Recht in eigenem Namen geltend zu machen, ist eine Frage des materiellen Rechts und hat mit der Legitimation als Sachurteilsvoraussetzung eines Anfechtungsverfahrens im Sinne von Art. 45 Abs. 1 VRP nichts zu tun. Dieser Grundsatz gilt nicht nur im Zivilprozessrecht, sondern auch im öffentlich-rechtlichen Klageverfahren (GVP 2002 Nr. 75 m. w. H.; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1153; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, N 30 zu Art. 12 VRPG; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1818; a. M. GVP 2008 Nr. 1). Art. 82 Abs. 1 PersG i. V. m. Art. 80 Abs. 1 VRP bestimmt zwar, dass sich die Klage vor dem Verwaltungsgericht sachgemäss nach den Vorschriften über die Beschwerde richtet. Wie das Verwaltungsgericht bereits in GVP 2002 Nr. 75 festgehalten hat, lässt sich aus dem Verweis – der sich auf gewisse Verfahrensbestimmungen beschränkt – hinsichtlich der Prüfung der Sachlegitimation eines Klägers nichts gewinnen: die Frage der Sachlegitimation im Klageverfahren ist nicht dem Verfahrensrecht zuzuordnen, sondern der materiellen Rechtsanwendung. Folglich führt die fehlende (Aktiv-)Legitimation nicht zu einem Nichteintretensentscheid, wie dies im Beschwerdeverfahren regelmässig der Fall ist, sondern zu einer Abweisung der Klage.

2. Zivilrechtspflege

53

Art. 7 ZPO (SR 272) Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung. Eine kombinierte Reiseversicherung, worin die soziale Krankenversicherung ergänzenden Elemente nicht deutlich überwiegen, mithin nicht das Schwergewicht des Versicherungsvertrags bilden, fällt nicht unter Art. 7 ZPO. Sachliche Zuständigkeit des Versicherungsgerichts verneint.

Versicherungsgericht, Oktober 2013

(KV-Z 2013/8; abrufbar im Internet unter www.gerichte.sg.ch)

54

Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO (SR 272); Art. 6 und Art. 738 ZGB (SR 210).
Schutzwürdiges und aktuelles Interesse bei einer Feststellungsklage auf Ablösung einer Grunddienstbarkeit durch das Gericht. Stufenordnung für die Ermittlung des Inhalts und Umfangs der Dienstbarkeit. Löschung gegen Entschädigung, wenn das Interesse des Berechtigten im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist.

Kantonsgericht, Zivilkammer, April 2013

Am 25. September 1970 unterzeichneten A, damaliger Eigentümer des Grundstücks Parzelle-Nr. 745, und B, damaliger Eigentümer des Grundstücks Parzelle-Nr. 513, im Grundbuchamt X einen Grunddienstbarkeitsvertrag, der gleichentags im Grundbuch eingetragen wurde. Die Grunddienstbarkeit beinhaltet ein «Platzbenützungsgeschäft», welches der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Parzelle-Nr. 745 dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Parzelle-Nr. 513 einräumt. Der Wortlaut des Grunddienstbarkeitsvertrags ist wie folgt:

«Der Eigentümer von Parz. Nr. 513 ist berechtigt, den Hofraumboden von Parz. Nr. 745 zwischen der Ostgrenze und dem Gebäude Nr. 707 sowie zwischen der Strasse und dem See jederzeit ungehindert zu benützen, und zwar unentgeltlich.

Der künftige Unterhalt dieses Platzes ist alleinige Sache des berechtigten Grundeigentümers.»

Aus dem entsprechenden Grundbuchblatt geht hervor, dass das Gebäude Nr. 707 (eine als Garage genutzte Remise) auf der Parzelle-Nr. 745 steht, die im Os-

ten durch die Parzelle-Nr. 746 und einen Kinderspielplatz, im Norden durch denselben Kinderspielplatz und den See, im Westen durch die Parzelle-Nr. 744 (zu der ein Bootshaus gehört) und im Süden durch die Strasse (P. . .strasse) begrenzt ist.

Ab 1. Januar 2002 mietete der Kläger die Liegenschaft Parzelle-Nr. 745, bevor er sie am 7. November 2006 zu Eigentum erwarb. Die Beklagten sind Miteigentümer des Grundstücks Parzelle-Nr. 513.

Die Beklagten führen aus, die Grunddienstbarkeit habe schon zu Zeiten der Errichtung den direkten Seezugang zum Inhalt gehabt. Der Kläger macht hingegen geltend, die Grunddienstbarkeit habe nur ein Parkierrecht zum Inhalt.

Der Kläger trägt an, es sei festzustellen, dass das auf seinem Grundstück Parzelle-Nr. 745 bestehende Platzbenützungsrecht im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB alles Interesse für das berechtigte Grundstück Parzelle-Nr. 513 verloren habe und im Grundbuch X entschädigungslos zu löschen sei (Ziff. 2 der Berufung), eventualiter sei festzustellen, dass der Berufungskläger gegen Leistung einer gerichtlich festzusetzenden Ablösesumme berechtigt ist, das Platzbenützungsrecht gemäss Art. 736 Abs. 2 abzulösen und im Grundbuch X löschen zu lassen (Ziff. 3 der Berufung).

Aus den Erwägungen:

II.

3. a) Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO setzt ein schutzwürdiges und aktuelles Interesse tatsächlicher oder rechtlicher Art der klagenden Partei voraus, damit das Gericht materiell auf die Sache eintritt. Bei Feststellungsklagen, mit welchen die gerichtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts oder Rechtsverhältnisses verlangt wird (Art. 88 ZPO), ist das Rechtsschutzinteresse in jedem Fall gesondert zu begründen und zu prüfen und wird in der Regel dort verneint, wo in der gleichen Sache eine Leistungs-, Unterlassungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung steht (BGE 135 III 378 E. 2.2; 123 III 414 E. 7b; BGer 4C.192/2004 E. 2.1; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 5.7). Abstrakte Rechtsfragen sollen nicht ohne Auswirkung auf ein konkretes Rechtsverhältnis beurteilt werden (BGE 122 III 279 E. 3a; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 5.4; Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N13 zu Art. 59 ZPO). Ein schutzwürdiges Interesse des Feststellungsklägers ist nur dann zu bejahen, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Fortdauer dieser Ungewissheit der klagenden Partei nicht mehr zugemutet werden darf, weil sie sie in ihrer Bewegungsfreiheit behindert und diese Ungewissheit auf keinem anderen Weg als durch die gerichtliche Feststellung beseitigt werden kann (BGE 135 III 378 E. 2.2; 131 III 319 E. 3.5; 123 III 49 E. 1a; Zürcher, a. a. O., N13 zu Art. 59 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 5.7).

b) aa) In Praxis und Lehre wird mehrheitlich davon ausgegangen, dass die Gerichte im Zusammenhang mit Art. 736 Abs. 1 ZGB nur das weggefallene Interesse an der Grunddienstbarkeit feststellen müssen und der Entscheid keine konstitutive Wirkung hat (Liver, Zürcher Kommentar, N 83 zu Art. 734 ZGB sowie N102 ff. und

N 176 f. zu Art. 736 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 1314, sprechen davon, die Dienstbarkeit erlösche im Fall von Art. 736 Abs. 1 ZGB von Gesetzes wegen, sobald an ihr kein Interesse mehr bestehe; BGE 107 II 331 lit. B; 134 III 341 lit. B.; a.M. BSK ZGB II-Petitpierre, N 23 zu Art. 736 ZGB; Leemann, Berner Kommentar, N 16 zu Art. 736 ZGB). Mit der Klage nach Art. 736 Abs. 1 ZGB wird eine Grundbuchberichtigung angestrebt, also nicht ein dingliches Recht zum Entstehen oder zum Untergang gebracht, sondern es geht darum, die Existenz oder Nichtexistenz eines Rechts zu bestätigen (BSK ZGB II-Schmid, N 3 und N 6 zu Art. 975 ZGB; ZK-Liver, N 101 zu Art. 736 ZGB). Mit dem gerichtlichen Entscheid über eine solche Klage entsteht demzufolge kein dingliches Recht bzw. geht kein solches unter, sondern es wird der Bestand der wirklichen Rechtslage festgestellt (vgl. BSK ZGB II-Schmid, N 34 zu Art. 975 ZGB). Der Richter hat mit einem Feststellungsentscheid lediglich zu beurteilen, ob die bestrittene klägerische Behauptung, der Dienstbarkeitsberechtigte habe alles Interesse an der Dienstbarkeit verloren, richtig ist oder nicht, und hält somit fest, ob sich der gesetzliche Untergangsgrund verwirklicht hat oder nicht (ZK-Liver, N 103 f. zu Art. 736 ZGB). Der Entscheid bildet den Rechtsgrundausweis für die anschliessende Berichtigung des Grundbuchs, deren Anmeldung entweder vom Gericht oder von den durch den Entscheid ausgewiesenen tatsächlich Berechtigten abgegeben werden kann (BSK ZGB II-Schmid, N 3 und N 35 zu Art. 975 ZGB). Unter diesen Gesichtspunkten ist hinsichtlich der in Ziff. 2 der Berufung gestützt auf Art. 736 Abs. 1 ZGB geltend gemachten Feststellungsklage ein Feststellungsinteresse zu bejahen.

bb) Gemäss einer in der Literatur vertretenen Meinung handelt es sich bei Klagen auf Löschung einer Dienstbarkeit gegen Entschädigung (Art. 736 Abs. 2 ZGB), wie in Ziff. 3 der Berufung geltend gemacht, nicht um eine Grundbuchberichtigung im hiervor beschriebenen Sinn, da der zu berichtigende Eintrag nicht ungerechtfertigt geworden sei (BSK ZGB II-Schmid, N 3 zu Art. 975 ZGB). Allerdings kann auch gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB ein Feststellungsentscheid ergehen; bisher hat das Bundesgericht solche Feststellungsentscheide jedenfalls nicht bemängelt (vgl. BGE 107 II 331), und in der Literatur vertritt insbesondere Liver mit guten Gründen diese Ansicht (ZK-Liver, N 177 zu Art. 736 ZGB): «Liegt ein Feststellungsurteil vor, wenn entschieden wird, dass die Dienstbarkeit alles Interesse für den Berechtigten verloren habe, so liegt auch ein Feststellungsurteil vor, wenn entschieden wird, dass das Interesse des Berechtigten an der Dienstbarkeit im Vergleich zu der Schwere der Belastung unverhältnismässig gering ist, womit der Untergangstatbestand des Art. 736 Abs. 2 erfüllt ist. Unter dieser Voraussetzung gibt das Gesetz dem Belasteten nicht einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Berechtigten auf Erteilung der Löschungsbewilligung, sondern das Recht der Ablösung. Die Funktion des richterlichen Urteils kann nur darin bestehen, zu entscheiden, ob die Voraussetzungen dieses Rechtes gegeben sind. Dieser Entscheid kann deshalb nur ein Feststellungsurteil sein.» Bei einem positiven Entscheid ist demnach die von Gesetzes wegen bestehende Befugnis des Belasteten festgestellt, die Dienst-

barkeit abzulösen; vorausgesetzt ist das Bezahlen der richterlich festgesetzten Ablösesumme. Es handelt sich also nicht, wie in der Gesetzesmarginalie umschrieben, um eine Ablösung durch das Gericht, sondern um eine Ablösung durch den Dienstbarkeitsverpflichteten aufgrund eines richterlichen Feststellungsentscheids (ZK-Liver, N177 zu Art. 736 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, a. a. O., N1314). In Anlehnung an Liver und in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht ist nach dem Gesagten auch hinsichtlich der in Ziff. 3 der Berufung gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB geltend gemachten Feststellungsklage ein Feststellungsinteresse zu bejahen.

[...]

III.

1. a) Nach Art. 736 Abs. 1 ZGB kann der Belastete die Löschung einer Grunddienstbarkeit verlangen, wenn diese für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren hat; ist ein Interesse des Berechnigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden (Art. 736 Abs. 2 ZGB). Unter dem Interesse für das berechnigte Grundstück versteht die Rechtsprechung das Interesse des Eigentümers des berechnigten Grundstücks an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss deren Inhalt und Umfang. Dabei ist vom Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit auszugehen, der besagt, dass eine Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden darf als jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Zu prüfen ist somit in erster Linie, ob der Eigentümer des berechnigten Grundstücks noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben und wie sich dieses Interesse zu jenem verhält, das anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit bestand (BGE 130 III 554 E. 2; vgl. auch 107 II 331 E. 3; 114 II 426 E. 2a; 121 III 52 E. 2). Dabei bestimmt sich die Interessenlage des Eigentümers des berechnigten Grundstücks nach objektiven Kriterien im Zeitpunkt, in dem das Löschnngsbegehren gestellt wurde (BGE 130 III 554 E. 2; 121 III 52 E. 3a; Temperli, Die Problematik bei der Aufhebung und Ablösung von Grunddienstbarkeiten [ZGB 736], S. 122 f.).

b) Für die Ermittlung des Inhalts und Umfangs einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Grundbucheintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Im Rahmen des Eintrags kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung schliesst der klare Wortlaut des Grundbucheintrags ein Vorgehen gemäss Art. 738 Abs. 2 ZGB aus. Ist der Wortlaut hingegen unklar, ist auf den Begründungsakt zurückzugreifen, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB). Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in

gutem Glauben ausgeübt worden ist (BGE 132 III 651 E. 8; 131 III 345 E. 1.1; 130 III 554 E. 3.1; 128 III 169 E. 3a; BSK ZGB II-Petitpierre, N 1 und N 3 zu Art. 738 ZGB).

Ordentlicher «Erwerbsgrund» im Sinne des Gesetzes ist der Dienstbarkeitsvertrag. Seine Auslegung erfolgt in gleicher Weise wie die sonstiger Willenserklärungen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Vertragsparteien. Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist der Vertrag nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung grundsätzlich den Vorrang. Diese allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelten vorbehaltlos unter den ursprünglichen Vertragsparteien. Stehen sich jedoch im Streit um den Inhalt einer Dienstbarkeit nicht mehr die ursprünglichen Vertragsparteien gegenüber, sondern Dritterwerber, ergibt sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 ZGB), zu dem – wie gesagt – auch der Grunddienstbarkeitsvertrag gehört, eine Begrenzung. Gegenüber (gutgläubigen) Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren, dürfen individuelle persönliche Umstände und Motive, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber aber nicht hervorgehen und für einen unteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind, nicht berücksichtigt werden. Im gezeigten Umfang wird der Vorrang der subjektiven vor der objektivierten Vertragsauslegung eingeschränkt (BGE 130 III 554 E. 3.1; 108 II 542 E. 2; Hohl, *Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral*, ZBGR 2009, 77 ff.; ZK-Liver, N 94 f. zu Art. 738 ZGB; BSK ZGB II-Petitpierre, N 6 zu Art. 738 ZGB).

2. [...]

c) aa) Aus dem im Grundbuch eingetragenen Stichwort «Platzbenützungrecht» lässt sich keine Einschränkung der Dienstbarkeit auf eine reine Parkiermöglichkeit ableiten. Die Umschreibung als Platzbenützungrecht ermöglicht allerdings auch keine abschliessende Beurteilung des genauen Inhalts der Dienstbarkeit, weshalb dieser anhand des ordentlichen Erwerbsgrundes präziser zu bestimmen ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Nochmals sei an den Wortlaut des Grunddienstbarkeitsvertrags erinnert (kläg.act. 5):

«Der Eigentümer von Parz. Nr. 513 ist berechtigt, den Hofraumboden von Parz. Nr. 745 zwischen der Ostgrenze und dem Gebäude Nr. 707 sowie zwischen der Strasse und dem See jederzeit ungehindert zu benützen, und zwar unentgeltlich.

Der künftige Unterhalt dieses Platzes ist alleinige Sache des berechtigten Grundeigentümers.»

Da sich nicht mehr die ursprünglichen Vertragspartner gegenüberstehen und nicht behauptet wird, dass für die heutigen Eigentümer des berechtigten Grundstücks allfällige einschränkende Abmachungen zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien erkennbar gewesen oder ohne Weiteres ersichtlich wären, ist festzustellen, wie die Parteien nach Treu und Glauben die Umschreibung des Inhalts und

Umfangs der Dienstbarkeit im Vertrag verstehen dürfen und müssen. Es erübrigt sich daher in diesem Zusammenhang, die vom Kläger genannten Zeuginnen K. und L. anzuhören, welche lediglich angerufen werden, um ein mögliches persönliches Motiv der ursprünglichen Vertragspartner für die Errichtung der Dienstbarkeit zu nennen. Die schriftliche Bestätigung von K. zuhanden des Klägers hat zudem ohnehin keinen Beweiswert (vgl. Art. 190 ZPO).

Aus der Formulierung im Dienstbarkeitsvertrag ergibt sich nicht, dass das Platzbenützungsgeschäft einschränkend als Parkiermöglichkeit zu interpretieren ist. Im Lichte des im Grundbuch eingetragenen Stichworts «Platzbenützungsgeschäft» lässt sich bei objektivierter Auslegung vielmehr ableiten, dass der Eigentümer der Parzelle-Nr. 513 berechtigt ist, den gemäss Dienstbarkeitsvertrag ausgewiesenen Teil der Parzelle-Nr. 745 zu benutzen, ohne dass eine Einschränkung besteht. Die Grunddienstbarkeit wird nämlich genau umschrieben: Die räumliche Ausdehnung (vgl. hinten E. III.3), die Modalitäten der Benutzung («jederzeit», «ungehindert» und «unentgeltlich») und die Frage des Unterhalts werden geregelt. Die im Vertragstext verwendeten grosszügigen Formulierungen («jederzeit», «ungehindert» und «unentgeltlich») und die Unterhaltungspflicht machen klar, dass dem Berechtigten für den betreffenden Teil des Grundstücks Parzelle-Nr. 745 weitreichende Befugnisse zugestanden werden sollten. Auch der Kläger deutet mit seinem Hinweis, die Errichtung als Grunddienstbarkeit sei allenfalls ein Versehen gewesen, an, dass die Grunddienstbarkeit gemäss Grunddienstbarkeitsvertrag und Grundbucheintrag, so wie sie Dritte vor sich sehen, wohl mehr umfasst als eine reine Parkiermöglichkeit. Die zweite Vermutung des Klägers, die Errichtung als Grunddienstbarkeit und nicht als Personaldienstbarkeit habe mit dem zeitnahen Tod des ursprünglichen Eigentümers des belasteten Grundstücks zu tun, bleibt unsubstantiiert und es ist nicht ersichtlich, inwiefern dieses nicht vorhersehbare Ereignis die Parteien davon abgehalten haben könnte, eine Personaldienstbarkeit für das Parkieren eines Autos zu errichten. Insgesamt ist in den beim Grundbuchamt zugänglichen Informationen kein Hinweis auf ein ursprünglich vorgesehenes ausschliessliches Parkierrecht vorhanden, das durch die Dienstbarkeit hätte eingeräumt werden sollen.

[...]

c) Der Inhalt der Dienstbarkeit ergibt sich demnach schlüssig aus dem Grunddienstbarkeitsvertrag und kann als umfassendes Platzbenützungsgeschäft bezeichnet werden, das jederzeit, ungehindert und unentgeltlich ausgeübt werden darf.

3. [...]

c) aa) Das im Grundbuch erwähnte Platzbenützungsgeschäft wird im Grunddienstbarkeitsvertrag vom 25. September 1970 hinsichtlich räumlicher Ausdehnung konkretisiert und präzisiert (kläg.act. 5): Der Dienstbarkeitsberechtigte darf den Hofraumboden der Parzelle-Nr. 745 «zwischen der Ostgrenze und dem Gebäude Nr. 707 sowie zwischen der Strasse und dem See» benutzen. Eine Beschränkung, wie vom Kläger geltend gemacht, welche die Uferböschung und den Seezugang vom Platzbenützungsgeschäft ausschliesst, ergibt sich aus dieser Formulierung nicht.

Es wird der Hofraumboden der Parzelle-Nr. 745 zwischen folgenden explizit festgehaltenen Grenzen erfasst: Ostgrenze (Parzelle-Nr. 746 und Kinderspielplatz), Gebäude Nr. 707 (als Westgrenze), Strasse (als Südgrenze) und der See als Grenze im Norden. Diese Grenzziehung war notwendig, da nicht die gesamte Fläche der Parzelle-Nr. 745 vom Platzbenützungsrecht erfasst werden sollte. Hätte das Platzbenützungsrecht im Norden nicht bis zum See reichen sollen, hätte dies im Vertrag festgehalten werden können, bspw. indem die Grenze des Hofraumbodens beim Beginn der Uferböschung gezogen worden wäre. Im Vertrag heisst es jedoch explizit, dass die Benutzung des Hofraumbodens zwischen Strasse und See gestattet sei. Daraus kann nicht der Schluss gezogen werden, die Uferböschung sei vom Platzbenützungsrecht ausgenommen, gleich wie auch ein allgemein formuliertes Platzbenützungsrecht auf eine umfassende Dienstbarkeit schliessen lässt. Diese Auffassung wird zusätzlich dadurch untermauert, dass die Benutzung dieser Fläche gemäss Vertrag jederzeit, unentgeltlich und ungehindert stattfinden kann. Diese grosszügig gehaltene Formulierung deutet darauf hin, dass die Dienstbarkeit ohne Einschränkung gewährt werden sollte.

[...]

cc) Nach Treu und Glauben ergibt sich der Umfang der Dienstbarkeit schlüssig aus der im Grunddienstbarkeitsvertrag gewählten Formulierung: Diese kann nicht anders verstanden werden, als dass die Dienstbarkeit die gesamte Fläche bis hin zum See umfasst und damit auch die Uferböschung und den Seezugang der Parzelle-Nr. 745 mit einschliesst.

4. a) Die Dienstbarkeit schliesst nicht nur die Uferböschung und damit den Seezugang ein, sondern beinhaltet nach dem Gesagten ein umfassendes («jederzeit», «ungehindert» und «unentgeltlich») Platzbenützungsrecht, das den Berechtigten vielfältige Nutzungsmöglichkeiten eröffnet. Sie ist mit den von den Beklagten vorgebrachten Nutzungsabsichten – Zugang mit kleinen Booten (mit direkter Zufahrt), Abstellmöglichkeit für Kanus, Abstellplatz für Fahrzeuge, Platz für gemütliche Sommerfeste, Zeltplatz, ruhige Liegefläche mit direkter Bademöglichkeit – vereinbar. Somit verletzen die Beklagten mit ihren Nutzungsabsichten den Grundsatz der Identität der Grunddienstbarkeit nicht.

b) Gibt die Auslegung des Grunddienstbarkeitsvertrags klaren Aufschluss über den Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit, müssen die Beweisanträge zur Art der Ausübung der Dienstbarkeit nicht mehr berücksichtigt werden (BGE 131 III 345 E. 1.1). Im hier zu beurteilenden Fall stehen sich nicht die ursprünglichen Vertragsparteien gegenüber und Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit ergeben sich im Rahmen einer objektivierten Vertragsauslegung schlüssig aus dem Grunddienstbarkeitsvertrag; es sind keine Anhaltspunkte auf für Dritterwerber erkennbare anderweitige individuelle Abmachungen ersichtlich. Damit ist zur Bestimmung des Inhalts und Umfangs der Dienstbarkeit unbeachtlich, wie diese allenfalls während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist. Soweit die Befragung der vom Kläger beantragten Zeuginnen K. und L. auch zur tatsäch-

lichen Ausübung der Dienstbarkeit beantragt ist, kann sie daher entfallen. Eine allfällige Ausübung der Dienstbarkeit entgegen dem Vertragsinhalt begründet keine Rechte und ändert an deren Inhalt nichts (BGE 131 III 345 E.2.3.2). Das Grunddienstbarkeitsrecht des ZGB kennt auch keine Verjährung der Grunddienstbarkeit noch deren Versetzung (BSK ZGB II-Petitpierre, N 3 f. zu Art. 736 ZGB).

5. [...]

6. a) Der Kläger macht eventualiter eine Mehrbelastung geltend, die gemäss Art. 736 Abs. 2 ZGB zu einer Ablösung gegen Entschädigung führen müsse. [...]

b) Die in Art. 736 Abs. 2 ZGB enthaltene Voraussetzung, das Interesse des Berechtigten müsse im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung sein, kann sich entweder aus einer Abnahme des Interesses des Berechtigten oder aber durch einen Anstieg der Belastung ergeben (BGE 107 II 331 E. 4; BSK-ZGB II-Petitpierre, N13 zu Art. 736 ZGB). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang der in Art. 737 Abs. 2 ZGB statuierte Grundsatz, wonach der Berechtigte gehalten ist, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben, gleich wie auch der Belastete nichts vornehmen darf, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert (Art. 737 Abs. 3 ZGB).

c) Wie der Kläger ausführt, benutzte auch der ursprüngliche Dienstbarkeitsbelastete die Remise als Garage und nahm mit der Errichtung der Dienstbarkeit Behinderungen beim Manöver zur Ein- und Ausfahrt in die Garage in Kauf. Der Einwand des Klägers, wonach die geplanten Nutzungsabsichten der Beklagten von vornherein nicht zulässig seien, weil das Nutzen der Garage erschwert werde, geht damit fehl. Die Remise wurde schon bei Errichtung der Dienstbarkeit als Garage benutzt und daher kann daran kein Ansteigen der Belastung ausgemacht werden. Selbst das von der Klägerseite zugestandene Parkierrecht würde die Ein- und Ausfahrt in die als Garage genutzte Remise behindern. Im Übrigen ist die vom Kläger angeführte Gemeinverträglichkeit kein Kriterium zur Beurteilung der Zulässigkeit der geltend gemachten Nutzungsabsichten. Es ist Art. 737 Abs. 2 ZGB zu beachten: Die Rechte des Eigentümers des dienenden Grundstücks dürfen nur soweit eingeschränkt werden, als es für die normale Ausübung der Dienstbarkeit notwendig ist (BSK ZGB II-Petitpierre, N11 zu Art. 738 ZGB). Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes führen die von den Beklagten vorgebrachten Nutzungsabsichten im Zusammenhang mit einem umfassenden Platzbenützungsrecht, das jederzeit, ungehindert und unentgeltlich ausgeübt werden darf, nicht zu einer Mehrbelastung.

Obwohl die Beklagten nicht wie der frühere Eigentümer der Parzelle Nr. 513 Mieter des Bootshauses auf dem Grundstück Parzelle-Nr. 744 sind, hat sich ihr Interesse an der Ausübung des Platzbenützungsrechts nicht wesentlich verringert. Ihre vorgebrachten Nutzungsabsichten zeigen verschiedene Aktivitäten auf, die typischerweise im Zusammenhang mit einer Grünfläche mit Seeanstoss stehen, unabhängig von einem Bootshaus auf der Nachbarsparzelle ausgeübt werden können und nach wie vor von Interesse sind. [...]

d) Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Interesse der Berechtigten abgenommen oder die Belastung des Dienstbarkeitsverpflichteten zugenommen haben soll. Insgesamt ist das Interesse der Berechtigten im Vergleich zur Belastung nicht von unverhältnismässig geringer Bedeutung.

7. Nach dem Gesagten sind die von den Beklagten geplanten Nutzungen mit dem Inhalt der Dienstbarkeit vereinbar und besteht ein vernünftiges Interesse daran, das Platzbenützungsrecht auszuüben. Zudem ist das Interesse der Berechtigten an der Ausübung der Dienstbarkeit im Vergleich zur daraus entstehenden Belastung nicht von unverhältnismässig geringer Bedeutung.

[...]

55

Art. 63 Abs. 1 und Art. 321 Abs. 2 ZPO (SR 272) Keine analoge Anwendung von Art. 63 ZPO beim Rückzug der fälschlicherweise bei der Vorinstanz eingereichten Beschwerde und Nichteinreichung der Beschwerde innert der Beschwerdefrist beim Kantonsgericht.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden, ~~Schweizerische Eidgenossenschaft~~ 2013

Aus den Erwägungen:

1. a) Mit Entscheid vom 29. Oktober 2012 stellte der Einzelrichter des Kreisgerichtes gestützt auf Art. 132 Abs. 1 ZPO [...] fest, dass von B. B. als Vertreter für die «Gebrüder B.» am 15. August 2012 gestellte Begehren um provisorische Rechtsöffnung gelte mangels Nachreichung einer Vollmacht als nicht erfolgt (Ziff. 1 Entsch. dispositiv). In Anwendung von Art. 108 ZPO, wonach unnötige Prozesskosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht hat, auferlegte er die Gerichtskosten von Fr. 100.– B. B. (Ziff. 2), den er ausserdem dazu verpflichtete, den Schuldner mit Fr. 673.45 zu entschädigen (Ziff. 3).

b) Gegen diesen Entscheid erhoben die nunmehr anwaltlich vertretenen Gläubiger am 6. November 2012 Beschwerde beim Kreisgericht mit dem Begehren, der Entscheid sei in Bezug auf die Zuspreehung einer Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 673.45 aufzuheben. Am 12. November 2012 zog Rechtsanwalt A. B. die Beschwerde zurück, worauf der Einzelrichter des Kreisgerichtes das Verfahren am 14. November 2012 als erledigt abschrieb und Rechtsanwalt A. B. die Beschwerde mit Schreiben vom 16. November 2012 beim Kantonsgericht einreichte. Dabei stützte er sich auf Art. 63 Abs. 1 ZPO, wonach als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit dann das Datum der ersten Einreichung gilt, wenn eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten wird, innert eines Mona-

tes seit dem Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht wird (wobei Gleiches gilt, wenn eine Klage nicht im richtigen Verfahren eingereicht wurde [Art. 63 Abs. 2 ZPO]).

[...]

2. Die Einreichung der Beschwerde beim Kantonsgericht erfolgte erst mit Schreiben vom 16. November 2012 und damit unbestrittenermassen nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO. Entsprechend der Argumentation des Vertreters der Gläubiger kann sie daher nur dann als rechtzeitig betrachtet werden, wenn der in E. 1. b hiervor zitierte Art. 63 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangt.

Auszugehen ist dabei davon, dass Art. 63 ZPO systematisch in den Allgemeinen Bestimmungen (1. Teil) der ZPO geregelt ist und in deren 4. Titel «Rechtshängigkeit und Folgen des Klagerückzuges» auf Art. 62 ZPO folgt, welcher die Rechtshängigkeit im Allgemeinen regelt. Aus dieser Systematik folgt, dass Art. 63 ZPO sich auf Eingaben gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO bezieht, also auf Schlichtungsgesuche, Klagen, Gesuche und gemeinsame Scheidungsbegehren, denen gemeinsam ist, dass sie die Rechtshängigkeit begründen. Art. 63 Abs. 1 und 2 ZPO schützen den Kläger vor der möglichen Verwirkungsfolge, sollte die Wahrung einer materiellrechtlichen Klagefrist durch zwar rechtzeitig, aber beim unzuständigen Gericht resp. im falschen Verfahren erhobene Klage infrage stehen. Eine Anwendung auf Eingaben im Allgemeinen und insbesondere Rechtsmitteleingaben an falsche Behörden oder im falschen Verfahren wird in der Rechtsprechung und Literatur, soweit thematisiert, verneint. Das Einlegen eines Rechtsmittels – so die von der Mehrheit vorgetragene Begründung – begründe die Rechtshängigkeit eben nicht, sondern lasse diese fortbestehen (Leuenberger, Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart, in: SZZP 2013, 169 ff., insb. 172, 176 f.; Sutter-Somm/Hedinger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 8 zu Art. 63 ZPO; KGer FR 101 2011–210 vom 7. September 2011, in: ius.focus 2013 N73 mit Bemerkungen; OG ZH PF120052-O/U vom 8. Oktober 2012, E. 3.c). In einem Entscheid des Kantonsgerichtes St.Gallen vom 7. August 2012 (BO.2012.34, E. II.5) wurde unter Offenlassen der als prüfenswert erklärten Frage der Anwendung von Art. 63 Abs. 1 und 2 ZPO auf eine falsche Rechtsmitteleingabe ein Entscheid des Handelsgerichtes Zürich vom 30. März 2012 (ZR 2012 Nr. 36) erwähnt. Dieser stellte zwar klar, dass Art. 63 Abs. 1 ZPO sowohl die örtliche als auch die sachliche und/oder funktionelle Zuständigkeit betreffe, doch befasste er sich (auch wenn er die funktionelle Zuständigkeit erwähnte) letztlich mit der Zuständigkeitsfrage auf Ebene der ersten Instanz, und als Rechtsmittelinstanz des Kantons Zürich hielt das Obergericht in einem Entscheid vom 8. Oktober 2012 (PF120052-O/U, E. 3.c m.w.H.) hingegen in einem umfassenden obiter dictum alsdann fest, dass es sich der herrschenden Lehre anschliesse, also eine Fristwahrung verspäteter Rechtsmitteleingaben gestützt auf Art. 63 ZPO verneine.

Die Begründung einer von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung abweichenden Rechtsprechung wäre vor diesem Hintergrund nur opportun, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, der Gesetzgeber habe mit Art. 63 Abs. 1 und 2 ZPO nicht nur den erwähnten Schutz des Klägers für bestimmte Fälle der Verwirkung, sondern vielmehr einen allgemeinen Schutz vor den Folgen «falsch» eingereicherter Eingaben etablieren wollen. Die so angesprochene Fehlerhaftigkeit von Eingaben nach begründeter Rechtshängigkeit geht in aller Regel mit der Nichtwahrung von prozessualen Fristen einher. Die Frage der Fristwahrung im laufenden Verfahren ist dabei in den Art. 142 ff. ZPO umfassend geregelt. Diese Regelung enthält mit dem Institut der Wiederherstellung (Art. 148 f. ZPO) auch ein konkretes Korrektiv für entschuldbare Säumnis. Vor diesem Hintergrund ist nicht einsehbar, weshalb der Gesetzgeber dem Säumigen auferlegen sollte, innert zehn Tagen ein Gesuch zu stellen, in welchem er Rechenschaft über die Qualität der Gründe für die Säumnis abzulegen hat, wenn ihm gleichzeitig die Möglichkeit offen stünde, innert der längeren Frist eines Monats unter Berufung auf Art. 63 ZPO ohne weitere Begründung dasselbe Resultat zu erlangen, sofern er nur rechtzeitig eine (wenn auch aus irgendwelchen Gründen «falsche») Eingabe eingereicht hatte.

Die von Rechtsanwalt A. B. geltend gemachte (analoge) Anwendung von Art. 63 ZPO auf die vorliegende Konstellation fällt mithin ausser Betracht, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Daran ändert nichts, dass in der Lehre Art. 48 Abs. 3 BGG, wonach eine für das Bundesgericht bestimmte, aber bei der Vorinstanz oder einer anderen kantonalen oder eidgenössischen Behörde fristgerecht eingereichte Eingabe als innert Frist zugestellt gilt, verschiedentlich als allgemeiner Rechtsgrundsatz aufgefasst wird (Marbacher, Stämpfli Handkommentar, N11 zu Art. 143 ZPO; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 42 zu Art. 311 ZPO; Leuenberger, a. a. O., S. 176 f.; Merz, DIKE-Komm-ZPO, N 5 zu Art. 143 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 45 f. zu Art. 311 ZPO; a. M. OG ZH PF120052-O/U vom 8. Oktober 2012, E. 3.c). Die Frage der analogen Anwendung dieser Bestimmung auf kantonaler Ebene trotz Fehlens einer entsprechenden Bestimmung in der ZPO hätte sich allenfalls gestellt, wenn das Kreisgericht die Beschwerde vom 9. November 2012 von sich aus von Amtes wegen Zuständigkeitshalber ans Kantonsgericht überwiesen hätte. Dies hat das Kreisgericht aber nicht getan. Vielmehr hat der Rechtsvertreter der Gläubiger, wenn auch nach einer telefonischen Unterredung mit dem Kreisgericht, die Beschwerde formell zurückgezogen, weshalb nur die Frage der Bedeutung dieses Rückzugs mit anschliessender Neueinreichung beim Kantonsgericht, nicht aber die hypothetische Frage der Bedeutung einer allfälligen Überweisung von Amtes wegen zu beantworten ist.

3. Auf die Beschwerde ist demnach nicht einzutreten.

56

Art. 99 und Art. 243 Abs. 1 und 2 ZPO (SR 272) Die Kautionspflicht gilt auch in arbeitsrechtlichen Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.–. Wird der Antrag auf Sicherheitsleistung mit der Berufungsantwort gestellt, ist der Aufwand für deren Ausarbeitung mit zu berücksichtigen.

Kantonsgesetz, Zivilkammer, verfahrensleitende Richter Februar 2013

Aus den Erwägungen:

2. c) Art. 99 ZPO spezifiziert nicht, in welchem Zeitpunkt die (berufungs-)beklagte Partei einen Antrag auf Sicherheitsleistung für ihre Parteientschädigung einzureichen hat; die ZPO kennt auch keine Verwirkungsfolgen bei nicht rechtzeitiger Antragstellung (BK-Sterchi, N 5 zu Art. 99 ZPO; CPC-Tappy, N 14 zu Art. 99 ZPO; Kuster, Stämpfli Handkommentar, N 6 zu Art. 99 ZPO). Ein entsprechender Antrag kann demnach, wie im hier zu beurteilenden Fall, in der Berufungsantwort erfolgen.

d) Grundsätzlich kann die Sicherheit nur für die Zukunft verfügt werden und bereits angefallener Aufwand wird in der Regel nicht von der Kautionsleistung gedeckt (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 10.24; Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 12 zu Art. 99 ZPO; Kuster, a. a. O., N 6 zu Art. 99 ZPO). Allerdings sind im Berufungsverfahren die bei der Ausarbeitung der Berufungsantwort angefallenen Kosten mit zu berücksichtigen, wenn – wie hier – der Kautionsantrag mit der Berufungsantwort gestellt wird (vgl. Suter/von Holzen, a. a. O., N 9 zu Art. 100 ZPO; A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund, § 16 N 28; noch weitergehend BK-Sterchi, N 9 zu Art. 99 ZPO).

3. a) Schliesslich wendet der Gesuchgegner unter Verweis auf BK-Sterchi (N 29 zu Art. 99 ZPO) und die altrechtliche Regelung in Art. 343 OR und Art. 277 Abs. 1 lit. a ZPO/SG ein, bei Klagen aus Arbeitsrecht handle es sich um einen Bereich des sogenannten sozialen Privatrechts. Aus sozialpolitischen Überlegungen sehe der Gesetzgeber für solche Verfahren grundsätzlich die Kostenlosigkeit sowohl bezüglich der Parteientschädigung als auch der Gerichtskosten vor. Diese grundsätzliche Kostenlosigkeit arbeitsrechtlicher Verfahren habe sich vernünftigerweise auch auf die Frage der Sicherheitsleistung für Parteikostenforderungen zu erstrecken.

Mit seiner Argumentation zielt der Gesuchgegner auf die Ausnahmeregelung in Art. 99 Abs. 3 lit. a ZPO ab, wonach für verschiedene im vereinfachten Verfahren durchzuführende Prozesse des sozialen Privatrechts (Art. 243 Abs. 2 ZPO) keine Sicherheit zu leisten ist.

b) Die Lehre ist sich darüber einig, dass arbeitsrechtliche Streitigkeiten nicht von Art. 243 Abs. 2 ZPO erfasst werden, sondern bis zu einem Streitwert von

Fr. 30 000.– in ihrer Eigenschaft als vermögensrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO dem vereinfachten Verfahren unterstehen (BSK-Mazan, N 9 zu Art. 243 ZPO; Giger, Stämpflis Handkommentar, N 3 zu Art. 243 ZPO; Hauck, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 6 zu Art. 243 ZPO). Art. 99 Abs. 3 lit. a ZPO schliesst vermögensrechtliche Streitigkeiten nach Art. 243 Abs. 1 ZPO von der für das vereinfachte Verfahren aufgestellten Ausnahmeregelung explizit aus, womit die Kautionspflicht gemäss Art. 99 ZPO auch in arbeitsrechtlichen Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.00 gilt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, S. 65).

57

Art. 112 Abs. 1 ZPO (SR 272) Bei Abweisung eines Begehrens um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zufolge Aussichtslosigkeit findet grundsätzlich auch ein nachfolgendes Begehren um Erlass der Gerichtskosten keinen Rechtsschutz.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenverfahren, Dezember 2013

Aus den Erwägungen:

Angesichts einer gewissen Parallelität zwischen den Rechtsinstituten der unentgeltlichen Rechtspflege und des Erlasses – beide zielen (unter anderem) darauf ab, dass die betreffende Partei (vorläufig) von der Pflicht zur Tragung von Gerichtskosten befreit wird – liegt nahe, einer Partei, deren Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen worden ist, die Möglichkeit zu verwehren, im Nachhinein auch noch ein Gesuch um Erlass der ihr auferlegten Gerichtskosten stellen zu können (vgl. Sterchi, Berner Kommentar, N 2 zu Art. 112 ZPO, nach welchem sich eine Partei, deren Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen worden ist, im betreffenden Verfahren nicht ersatzweise auf Art. 112 Abs. 1 ZPO berufen könne, und Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 2 zu Art. 112 ZPO, nach dem nicht durch Erlass der Gerichtskosten die engeren Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung, namentlich diejenige der Nichtaussichtslosigkeit umgangen werden darf). Vor diesem Hintergrund ist das Erlassbegehren von S. H. ohne Weiteres abzuweisen, erwies sich doch sein Begehren um Bewilligung der

unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren von Anfang an als aussichtslos (vgl. Entscheid vom 9. September 2013, E. 4).

58

Art. 117 ff. ZPO (SR 272) Voraussetzungen, unter denen nach Abweisung eines Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege Anspruch auf die materielle Beurteilung eines im gleichen Verfahren gestellten weiteren Begehrens besteht.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenverfahren 18. November 2013

Aus den Erwägungen:

b) Beim Entscheid über die Gewährung bzw. Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 8.18), der nur formell, jedoch nicht materiell rechtskräftig wird, weshalb ein neues Gesuch nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht (Art. 29 Abs. 1 und 3 BV) genügt, wenn die betroffene Partei im Rahmen des gleichen Zivilprozesses (bzw. vor einer Instanz) einmal die Gelegenheit erhält, die unentgeltliche Rechtspflege zu erlangen. Art. 29 BV gewährt nicht den Anspruch darauf, dass sich das Gericht voraussetzungslos mit einem neuen Gesuch befasst. Würde es den Parteien ermöglicht, jederzeit und voraussetzungslos die umfassende Wiedererwägung von abweisenden Entscheiden über ein Armenrechtsgesuch zu veranlassen, wäre der Prozessverschleppung Tür und Tor geöffnet. Ein neuerliches Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auf der Basis desselben Sachverhalts hat deshalb den Charakter eines Wiedererwägungsgesuchs, auf dessen Beurteilung von Verfassungs wegen kein Anspruch besteht (BGer 5A_430/2010 E. 2.4; vgl. auch ZR 106 [2007] Nr. 55; Bühler, Berner Kommentar, N 71 zu Art. 119 ZPO).

Anders stellt sich die Situation dar, wenn sich die finanziellen Verhältnisse seit dem abweisenden Entscheid zum ersten Gesuch erheblich geändert haben (echte Noven) oder wenn sich der erste Entscheid zufolge Entdeckung neuer Beweismittel oder Tatsachen (unechte Noven), die dem Gesuchsteller im früheren Verfahren noch nicht bekannt, aber schon vorhanden waren, deren Geltendmachung ihm aber damals unmöglich war oder für ihn keine Veranlassung bestand, als unrichtig erweist. In solchen Fällen besteht der aus der Garantie eines fairen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 BV) abgeleitete Anspruch auf Prüfung des erneuten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege und das Gericht hat darauf einzutreten (vgl. BGer

4P.170/1996 E. 2.a, BK-Bühler, N 69 zu Art.119 ZPO, und BJM 2008 56 f. sowie allgemein für Wiedererwägungsentscheide bezüglich verfahrensleitender Verfügungen Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 57 Vorbemerkungen zu den Art. 308–318 ZPO).

aa) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass weder der Tatbestand echter Noven, d. h. veränderter Verhältnisse zwischen erstem und zweitem Gesuch, noch – mit Ausnahme der Steuererklärung 2012 – derjenige unechter Noven, d. h. trotz sorgfältiger Prozessführung erst nachträglich entdeckter/entstandener Beweismittel oder Tatsachen, gegeben ist. Insofern beanstanden die Beklagten den angefochtenen Entscheid daher zu Recht nicht. Da es sich im Übrigen bei der Steuererklärung 2012 auch nicht um ein zulässiges unechtes Novum handelt – die Beklagten haben nicht dargetan, dass ihnen unzumutbar gewesen wäre, die am «25.03.2013, 20:20:28» ausgedruckte Steuererklärung drei Tage früher fertigzustellen und zusammen mit den übrigen Unterlagen am 22. März 2013 dem Gericht einzureichen (bezeichnenderweise führen sie denn in ihrer Eingabe vom 22. März 2013 die Steuererklärung 2012 auch an, offenbar allerdings, ohne sie auch beizulegen) –, bleibt im Folgenden zu prüfen, wie es sich verhält, wenn im gleichen Verfahren nach Abweisung eines ersten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht zu einem späteren Zeitpunkt ein zweites Gesuch gestellt wird. Klar ist dabei, dass es sich vor erster Instanz um das gleiche Verfahren gehandelt hat, beantragten die Beklagten die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege doch bereits im ersten Gesuch vom 18. Februar 2013 «im vorliegenden Massnahmeverfahren wie auch im Hauptverfahren».

bb) Unter dem Aspekt der Verhinderung der Prozessverschleppung ist nicht ersichtlich, weshalb der Tatbestand der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht bei einem zweiten Gesuch anders beurteilt werden müsste als derjenige der Verweigerung aus andern Gründen. Im Gegenteil: Der Umstand, dass ein Gesuchsteller trotz Aufforderung es unterlässt, die erforderlichen Unterlagen einzureichen und die nötigen Angaben zu machen, legt nahe, ihm im Sinn des hiervor zur Rechtsnatur eines zweiten Gesuchs Ausgeführten entgegenzuhalten, dass er keinen Anspruch auf Wiedererwägung hat und, weil bzw. wenn keine besonderen Umstände dies rechtfertigen, auf sein Begehren ohne nochmalige Prüfung nicht eingetreten wird. Dies muss umso mehr dann gelten, wenn der Gesuchsteller schon im ersten Gesuchsverfahren anwaltlich vertreten war. Denn es kann nicht angehen, dass eine anwaltlich vertretene Partei, die ihre Verhältnisse im Rahmen des ersten Gesuchs trotz Hinweises auf ihre Mitwirkungspflicht nicht umfassend offengelegt hat, dies nach Abweisung des ersten Gesuchs mit einem neuen Gesuch ohne Weiteres nachholen kann. Dementsprechend ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden und die Beschwerde abzuweisen, haben die Beklagten doch nicht substantiiert dargelegt und ist auch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz ihr Ermessen in Bezug auf die Voraussetzungen für ein Eintreten auf das zweite (Wiedererwägungs-)Gesuch fehlerhaft wahrge-

nommen hätte (vgl. auch die Entscheide des Kantonsgerichts vom 6. Juni 2013 i. S. ZV.2013.49-K3 [BO.2012.49-K3; publiziert www.gerichte.sg.ch bzw. GVP 2013 Nr. 4], vom 25. Juni 2013 i. S. ZV.2013.77-K3 [BO.2012.69/70-K3] und vom 31. Oktober 2013 i. S. ZV.2013.101-K3 [BO.2013.19-K3]).

cc) Unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung begründen die Beklagten ihre Beschwerde denn auch, wie ausgeführt, im Wesentlichen und vor allem damit, dass die Verletzung der Mitwirkungspflicht nicht zu einem Anspruchsverzicht bzw. zu Anspruchsverwirkung führe, weshalb nach Abweisung eines ersten Gesuchs ein Anspruch auf Behandlung eines erneuten Gesuchs bestehe und nicht einfach nicht darauf eingetreten werden dürfe.

aaa) Den Beklagten ist zuzugestehen, dass BGer 4P.170/1996 E. 2.b, auf den sich der von ihnen zur Begründung ihrer Auffassung zitierte BK-Bühler, N70 und N105 zu Art.119 ZPO, beruft, in ihrem Sinn interpretiert werden kann, wenn man E. 2.b im Zusammenhang mit E. 2.a nicht so verstehen will, dass die Verwirkung des Anspruchs auf Prüfung der Voraussetzung der Mittellosigkeit dann zu verneinen ist, wenn die Substantiiiertheit der Darstellung im zweiten Gesuch die Prüfung der Frage nach dem Vorliegen von echten oder zulässigen unechten Noven erlaubt. Entgegen dem von Bühler (N105 zu Art.119 ZPO) erweckten Anschein ist ein zweites Gesuch allerdings nicht voraussetzungslos zulässig, sondern, wenn überhaupt (vgl. lit. bb hiervor), von vornherein nur dann, wenn der Gesuchsteller seine finanziellen Verhältnisse nun umfassend offenlegt (BK-Bühler, N70 zu Art.119 ZPO; BGer 4P.170/1996 E. 2.b).

59

Art.117 ff., Art.119 Abs.2 und Art.55 Abs.2 ZPO (SR 272) Unentgeltliche Rechtspflege, Feststellung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse: Erhöhte Anforderungen an die Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht bei komplexen Verhältnissen und wenn die gesuchstellende Partei selbstständig erwerbstätig oder Geschäftsführer einer von ihr beherrschten juristischen Person ist. Hier ist ein kohärentes, transparentes und nachvollziehbares Bild der aktuellen wirtschaftlichen Gesamtlage substantiiert aufzuzeigen, das zudem mit den tatsächlichen Lebenshaltungskosten und dem effektiv gepflegten Lebensstil korrespondieren muss. Das Ausmass der sich aus dem beschränkten Untersuchungsgrundsatz ergebenden richterlichen Unterstützung hängt im Einzelfall davon ab, wie eine Partei sozial und intellektuell disponiert und ob sie insbesondere anwaltlich vertreten ist.

Kantonsgericht, Verfahrensleitender Richter der III. Zivilkammer,

5. Dezember 2013

Aus den Erwägungen:

1. b) Im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege – in dem die Mittellosigkeit zwar nicht zu beweisen, aber immerhin glaubhaft zu machen ist – gilt ein beschränkter Untersuchungsgrundsatz. Die ersuchende Partei trifft aber dennoch eine umfassende Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht, indem sie ihre wirtschaftliche Situation und insbesondere ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen in jeder Hinsicht vollständig und klar darzulegen und soweit möglich mit Urkunden zu belegen hat (Art. 119 Abs. 2 ZPO; Emmel, ZPO Komm., N 6 und N 13 zu Art. 119 ZPO; BSK ZPO-Rüegg, N 3 zu Art. 119 ZPO; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 10 zu Art. 119 ZPO; BK-Bühler, N 35 ff., N 38 und N 90 zu Art. 119 ZPO). Dabei sind umso höhere Anforderungen an eine vollständige und klare Darstellung zu stellen, je komplexer die Verhältnisse sind (BGE 120 Ia 179 E. 3/a; Emmel, ZPO Komm., N 6 zu Art. 119 ZPO, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 10 zu Art. 119 ZPO; BK-Bühler, N 90 zu Art. 119 ZPO). Besonders hoch dürfen die Anforderungen bei selbstständig erwerbenden Gesuchstellern oder solchen sein, die als Geschäftsführer einer von ihnen beherrschten juristischen Person tätig sind. Hier kann verlangt werden, dass ein kohärentes, transparentes und nachvollziehbares Bild der aktuellen wirtschaftlichen Gesamtlage substantiiert aufgezeigt wird, welches zudem mit den tatsächlichen Lebenshaltungskosten und dem effektiv gepflegten Lebensstil korrespondieren muss (BK-Bühler, N 32 zu Art. 117 ZPO und N 92 zu Art. 119 ZPO, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Das Ausmass der sich aus dem beschränkten Untersuchungsgrundsatz ergebenden richterlichen Unterstützung bei der Feststellung der finanziellen Verhältnisse hängt im Einzelfall davon ab, wie eine Partei sozial und intellektuell disponiert und ob sie insbesondere anwaltlich vertreten ist (Hurni, Berner Kommentar, N 68 zu Art. 55 ZPO). Die Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht ist eine Obliegenheit, die nicht erzwungen werden kann. Die gesuchstellende Partei hat aber die Folgen einer fehlenden oder mangelhaften Darlegung und/oder Beweislegung zu tragen, da die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu verweigern ist, wenn als Folge davon die Bedürftigkeit nicht hinreichend beurteilt werden kann (BGE 125 IV 161 E. 4/a, BGE 120 Ia 179 E. 3/a; Emmel, ZPO Komm., N 7 zu Art. 119 ZPO; BSK ZPO-Rüegg, N 3 zu Art. 119 ZPO; BK-Bühler, N 104 f. zu Art. 119 ZPO).

60

Art.132 Abs.1 ZPO (SR 272)Bei Nichtbehebung eines Mangels i. S. v. Art.132 ZPO ist die Angelegenheit verfahrensmässig nicht mit einem Nichteintretensentscheid, sondern mit einer Art Abschreibung zu erledigen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, Oktober 2013

Aus den Erwägungen:

b) Die Vorinstanz subsumierte die (fehlende) Vollmacht von B. H. in dem Sinn unter die Prozessvoraussetzungen, die gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO erfüllt sein müssen, damit auf eine Klage oder ein Gesuch eingetreten werden kann (Art. 59 Abs. 1 ZPO), als sie dafürhielt, zu diesen Voraussetzungen gehöre auch die Einhaltung prozessualer Vorschriften und mithin im Fall der Vertretung die Einreichung einer Vollmacht zusammen mit der Klage. Da es an der Beilage einer Vollmacht zugunsten der unterzeichnenden B. H. fehle, sei, so die Vorinstanz, auf die Klage nicht einzutreten.

aa) Der Nichteintretensentscheid ist ein Endentscheid, mit dem das spruchreife Verfahren im Sinn der Verneinung einer Prozessvoraussetzung beendet wird (Art. 236 Abs. 1 i. V. m. Art. 59 ZPO; D. Staehelin, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 10 zu Art. 236 ZPO). Je nach Streitwert steht gegen den betreffenden Entscheid die Berufung oder die Beschwerde zur Verfügung (Art. 308 und Art. 319 lit. a ZPO). Würde man dem Standpunkt der Vorinstanz folgen und die Erledigung eines Verfahrens, das von einem vollmachtlosen Vertreter eingeleitet werden wollte, als Nichteintreten qualifizieren, dann könnte dagegen bei gegebenem Streitwert (von Fr. 10 000.– [Art. 308 Abs. 2 ZPO]) Berufung erhoben werden. In der Lehre wird diese Möglichkeit (überwiegend) verneint. Zwar trifft zu, dass Alexander Zürcher (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 59 zu Art. 59 ZPO), auf den sich die Vorinstanz stützt, die Vollmacht als Prozessvoraussetzung bezeichnet und sich bei deren Fehlen für einen Nichteintretensentscheid ausspricht. Dabei verweist aber auch er auf Art. 132 Abs. 1 ZPO, wonach Mängel wie fehlende Unterschrift und fehlende Vollmacht innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern sind, andernfalls die Eingabe als nicht erfolgt gelte, ohne sich allerdings substantiiert mit der Rechtsnatur dieser «als nicht erfolgt» bezeichneten Qualifikation auseinanderzusetzen. Richtigerweise wird man die Feststellung, die Eingabe gelte «als nicht erfolgt», als blosser Mitteilung an die betroffene Partei verstehen, das Begehren werde nicht behandelt, wogegen sich die klagende Partei mit einer Beschwerde wegen Rechtsverzögerung (sc. Rechtsverweigerung) nach Art. 319 lit. c ZPO zur Wehr setzen kann (Frei, Berner Kommentar, N 25 zu Art. 132 ZPO; Jenny, in: Gehri/Kramer, ZPO Komm., N 4 zu

Art. 132 ZPO; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, N 2 zu Art. 132 ZPO; anders die Rechtslage bei vollmachtloser Vertretung nach der früheren kantonalen Prozessordnung bzw. beim vom Wortlaut hier vergleichbaren Art. 275 Abs. 2 ZPO SG – danach wurde bei Säumnis mit der Bezahlung der Einschreibgebühr die Klage «nicht berücksichtigt» –, bei dem die Rechtsprechung annahm, dass auf die Klage nicht eingetreten werde [Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 2.a zu Art. 42 ZPO SG für den Fall der fehlenden Vollmacht bzw. N 2.a zu Art. 275 ZPO für den Fall der ausgebliebenen Einschreibgebühr]). Hier bedeuten diese Überlegungen, dass die Vorinstanz zwar zu Unrecht einen Nichteintretensentscheid anstelle einer Abschreibungsverfügung erlassen, dabei allerdings zu Recht – wenn auch unnötigerweise, weil dies praxismässig nur in den Fällen von Art. 319 lit. a und lit. b Ziff. 1 ZPO geschieht – auf das Rechtsmittel der Beschwerde hingewiesen hat, weshalb im Folgenden zu prüfen ist, ob auch die weitere Eintretensvoraussetzung der Rechtzeitigkeit der Beschwerde erfüllt ist (nachfolgend lit. bb) und ob auf die Beschwerde unter dem Aspekt der Zuständigkeit eingetreten werden kann bzw. sie sich in der Sache als begründet erweist (nachfolgend lit. cc).

61

Art. 238 und Art. 239 ZPO (SR 272) Auf die Beschwerde gegen einen Entscheid, der vom Kreisgericht weder ordnungsgemäss nach Art. 238 lit. a bis h ZPO begründet noch im Sinne von Art. 239 Abs. 1 lit. a oder b ZPO im Dispositiv eröffnet, sondern den Parteien in einer gesetzlich nicht vorgesehenen sog. «Kurz begründung» mitgeteilt wurde, ist nicht einzutreten. Wurde die Beschwerde jedoch innert zehn Tagen nach der Mitteilung des Entscheids eingereicht und geht daraus hervor, dass der Beschwerdeführer diesen anfechten will, so kann die Eingabe an die Vorinstanz überwiesen werden zur Entgegennahme und Behandlung als rechtzeitig gestelltes Begehren gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO um Nachlieferung einer schriftlichen Begründung.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 2013

Aus den Erwägungen:

II.

2. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheids oder seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung einzureichen (Art. 321 ZPO).

Beim angefochtenen Entscheid vom 27. August 2013 in vorliegender Fassung handelt es sich nicht um einen begründeten Entscheid im Sinne der genannten Bestimmung. Die sogenannte «Kurz begründung» von knapp einer halben Seite genügt den Anforderungen an einen im Sinne des Gesetzes begründeten Entscheid nicht; weder wird die Prozessgeschichte dargelegt noch ist eine ausreichende Auseinandersetzung mit den Tat- und Rechtsfragen ersichtlich, welche die betroffenen Parteien in die Lage versetzen würde, den Entscheid sachgerecht anzufechten (dazu BK-Killias, N 33 zu Art. 238 ZPO; A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 23 N12). Es war denn – wie sich aus dem vorne zitierten Hinweis ergibt – erklärermassen auch nicht die Intention der Vorinstanz, die gehörige Begründung des Entscheids durch eine Kurzbegründung zu ersetzen.

Nach dem Gesagten ist der Entscheid vom 27. August 2013 in der vorliegenden Fassung mit – einer vom Gesetz im Übrigen auch gar nicht vorgesehenen – Kurzbegründung nicht anfechtbar. Auf die (verfrühte) Beschwerde vom 9. September 2013 ist daher nicht einzutreten.

3. Es fragt sich weiter, ob es mit dem Nichteintretensentscheid sein Bewenden haben kann. Dazu fällt was folgt in Betracht:

a) Mit seiner Eingabe vom 9. September 2013 hat der Beschwerdeführer innert der im Hinweis auf der letzten Seite des Entscheids angesetzten 10-tägigen Frist unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er diesen anfechten will. Es rechtfertigt sich daher, die Eingabe – ungeachtet der im Hinweis zitierten Bestimmung von Art. 239 Abs. 2 ZPO (Fiktion eines Begründungs- und Rechtsmittelverzichts) – als Begehren um nachträgliche Zustellung der Entscheidungsbegründung entgegenzunehmen (vgl. Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 28 zu Vorbemerkungen zu den Art. 308–318 ZPO; Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 825 und N 827; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N10 zu Art. 311; BK-Killias, N 20 zu Art. 239 ZPO; Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 31 zu Art. 239 ZPO; vgl. CAN 2012 Nr. 9 E. 7 f.; ZR 1980 Nr. 70; ZR 2003 NR. 43 E. 6).

b) Sodann ist die Eingabe in diesem speziellen Fall ausnahmsweise in analoger Anwendung der in Art. 48 Abs. 3 BGG konkretisierten Regel, wonach die Frist auch dann als gewahrt gilt, wenn die Eingabe rechtzeitig bei einer unzuständigen eidgenössischen oder kantonalen Behörde eingereicht worden ist, von Amtes wegen an die Vorinstanz weiterzuleiten (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 42 zu Art. 311 ZPO; Merz, DIKE-Komm-ZPO, N 5 zu Art. 143 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 45 f. zu Art. 311 ZPO; a.M. OG ZH PF120052-O/U vom 8. Oktober 2012, E. 3.c; das Bundesgericht hat die Frage der Zulässigkeit der Überweisung von Amtes wegen in BGer 5A_376/2012 E. 3.2 offengelassen).

62

Art. 241 ZPO (SR 272) Die Erklärung, die Klage zu anerkennen, betrifft das Rechtsbegehren und führt zur Erledigung der Streitsache. Das Zugeständnis bezieht sich demgegenüber auf das Tatsachenfundament und hat lediglich beweismässige Bedeutung.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 21. Januar 2013

Aus den Erwägungen:

Die Anerkennung einer Klage hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides. Sie bedarf zur Gültigkeit der Unterzeichnung der protokollierten Erklärung oder der Abgabe der schriftlichen Abstandserklärung der anerkennenden Partei gegenüber dem Gericht (Leumann Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 12 f. zu Art. 241 ZPO). Die Anerkennungserklärung selbst bewirkt die (evtl. teilweise) Erledigung der Streitsache; im Rahmen der nurmehr deklaratorisch wirkenden Abschreibung überprüft das Gericht im Geltungsbereich der Dispositionsmaxime die Anerkennung in formeller Hinsicht (Anerkennungsfähigkeit, Form, Klarheit, Vollständigkeit resp. Umfang; Leumann Liebster, in: ZPO-Komm., N 17, 19 f., 21 zu Art. 241 ZPO). Dem Anerkennenden steht die Geltendmachung von Willensmängeln offen, wobei die (einjährige) Erklärungsfrist von Art. 31 OR durch kürzere prozessuale Fristen verkürzt wird (Leumann Liebster, in: ZPO-Komm., N 26 zu Art. 241 ZPO); der Willensmangel ist noch vor dem Abschreibungsbeschluss oder im Rahmen eines Rechtsmittels geltend zu machen.

Anerkennt der Beklagte zwar die von der Klägerin geltend gemachte Forderung, hält dieser aber Verrechnungssachverhalte entgegen und trägt deshalb gleichwohl auf Abweisung an, so kann für die einzelne anerkannte Position zwar auch davon ausgegangen werden, dass sie als anerkannt und damit rechtskräftig zugesprochen zu gelten hat, doch ist nicht unmittelbar das Verfahren abzuschreiben, sondern es ist anschliessend an die Prüfung der Verrechnungsforderungen ein Entscheid in der Sache zu fällen (vgl. sinngemäss Reetz/Theiler, in: ZPO-Komm., N 39 [Mitte] zu Art. 308 ZPO).

Von der das Verfahren beendenden Anerkennung der Klage zu unterscheiden ist das in beweismässiger Hinsicht massgebliche Zugeständnis. Während Erstere das Rechtsbegehren betrifft, bezieht sich Letzteres auf eine dem Begehren zugrunde liegende Tatsache, mit der Folge, dass darüber nicht mehr Beweis abzunehmen ist, sondern die Tatsache als bewiesen betrachtet werden kann (Art. 150 Abs. 1 ZPO; A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 18 N 8, und Leumann Liebster, in: ZPO-Komm., N 10 zu Art. 241 ZPO).

63

Art. 271 lit. a und Art. 56 ZPO (SR 272) Aufgabe der Richterin bzw. des Richters im Eheschutzverfahren, insbesondere Umfang der Fragepflicht gegenüber der nicht anwaltlich vertretenen Partei, im Zusammenhang mit dem von der vertretenen Partei erhobenen Vorwurf der Parteilichkeit und Voreingenommenheit.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht 2013

Aus den Erwägungen:

3. b) [...] Das Eheschutz- als Summarverfahren ist grundsätzlich ein wenig förmliches, rasches und im Ablauf flexibles Verfahren, das zudem eine Einigung zum Ziel hat. [...] Zudem gilt im Eheschutzverfahren der soziale Untersuchungsgrundsatz, der gerade auf der Idee gründet, die – finanziell oder auf andere Weise – schwächere Partei in gewissem Umfang zu unterstützen, insbesondere durch eine gesteigerte Fragepflicht (vgl. zum Ganzen Vetterli, Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: FamPra.ch 04/2010, S. 785, 788 ff.).

Damit kann der Familienrichterin nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie das Verfahren rasch vorangetrieben hat. Gerade angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer nach der Einigungsverhandlung vom 30. Januar 2013 das gemeinsame Scheidungsbegehren zurückgezogen hat und die Parteien noch nicht zwei Jahre getrennt leben, durfte bzw. musste sie zudem der Ehefrau aufzeigen, welche rechtlichen Möglichkeiten ihr in dieser Situation offenstehen. Eine unzulässige Beratung in prozessualen Fragen stellt dies jedenfalls nicht dar (vgl. Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm, Art. 118 N 10). Dass die Fragepflicht sodann bei der nicht anwaltlich vertretenen Partei weiter geht als bei der vertretenen, ergibt sich nach dem Gesagten schon aus der sozialen Untersuchungsmaxime. Zwar trifft zu, dass zwischen der richterlichen Fragepflicht und dem Gebot der Neutralität ein gewisses Spannungsverhältnis besteht (Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm, Art. 56 N 15). Gerade im Eheschutz sollte es aber nicht nur darum gehen, dass jede Partei möglichst das Äusserste für sich selber herausholt, sondern darum, für die Zeit der Ehetrennung eine für die ganze Familie akzeptable Lösung zu finden, und die Familienrichterin hat dasjenige Vorgehen vorzuschlagen, das ihr dazu am zielführendsten erscheint, wobei sie besonders auch die Interessen der Kinder im Auge zu behalten hat. Auch unter diesem Gesichtspunkt lässt das Verhalten der Familienrichterin keine Parteilichkeit erkennen; entgegen dem Beschwerdeführer ergibt sich aus seinen Schilderungen auch nicht, dass sie ihre Fragepflicht zu extensiv angewendet hätte. Sodann ist die Funktion einer Familienrichterin auch nicht nur die einer Mediatorin; vielmehr hat sie darauf hinzuwirken, dass eine Vereinbarung der Parteien angemessen und damit genehmigungsfähig ist. Dabei er-

weisen sich Konstellationen, bei denen nur eine Partei anwaltlich vertreten ist, häufig als problematisch. Gerade in solchen Fällen ist es auch die Aufgabe der Richterin, dafür zu schauen, dass die nicht vertretene Partei nicht «unter die Räder» kommt. Es entsteht für einen Laien damit recht schnell – meist zu Unrecht – der Eindruck, die Richterin helfe in unzulässiger Weise der Gegenpartei und sei voreingenommen. Es wäre Sache der beigezogenen Rechtsvertreterin, den eigenen Klienten in diesem Zusammenhang auf die prozessualen Eigenheiten des Verfahrens hinzuweisen. [...] Schliesslich ist auch ein frühzeitiger Hinweis der Richterin darauf, dass sie die unentgeltliche Prozessführung in Bezug auf die Rechtsverbeiständung nicht gewähren werde, unter dem Titel der fairen Verfahrensleitung nicht zu beanstanden; problematischer wäre vielmehr, wenn sie nichts sagt, den Anwalt verschiedene Tätigkeiten ausführen lässt und am Schluss ein entsprechendes Gesuch abweist.

64

Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO (SR 272) Nichteintreten auf eine Beschwerde gegen prozessleitende Verfügungen in einem Verfahren betreffend Aufhebung des Miteigentums, in dem der Beklagte Nichteintreten mangels örtlicher Zuständigkeit beantragt. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil verneint.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 7. Januar 2013

Aus den Erwägungen:

3. a) Prozessleitende Verfügungen können mit Beschwerde angefochten werden, wenn es das Gesetz ausdrücklich vorsieht oder wenn durch sie der beschwerdeführenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 1 und 2 ZPO). Dieser Nachteil muss nicht zwingend rechtlicher Natur sein, was voraussetzen würde, dass er sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen liesse (so das Bundesgericht in BGE 137 III 380 E. 1.2.1 zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), sondern kann auch tatsächlicher Natur sein (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm. Art. 319 N 13 f.; Kurt Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 39). Damit sind die Voraussetzungen zwar weniger streng als nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (vgl. BGE 137 III 380 E. 2). Es ist aber trotzdem zu beachten, dass vor dem Hintergrund, dass Prozesse beförderlich zu erledigen sind (Art. 124 Abs. 1 ZPO) und eine Anfechtung von Verfahrensmängeln jedenfalls in Fällen nach Art. 319 Abs. 1 lit. b

Ziff. 2 ZPO auch mit dem Endentscheid infrage kommt (vgl. ZR 111 [2012] Nr. 28), die Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht leicht hin bejaht werden soll (vgl. CPC-Jeandin, Art. 319 N 22; KUKO ZPO-Alexander Brunner, Art. 319 N 13).

b) Beweisverfügungen gehören zu den prozessleitenden Verfügungen, die nur ausnahmsweise unter der erschwerten Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) separat anfechtbar sind. Ein Beschwerdeführer hat im konkreten Fall darzutun und nachzuweisen, dass ihm mit der Anfechtung der Beweisverfügung erst zusammen mit dem Entscheid in der Hauptsache ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entsteht (vgl. ZR 111 [2012] Nr. 51; KUKO ZPO-Alexander Brunner, Art. 319 N 12). Gleiches gilt für die Ablehnung durch das Gericht, einen selbstständig anfechtbaren Zwischenentscheid (z. B. zur Zuständigkeit) zu fällen (Art. 125 lit. a, Art. 237 ZPO). Die Beschwerdeführer haben im Einzelnen darzutun, inwiefern ihnen dadurch ein Nachteil entsteht, der nicht leicht wiedergutzumachen ist.

4. a) Die Beschwerdeführer machen zur Begründung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Zusammenhang mit der Weigerung der Vorinstanz, einen selbstständig anfechtbaren Entscheid betreffend Zuständigkeit zu fällen, einzig geltend, sie könnten sich einen erheblichen Aufwand an Zeit und Kosten ersparen, wenn auf die Klage bezüglich Zuständigkeit nicht eingetreten würde. Weshalb die örtliche Zuständigkeit hier zweifelhaft oder nicht gegeben und ein separater (Zwischen)Entscheid zur Zuständigkeit geboten sein sollte, begründen sie bezogen auf den konkreten Fall einzig damit, der Vertreter der Kläger habe die Begründung der örtlichen Zuständigkeit in der Replik geändert.

b) Die Prozessleitung liegt beim Gericht, und der Vorinstanz steht ein Ermessen zu, zu beurteilen, welches Vorgehen prozessökonomisch am sinnvollsten ist. Es ist zwar offensichtlich, dass für alle Beteiligten der Zeit- und Kostenaufwand bei einem Nichteintretensentscheid gering wäre. Die Beschwerdeführer gehen in ihrer Argumentation mit der Prozessökonomie denn auch selbstverständlich davon aus, dass ihre Behauptung, die Zuständigkeit sei zu verneinen, richtig sei; eine Behauptung, die sie jedoch nicht zu begründen vermögen. Nebst dem Vorwurf an den Kläger, er habe die Zuständigkeit vorerst auf eine falsche Gesetzesbestimmung (Art. 29 Abs. 1 lit. b statt Art. 29 Abs. 2 ZPO) gestützt und dies in der Replik korrigiert, bringen die Beschwerdeführer selber nichts Grundsätzliches gegen die örtliche Zuständigkeit vor. Der Vorinstanz drängte es sich nicht auf, einen separaten Zuständigkeitsentscheid zu fällen. Das von ihr gewählte Vorgehen – das den Parteien im Übrigen mit prozessleitender Verfügung vom 27. September 2011 samt Rechtsmittelbelehrung bereits mitgeteilt worden war und gegen das die Beschwerdeführer damals nicht opponiert hatten – ist unter den gegebenen Umständen mit Blick auf eine beförderliche Prozess erledigung keineswegs abwegig; zudem besteht kein Anspruch auf einen separaten Zwischenentscheid zur Zuständigkeit. Was die Kosten betrifft, ist davon auszugehen, dass den Beschwerdeführern keine Kosten auferlegt werden, wenn sie zu einem spä-

teren Zeitpunkt mit ihrer Auffassung zur Zuständigkeit durchdringen sollten. Die Beschwerdeführer haben damit in keiner Weise nachgewiesen, inwiefern ihnen durch die Weigerung der Vorinstanz, einen separaten Zwischenentscheid zur Zuständigkeit – den sie im Übrigen erstmals an der Hauptverhandlung beantragten – zu fällen, ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Es ist daher auf das Begehren, die Vorinstanz habe über die Zuständigkeit einen anfechtbaren Zwischenentscheid zu fällen, nicht einzutreten.

5. a) Weiter verlangen die Beschwerdeführer, die Beweisverfügung vom 23. August 2012 sei gesamthaft aufzuheben (Rechtsbegehren Ziff. 3). Zur Begründung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Fall, dass die Vorinstanz das Verfahren im Sinne der angefochtenen Beweisverfügung fortführe, bringen die Beschwerdeführer vor, sie müssten sich auf das Verfahren einlassen und würden gezwungen, auf die jedem Miteigentümer zustehende, im Gesetz (Art. 651 Abs. 2 ZGB) vorgesehene Miteigentümerversammlung zu verzichten. In diesem Sinne wäre der Nachteil bei Fortschreiten des Prozesses für die Beschwerdeführer nicht nur «nicht leicht», sondern «gar nicht» wiedergutzumachen.

b) Die Argumentation der Beschwerdeführer ist vor dem gesamten Hintergrund nicht nachvollziehbar. Aus der bei den Parteiakten liegenden Korrespondenz ergibt sich, dass die Parteien seit Jahren unter Beizug von Anwälten nach einer Lösung suchen und eine solche bisher immer an unterschiedlichen Vorstellungen gescheitert ist. Auch der Vorschlag, eine Fachperson beizuziehen, die bei einer Abparzellierung die Ausgleichszahlung hätte festlegen können, stand schon im Raum. Eine Miteigentümerversammlung hätte längst einberufen werden können und könnte auch heute noch einberufen werden. Worin – auch mit Blick auf die lange Vorgeschichte – für die Beschwerdeführer der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil liegen soll, wenn im Rahmen des vom Kläger eingeleiteten Prozesses im Hinblick auf eine Teilung endlich eine Expertise über den Wert der Liegenschaft und von Teilen davon eingeholt wird, ist nicht ersichtlich. Denn zum einen bestreiten die Beschwerdeführer die Notwendigkeit einer Schätzung nicht, sie wollen lediglich von einer gerichtlichen Schätzung absehen und machen geltend, «eine Schätzung jeder Partei bzw. eines gemeinsam bestimmten Schätzers müsste im Rahmen einer Miteigentümerversammlung sinnvollerweise durchgeführt werden»; ein vor dem konkreten Hintergrund wohl kaum mehr zielführendes Verfahren. Die Kosten für die gerichtliche Expertise hat gemäss Beweisverfügung der Kläger vorzuschliessen. Sollte er letztlich unterliegen, weil der Prozess wegen der von den Beschwerdeführern behaupteten fehlenden Zuständigkeit, der behaupteten Subsidiarität – oder allenfalls wegen falscher Einleitung des Prozesses oder falsch gestellter Rechtsbegehren, wie von den Beschwerdeführern im Hauptverfahren behauptet – nicht zu einer Lösung in der Sache führen, so werden den Beschwerdeführern gemäss gesetzlicher Regelung keine Kosten auferlegt und sie können ihre Parteikosten bei der Gegenpartei geltend machen. Dass diese von vorneherein nicht einbringlich sein sollten, machen die Beschwerdeführer nicht geltend.

Die Beschwerdeführer haben in keiner Weise dargetan und nachgewiesen, inwiefern ihnen durch Fortsetzung des Verfahrens mittels der Beweisverfügung bzw. Durchführung einer Expertise ein nicht leicht – oder wie behauptet ein überhaupt nicht – wiedergutzumachender Nachteil droht. Es ist daher auf das Begehren, die Beweisverfügung sei gesamthaft aufzuheben, nicht einzutreten. Damit kann das Verfahren gestützt auf die Beweisverfügung, die im Übrigen jederzeit abgeändert oder ergänzt werden kann (Art. 154 ZPO), fortgesetzt werden. (...).

65

Art. 321 ZPO (SR 272); Art. 266 lit. b ZPO/SG resp. Art. 107 Abs. 1 ZPO (SR 272). Bei der selbstständigen Kostenbeschwerde sind die Rechtsbegehren zu beziffern und zu begründen. Auch ein vom angefochtenen Entscheid abweichend geforderter Verteilschlüssel ist im Rechtsbegehren konkret, zumindest nach Bruchteilen, zu bemessen (E. II.3). Streitwert der Kostenbeschwerde (E. II.4). Kostenverlegung bei Abschreibung eines Verfahrens durch Vergleich bei Erteilungsklage (E. III.).

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 17. September 2013

Aus den Erwägungen:

II.

3. a) Die Beschwerde soll konkrete Rechtsbegehren enthalten, aus denen hervorgeht, inwieweit der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird und welches Ziel angestrebt wird (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 14 zu Art. 321 ZPO; Sterchi, Berner Kommentar, N 16 zu Art. 321 ZPO und N 14 zu Art. 311, unter Hinweis u. a. auf die in BGE 138 III 213 E. 2.3 postulierte analoge Anwendung der Art. 221 und 244 ZPO). Während die nicht selbstständig angefochtene Kostenfrage keiner besonderen Anträge bedarf (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 66, 73 zu Art. 311 ZPO), ist bei selbstständiger Anfechtung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ein spezifischer Antrag zu formulieren. Der entsprechende Antrag ist in anderen Worten – gleich wie jedes andere Rechtsbegehren, das auf eine Geldzahlung lautet – zu beziffern und zu begründen (BGer 5A_514/2009 E. 1.2; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 66, 76 zu Art. 311 ZPO; Jenny, ZPO-Komm., N 3 zu Art. 110 ZPO; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, N 20 zu Art. 311 ZPO; Engler, Aus der Praxis des Obergerichts Zürich unter der Schweizerischen ZPO, Z Z Z 2011/2012, 171 ff. insb. 172). Hinreichend spezifiziert ist ein Antrag, wenn er bei Gutheissung zum Urteil erhoben werden kann (Hungerbühler, DIKE-

Komm.-ZPO, N14 zu Art. 311 ZPO). Die primär kassatorische Natur der Beschwerde (Art. 327 Abs. 3 ZPO) steht dem nicht entgegen, solange ein Entscheid in der Sache in Betracht kommt (Hungerbühler, DIKE-Komm.-ZPO, N19 zu Art. 321 ZPO; CPC-Jeandin, N 5 zu Art. 321 ZPO; BK-Sterchi, N16 zu Art. 321 ZPO; OGer ZH RT120148 vom 14. November 2012; BGE 134 III 379 E.1.3); dies ist insbesondere bei der Anfechtung der Höhe einer Entscheidungsgebühr (Engler, a. a. O.) resp. eines Kostenentscheides überhaupt in aller Regel der Fall (OGer ZH PC110041 vom 7. November 2011). Das Fehlen eines rechtsgenügenden Antrages hat das Nichteintreten zur Folge, ohne dass eine Nachfrist angesetzt werden müsste; dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus ist insofern Rechnung zu tragen, als sich ein Nichteintreten verbietet, wenn sich aus der Begründung der Beschwerde – allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid – ergibt, was der Beschwerdeführer in der Sache verlangt (BGer 5A_855/2012 E. 3.3.2; BGE 134 III 235 E. 2; 137 III 617 E. 4.3, 6.2, 6.4 a.E.; Hungerbühler, DIKE-Komm.-ZPO, N 25 zu Art. 311 ZPO; für die Beschwerde an das Bundesgericht vgl. Meyer, Wege zum Bundesgericht – Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 2010, 797 ff., insb. 861 f. und die in FN 214 zitierte Rechtsprechung).

[...]

4. Der im Hinblick auf Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG zu bestimmende Streitwert der Beschwerde richtet sich bei der Kostenbeschwerde nicht nach dem Streitwert der Hauptsache, sondern nach dem der angefochtenen Kosten (4A_693/2012 E. 1.1; 5A_484/2010 u. 5A_485/2010 E. 2.1; vgl. die Ausnahme BGE 137 III 47).

[...]

III.

1. Die Prozesskosten sind bei Abschluss des Verfahrens mit Endentscheid grundsätzlich nach Massgabe des Unterliegens resp. Obsiegens zu verlegen (Art. 264 Abs. 1 f. ZPO/SG). Diese klassische Verteilungsregel kann sich im Einzelfall als starr und ungerecht erweisen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7297). Der st.gallische Zivilprozessgesetzgeber sah mehrere Korrektive vor, unter anderem stellte er die Verlegung der Prozesskosten dem Ermessen des Gerichts anheim, u. a. wenn ein Prozess durch Vergleich erledigt oder anderweitig gegenstandslos wurde (Art. 266 lit. b ZPO/SG). Der Ermessensentscheid ist ein Billigkeitsentscheid (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N1.a zu Art. 266 ZPO/SG; BK-Sterchi, N1 zu Art. 107 ZPO). Als solcher hat er nach der dem Einzelfall möglichst angemessenen Entscheidung zu suchen, alle erheblichen Umstände des Falles und die individuellkonkrete Interessenlage zu berücksichtigen; allgemeine Regeln lassen sich nicht aufstellen, es ist die jeweilige Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N12 sowie 14, 46 ff. zu Art. 4 ZGB; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., 1979, S. 406 FN 6.b/c). Das Zugrundelegen des mutmasslichen Prozessausganges ist ein möglicherweise tragender, aber nicht zwingend, jedenfalls nicht alleine infrage kom-

mender, Gesichtspunkt – ebenso bedeutsam kann sein, wer Anlass zur Klage gegeben hat, auf welcher Seite die Gründe für die Gegenstandslosigkeit liegen (Botschaft ZPO, a. a. O.), wie weit die Vergleichslösung von den ursprünglichen Anträgen der jeweiligen Partei entfernt liegt (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3.a zu Art. 266 ZPO/SG; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., 1997, N 8 zu § 65 ZPO/ZH) usw. Eine gesetzliche Rangordnung von Kriterien für die Einzelfallbeurteilung besteht nicht (Jenny, ZPO-Komm., N 16 zu Art. 107 ZPO).

2. a) Die Beschwerdeführer fordern in Rechtsbegehren Nr. 2 zwar nicht explizit die Verlegung nach der Massgabe des mutmasslichen Ausgangs, geben dieser Bemessungsart indessen in der Beschwerdebegründung breiten Raum. Sie machen eine Verletzung von Art. 262 ff. ZPO/SG geltend und werfen der Vorinstanz eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung vor. Sie bezeichnen die von der Vorinstanz getroffene Regelung als «gesetzeswidrig und krass willkürlich» und «krass im Widerspruch zu den Prozessakten».

Eine schematische Anwendung des Kriteriums des mutmasslichen Prozessausgangs im Fall von Gegenstandslosigkeit ist von Gesetzesseite (vgl. Art. 266 Abs. 2 lit. b ZPO/SG) nicht vorgegeben und widerspräche letztlich der Natur des Ermessensentscheides als Entscheid, der sich an Billigkeitsüberlegungen zu orientieren hat. Bei der Einzelfallbeurteilung sind auch die Eigenheiten des Erbteilungsprozesses zu berücksichtigen. Bei der Erbteilungsklage handelt es sich um eine Gestaltungsklage (vgl. PraxKomm Erbrecht-Weibel, N 3 zu Art. 604 ZGB) mit dem Ziel, die Erbengemeinschaft zu liquidieren. Im Erbteilungsprozess sind durch den Charakter der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft grundsätzlich alle Erben als Partei involviert (notwendige Streitgenossenschaft; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3.a zu Art. 44 ZPO/SG; PraxKomm Erbrecht-Weibel, N 11 zu Art. 604 ZGB) und im Rahmen dieser «actio duplex» können alle Beteiligten eigene Anträge auf Zusprechung ihrer Anteile stellen, wobei solche Zuweisungsbegehren nicht zu einem prozessualen Obsiegen oder Unterliegen führen (Brückner/Weibel, Die erbrechtlichen Klagen, N 202 f., PraxKomm Erbrecht-Weibel, N 33 i. v. m. N 36 zu Art. 604 ZGB). Das Rechtsbegehren kann jedoch vorerst auch vergleichsweise abstrakt gehalten werden und sich auf den Teilungsanspruch (und ggf. das Begehren auf Feststellung des Nachlasses und Feststellung der Erbquoten) beschränken (PraxKomm Erbrecht-Weibel, N 31, 35 zu Art. 604 ZGB).

Gerade Letzteres ist vorliegend der Fall: Die Rechtsbegehren, welche die nunmehrigen Beschwerdeführer der Vorinstanz in der Klageschrift unterbreiteten, beschränkten sich auf den Feststellungs- und Teilungsanspruch. Diese Ansprüche bestehen von Gesetzes wegen und aus dem Vergleich dieser Anträge mit dem endlich durch Vergleich erzielten Resultat ein Obsiegen zu schlussfolgern, ist von bedingter Schlüssigkeit. Verlässlichen Aufschluss gäbe allenfalls ein Vergleich zwischen konkreten Teilungs- resp. Zuweisungsbegehren aller Beteiligten, die jedoch – wie dargelegt – nicht zu einem prozessualen Obsiegen oder Unterliegen

führen. Unter diesen Umständen wäre es unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit nicht zu rechtfertigen, den Klägern und der Beklagten 1 keine Gerichtskosten aufzuerlegen und einzig die Beklagten 2 und 3 damit zu belasten. Denn Zweck der Erbengemeinschaft ist – wie gesagt – ihre eigene Liquidation (PraxKomm Erbrecht-Weibel, N7 zu Art. 602 ZGB und N1 zu Art. 604 ZGB), die Erbteilung dient der Beendigung der Gemeinschaft und der Zuweisung von einzelnen Positionen an die einzelnen Erben. In diesem Interesse sind sich die Parteien grundsätzlich gleich. Primär soll die Teilung einvernehmlich mittels Realteilung oder Erbteilungsvertrag geschehen (Art. 634 ZGB), die Erbteilungsklage ist demgegenüber nachgelagert; wird im Rahmen des Erbteilungsverfahrens ein Vergleich geschlossen, so entspricht dieser im Resultat wiederum dem Erbteilungsvertrag und es erscheint unter Billigkeit Gesichtspunkten angemessen, die Kosten nach analogen Gesichtspunkten zu verlegen, sodass die externen Kosten von der Erbengemeinschaft – und damit von den Erben nach Quoten – getragen werden (und die Kosten der eigenen Rechtsvertretung von den einzelnen Erben). Das entspricht im Resultat (wenn auch – bis auf die Konklusion – nicht in der Begründung, die sich ausdrücklich nur auf Art. 264 und 265 ZPO/SG beruft) der vorinstanzlich getroffenen Kostenregelung. Bedenkenswert ist ferner, dass nurmehr eine Rest-Erbteilung vorzunehmen war, nachdem eine erste Erbteilung in den 1970er-Jahren offenbar vorgenommen werden konnte [...]. Aufseiten der Beklagten und nunmehrigen Beschwerdegegnerschaft ist nicht mehr die ursprüngliche Erbengeneration aktiv, mit welcher in den Jahren 2004/05 – aus welchen Gründen auch immer – eine einvernehmliche Lösung nicht gefunden werden konnte. Es erscheint denn auch billig und dem Rechtsfrieden förderlich, die nachrückende Generation, welche in der Lage war, eine einvernehmliche Lösung zu finden, in der Kostenfrage zu behandeln wie vorstehend beschrieben.

3. Strafrechtspflege

66

Art. 235 StPO (SR 312.0) Die Anforderung, dass für die Erteilung einer Besuchsbewilligung für eine inhaftierte Person die vollständigen Personalien des Besuchers vorgängig bekannt zu geben sind, ist zulässig.

Anklagekammer, 10. April 2013

Aus den Erwägungen:

II.

2. Der Beschwerdeführer rügt, die Einforderung der Geburtsdaten für die Ausstellung der Besuchsbewilligungen stelle überspitzten Formalismus dar. Formvorschriften, wonach die Geburtsdaten der Besucher vorgängig anzugeben seien, seien der Strafprozessordnung nicht zu entnehmen. Die Formvorschrift stütze sich weder auf ein Gesetz noch auf eine Verordnung; sie verstosse gegen Art. 36 Abs. 1 BV. Zudem liege ein Verstoss gegen das Recht auf persönliche Freiheit sowie das Recht auf Familie vor. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Geburtsdaten erforderlich seien. Es liege weder ein schutzwürdiges Interesse noch ein sachlicher Grund vor, vielmehr würden die Besuche in unhaltbarer Weise verhindert. Die vorgängige Bekanntgabe der Geburtsdaten sei nicht notwendig und stehe in einem Missverhältnis zum Recht des Beschwerdeführers, Besuche zeitnah empfangen zu dürfen. Die Personalien der Besucher könnten anhand eines Ausweises nach dem Eintreffen im Gefängnis überprüft werden. Das Beharren auf der vorgängigen Bekanntgabe der Geburtsdaten sei willkürlich, unhaltbar und rechtsmissbräuchlich; der Beschwerdeführer werde diesbezüglich diskriminiert. Er werde dazu angehalten, die Geburtsdaten in Erfahrung zu bringen, obwohl seine fremdsprachigen Briefe vor der Weiterleitung kontrolliert und übersetzt würden. Dies nähme längere Zeit in Anspruch. Ebenso bestehe die Möglichkeit, dass die Briefe beschlagnahmt würden. Dies verhindere die Ausübung des Rechts auf Empfang von Besuchen in unzulässiger Weise. Zudem sei die Telefonnummer der Ehefrau des Beschwerdeführers bekannt, die Geburtsdaten könnten durch die Staatsanwaltschaft via Dolmetscherin in Erfahrung gebracht werden. Indem die Staatsanwaltschaft die Geburtsdaten verlange, obwohl sie diese selber in Erfahrung bringen könne, überschreite sie ihr Ermessen. Zudem werde dem Beschwerdeführer jegliche Unterstützung versagt.

3. a) [...]

b) Die Kontakte zwischen der inhaftierten Person und anderen Personen bedürfen der Bewilligung der Verfahrensleitung. Besuche finden wenn nötig unter Aufsicht statt (Art. 235 Abs. 2 StPO). Die Bewilligung kann mit Auflagen verbunden werden (vgl. Art. 41 Abs. 1 GefV). Einschränkungen in der persönlichen Freiheit sind soweit zulässig, als es der Haftzweck sowie die Ordnung und Sicherheit in der Haftanstalt erfordern (vgl. Art. 235 Abs. 1 StPO; BSK StPO-Matthias Härri, Art. 235 N 1, N 34). Entsprechend sieht Art. 42 GefV vor, dass die Besuche zu bestimmten Zeiten zu erfolgen haben, rechtzeitig abzusprechen sind und dass sich der Besucher auf Verlangen auszuweisen hat.

c) Die Staatsanwaltschaft teilte dem Beschwerdeführer am 22. Februar 2013 mit, dass nach der delegierten Einvernahme weder einem überwachten Telefonat mit der Ehefrau noch allfälligen überwachten Besuchen der direkten Verwandten etwas entgegenstehe. Die Ausstellung von Besuchsbewilligungen werde anschliessend an die Hand genommen, dafür müssten noch die genauen Personalien

der Besucher, insbesondere die Geburtsdaten, mitgeteilt werden. Am 1. März 2013 wies die Staatsanwaltschaft erneut darauf hin, dass die Personalien anzugeben sind, damit die besuchswilligen Personen vorab überprüft und dem Gefängnis eindeutige Bewilligungen ausgestellt werden können. Die Besuchsbewilligungen wurden damit von der Staatsanwaltschaft nicht an sich verweigert, sondern an die Mitteilung der Personalien, inkl. Geburtsdaten, durch den Beschwerdeführer geknüpft.

Entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 235 Abs. 1 StPO, Art. 41 f. GefV) werden einer inhaftierten Person die Kontakte zur Aussenwelt nicht voraussetzungslos gewährt. Vielmehr sind Einschränkungen sowie Auflagen gesetzlich möglich und nach Art. 235 Abs. 1 und Abs. 2 StPO sowie Art. 41 Abs. 1 GefV ausdrücklich zulässig. Die Bekanntgabe der vollständigen Personalien (inkl. Geburtsdaten) vor der Erteilung der Bewilligung dient einerseits der Überprüfung der besuchswilligen Personen auf deren Identität und allfällige Vorgänge, andererseits wird mit einer Besuchsbewilligung, die eindeutig identifizierende Angaben hinsichtlich der besuchswilligen Person enthält und enthalten muss, für das Gefängnispersonal eine klare Grundlage geschaffen. Das Gefängnispersonal kann und muss in der Folge ausschliesslich überprüfen, ob die sich ausweisende Person mit der bewilligten Person übereinstimmt. Für eine klare und eindeutige Identifizierung einer Person ist aber neben der Angabe des Namens und der Anschrift auch die Angabe des Geburtsdatums erforderlich. Die Auflage, diese identifizierenden Personalangaben für die Erteilung einer Besuchsbewilligung vorab anzugeben, ist damit ohne Weiteres sachlich begründet. Zudem liegt sie im öffentlichen Interesse der Aufrechterhaltung des Haftzwecks sowie der Sicherheit und Ordnung der Haftanstalt und stellt damit eine nach Art. 235 Abs. 1 StPO zulässige Einschränkung dar. Schliesslich ist die Auflage auch verhältnismässig, zumal die Angabe der Personalien (inkl. Geburtsdaten) der nächsten Verwandten nicht eine unzumutbare Hürde darstellt, sondern grundsätzlich problemlos angegeben werden kann. Selbst wenn der Beschwerdeführer diese Daten «nicht auswendig» kennt, so wäre es ihm ohne Weiteres möglich gewesen, diese Daten im Rahmen des angekündigten bewilligten Telefonats mit seiner Ehefrau zu erfragen. Da die Ehefrau an der gleichen Anschrift wie die Brüder des Beschwerdeführers wohnt, wäre es ihr auch möglich gewesen, die Angaben der Brüder – spätestens bei einem weiteren Telefonat – zu liefern. Der Beschwerdeführer konnte zwischenzeitlich mehrfach mit seiner Ehefrau telefonieren. Es wäre ihm daher freigestanden, die entsprechenden Angaben anlässlich eines Telefonats einzuholen oder aber diese über seinen Verteidiger, dem die Telefonnummer der Ehefrau bekannt war, unter Beizug einer Dolmetscherin oder über einen deutschsprachigen Kontakt einholen zu lassen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers war damit auch nicht der – gemäss seiner Auffassung «komplizierte» und lange dauernde – postalische Weg notwendig, um die Angaben zu erhalten. Zudem ist es nicht Aufgabe der Staatsanwaltschaft, für eine inhaftierte Person, die sowohl mit der Ehefrau als auch dem Verteidiger verkehren

und damit die entsprechenden Informationen selber einholen kann, (an sich als bekannt vorauszusetzende) Personalangaben zu eruieren. Schliesslich ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Fragen die Staatsanwaltschaft der Ehefrau des Beschwerdeführers hätte stellen können, um an die Geburtsdaten der Brüder zu gelangen, als dies der Beschwerdeführer anlässlich seiner mehrfach erfolgten Telefonate selbst tun konnte.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers liegt damit weder überspitzter Formalismus noch eine Überschreitung des Ermessens vor. Ebenso werden die Besuche weder in unhaltbarer Weise verhindert, noch wird dem Beschwerdeführer jegliche Unterstützung versagt. Da die Personalangaben von allen inhaftierten Personen für ihre ersuchten Besuche angegeben werden müssen, ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer diesbezüglich diskriminiert wird.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Beschwerde gegen die Schreiben der Staatsanwaltschaft vom 22. Februar und 1. März 2013 (bzw. das Begehren um Ausstellung einer Besuchsbewilligung) abzuweisen ist.

67

Art.235 Abs.1 StPO (SR 312.0) Zulässigkeit der Einschränkung des Telefonverkehrs in Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Voraussetzungen.

Anklagekammer, 18. September 2013

Aus den Erwägungen:

II.

2. Zu entscheiden ist über die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 2. August 2013, welche sich gegen die Verfügung der Vorinstanz richtet, mit der ihm während der Sicherheitshaft keine Telefonate erlaubt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO und Art. 17 Abs. 1 EG-StPO).

2.1. Durch den Vollzug von Untersuchungs- und Sicherheitshaft wird das Grundrecht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV eingeschränkt. Gemäss Art. 235 Abs. 1 StPO darf diese Einschränkung nicht weiter gehen, als es der Haftzweck sowie die Ordnung und Sicherheit erfordern. Diese Bestimmung entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV). Die Europäische Menschenrechtskonvention gewährleistet im Bereich der Haftbedingungen keine über die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV hinausgehenden Rechte (BSK StPO-Matthias Häri, Art. 235 N1 mit weiteren Hinweisen).

Je höher die Flucht-, Kollisions- oder Wiederholungsgefahr erscheint, oder je stärker der ordnungsgemässe Gefängnisbetrieb (...) gefährdet ist, desto restriktiver können die Haftbedingungen sein. Im Übrigen kann abgesehen von hier nicht zutreffenden Ausnahmen (z. B. Notfällen) weder aus der Bundesverfassung noch aus der EMRK ein Anspruch des Untersuchungsgefangenen abgeleitet werden, mit Familienangehörigen oder ihm sonst nahestehenden Personen durch Benutzung des Telefons verkehren zu können. Solange dem Untersuchungsgefangenen andere Mittel für die Kommunikation mit der Aussenwelt zur Verfügung stehen, besteht das Recht auf Telefonbenützung nur insoweit, als dies in der Gefängnisordnung vorgesehen ist (BGer 1B_26/2009 E. 3.1). Gemäss Art. 40 der (kantonalen) Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten (sGS 962.14) sind Besitz und Benützung von privaten Kommunikationsgeräten wie Natel oder Funkrufempfänger verboten. Der Gefangene wird nicht ans Telefon gerufen (Abs. 1). Die einweisende Stelle oder, wenn sie nicht erreichbar ist, der Gefangenenbetreuer kann dem Gefangenen in besonderen Fällen die Benützung des Telefons erlauben. Das Gespräch kann aus Sicherheitsgründen überwacht werden (Abs. 2).

2.2. Der Beschwerdeführer war im hier massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung am 29. Juli 2013 Untersuchungsgefangener. Daran vermag nichts zu ändern, dass mit der Anklageerhebung die vorbestehende Untersuchungshaft in Sicherheitshaft umgewandelt wurde (vgl. Art. 229 StPO). Vollzugsrechtlich änderte sich damit nichts. Sicherheitshaft dient grundsätzlich dem gleichen Zweck wie Untersuchungshaft. Es müssen in beiden Fällen Haftgründe gegeben sein.

Die Untersuchungshaft wurde wegen Fluchtgefahr angeordnet. Bezugnehmend auf die Entscheide des regionalen Zwangsmassnahmenrichters vom 25. November 2012, 22. Februar 2013 und 19. April 2013 wurde nach der Anklageerhebung – womit im Zusatz zu einer früheren Verurteilung die Ausfällung einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren beantragt wurde – am 2. Mai 2013 gegen den Beschwerdeführer Sicherheitshaft angeordnet, weil Fluchtgefahr nach wie vor zu bejahen sei. Mit der Anklageerhebung ist grundsätzlich eher von einer noch grösseren Fluchtgefahr auszugehen. Dies erfordert namentlich auch hinsichtlich des (bereits grundsätzlich nicht erlaubten) Telefonverkehrs erhöhte Sicherheitsvorkehrungen.

2.3. Dem Beschwerdeführer wird der Verkehr mit den Familienangehörigen – insbesondere mit seiner Ehefrau – nicht grundsätzlich, sondern nur der telefonische Kontakt mit ihnen, untersagt. Andere Mittel der Kommunikation mit der Aussenwelt, namentlich auf dem Postweg, sind (wenn auch unter zulässiger Kontrolle) unbestrittenermassen vorhanden und möglich. Auch sind Besuche beim Beschwerdeführer offenbar unstreitig ebenfalls möglich. Der Beschwerdeführer macht im Übrigen auch keinen Notfall oder sonst eine begründete Ausnahmesituation geltend, welche allenfalls einen (regelmässigen) telefonischen Kontakt zu seinen engsten Familienangehörigen zu rechtfertigen vermöchte. Dabei ist mitzuberücksichtigen, dass der Beschwerdeführer offenbar erstmals und erst nach rund 8-

monatiger Dauer der Inhaftierung telefonischen Kontakt zu seinen nächsten Familienangehörigen suchte. Zumindest wird etwas anderes vom Beschwerdeführer weder vorgebracht noch glaubhaft gemacht. Im Übrigen machte er im Zusammenhang mit seinem Gesuch vom 23. Juli 2013 keine eine Ausnahme vom grundsätzlichen Telefonverbot rechtfertigenden Gründe geltend. Daran hat sich im vorliegenden Verfahren nichts geändert. Schliesslich steht dem Beschwerdeführer – wie bereits erwähnt – der Kontakt mit seinen engsten Familienangehörigen auf schriftlichem Weg offen. Es ist aber nicht aktenkundig, dass er hiervon überhaupt Gebrauch gemacht hätte. Sodann ist nicht ersichtlich, weshalb vorliegend ein brieflicher Kontakt nicht ausreichend für die Kommunikation mit seinen Angehörigen sein sollte.

2.4. Am Dargelegten vermag im Übrigen – wie auch die Vorinstanz zu Recht erwogen hat – eine Empfehlung des Europarates aus dem Jahre 2006 nichts zu ändern. Diese Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates betreffen zwar die Haftbedingungen. Sie sind aber nicht in der Weise völkerrechtlich verbindlich, dass die Missachtung der darin enthaltenen Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen für sich allein als Verstoss gegen verfassungsmässige Rechte oder wegen Verletzung eines Staatsvertrages beim Bundesgericht gerügt werden könnte; sie begründen insofern keine subjektiven Rechte und Pflichten (vgl. BSK StPO-Matthias Härrli, Art. 235 N 6). In Anbetracht der vorne angeführten klaren Rechtsprechung des Bundesgerichtes aus dem Jahre 2009 kann der Beschwerdeführer auch aus den Empfehlungen des Europarates kein Recht auf ein regelmässiges Telefongespräch (pro Woche 15 Minuten) ableiten.

2.5. Insgesamt erweist sich der Entscheid der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer während der Sicherheitshaft keine wöchentlichen Telefonate zu erlauben, als rechters.

68

Art. 255 und 260 Abs. 1 StPO (SR 312.0) Voraussetzungen für die Anordnungen von Probenahme und Erstellung eines DNA-Profiles und die erkennungsdienstliche Erfassung.

Anklagekammer, 27. November 2013

Im Beschwerdeverfahren waren folgende von der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Beschwerdeführer als beschuldigter Person angeordnete Massnahmen streitig:

- Dokumentation Körpermerkmale und Abdrücke identifizierender Körperteile, erkennungsdienstliche Erfassung (Art. 260 Abs. 1 StPO).
- Wangenschleimhautabstrich (WSA) zwecks DNA-Analyse (Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO)

Aus den Erwägungen:

II.

2. Die streitige Verfügung beinhaltet strafprozessuale Zwangsmassnahmen nach Art. 196 ff. StPO. Dabei sind die Grundsätze gemäss Art. 197 StPO zu beachten.

2.1. Die streitigen Massnahmen wurden im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen Verdachts der Widerhandlung gegen Art. 4 Abs. 1 lit. d und Art. 33 Abs. 1 lit. a WG angeordnet. Es ist unbestritten, dass er am 10. August 2013 einen Teleskopschlagstock auf sich trug. Er macht nicht geltend, dass er hierzu die gesetzlich erforderliche Bewilligung besass. Es handelt sich dabei um ein Vergehen (Art. 33 Abs. 1 lit. a WG i. V. m. Art. 10 Abs. 3 StGB). Ein die Anordnung rechtfertigender hinreichender Tatverdacht ist grundsätzlich gegeben (vgl. Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO).

2.2. Nach Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO kann zur Aufklärung eines Verbrechens oder Vergehens von der beschuldigten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommen diese Massnahmen nicht nur in Betracht zur Aufklärung jenes Delikts, welches dazu Anlass gegeben hat, oder zur Zuordnung von bereits begangenen und den Strafverfolgungsbehörden bekannten Delikten. Wie aus Art. 1 Abs. 2 lit. a DNA-Profil-Gesetz klar hervorgeht, muss die Erstellung eines DNA-Profiles es auch erlauben, den Täter von Delikten zu identifizieren, die den Strafverfolgungsbehörden noch unbekannt sind. Dabei kann es sich um vergangene oder künftige Delikte handeln. Das DNA-Profil kann so Irrtümer bei der Identifikation einer Person und die Verdächtigung Unschuldiger verhindern. Es kann auch präventiv wirken und damit zum Schutz Dritter beitragen. Danach besteht die gesetzliche Grundlage für die Probenahme und Erstellung eines DNA-Profiles auch soweit damit die Verhinderung bzw. Entdeckung allfälliger künftiger Straftaten des Beschwerdeführers bezweckt wird (1B_57/2013 E. 2.3. und 2.4.).

2.3. Das Dargestellte gilt auch für die erkennungsdienstliche Erfassung gemäss Art. 260 Abs. 1 StPO. Dabei handelt es sich im Vergleich zu den teils heiklen körperlichen Untersuchungen um die eher unproblematischen erkennungsdienstlichen Feststellungen äusserlich wahrnehmbarer Tatsachen bei oder an Personen (BSK StPO-Bruno Werlen, Vor Art. 260–262 N1). Erkennungsdienstliche Massnahmen verfolgen das doppelte Ziel, einerseits aufgrund der erfassten Merkmale nicht aufgeklärte Straftaten einer bestimmten Person zuzuordnen und andererseits bei künftigen Taten eine Wiedererkennung zu ermöglichen (Niklaus Oberholzer, Strafprozessrecht, 3. Aufl., N1114 mit Verweis).

2.4. Mit Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO und Art. 260 Abs. 1 StPO liegen rechtsgenügli- che formellgesetzliche Grundlagen für die streitigen Massnahmen vor (vgl. Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO). Ein öffentliches Interesse ist dadurch gegeben, als das Strafrecht der Verfolgung von Straftaten und der Überführung von Straftätern gilt und somit die allgemeine Sicherheit gewährleistet (BSK StPO-Jonas Weber, Art. 197 N 3).

2.5. Erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung der Daten stellen zwar einen Eingriff in Grundrechte dar, wobei es sich aber lediglich um einen leichten Eingriff handelt. Einschränkungen von Grundrechten müssen verhält- nismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Dies wird für Zwangsmassnahmen durch Art. 197 StPO konkretisiert. Danach können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen er- reicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnah- me rechtfertigt (lit. d). Nach der Rechtsprechung sind Massnahmen, wie im vorlie- genden Fall streitig, möglich, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Betroffene in andere – auch zukünftige – Verbrechen oder Vergehen verwickelt sein könnte (1B_57/2023 E. 3.2.).

2.6. Der Beschwerdeführer ist vorbestraft: Er wurde mit Entscheid des Kreisge- richtspräsidenten Chur vom 6. November 2008 wegen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie wegen Unterlassung der Buchführung, beides bezogen auf den Zeitraum vom 1. Januar 2006 bis 31. Dezember 2007, verurteilt und zu einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 20.– und zu einer Busse von Fr. 600.– verurteilt.

Im jetzigen Strafverfahren wird der Beschwerdeführer beschuldigt, am 10. Au- gust 2013, zur Nachtzeit in Buchs/SG in der Westeninttasche einen Teleskop- schlagstock auf sich getragen zu haben und damit gegen das Waffengesetz ver- stossen zu haben.

2.7. Der Beschwerdeführer hat gemäss seinen Aussagen den Teleskopschlag- stock zu seiner Selbstverteidigung auf sich getragen, wobei er ihn aber noch nie verwendet habe; auch seien damit keine strafbaren Handlungen verübt worden.

Beim Teleskopschlagstock handelt es sich um ein Gerät, das dazu bestimmt ist, Menschen zu verletzen (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. d WG). Ein Durchschnittsbürger in der Schweiz trägt nicht (ohne eine entsprechende behördliche Bewilligung) eine (sol- che) Waffe auf sich. Bei Personen, welche – hier im Sinne eines Tatverdachts – verbotenerweise eine Waffe mit sich herumtragen und damit (mutmasslich) gegen das Waffengesetz verstossen haben, besteht gegenüber dem Durchschnittsbürger zumindest eine leicht erhöhte Wahrscheinlichkeit, sie könnten auch in Zukunft in ein Delikt verwickelt sein (vgl. hierzu Niklaus Oberholzer, a. a. O., N 1119). Es deut- et auf eine gewisse Wahrscheinlichkeit hin, dass der Beschwerdeführer in Zukunft erneut ohne Bewilligung eine Waffe mit sich herumträgt, um damit – wenn auch zu Verteidigungszwecken – die körperliche Integrität anderer Menschen zu verlet- zen. Zudem besteht unter den erwähnten Voraussetzungen ein hinreichender An-

lass für die Annahme der Beteiligung an unaufgeklärten Straftaten, dies auch im Zusammenhang mit einem allfälligen Einsatz des Teleskopschlagstocks.

2.8. [...]

2.9. An den getroffenen Massnahmen besteht – wie dargelegt – ein erhebliches öffentliches Interesse; auch greifen sie nur leicht in die Grundrechte des Beschwerdeführers ein. Sie sind insgesamt als verhältnismässig zu beurteilen. Mildere Massnahmen, die den gleichen Zweck erfüllen könnten, sind nicht ersichtlich. Dies wird vom Beschwerdeführer auch nicht begründetermassen dargelegt.

2.10. Insgesamt erweisen sich die strittigen Massnahmen als recht- und insbesondere als verhältnismässig. Die vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

69

Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO (SR 312.05) Strafprozessuale Beschlagnahme eines «Raserfahrzeugs» nach Art. 90a SVG.

Anklagekammer, 29. Mai 2013

Aus den Erwägungen:

4. a) Gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO können Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson u. a. beschlagnahmt werden, wenn sie voraussichtlich einzuziehen sind (lit. d).

Die Einziehungsbeschlagnahme richtet sich in ihrem Umfang nach den Vorgaben des materiellen Rechts. Am 1. Januar 2013 ist Art. 90a SVG in Kraft getreten. Nach dieser Bestimmung kann die Einziehung eines Motorfahrzeugs angeordnet werden, wenn damit eine grobe Verkehrsregelverletzung in skrupelloser Weise begangen wurde und der Täter durch die Einziehung von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abgehalten werden kann.

Anlasstat ist eine grobe Verkehrsregelverletzung, die in skrupelloser Weise begangen wurde. Die Beifügung «in skrupelloser Weise» bedeutet, dass die Einziehung nur bei besonders gravierenden Verhaltensweisen im Strassenverkehr zur Anwendung gelangen kann. Die gleichzeitige Schaffung der Einziehungsbestimmung zusammen mit der qualifizierten groben Verkehrsregelverletzung gemäss Art. 90 Abs. 3 SVG (sog. «Rasertatbestand») weist darauf hin, dass der Gesetzgeber die Einziehung vor allem im Zusammenhang mit dieser Verfehlung vorsah (Maurer, in: Kommentar StGB, Donatsch/Flachsmann/Hug/Maurer/Riesen-Kupfer/Weder, 2013, Art. 90a SVG N 6). Nach Art. 90 Abs. 3 SVG wird bestraft, wer

durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht, namentlich durch besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen. Eine besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit liegt in jedem Fall dann vor, wenn die Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h um mindestens 60 km/h überschritten wird (Art. 90 Abs. 4 lit. c SVG); oder anders formuliert bei einer Fahrgeschwindigkeit von mindestens 140 km/h bei einer signalisierten oder allgemeinen Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h. Die Qualifikation ist unabhängig davon, ob besonders günstige Strassen- oder Verkehrsverhältnisse vorliegen, erfüllt. Das Lenken eines Motorfahrzeugs mit solchen Geschwindigkeiten birgt ex lege das Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern (Maurer, a. a. O., Art. 90 SVG N 29 und N 33).

Gegenstand der Einziehung kann dasjenige Motorfahrzeug sein, mit welchem die Anlasstat begangen wurde. Hat der Täter die Anlasstat mit einem Fahrzeug begangen, das im Eigentum eines Dritten steht, so wird die Einziehung zufolge der durch Art. 26 der Bundesverfassung gewährleisteten Eigentumsgarantie nur möglich sein, wenn das Fahrzeug sonst für den Täter weiterhin verfügbar wäre, z. B. bei Eigentum eines Familienmitgliedes oder eines guten Bekannten. Die Einziehung ist anzuordnen, wenn es hinreichend wahrscheinlich ist, dass ohne diese Massnahme die Sicherheit von Menschen gefährdet wäre, was beim nicht einsichtigen, rückfallgefährdeten Verkehrsteilnehmer der Fall sein dürfte. Die Einziehung muss verhältnismässig sein; sie darf nicht weiter gehen, als dies zur Erreichung des angestrebten Ziels – weitere Gefährdungen durch das fragliche Motorfahrzeug in der Hand des Täters zu verhindern bzw. solche zumindest zu verzögern oder zu erschweren – nötig ist (Botschaft zu Via sicura, BBl 2010 8485; Maurer, a. a. O., Art. 90a SVG N 4–7).

b) Der Sohn der Beschwerdeführerin fuhr mit dem beschlagnahmten Seat auf der Ausserortsstrecke mit einer Fahrgeschwindigkeit von 141 km/h. Die Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit beträgt entsprechend 61 km/h. Damit liegt eine besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit vor, mit welcher das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern geschaffen wurde. Diese Fahrweise ist als besonders gravierende Verhaltensweise und damit ohne Weiteres als skrupellos einzustufen. Selbst wenn bei solchen Überschreitungen der zulässigen Höchstgeschwindigkeit die örtlichen Verhältnisse an sich gar nicht mehr zu berücksichtigen sind, tritt vorliegend erschwerend dazu, dass am fraglichen Samstagvormittag in beide Fahrrichtungen lebhafter Verkehr herrschte und im Anschluss an die gerade Fahrstrecke eine Kurve folgt. Insgesamt dürfte ohne Weiteres von einer groben Verkehrsregelverletzung, die in skrupelloser Weise begangen wurde, ausgegangen werden können.

Das beschlagnahmte Fahrzeug ist aufgrund des leistungsstarken, sportlichen Motors besonders geeignet, weitere Geschwindigkeitsüberschreitungen zu bege-

hen. Der Beschuldigte hatte sich bereits in der Vergangenheit wegen SVG-Übertretungen zu verantworten. Am 16. März 2012 führte er ein Fahrzeug, das in nicht betriebssicherem bzw. vorschriftsgemäsem Zustand war und mehrere Mängel, so insbesondere einen unerlaubten Sportluftfiltereinsatz und unerlaubte Manipulationen am Luftfilterkasten, aufwies. Ebenso fuhr er damals mehrfach an einer Unfallstelle vorbei und betätigte dabei ständig die Hupe. Am 5. Juni 2012 beschleunigte der Beschuldigte seinen Personenwagen an der Seestrasse in Walenstadt, Höhe Zeughaus, und setzte zu einem Überholmanöver an, lenkte anschliessend seinen Personenwagen auf die Gegenfahrbahn und bremste – als er auf der Höhe der Fahrtüre des zu überholenden Fahrzeuges war – ab und wechselte hinter diesem Fahrzeug wieder auf die eigene Fahrbahn zurück. Anlässlich der anschliessenden Kontrolle wurde zudem festgestellt, dass das vordere Kontrollschild auf einer Höhe von 17 cm (Unterkante) statt der vorgeschriebenen Höhe von 20 cm angebracht war. Bereits diese Vorfälle zeigen auf, dass der Beschuldigte nicht gewillt erscheint, insbesondere die Strassenverkehrsvorschriften einzuhalten. Zusätzlich weist der Beschuldigte mehrere (Jugend-)Vorstrafen auf (Diebstahl, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch im Juli 2010; mehrfacher Diebstahl, versuchter Diebstahl, mehrfache Sachbeschädigung, mehrfacher Hausfriedensbruch und versuchter Hausfriedensbruch im Dezember 2009 und Februar 2010 sowie Sachbeschädigung im Juni 2008). Offenbar haben ihn auch diese Vorstrafen nicht beeindruckt. Vielmehr liess er sich dennoch zu einer massiven Geschwindigkeitsüberschreitung hinreissen, einzig weil – gemäss seinen Aussagen – das Auto «halt schnell auf hohen Geschwindigkeiten» ist und er «einmal auf einer langen, geraden Strecke» habe «Gas geben» wollen. Ebenso zeigen die (angeführte SVG-)Vorstrafe wie auch das Tuning seiner bisherigen Fahrzeuge auf, dass sportliche Fahrzeuge einen gewissen Reiz auf den Beschuldigten auszuüben scheinen. Insgesamt ist es (vor dem Hintergrund des aktuellen Verfahrensstandes) hinreichend wahrscheinlich, dass ohne die Beschlagnahme die Sicherheit von Menschen gefährdet wäre bzw. der Beschuldigte rückfallgefährdet sein dürfte.

Der Umstand, dass offenbar die Beschwerdeführerin Eigentümerin (und eingetragene Fahrzeughalterin) des Personenwagen ist, schliesst eine Beschlagnahme wie auch eine allfällige Einziehung nicht aus. Der Personenwagen wäre, da der Beschuldigte im gleichen Haushalt wie die Beschwerdeführerin wohnt, für diesen ohne Weiteres weiterhin verfügbar. Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie würde ihrem Sohn den Wagen nicht mehr zur Verfügung stellen, vermag daran nichts zu ändern. Ein gänzlicher Ausschluss, dass der Beschuldigte nicht mehr – auch nicht gegen den Willen der Beschwerdeführerin – über den Personenwagen verfügen könnte, kann nicht sichergestellt werden. Der Umstand, dass aus dem Verwertungserlös die Anschaffung eines neuen Fahrzeugs möglich wäre, vermag – entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin – an der Geeignetheit der Beschlagnahme bzw. einer allfälligen Einziehung nichts zu ändern. Eine Wiederbeschaffung wäre mit nicht unerheblichen Kosten verbunden, sodass eine Beschlagnahme bzw.

allfällige spätere Einziehung zumindest geeignet ist, weitere Widerhandlungen des Beschuldigten gegen die Strassenverkehrsvorschriften zu verzögern oder zu erschweren (vgl. BGE 137 IV 249 E. 4.5.2). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann auch aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin ein weiteres Fahrzeug besitzt, nicht der «Umkehrschluss» gezogen werden, dass deshalb mit der Beschlagnahme bzw. einer allfälligen Einziehung des Personenwagens Seat eine Gefährdung nicht ausgeschlossen werden könne und deshalb eine Freigabe zu erfolgen habe. So verfügt einerseits der Toyota nicht über eine sportliche Ausstattung, welche massive Geschwindigkeitsüberschreitungen begünstigt, andererseits vermag der Umstand, dass ein Zweitwagen vorhanden ist, nicht generell eine Beschlagnahme oder allfällige Einziehung zu unterlaufen, ansonsten die Einziehungsvorschriften generell bei beschuldigten Personen mit mehr als einem Personenwagen nicht zur Anwendung kämen.

Die Beschlagnahme erweist sich auch als verhältnismässig. Dem Beschuldigten wurde der Führerausweis auf der Stelle abgenommen und er hat damit zu rechnen, dass der Ausweis für mindestens zwei Jahre entzogen bleibt (vgl. Art. 16c Abs. 2 lit. a^{bis} SVG) und er in dieser Zeit damit ohnehin kein Fahrzeug lenken darf. Die Beschwerdeführerin selbst verfügt seit dem [...] 2009 über einen Toyota, den sie für den Arbeitsweg benutzen kann, damit ist auch sie – entgegen ihren Vorbringen – nicht auf den beschlagnahmten Seat angewiesen. Überdies bestehen – wie die Staatsanwaltschaft richtig anführt – mit der sportlichen Ausstattung des Seat der Musikanlage sowie der früheren Einlösung eines anderen Fahrzeugs mit den (gleichen) Kontrollschildern auf den Beschuldigten selbst zudem verschiedene Indizien, die durchaus den Schluss zulassen können, dass dem Beschuldigten Haltereigenschaft hinsichtlich des Seat zukommen könnte. Die diesbezüglichen Bestreitungen der Beschwerdeführerin erscheinen wenig glaubhaft und sind zudem widersprüchlich, da einerseits sie selber vorbringt, den Personenwagen Seat (und nicht den Toyota) für den Arbeitsweg zu benötigen, der Ehemann der Beschwerdeführerin hingegen darlegte, dass die Tochter für die künftige Erwerbstätigkeit auf den Personenwagen Seat angewiesen sei; die Beschwerdeführerin selbst will jedoch den Toyota der Tochter übereignen. Selbst wenn dem Beschuldigten keine Haltereigenschaft zukäme, erweist sich die Beschlagnahme aufgrund der vorstehenden Erwägungen und insbesondere unter dem Aspekt, dass der Beschuldigte im gleichen Haushalt wie die Beschwerdeführerin wohnt und damit erleichterten Zugriff auf den Personenwagen Seat haben dürfte, sowie angesichts des Umstands, dass die Beschwerdeführerin über ein weiteres Fahrzeug (Toyota) verfügt, als verhältnismässig.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wird für eine Beschlagnahme bzw. allfällige Einziehung und der damit zusammenhängenden Prognose vom Gesetzgeber auch nicht vorausgesetzt, dass ein wiederholter Verstoß gegen Art. 95 SVG (Fahren ohne Berechtigung) vorliegen muss. Ebenso schliesst ein allfälliger verfügter Entzug des Führerausweises die Beschlagnahme bzw. allfällige Einziehung nicht aus. Auf die diesbezüglichen Einwände ist daher nicht weiter einzugehen.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Einziehungsbeschlagnahme nach Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO als rechtens und verhältnismässig erweist. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

70

Art. 267 StPO (SR 312.0) Keine vorzeitige Rückgabe eines beschlagnahmten Gegenstandes durch die Staatsanwaltschaft bei umstrittener Berechtigung. Vorgehen nach Art. 267 Abs. 5 StPO.

Anklagekammer, 29. Mai 2013

Die Staatsanwaltschaft verfügte die Aufhebung der (strafprozessualen) Beschlagnahme und die Aushändigung des Sachtransportanhängers an die Beschwerdegegnerin bzw. ein Konkursamt. Der Beschwerdeführer erhob dagegen Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

II.

2. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, dass die Voraussetzung für eine vorzeitige Rückgabe des Sachtransportanhängers, nämlich dass unbestritten feststehe, wer die berechtigte Person sei, nicht erfüllt sei. Er habe anlässlich der Einvernahmen klar ausgesagt, dass der Sachtransportanhänger ihm gehöre, er die Leasingraten jeweils bezahlt habe und er dessen Herausgabe verlange. Das von der Staatsanwaltschaft herangezogene E-Mail sei interpretationsbedürftig und es sei nicht klar, vor welchem Hintergrund es zustande gekommen sei. Der Leasingvertrag laute zwar auf die Beschwerdegegnerin, hingegen mache er geltend, die Leasingraten bezahlt zu haben, was von der Staatsanwaltschaft nicht näher geklärt worden sei. In den Untersuchungsakten würden sich immerhin vier Zahlungsaufträge finden lassen, welche diese Aussage stützen würden. Zudem sei er Besitzer gewesen, was klar aus dem Polizeirapport hervorgehe. Vom Besitzer einer Sache werde vermutet, dass er deren Eigentümer sei. Insgesamt seien die Eigentumsverhältnisse aufgrund der Aktenlage unklar und die berechtigte Person am Sachtransportanhänger sei umstritten. Auch die Voraussetzung, wonach unbestritten feststehe, dass der Sachtransportanhänger der Beschwerdegegnerin durch eine Straftat entzogen worden sei, sei nicht erfüllt. Allein der Verdacht auf eine Sachentziehung genüge für die vorzeitige Rückgabe nicht. Die abschliessende Klärung obliege dem Sachrichter; es sei nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, in ei-

ne zivilrechtliche Problematik einzugreifen. Die Verfügung betreffend vorzeitige Herausgabe des Sachtransportanhängers verstosse damit gegen Art. 267 StPO und sei daher aufzuheben.

3. a) Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson können nach Art. 263 Abs. 1 StPO beschlagnahmt werden, wenn die Gegenstände und Vermögenswerte voraussichtlich als Beweismittel (lit. a) oder zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen (lit. b) gebraucht werden oder den Geschädigten zurückzugeben (lit. c) oder einzuziehen (lit. d) sind. Ist der Grund für die Beschlagnahme weggefallen, so hebt die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Beschlagnahme auf und händigt die Gegenstände oder Vermögenswerte der berechtigten Person aus (Art. 267 Abs. 1 StPO). Ist unbestritten, dass ein Gegenstand oder Vermögenswert einer bestimmten Person durch die Straftat unmittelbar entzogen worden ist, so gibt die Strafbehörde ihn der berechtigten Person vor Abschluss des Verfahrens zurück (Abs. 2). Ist die Beschlagnahme eines Gegenstandes oder Vermögenswertes nicht vorher aufgehoben worden, so ist über seine Rückgabe an die berechnigte Person, seine Verwendung zur Kostendeckung oder über seine Einziehung im Endentscheid zu befinden (Abs. 3). Erheben mehrere Personen Anspruch auf Gegenstände oder Vermögenswerte, deren Beschlagnahme aufzuheben ist, so kann das Gericht darüber entscheiden (Abs. 4). Die Strafbehörde kann die Gegenstände oder Vermögenswerte einer Person zusprechen und den übrigen Ansprecherrinnen und Ansprechern Frist zur Anhebung von Zivilklagen setzen (Abs. 5).

Die vorzeitige Rückgabe eines beschlagnahmten Gegenstandes oder Vermögenswertes an die berechnigte Person stellt eine Vorwegnahme des Endentscheids dar, der auf Aushändigung an den Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes lautet. Sie lässt sich nicht auf Art. 267 Abs. 1 StPO stützen, da diese Norm nur die vorzeitige Rückgabe an den Beschlagnahmebetroffenen ermöglicht, nicht aber an den Verletzten. Die vorzeitige Aushändigung nach Art. 267 Abs. 2 StPO setzt kumulativ voraus, dass die berechnigte Person unbestritten ist und dass das Objekt ihr bzw. einer bestimmten Person durch die Straftat unmittelbar entzogen wurde. Die Rechtslage muss hinreichend liquid sein. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die beschuldigte Person geständig ist, einer anderen Person einen Gegenstand auf strafrechtliche Weise entzogen zu haben. Es dürfen keine Zweifel daran bestehen, dass ein strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt, durch dessen Verwirklichung das Objekt entfremdet wurde. Bei Unsicherheiten hinsichtlich der Erfüllung des objektiven oder subjektiven Tatbestandes oder eines allfälligen Rechtfertigungsgrundes ist eine vorzeitige Rückgabe nach Art. 267 Abs. 2 StPO ausgeschlossen (BSK StPO-Bommer/Goldschmid, Art. 267 N 24 und N 27; Entscheid des Obergerichts Luzern vom 12. Dezember 2011, in: *forum poenale* 4/2012 Nr. 27 S. 219; Heimgartner, in: *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 267 N 3 f.).

Ist die Berechtigung am Gegenstand oder Vermögenswert umstritten und beantragen mehrere Personen die Zusprache, so ist lediglich das Gericht befugt, über die direkte Rückgabe des Gegenstands oder Vermögenswerts zu entscheiden. Für die Staatsanwaltschaft kommt in solchen Konstellationen nur ein Vorgehen nach Art. 267 Abs. 5 StPO in Betracht; eine (vorzeitige) Rückgabe an eine bestimmte Person durch die Staatsanwaltschaft ist dann ausgeschlossen (BSK StPO-Bommer/Goldschmid, Art. 267 N 14–17; Heimgartner, a. a. O., Art. 267 N 6 und N 8).

b) Anlässlich der Einvernahme vom 17. Juli 2012 gab die Beschwerdegegnerin zu Protokoll, dass sie den Sachtransportanhänger («Jurywagen») geleast und der Leasingvertrag auf ihren Namen gelautet habe. Schliesslich habe sie den Wagen abbezahlt und er habe sich in ihrem Besitz befunden. Der zu den Akten gereichte Leasingvertrag vom 30. März 2007 lautet auf ihren Namen; zudem war der Sachtransportanhänger anfänglich auf ihren Namen eingelöst. Damit bestehen durchaus Anhaltspunkte, wonach die Beschwerdegegnerin Eigentümerin des Sachtransportanhängers sein könnte. Auch der Wortlaut der E-Mail des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin vom 29. Juni 2010 mit dem Inhalt «Ich habe bis jetzt allen erklärt auf den Turnierplätzen [...], dass die Geräte von Dir zur Verfügung gestellt wurden und nichts mir ist. Ich erwähnte auch den Jurywagen und Jeep» mag gewisse Anhaltspunkte für das Eigentum der Beschwerdegegnerin am Sachtransportanhänger beinhalten. Dennoch ist dem Beschwerdeführer insoweit beizupflichten, als dass Inhalt der E-Mail und Umstände der dortigen Ausführungen des Beschwerdeführers nicht eindeutig sind. Zudem bleibt zu berücksichtigen, dass es sich lediglich um einen Ausdruck einer E-Mail und kein unterschriftlich bekräftigtes Schreiben des Beschwerdeführers handelt. Ebenso wurden in den Unterlagen des Beschwerdeführers Zahlungsaufträge sichergestellt, die Leasingraten für den Sachtransportanhänger darstellen könnten. Sowohl die Begünstigte als auch der Betrag stimmen mit den Angaben des Leasingvertrages überein; Auftraggeber der Zahlungen war der Beschwerdeführer. Auch die Beschwerdegegnerin gab anlässlich der Einvernahme vom 3. August 2012 zu Protokoll, dass der Beschwerdeführer die Leasingraten im letzten halben Jahr bezahlt habe; sie legte aber auch dar, die restlichen Raten selber bezahlt zu haben und dass der Sachtransportanhänger in ihrem Eigentum stehe. Schliesslich gab der Beschwerdeführer anlässlich der Einvernahme vom 2. August 2012 zu Protokoll, dass der «Jurywagen» ihm gehöre und er die Leasingraten jeweils bezahlt habe, auch wenn er anlässlich der Einvernahme vom 18. Juli 2012 noch zu Protokoll gegeben hatte, dass der Wagen nicht ihm, sondern der Beschwerdegegnerin gehöre. Insgesamt ist daher die Sach- und Rechtslage nicht hinreichend liquid und der Beschwerdeführer ist insbesondere nicht geständig, den Sachtransportanhänger durch eine Straftat entzogen zu haben. Die Voraussetzungen einer Rückgabe nach Art. 267 Abs. 2 StPO sind daher nicht erfüllt, zumal weder die berechtigte Person unbestritten ist noch der Nachweis des Entzugs durch eine Straftat vorliegt. Die von der Staatsanwaltschaft verfügte, direkte Rückgabe an die Beschwerdegegnerin ist daher nicht zulässig. Eine

solche würde vielmehr eine (hier nicht angängige) Vorwegnahme des Endentscheidens darstellen. Das Letztere ist jedoch Aufgabe des Sachrichters im Rahmen des materiellen Urteils und nicht der Staatsanwaltschaft im Rahmen einer prozessualen Verfügung.

c) Die Beschwerde ist daher zu schützen und die Verfügung vom 27. März 2013 betreffend Aufhebung der Beschlagnahme ist aufzuheben. Die Staatsanwaltschaft hätte aufgrund der umstrittenen Sachlage – will sie den Sachtransportanhänger vorzeitig herausgeben – nach Art. 267 Abs. 5 StPO vorzugehen und den Vermögenswert einer Person zuzusprechen unter Fristansetzung an die übrigen Ansprecher zur Anhebung einer Zivilklage (vgl. Heimgartner, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, a. a. O., Art. 267 N 8 f.).

71

Art. 356 Abs. 2 StPO (SR 312.0) Das erstinstanzliche Gericht entscheidet im Streitfall über die Gültigkeit des Strafbefehls und der Einsprache einschliesslich eines allfälligen Wiederherstellungsgesuchs gemäss Art. 94 Abs. 1 StPO.

Anklagekammer, 5. Juni 2013

Aus den Erwägungen:

3. Der Strafbefehl stellt einen Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung des Straffalles dar. Einzig möglicher Rechtsbehelf ist die Einsprache (Art. 354 StPO), welche kein Rechtsmittel darstellt. Mit der Einsprache fällt grundsätzlich der Strafbefehl dahin. Wird Einsprache erhoben, liegt der Ball zunächst wieder bei der Staatsanwaltschaft. Sie führt ein eigentliches Vorverfahren durch, in dessen Rahmen sie die erforderlichen Beweise abnimmt, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind (Art. 355 Abs. 1 StPO). Anschliessend entscheidet sie nach Art. 355 Abs. 3 StPO, ob sie am Strafbefehl festhält (lit. a), das Verfahren einstellt (lit. b), einen neuen Strafbefehl erlässt (lit. c) oder Anklage beim Gericht erhebt (lit. d). Hält die Staatsanwaltschaft am Strafbefehl fest, so überweist sie die Akten unverzüglich dem erstinstanzlichen Gericht zur Durchführung des Hauptverfahrens; der Strafbefehl gilt dabei als Anklageschrift (Art. 356 Abs. 1 StPO).

Folgt man dem Wortlaut von Art. 94 Abs. 2 StPO hätte die Staatsanwaltschaft das Wiederherstellungsgesuch zu beurteilen, weil bei ihr gemäss Art. 354 Abs. 1 StPO die versäumte Verhandlung (Einsprache gegen den Strafbefehl) einzureichen ist. In diesem Sinne äussert sich auch die Botschaft zur Vereinheitlichung des

Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, weil sich die Staatsanwaltschaft bzw. die Strafverfolgungsbehörde nach erfolgter Einsprache wieder mit der Strafsache zu befassen habe (BBl 2006 1158). Die gleiche Ansicht wird teilweise auch in der Literatur vertreten (vgl. Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2009, Art. 94 N 10).

Demgegenüber ist (ebenso) klar gesetzlich festgelegt, dass das erstinstanzliche Gericht über die Gültigkeit des Strafbefehls und der Einsprache – insbesondere deren Rechtzeitigkeit – entscheidet (Art. 356 Abs. 2 StPO; vgl. Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage, Bern 2012, N 1483). Dies sind Prozessvoraussetzungen. Bei Ungültigkeit der Einsprache (z. B. wegen verspäteter Einreichung) wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil. In einem solchen Fall erlässt das Gericht einen beschwerdefähigen Entscheid (vgl. BSK StPO-Franz Riklin, Art. 356 N 2). Nach der Ansicht des gleichen Autors entscheidet im Falle des Streites über die Gültigkeit des Strafbefehls und/oder der Einsprache, namentlich wenn die beschuldigte Person der Meinung ist, der Strafbefehl sei ungültig bzw. die Staatsanwaltschaft die Einsprache sei ungültig und der Strafbefehl zum Urteil geworden, das erstinstanzliche Gericht darüber, sobald es mit dem Fall befasst ist (BSK StPO-Franz Riklin, Art. 354 N 17).

Den zuletzt angeführten Lehrmeinungen ist im Ergebnis zu folgen. Hält die Staatsanwaltschaft nach Eingang einer ihrer Ansicht nach verspäteten Einsprache am Strafbefehl fest und weist sie ein allenfalls damit verbundenes Wiederherstellungsgesuch ab, so hat die Gerichtsbehörde mit der Anklage beim (erstinstanzlichen) Gericht im Rahmen ihres Entscheides über die Gültigkeit des Strafbefehls und der Einsprache (Art. 356 Abs. 2 StPO) über die Rechtzeitigkeit der Einspracheerhebung und gleichzeitig auch über ein damit zusammenhängendes Wiederherstellungsgesuch (Art. 94 StPO) zu befinden. Indem der Einzelrichter sowohl über die Rechtzeitigkeit der Einreichung der Einsprache als auch über ein (allfälliges) Gesuch um Wiederherstellung entscheidet, können sich möglicherweise widersprechende Resultate bei einer Entscheidfällung durch zwei verschiedene Behörden von vornherein vermieden werden. Zudem erweist es sich als prozessökonomisch, dass das Gericht im Rahmen der ihm obliegenden Prüfungspflicht bezüglich der Gültigkeit einer Einsprache gleichzeitig auch über ein allfälliges Wiederherstellungsgesuch befindet. Andernfalls müsste vorerst das Gericht die Nichteinhaltung der Einsprachefrist feststellen und anschliessend die Sache an die Staatsanwaltschaft zum Entscheid über das Wiederherstellungsgesuch zurückweisen; würde dabei die Wiederherstellung gutgeheissen, wäre das Gericht an diesen Entscheid im Falle einer nochmaligen Anklageerhebung gebunden. Im Übrigen sind bei der ausschliesslichen Zuständigkeit des Kreisgerichts keine Rechtsnachteile der von einem solchen Entscheid betroffenen Verfahrenspartei ersichtlich. So ist insbesondere die Beschwerdemöglichkeit an die Anklagekammer auch im Falle der Entscheidfällung durch das Gericht gegeben. Bei Ungültigkeit der Einsprache wegen Nichteinhaltens der Einsprachefrist ist die Beschwerde gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO gegeben.

72

Art. 356 Abs. 4 StPO (SR 312.0) Gesetzliche Rückzugsfiktion der Einsprache gegen den Strafbefehl im Falle eines Fernbleibens von der Hauptverhandlung nur bei klarem Desinteresse am weiteren Gang des Strafverfahrens.

Anklagekammer, 13. November 2013

Aus den Erwägungen:

II.

2. a) Der Strafbefehl stellt einen Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung des Straffalles bzw. ein Angebot zur summarischen Verfahrenserledigung dar. Er entfaltet erst rechtliche Wirkung und wird zum Urteil, wenn dagegen keine gültige Einsprache erhoben wird (vgl. Art. 354 Abs. 3 StPO). Die verurteilende Erkenntnis der Staatsanwaltschaft steht unter dem Vorbehalt, dass sich die beschuldigte Person dem Urteilsspruch unterzieht. Will sie dies nicht, kann sie mit einfacher Erklärung die Durchführung des ordentlichen Verfahrens verlangen. Die Rechtsstaatlichkeit des Strafbefehlsverfahrens lässt sich nur damit begründen, dass auf Einsprache hin ein Gericht mit voller Kognition und unter Beachtung der für das Strafverfahren geltenden Mindestrechte über den erhobenen Vorwurf entscheidet (BGer 6B_152/2013 E. 3.1 m.w.H.).

Die einspracheerhebende Person trifft im Einspracheverfahren von Gesetzes wegen eine Mitwirkungspflicht. Bleibt sie trotz Vorladung im gerichtlichen Verfahren der Hauptverhandlung unentschuldigt fern, gilt ihre Einsprache als zurückgezogen (vgl. Art. 356 Abs. 4 StPO; BGer 6B_152/2013 E. 3.3).

Die in einem Bundesgesetz und damit auch die in der Strafprozessordnung enthaltenen Bestimmungen sind anzuwenden, selbst wenn sie gegen die Verfassung verstossen sollten (vgl. Art. 190 BV). Das Bundesgericht muss sie aber verfassungskonform auslegen, soweit ein Auslegungsspielraum besteht. Werden die Bestimmungen der Strafprozessordnung verfassungskonform ausgelegt, darf ein konkludenter Rückzug der Einsprache gegen den Strafbefehl nur angenommen werden, wenn sich aus dem gesamten Verhalten der betroffenen Person der Schluss aufdrängt, sie verzichte mit ihrem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihr zustehenden Rechtsschutz. Der vom Gesetz an das unentschuldigte Fernbleiben geknüpfte (fingierte) Rückzug der Einsprache setzt deshalb voraus, dass sich die beschuldigte Person der Konsequenzen ihrer Unterlassung bewusst ist und sie in Kenntnis der massgebenden Rechtslage auf die ihr zustehenden Rechte verzichtet. Zu verlangen ist, dass die betroffene Person hinreichend über die Folgen des unentschuldigten Fernbleibens in einer ihr verständlichen Weise belehrt wird. Zudem kann die gesetzliche Rückzugsfiktion nur zum Tragen kommen, wenn aus dem unentschuldigten Fernbleiben nach dem Grund-

satz von Treu und Glauben auf ein Desinteresse am weiteren Gang des Strafverfahrens geschlossen werden kann (BGer 6B_152/2013 E. 4.1, E. 4.5.1–4.5.4, je m.w.H.; ferner BGer 6B_372/2013 E. 2.2). Ein unentschuldigtes Fernbleiben von der Hauptverhandlung genügt für sich allein dementsprechend nicht, um die gesetzliche Rückzugsfiktion von Art. 356 Abs. 4 StPO eintreten zu lassen.

b) Die Beschwerdeführerin hat am 7. Juni 2011 Einsprache gegen den Strafbefehl vom 30. Mai 2011 erhoben. An den anschliessenden Untersuchungshandlungen hat sie sich beteiligt und im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens hat sie am 25. Juli 2013 um Einsicht in die Strafakten ersucht sowie am 21. August 2013 Beweisanträge gestellt. Am 2. September 2013 setzte der Verteidiger die Vorinstanz über seinen Unfall telefonisch in Kenntnis, reichte am 2. und 4. September 2013 ärztliche Zeugnisse über seine Arbeitsunfähigkeit ein und ersuchte um entsprechende Verschiebung der Hauptverhandlung. Unter diesen Umständen kann aus dem Fernbleiben der Beschwerdeführerin und ihres Verteidigers von der Hauptverhandlung vom 6. September 2013 nicht geschlossen werden, die Beschwerdeführerin habe auf eine gerichtliche Beurteilung verzichten wollen. Auf ein klares Desinteresse kann im vorliegenden Fall nach dem Grundsatz von Treu und Glauben – wie vom Bundesgericht gefordert – gerade nicht geschlossen werden.

73

Art. 393 StPO (SR 312.0) In internationalen Rechtshilfeangelegenheiten richtet sich der Rechtsschutz ausschliesslich nach den Bestimmungen des Rechtshilfegesetzes (SR 351.1; abgekürzt IRSG). In solchen Angelegenheiten ist die Beschwerde nach Art. 393 StPO nicht gegeben.

Anklagekammer, 9. Oktober 2013

Aus den Erwägungen:

3. a) Die Beschwerdeinstanz beurteilt Beschwerden gegen Verfahrenshandlungen und gegen nicht der Berufung unterliegende Entscheide der Staatsanwaltschaft (vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. b StPO). Die Beschwerde ist zulässig gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO), die in einem Strafverfahren in Anwendung der Strafprozessordnung ergangen sind (vgl. BSK StPO-Kipfer, Art. 20 N 1 ff.).

b) Die Stellung eines Rechtshilfesuchts an einen ausländischen Staat stellt keine Verfügung oder Verfahrenshandlung der Staatsanwaltschaft dar, die in Anwendung der Strafprozessordnung ergangen ist. Das Vorgehen in Rechtshilfeangelegenheiten und insbesondere der Rechtsschutz in internationalen Rechtshilfesachen

chen richten sich ausschliesslich nach den Bestimmungen des IRSG (Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, SR 351.1; vgl. Art. 54 StPO); das in der Strafprozessordnung geregelte Beschwerdeverfahren ist nicht anwendbar (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 237, Rz. 289; Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St.Gallen 2011, Rz. 83 FN 246; BSK StPO-Kipfer, Art. 20 N 7). Das Rechtshilfeersuchen stellt damit kein Anfechtungsobjekt nach Art. 393 StPO dar. Nicht anders verhält es sich mit der «Verfügung» der Staatsanwaltschaft vom 21. August 2013. Auch diese «Verfügung», mit welcher die Einsicht in ein hängiges Rechtshilfeersuchen abschlägig beantwortet wird, betrifft das Rechtshilfeverfahren und nicht das Strafverfahren; entsprechend liegt keine in Anwendung der Strafprozessordnung ergangene Verfügung vor. Die Beschwerde nach Art. 393 StPO steht damit auch nicht offen gegen die «Verfügung» der Staatsanwaltschaft vom 21. August 2013. Würde die «Verfügung» vom 21. August 2013 anders behandelt als das Rechtshilfeersuchen, so stünde die Beschwerde nach Art. 393 StPO zwar nicht gegen ein Rechtshilfeersuchen offen, aber gegen damit zusammenhängende Korrespondenz. Damit würde der ordentliche Rechtsmittelweg umgangen und die gesetzliche Zuständigkeitsordnung gemäss IRSG unterlaufen.

c) Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsmittelinstanz in internationalen Rechtshilfeangelegenheiten nicht die Beschwerdeinstanz nach Art. 20 und Art. 393 ff. StPO ist, sondern die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts. Diese wäre insbesondere auch zuständig zur Beurteilung von Beschwerden gegen ein schweizerisches Ersuchen an einen anderen Staat (vgl. Art. 25, Art. 48 Abs. 2 und Art. 80e IRSG; ferner BSK StPO-Kipfer, Art. 20 N 3). Damit mangelt es auch an einer sachlichen Zuständigkeit der Anklagekammer zur Beurteilung von Fragen im Zusammenhang mit der internationalen Rechtshilfe. Folglich ist die Anklagekammer auch nicht zuständig, die Staatsanwaltschaft anzuweisen, das Rechtshilfeersuchen zurückzuziehen (vgl. Eventualantrag). Überdies sähe die Strafprozessordnung – wäre sie anwendbar – eine konkrete Weisungsbefugnis der Beschwerdeinstanz, abgesehen im Falle einer Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung (vgl. Art. 397 Abs. 4 StPO), nur im Falle der Aufhebung einer Einstellungsverfügung vor (Art. 397 Abs. 3 StPO). Selbst diese Weisungsbefugnis wird unter dem Gesichtspunkt der Gewaltentrennung resp. Unabhängigkeit der Strafbehörden als nicht unproblematisch beurteilt (BSK StPO-Jeremy Stephenson/Gilbert Thiriet, Art. 397 N 7 mit Verweis). Der Erlass von Weisungen im Hinblick auf die weitere Gestaltung der Untersuchungsführung, die mit dem Anfechtungsobjekt der Beschwerde nicht in einem direkten Zusammenhang stehen, ist vom Gesetz nicht vorgesehen (vgl. einlässlich dazu GVP 2011 Nr. 80 und Nr. 84); auf den entsprechenden Eventualantrag könnte deshalb auch aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

d) Der Beschwerdeführer ist überdies durch die Stellung des Rechtshilfeersuchens an die Dominikanische Republik weder beschwert, noch sonst wie in seinen Rechten unmittelbar betroffen. Eine allfällige (derzeit jedenfalls weder belegte,

noch von amtlicher Seite bestätigte) Betroffenheit durch Handlungen der ausländischen Behörden infolge des Rechtshilfesuchs vermag keine genügende Beschwerde für ein inländisches Verfahren vor der Beschwerdeinstanz nach Art. 393 StPO zu begründen, eine allfällige Reflexwirkung genügt ebenfalls nicht. Die durch ausländische Handlungen allenfalls gegebene Beschwerde ist in einem ausländischen Rechtsmittelverfahren geltend zu machen und durchzusetzen, wobei fraglich erscheint, inwiefern der Beschwerdeführer bei der angeblichen Beschlagnahme von Aktiven seines Sohnes unmittelbar betroffen wäre, was vorliegend aber nicht zu beurteilen ist. Ebenfalls stellen allfällige (noch nicht abgeschlossene) Rechtshilfebehandlungen im Ausland keine rechtsgenügeliche Beschwerde für ein Akteneinsichtsrecht in die inländischen Rechtshilfeakten dar. Dem Beschwerdeführer käme daher auch keine Legitimation zur Erhebung eines inländischen Rechtsmittels bzw. einer Beschwerde zu.

e) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann ein Einsichtsrecht in das Rechtshilfeersuchen vor dessen Erledigung sowie eine Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz auch nicht aus Art. 148 StPO abgeleitet werden. Art. 148 StPO sieht bei der Erhebung von Beweismitteln im Rahmen eines Rechtshilfesuchs im Ausland hinsichtlich der Teilnahmerechte der Parteien vor, dass diesen Genüge getan wird, wenn nach Eingang des erledigten Rechtshilfesuchs Einsicht erteilt wird (vgl. Art. 148 Abs. 1 lit. b StPO; Hervorhebungen hinzugefügt). Erst zu diesem Zeitpunkt (nach Eingang des erledigten Rechtshilfesuchs) werden die Rechtshilfeakten zu einem Bestandteil der Strafprozedur und unterstehen in der Folge der Regelung der Strafprozessordnung.

f) Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Anklagekammer auch nicht zuständig ist zu prüfen, ob die Angaben in einem Rechtshilfeersuchen korrekt sind und das Rechtshilfesuch rechtmässig ist. Über die Zulässigkeit schweizerischer Ersuchen entscheidet das Bundesamt für Justiz (vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. c IRSG). Die Anklagekammer ist daher – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – auch nicht zuständig für den Entscheid über die Gewährung der Einsicht in ein Rechtshilfesuch, damit (anschliessend) die Rechtmässigkeit dieses Rechtshilfesuchs geklärt werden kann. Im Übrigen müssten allfällig falsche Angaben gegenüber den dominikanischen Behörden vorgebracht und entsprechende Sachverhaltsdarstellungen dort bestritten werden. Ebenso müsste der Beschwerdeführer den entsprechenden Rechtsmittelweg im Ausland beschreiten, wenn er sich gegen im Ausland erfolgte Rechtshilfebehandlungen (Beschlagnahme etc.) zur Wehr setzen möchte; die Beschwerde nach Art. 393 StPO steht dafür jedenfalls nicht zur Verfügung. Darin liegt auch – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – keine Umgehung der innerstaatlichen Rechte des Betroffenen. Im Übrigen nicht massgebend für das vorliegende Verfahren ist der Umstand, dass offenbar von der Dominikanischen Republik derzeit keine Akteneinsicht bzw. keine Teilnahmerechte gewährt werden; insbesondere kann daraus nicht eine Legitimation zur Erhebung einer Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO und eine Zuständigkeit der Anklagekammer abgeleitet werden.

g) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

Bemerkung: Das Bundesgericht ist auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde nicht eingetreten (Urteil 1B_442/2013 vom 7. Februar 2014).

74

Art. 426 Abs. 2 und 429 Abs. 1 i.V.m. Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO (SR 312.0). Kostenaufgabe an die beschuldigte Person bei Einstellung des Strafverfahrens oder bei Freispruch. Verweigerung einer Entschädigung und Genugtuung.

Anklagekammer, 20. Februar 2013

Die Staatsanwaltschaft stellte das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen Verdachts der sexuellen Handlungen mit Abhängigen und der Schändung ein. Sie auferlegte ihm die Verfahrenskosten einschliesslich der Kosten für die unentgeltliche Verbeiständung der Strafklägerin. Im Weiteren verfügte die Staatsanwaltschaft, dass dem Beschwerdeführer keine Entschädigung und keine Genugtuung ausgerichtet werden. Die Anklagekammer wies seine Beschwerde gegen diese Kostenregelung ab.

Aus den Erwägungen:

3.1. Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Aus den gleichen Gründen kann die Strafbehörde die Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung der Verfahrensrechte herabsetzen oder verweigern (vgl. Art. 429 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO).

Bei der Kostenpflicht des freigesprochenen oder aus dem Verfahren entlassenen Beschuldigten handelt es sich nicht um eine Haftung für ein strafrechtliches Verschulden, sondern um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten, durch das die Einleitung oder Erschwerung eines Prozesses verursacht wurde (BGE 119 Ia 332 E. 1.b; Bger 1P.188/2005 E. 3.1 und 6B_107/2009 E. 3.2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es mit Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK vereinbar, einem nicht verurteilten Be-

schuldigten Verfahrenskosten aufzuerlegen, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d. h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze, gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung stammen kann, klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (Bger 1P.18/2007 E. 3.3.3; 1P.188/2005 E. 3.1). Die Überbindung der Verfahrenskosten an den Beschuldigten bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens soll aber Ausnahmecharakter haben und daher nur infrage kommen, wenn es sich um einen klaren Verstoss gegen die fragliche Verhaltensnorm handelt (BGE 119 Ia 332 E. 1.b; 1P.18/2007 E. 3.3.3). Erforderlich ist, dass das widerrechtliche Verhalten die adäquate Ursache für die Einleitung oder Erschwerung des Strafverfahrens war. Dies trifft dann zu, wenn das gegen entsprechende Normen verstossende Verhalten geeignet war, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken und damit Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens zu geben (vgl. BSK StPO-Domeisen, Art. 426 N 29; GVP 2011 Nr. 87).

Die Rechtsprechung anerkennt als zivilrechtliche Haftungsgrundlage den Grundsatz «neminem laedere». Eine Kostenaufgabe an einen nicht verurteilten Beschuldigten wegen zivilrechtlich schuldhaften Verhaltens kann sich grundsätzlich auf Art. 28 ZGB stützen. Nach dieser Bestimmung kann derjenige, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Abs. 1); widerrechtlich ist eine Verletzung, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Abs. 2). Die Persönlichkeitsrechte werden durch Angriffe auf die physische und die psychische Integrität verletzt; darunter fällt auch ein Verhalten, das andere terrorisiert und verängstigt und diese in ihrem seelischen Wohlbefinden gefährdet oder erheblich stört. Allerdings kann nicht jede noch so geringfügige Beeinträchtigung der Persönlichkeit als rechtlich relevante Verletzung verstanden werden, sondern die Verletzung muss eine gewisse Intensität erreichen. Auf die subjektive Empfindlichkeit des Betroffenen kommt es dabei nicht an. Für die Beurteilung der Schwere des Eingriffs ist ein objektiver Massstab anzulegen (Bger 1P.18/2007 E. 3.3.5 und 1B_21/2012 E. 2.4).

3.2. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, dass es der Beschwerdeführer gemäss seinen eigenen Aussagen zugelassen habe, dass die Beschwerdegegnerin sich bei ihm angelehnt habe. Er sei mit seiner Hand auf ihrem Bauch erwacht und habe sich an ihrem Hals zu schaffen gemacht, um ihre Halskette nach oben zu ziehen. Um ihre Haare aus seinem Gesicht zu entfernen, habe er seinen Kopf zu ihrem Hals geschoben, woraufhin die Beschwerdegegnerin erschrocken sei. Dies alles habe der Beschwerdeführer getan, während die Beschwerdegegnerin geschlafen habe. Dieser unangemessene Körperkontakt des Beschwerdeführers und sein erwähntes Verhalten stellten eine Grenzüberschreitung dar. Sein Verhalten sei persönlichkeitsverletzend im Sinne von Art. 28 ZGB, da die Art. 28 ff. ZGB die Intim- und Privatsphäre,

worunter auch das Recht auf körperliche Selbstbestimmung falle, schützen würden. Diese Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Beschwerdegegnerin sei allein aufgrund des Umstandes, dass diese geschlafen habe, widerrechtlich, da sie in ihrem Zustand nicht in der Lage gewesen sei, ihre Einwilligung in die Annäherungen des Beschwerdeführers zu geben. Zusammenfassend habe dieser das Strafverfahren durch die Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Beschwerdegegnerin verursacht. Es sei daher gerechtfertigt und mit der Unschuldsvermutung vereinbar, ihn die Verfahrenskosten tragen zu lassen, gestützt auf Art. 426 Abs. 4 StPO einschliesslich der Kosten für die unentgeltliche Verbeiständung der Beschwerdegegnerin als Strafklägerin.

Dem Beschwerdeführer stehe eine Entschädigung für die Ausübung seiner Verfahrensrechte und allenfalls erlittene wirtschaftliche Einbussen nicht zu (Art. 429 Abs. 1 lit. a und b in Verbindung mit Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO).

3.3. Die Erwägungen der Vorinstanz erweisen sich als rechters. Der Beschwerdeführer hatte auf der fraglichen Firmreise in seiner Funktion als Begleitperson eine an eine Lehrperson einer (öffentlichen) Schule angenäherte Verpflichtung, die Persönlichkeit der ihm anvertrauten jugendlichen Personen zu achten respektive diesen mit Verständnis und Achtung zu begegnen (vgl. Bger 6B_107/2009 E. 3.7). Der Beschwerdeführer hat es gemäss seinen Aussagen jedoch ausdrücklich zugelassen, dass sich die Beschwerdegegnerin zum Schlafen an ihn anlehnen durfte. Bereits damit liess er eine körperliche Nähe zu, welche zufolge seiner Stellung als Begleitperson zu einer ihm anvertrauten jugendlichen Person hinsichtlich eines sozialadäquaten Verhaltens als unangebracht und unangemessen, zumindest jedoch als grenzwertig erscheint. In der Folge haben offenbar beide geschlafen. Der Beschwerdeführer ist «irgendwann» wieder erwacht, weil er am Rücken den Druck des Fensterrahmens spürte. Er sagte über den weiteren Ablauf Folgendes aus:

«Ich merkte, dass N. . . bei mir lag, sie hatte ihre Haare in meinem Gesicht und lag nicht mehr dort, wo sie eingeschlafen war. Ich merkte, dass meine rechte Hand bei ihr auf dem Bauch war, aber über dem T-Shirt und ihre Hand lag auf meiner Hand. Ich merkte, dass mich etwas an der Hand piekst, an der rechten Hand. Ich merkte, dass es das Kreuzchen eines Rosenkranzes war, den N. . . um den Hals trug. Irgendwie war mir das unangenehm, aber ich wollte sie nicht wecken. Ich versuchte dann mit der linken Hand den Rosenkranz nach oben zu ziehen. Dabei erwachte N. . . irgendwie, schaute mich fragend an und ich entschuldigte mich und sagte, dass mir das Kreuzchen wehgetan habe und ich es wegtun wollte. Sie schüttelte nur den Kopf und drehte sich ab. Vielleicht noch wegen des Küssens, das sie mir vorwirft. Das war kein Küssen sondern ich bin relativ kitschig am Hals und ihre Haare waren an meinem Hals und ich habe die Haare, die Hand konnte ich nicht nach oben tun, und damit ihre Haare nicht an meinem Hals sind, habe ich probiert die Haare am Hals weg zu tun (Herr . . . (der Beschwerdeführer) deutet mit Gestik, Schütteln des Kopfes).»

Der Beschwerdeführer hätte spätestens mit dem Wiedererwachen, als er bemerkte, dass seine rechte Hand auf dem Bauch der Beschwerdegegnerin lag und

sich ihre Hand auf der seinen befand, den körperlichen Kontakt beenden müssen. Indem er dies aber nicht tat – weil er gemäss seinen Aussagen die Beschwerdegegnerin nicht wecken wollte – und in der Folge aus für die Anklagekammer nicht stichhaltigen, nachvollziehbaren Gründen stattdessen den von ihr um den Hals tragenden Rosenkranz «nach oben ziehen wollte», überschritt er jedenfalls klar die Grenzen der Privatsphäre der schlafenden Beschwerdegegnerin. Da der 40-plätzigige Bus nur mit 24 Personen besetzt war, hätte der Beschwerdeführer sich ohne Weiteres auch an einen anderen Platz setzen können. Sein damaliges Verhalten entsprach weder dem sozialadäquaten Verhalten eines Durchschnittsbürgers, noch weniger demjenigen eines Jugendarbeiters. Als (erwachsene) Begleitperson versties er klar gegen die ihm obliegende Verpflichtung, die Persönlichkeit der damals unter seiner Obhut stehenden Beschwerdegegnerin zu achten. Er verhielt sich in diesem Sinne distanzlos. Sein Verhalten ist damit auch als zivilrechtlich schuldhaft im Sinne von Art. 28 ZGB zu bezeichnen. Die Vorinstanz hat eine entsprechend schuldhafte Persönlichkeitsverletzung zu Recht bejaht.

Der Einwand des Beschwerdeführers, wonach die Feststellung eines persönlichkeitsverletzenden Verhaltens eine Vorverurteilung sei, und eine solche Feststellung dem Zivilrichter vorbehalten sei, erweist sich als nicht stichhaltig. Die Prüfung eines persönlichkeitsverletzenden Verhaltens erfolgt einzig im Hinblick auf die streitige Kostenaufgabe bzw. Verweigerung einer Entschädigung nach Art. 429 f. StPO. Beim entsprechenden Entscheid wird – wie dies bereits die Vorinstanz richtigerweise getan hat – einzig auf die Aussagen des Beschwerdeführers abgestellt; von einer Verletzung der Unschuldsvermutung kann nicht gesprochen werden. Der Einwand vermag im Übrigen auch eine Anpassung der Begründung der angefochtenen Einstellungsverfügung bzw. den Erlass dieses Entscheids unter Weglassung der Begründung nicht zu rechtfertigen. Schliesslich steht der vom Beschwerdeführer vorgebrachte Umstand, wonach er den angefochtenen Entscheid seiner Arbeitgeberin auszuhändigen habe, was möglicherweise Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben könnte, einer Kostenaufgabe ebenfalls nicht entgegen. Die Vorinstanz hatte im Rahmen der Prüfung der Verlegung der Kosten zu prüfen, ob sich der Beschwerdeführer zivilrechtlich vorwerfbar verhalten hatte. Weil sie dies zu Recht bejahte, war auch eine entsprechende Begründung im Entscheid erforderlich.

Die Anklagekammer gelangt deshalb insgesamt mit der Vorinstanz zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer eine für die Einleitung des Strafverfahrens ursächliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB anzulasten ist, was eine Kostenaufgabe gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO zu rechtfertigen vermag.

3.4. Im Übrigen bringt der Beschwerdeführer keine begründeten Einwände gegen die sich auf Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO abstützend Verweigerung einer Entschädigung gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. a und b StPO vor. Bereits vorne ist erwo-gen, dass der Beschwerdeführer rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Strafverfahrens bewirkte. Dies hat auch in Bezug auf Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO Gültigkeit. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht (auch) eine Entschädigung verweigert.

75

Art. 429 StPO (SR 312.0) Ansprüche der beschuldigten Person bei Freispruch oder Einstellung des Strafverfahrens. Voraussetzungen, Mitwirkungspflicht und Beweislast.

Anklagekammer, 12. Februar 2013

Die Staatsanwaltschaft stellte das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen Verdachts der Vergewaltigung mangels Beweis ein. In der Ziffer 4 dieses Entscheids ist Folgendes verfügt:

«L... (Beschwerdeführer) wird für die private Verteidigung mit CHF 2583.35 (inkl. 8 Prozent MwSt.), für den Erwerbsausfall aufgrund von Teilnahme an Einvernahmen von CHF 301.50 und für die erstandene Untersuchungshaft mit einer Genugtuung von CHF 600.– entschädigt.»

Der Beschwerdeführer erhob Beschwerde gegen diese Ziffer 4 der Einstellungsverfügung soweit sie nicht die Entschädigung für die Verteidigung zum Inhalt hat. Er rügt die Verletzung von Art. 429 und 431 StPO sowie Art. 29 Abs. 2 BV. Die Anklagekammer weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Art. 431 StPO gewährleistet einen aus Art. 5 EMRK abgeleiteten Anspruch auf eine Entschädigung und Genugtuung bei rechtswidrigen Zwangsmassnahmen oder ungerechtfertigter Haft, wobei nur die Haftlänge (Art. 431 Abs. 2 StPO) ungerechtfertigt ist, nicht die Haft per se. Wird im Nachhinein festgestellt, dass die Haft per se, d. h. die gesamte Haftdauer, ungerechtfertigt war, da eine inhaftierte beschuldigte Person freigesprochen wird oder deren Strafverfahren eingestellt wird, waren aber im Zeitpunkt der Haft die Haftgründe gegeben (d. h. die Haft damit nicht rechtswidrig) so kommt Art. 429 StPO zur Anwendung (BSK StPO-Stefan Wehrenberg / Irene Bernhard, Art. 431 N 3). Im Übrigen trägt wie im zivilen Schadenersatzverfahren der Ansprecher auch nach der StPO die Beweislast für die Höhe und das Ausmass des geltend gemachten Schadens (BSK StPO-Stefan Wehrenberg / Irene Bernhard, Art. 431 N 13).

Insbesondere gestützt auf die Strafanzeige von J... war die Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer wegen des Vergewaltigungsvorwurfs gerechtfertigt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für seine Festnahme einschliesslich der rund 26-stündigen Untersuchungshaft, die Entnahme von Blut- und Urinproben, die erkennungsdienstliche Behandlung und die Erstellung eines DNA-Profiles waren gegeben. Der Beschwerdeführer behauptet selber begründetermassen nichts anderes.

Sein Vorbringen, wonach ihm die notwendige Verteidigung bzw. der beantragte Beizug eines Verteidigers verweigert worden sei, weshalb sich die Frage stelle, in-

wieweit die Zwangsmassnahmen (ED-Behandlung, zweite Befragung) rechtswidrig im Sinne von Art. 431 Abs. 1 StPO gewesen sei und «zusätzlich zu entschädigen» sei, erweist sich als nicht stichhaltig. Erkennungsdienstliche Massnahmen sind grundsätzlich ohne (vorgängige) anwaltliche Verteidigung zulässig. Eine notwendige Verteidigung ist erst anzuordnen, wenn die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung keine Wahlverteidigung bestimmt (Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO). Sie ist im Übrigen zwingend erst nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person, aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen (Art. 131 Abs. 2 StPO). Bei einem allfälligen Verstoss gegen diese Bestimmung kann eine Wiederholung der Beweiserhebung infrage kommen (Art. 147 Abs. 3 StPO). Der vom Beschwerdeführer in der Einvernahme vom 3. März 2012, ab 16.10 Uhr bis 17.05 Uhr, genannte Rechtsanwalt P. . . war nicht erreichbar (vgl. Strafact. Dossier E/3). Im Interesse der Verfahrensbeschleunigung ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Einvernahme ohne den Beizug eines Anwalts durchgeführt wurde. Dies umso mehr, als der Beschwerdeführer im Anschluss daran aus der Haft entlassen wurde.

Insgesamt ist kein Sachverhalt erstellt, aus dem sich ein Anspruch aus Art. 431 StPO ableiten liesse. Zumindest hat dies der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer nicht in konkret begründeter Art und Weise aufgezeigt. Damit müssen hierüber durch die Staatsanwaltschaft auch keine weiteren Abklärungen vorgenommen werden.

3. Gemäss Art. 429 Abs. 1 StPO hat die beschuldigte Person bei einer Einstellung des Strafverfahrens Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (lit. a), auf Entschädigung der wirtschaftlichen Einbusse, die ihr aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind (lit. b) und Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere Freiheitsentzug (lit. c). Die Strafbehörde prüft den Anspruch von Amtes wegen. Sie kann die beschuldigte Person auffordern, ihre Ansprüche zu beziffern und zu belegen (Art. 429 Abs. 2 StPO).

3.1. Der Beschwerdeführer hatte im Strafverfahren mit Eingabe seines Anwalts an die Staatsanwaltschaft vom 7. Dezember 2012 seine Ansprüche im Sinne von Art. 429 StPO geltend gemacht, nämlich im Wesentlichen Folgende:

a) Entschädigung der Aufwendungen gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO:

Gemäss Kostennote von Rechtsanwalt B. . . Fr. 2583.35.

b) Entschädigung der Aufwendungen gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO:

Für Krankheits- und Behandlungskosten Fr. 497.40 sowie 10 Prozent Selbstbehalt für weitere Behandlungskosten von insgesamt Fr. 90.60. Für Lohnausfall gemäss Lohnabrechnung für den Monat Juni 2012 Fr. 2218.50. Zudem Lohnausfall im Zusammenhang mit der Konfrontationseinvernahme vom 14. September 2012 Fr. 301.50. Insgesamt macht der Beschwerdeführer damit für wirtschaftliche Einbusse Fr. 3107.70 geltend.

c) Genugtuung gemäss Art. 429 Abs. lit. c StPO:

Fr. 4000.–.

Der Beschwerdeführer wurde für die Aufwendungen seines anwaltlichen Verteidigers im eingestellten Strafverfahren gemäss Kostennote des Anwalts entschädigt. Im Weiteren wurde ihm der Lohnausfall für die Einvernahme vom 14. September 2012 gemäss seinem Antrag mit Fr. 301.50 vergütet. Über diese zwei Entschädigungsforderungen braucht damit nicht entschieden werden.

3.2. Die Ansprüche gemäss Art. 429 Abs. 1 StPO sind grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen (Art. 429 Abs. 2 StPO), damit eine Ungleichbehandlung mit anwaltlich nicht vertretenen Personen vermieden wird. Den Freigesprochenen trifft indes eine Mitwirkungspflicht (BSK StPO-Stefan Wehrenberg/Irene Bernhard, Art. 429 N 31). Die Beweislast für Höhe und Ausmass des geltend gemachten Schadens trägt der Freigesprochene (Oberholzer, Strafprozessrecht, 3. Aufl., S. 617, N 1752). Eine anwaltlich vertretene freigesprochene Person hat grundsätzlich den Sachverhalt in der Art und Weise umfassend darzulegen, dass daraus die geltend gemachte wirtschaftliche Einbusse wegen der Beteiligung am Strafverfahren abgeleitet werden kann. Es sind nur Schäden zu ersetzen, die kausal durch das Wirken der Strafverfolgungsorgane verursacht wurden. Zu ersetzen sind sowohl unmittelbarer wie auch mittelbarer Schaden, soweit der adäquate Kausalzusammenhang noch gegeben ist. Damit ist auch der Schaden der durch das Strafverfahren verursachten Arbeitslosigkeit zu ersetzen oder der Schaden, der durch eine Haftpsychose oder einer anderen mit der Inhaftierung nachgewiesenermassen im Zusammenhang stehenden Krankheit verursacht wurde (vgl. BSK StPO-Stefan Wehrenberg/Irene Bernhard, Art. 429 N 24 mit Verweisen). Wie bereits erwähnt obliegt es dem Freigesprochenen, den Sachverhalt in der Art und Weise vorzubringen, dass sich hieraus gegebenenfalls ein Entschädigungsanspruch im Sinne von Art. 429 Abs. 1 StGB ableiten lässt. Mangelt es an einem in diesem Sinne vollständigen Sachverhalt, ist es auch unter Berücksichtigung der von Amtes wegen zu prüfenden Entschädigungsansprüche nicht Aufgabe der Staatsanwaltschaft, nach einem allfälligen, einen solchen Anspruch begründenden Sachverhalt zu forschen und in dieser Hinsicht Abklärungen vorzunehmen.

Der Beschwerdeführer hat in der Eingabe seines anwaltlichen Vertreters vom 7. Dezember 2012 keinen Sachverhalt dargelegt, aus welchem sich ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen den seiner Krankenkasse selbst bezahlten Krankheits- und Behandlungskosten von Fr. 497.40 bzw. 10 Prozent Selbstbehalt von insgesamt Fr. 90.60 und dem Strafverfahren auch nur ansatzweise ableiten lässt. Ein entsprechender Hinweis fehlt im ärztlichen Zeugnis des Psychiatrischen Zentrums Wil betreffend einer stationären Behandlung vom 8. März 2012 bis am 12. März 2012. Im Schreiben vom Dr. S... vom 27. November 2012 ist zwar grundsätzlich darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer «wegen den Vergewaltigungsvorfällen» in ärztlicher Behandlung gewesen sei. Im Weiteren ist dort festgehalten, dass der Beschwerdeführer «eine akute Belastungsstörung mit Flashbacks, Alpträumen und Panikattacken» gehabt habe und er «auch in den externen psychiatrischen Dienst nach St.Gallen» zur Mitbetreuung habe überwiesen werden

müssen. Die Rückforderungsbelege von Dr. T... beziehen sich auf die Zeiträume vom 8. März 2012 bis 20. März 2012 und vom 17. April 2012 bis 27. April 2012 sowie für den 26. November 2012. Auch aus diesen Unterlagen lässt sich aber ein kausaler Zusammenhang zwischen den geltend gemachten ärztlichen Kosten und der (kurzen) Inhaftierung bzw. dem Strafverfahren nicht ableiten. Insgesamt ist diesbezüglich der Sachverhalt zu unbestimmt dargestellt bzw. vorgebracht. Zudem mangelt es auch an begründeten Beweisanträgen.

Das Gesagte gilt auch für die Gehaltskorrektur gemäss der Lohnabrechnung für den Monat Juni 2012 im Umfange von Fr. 2218.50. Ein Kausalzusammenhang mit dem Strafverfahren ist auch diesbezüglich weder substantiiert behauptet noch belegt oder zumindest begründetermassen zum Beweis gestellt. Im Gegenteil ist nicht nachvollziehbar, dass medizinische Behandlungen – soweit überhaupt belegt – in den Monaten März, April und November 2012 zu einer Lohnkorrektur im Juni 2012 um genau 50 Prozent des Bruttolohnes führen sollen. Andere angebliche Fehlstunden wegen des Strafverfahrens sind – obwohl ohne Weiteres und zumutbarerweise belegbar – unbelegt geblieben.

Schliesslich wird auch in der Beschwerde vom 20. Dezember 2012 kein hinreichend begründeter Sachverhalt mit entsprechenden Beweisanträgen vorgebracht, welcher zu einer anderen Beurteilung führen könnte.

3.3. Die Genugtuung gemäss Art. 429 Abs. lit. c StPO setzt eine besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse i. S. v. Art. 28 Abs. 2 ZGB oder Art. 49 OR voraus. Mithin muss eine gewisse Intensität der Verletzung vorliegen, damit auch bei rechtmässiger Haft eine Entschädigung zugesprochen werden kann. Als Beispiele können neben der ungerechtfertigten Untersuchungs- und Sicherheitshaft die publik gewordene Hausdurchsuchung oder eine breite Darlegung in den Medien genannt werden, wie auch allfällige Probleme im Familien- und Beziehungsleben durch die Strafuntersuchung oder persönlichkeitsverletzende Äusserungen von Strafbehörden (BSK StPO-Stefan Wehrenberg/Irene Bernhard, Art. 429 N 27).

Zu Recht unbestritten ist, dass dem Beschwerdeführer für die erstandene Untersuchungshaft von rund 26 Stunden gestützt auf Art. 429 Abs. lit. c StPO eine Genugtuung zuzusprechen ist. Im angefochtenen Entscheid ist erwogen, dass sich die Höhe der Genugtuung in der Regel ergebe aus der Multiplikation des für die beschuldigte Person errechneten Tagessatzes (jedoch mindestens Fr. 50.– und maximal Fr. 200.–), mit der Anzahl Tage, die der Freiheitsentzug gedauert habe. Aufgrund der besonders belastenden Umstände der Untersuchungshaft werde das Maximum der Entschädigung überschritten und die Höhe der Genugtuung für die zwei Tage (d. h. rund 26 Stunden) Untersuchungshaft auf Fr. 600.– festgelegt.

Diese Erwägungen erweisen sich unter Mitberücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als recht- und verhältnismässig (vgl. BGer 6B_211/2012, E. 4). Namentlich kann damit die Schwere des Tatvorwurfs der Vergewaltigung als mit abgegolten betrachtet werden. Die Summe liegt im Übrigen klar über den vom

Bundesgericht für kürzere Freiheitsentzüge als angemessene Genugtuung erachteten Fr. 200.– pro Tag. Es liegen keine besonderen Umstände vor, die eine (noch) höhere Entschädigung zu rechtfertigen vermöchten. Hierfür genügen namentlich die Entnahmen von Blut- und Urinproben und die damit verbundene Überführung des Beschwerdeführers in gefesseltem Zustand ins Kantonsspital St.Gallen, wobei er möglicherweise beim Ausstieg aus bzw. Einstieg ins Fahrzeug und in den Räumlichkeiten des Kantonsspitals den Blicken von Drittpersonen ausgesetzt war, nicht. Sodann sind im Zusammenhang mit erkennungsdienstlichen Massnahmen im Normalfall keine Umstände gegeben, welche die Zusprache einer Genugtuung zu rechtfertigen vermöchten. Der Beschwerdeführer zeigte keinen Sachverhalt auf, der zu einer anderen Beurteilung führen könnte. Dies gilt auch für angeblich schwerwiegende Auswirkungen des Strafverfahrens und der (strafprozessualen) Zwangsmassnahmen auf den Familien- und Freundeskreis des Beschwerdeführers.

Schliesslich hat der Beschwerdeführer in tatsächlicher Hinsicht, verbunden mit entsprechenden Beweisanträgen, nicht begründetermassen aufgezeigt, dass die Zwangsmassnahmen und das Strafverfahren sich auf seine Gesundheit ausgewirkt haben und zu einer besonders schweren Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse geführt hätten. Unter solchen Voraussetzungen ist es nicht Aufgabe der Staatsanwaltschaft hierüber Ermittlungen vorzunehmen.

76

Art. 24 lit. a JStPO (SR 312.1) ~~Notwendige~~ Verteidigung in Jugendstrafsachen. Der Gesetzgeber ging in Bezug auf Art. 24 lit. a JStPO vom unbedingten Freiheitsentzug aus. Eine notwendige Verteidigung ist folglich nur in jenen Fällen sicherzustellen, in denen ein unbedingter Freiheitsentzug von mehr als einem Monat oder ein bedingter Freiheitsentzug von mehr als drei Monaten droht bzw. von der Jugendanwaltschaft dergestalt beantragt oder nach Anklageerhebung vom zuständigen Jugendgericht als möglich erachtet wird.

Kantonsgericht, Strafkammer, August 2013

Sachverhalt:

Die Jugendanwaltschaft wirft X. _____ vor, er habe am 6. August 2011, gegen 23:30 Uhr im Industriegebiet F. _____ in alkoholisiertem Zustand und zusammen mit drei weiteren alkoholisierten Kollegen dem 17-jährigen Privatkläger C. _____ das Portemonnaie entwendet und diesem Fr. 90.– entnommen. Dabei habe der Be-

schuldigte C._____ mit dem Rücken gegen die Wand gedrückt und am Oberarm sowie am Unterkiefer gepackt. C._____ habe im Verlauf des «Gerangels» einige Ohrfeigen erhalten und dabei Schmerzen am rechten Kiefer, einen kleinen Bluterguss an der rechten Backe und eine leichte Rötung an der Lippe erlitten. Der Mitbeschuldigte Y._____ habe den andern Privatkläger, D._____, am Hals gepackt und an die Wand gedrückt, wobei Letzterer durch das Würgen Blutergüsse davongetragen habe. Nach einer kurzen Diskussion zwischen den zwei Gruppen sei der Beschuldigte auf D._____ zugegangen und habe ihm einen voll durchgezogenen Faustschlag auf das linke Auge verpasst. D._____ habe dabei einen Bluterguss und durch das Würgen rote Striemen beidseitig am Hals erlitten und ca. zwei Wochen nicht richtig sehen können.

Das Kreisgericht sprach den Beschuldigten mit Entscheid vom 6. Dezember 2012 der einfachen Körperverletzung und des Raubes schuldig und verurteilte ihn zu einem Freiheitsentzug von vier Wochen und einer Busse von Fr. 300.–, wobei der Vollzug des Freiheitsentzugs mit einer Probezeit von einem Jahr aufgeschoben wurde.

X._____ führt gegen diesen Entscheid Berufung. Er verlangt im Berufungsverfahren einen vollumfänglichen Freispruch unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Jugendanwaltschaft beantragt die Abweisung der Berufung. Das Kantonsgericht bestätigt die Schuldsprüche und verurteilt X._____ zu einer persönlichen Leistung von vier Wochen, wobei es den Vollzug mit einer Probezeit von einem Jahr aufschiebt.

Aus den Erwägungen:

II.

3. Der Beschuldigte lässt vortragen, dass er von Beginn des Untersuchungsverfahrens an hätte notwendig verteidigt werden müssen. Unabhängig voneinander seien die beiden vorinstanzlichen Verfahrensleiter der Ansicht gewesen, dass vorliegend konkret Strafen drohen, die über der Grenze von Art. 24 lit. a JStPO liegen würden. Das von der Jugendanwaltschaft angenommene Strafmass sei sodann schon deshalb irrelevant, weil es im Strafbefehls- und Einspracheverfahren keinen Schutz vor «reformatio in peius» gebe. Die objektiv drohende richterliche Beurteilung sei massgebend und nicht die Meinung der Jugendanwaltschaft. Die Verteidigung habe bereits mit Schreiben vom 12. Juni 2012 dargelegt, dass die abstrakte Strafdrohung für Raub bis zu vier Jahre Freiheitsentzug betrage, weil ein bandenmässiger Raub gemäss Art. 140 Ziff. 3 StGB zumindest zur Diskussion gestanden habe. Eine Freiheitsstrafe hätte so gesehen leicht über einem Jahr Freiheitsentzug liegen können und damals drohend im Raum gestanden. Die Jugendanwaltschaft habe den vier Jugendlichen auch nie Zusagen gemacht, dass sie maximal mit einem bedingten Freiheitsentzug von einem Monat zu rechnen hätten. Die diesbezüglich von der Jugendanwaltschaft an Schranken der Vorinstanz vorgebrachte Behauptung sei nachträglich und ohne ausreichende formelle Grundlage erfolgt, nur

um die Verwertbarkeit der Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren zu retten. Die Jugendanwaltschaft habe versucht, die Strafe retrospektiv gerade so festzulegen, dass Art. 24 lit. a JStPO nicht verletzt worden sei. An Schranken führte die Verteidigung unter Hinweis auf Art. 130 lit. b und Art. 337 Abs. 3 StPO sodann sinn-gemäss aus, dass nur die Höhe der drohenden Strafe massgebend sei, nicht aber die Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzuges. Die Lehre gehe zudem davon aus, dass Art. 24 JStPO der Bestimmung von Art. 130 StPO im Erwachsenen-strafverfahren entsprechen würde, womit erstellt sei, dass aufgrund des Wortlantes und der Systematik des Gesetzes für die Grenze der notwendigen Verteidigung auch im Jugendstrafprozess immer der drohende Freiheitsentzug, nicht aber die Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzuges entscheidend sei.

a) Gemäss Art. 24 JStPO muss der Jugendliche verteidigt werden, wenn ihm ein Freiheitsentzug von mehr als einem Monat oder eine Unterbringung droht (lit. a).

b) aa) Zunächst drängt sich die Frage auf, ob Art. 24 lit. a JStPO von einem drohenden unbedingten oder bedingten Freiheitsentzug ausgeht. Weder die grammatikalische noch die historische Auslegung des Gesetzes führen hierbei zu einem Ergebnis. Die Botschaft hält immerhin fest, dass es wenig sinnvoll erscheine, auf eine abstrakte Deliktskategorie abzustellen. Auch für eher geringfügige Straftaten könne eine Unterbringung verhängt werden, die massiv in die Freiheit der verurteilten Person eingreife (BBI 2008 3141; vgl. zum Gesetzgebungsprozess BSK-Hug/Schläfli, Art. 24 JStG N 2). Der Gesetzgeber stellt folglich nicht auf die Tatschwere ab (so noch der Wortlaut von aArt. 40 Abs. 2 lit. a JStG), sondern auf die Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit des jugendlichen Täters. Dies entspricht im Übrigen auch der ratio legis. So nennt der Gesetzgeber in Art. 2 Abs. 1 JStG die beiden wegleitenden Prinzipien des Jugendstrafrechts, nämlich den Schutz und die Erziehung des Jugendlichen. Diese Leitideen des Jugendstrafrechts sind sowohl während der Untersuchung als auch bei der Urteilsfällung und beim Vollzug von Sanktionen zu beachten (BBI 1999 2221). Daraus erhellt, dass der bedingte Freiheitsentzug eine notwendige Verteidigung nicht zwingend aufdrängt, da die Freiheitsrechte des jugendlichen Täters nicht in gravierender Art und Weise beschnitten werden. Entscheidend ist einzig, dass bei möglichen schädlichen Wirkungen auf den jugendlichen Täter sowie sein familiäres und soziales Umfeld – wie dies bei unbedingtem Freiheitsentzug, längerer Untersuchungshaft oder (vorsorglicher) Unterbringung der Fall ist – eine notwendige Verteidigung sicherzustellen ist, um letztlich auch dem Prinzip der Waffengleichheit gerecht zu werden.

Hinzu kommt, dass der Jugendliche bei einem Freiheitsentzug bis zu drei Monaten die Umwandlung in persönliche Leistung von gleicher Dauer beantragen kann (Art. 26 JStG). Diese Regelung bezieht sich allerdings nur auf den unbedingten Freiheitsentzug bzw. auf den unbedingten Teil desselben, ist doch für die persönliche Leistung bis zu drei Monaten, die mit der freiheitseinschränkenden Verpflichtung verbunden werden kann, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten, keine not-

wendige Verteidigung vorgesehen. Die Lehre geht daher zu Recht davon aus, dass der Gesetzgeber in Bezug auf Art. 24 lit. a JStPO vom unbedingten Freiheitsentzug ausging. Eine notwendige Verteidigung ist folglich nur in jenen Fällen sicherzustellen, in denen ein unbedingter Freiheitsentzug von mehr als einem Monat oder ein bedingter Freiheitsentzug von mehr als drei Monaten droht (Jositsch et al., JStPO Kommentar, Art. 24 N18; Murer Mikolásek, Analyse der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung, Diss. Zürich 2010, Rz. 876; Riedo, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, Basel 2013, Rz. 1123). Dieser Schluss bestätigt sich auch mit Blick auf Art. 34 JStPO. So ist diesbezüglich in systematischer Hinsicht anzufügen, dass die genannte Rechtsnorm die Zuständigkeit des Gerichts ebenfalls auf gravierende Delikte beschränkt. Abs. 1 der genannten Bestimmung sieht eine Beurteilung durch das Jugendgericht vor, wenn eine Unterbringung, eine Busse von mehr als Fr. 1000.– oder ein Freiheitsentzug von mehr als drei Monaten zur Debatte steht. Nicht analog herangezogen werden kann indes – wie die Verteidigung geltend macht – Art. 337 StPO bzw. dessen Auslegung durch Weber/Wildi (BSK StPO, Art. 337 N16). Dagegen spricht etwa, dass die JStPO für die Jugendanwaltschaft keine Teilnahmepflicht vorsieht. Wenn überhaupt, dann wäre diesbezüglich die Regelung von Art. 21 lit. b JStPO analog anzuwenden, wonach die Jugendstaatsanwaltschaft jedoch nur dann zur Teilnahme an der Hauptverhandlung vor dem Jugendgericht und vor der Berufungsinstanz verpflichtet ist, wenn sie vom Gericht dazu aufgefordert wird (vgl. Riedo, a. a. O., Rz. 2248 ff.; BSK JStPO-Bürgin/Biaggi, Vor Art. 34–37 N17 f.; a. A. jedoch ohne Begründung Jositsch et al., JStPO Kommentar, Art. 35 N 6).

bb) Die notwendige Verteidigung drängt sich also bei einem drohenden (unbedingten) Freiheitsentzug von mehr als einem Monat oder Unterbringung auf. Das Ausmass des Schutzbedürfnisses richtet sich dabei nicht nach der abstrakten Strafdrohung der anwendbaren Strafnorm, sondern auf die konkrete (Jositsch et al., JStPO Kommentar, Art. 24 N 5 mit Hinweis auf BBI 2008 3141; Riedo, a. a. O., Rz. 1777). Entscheidend ist somit, welche Sanktion im Einzelfall konkret droht. Denn die im Rahmen der Tat offenbarte Tatschwere ist bei der Strafzumessung nicht alleine ausschlaggebend, wird doch das Jugendstrafrecht vom Schutz- und Erziehungsgedanken (Art. 2 JStG) beherrscht und weist das Straf- und Massnahmensystem eine gewisse Elastizität auf, die eine auf den Einzelfall zugeschnittene Reaktion auf das Verhalten des jugendlichen Täters zulässt (ähnlich bereits BGE 111 Ia 81 E. 3c; ferner auch Murer Mikolásek, a. a. O., Rz. 874). «Konkret droht» eine entsprechende Sanktion, wenn sie von der Jugendanwaltschaft dergestalt beantragt oder – falls nicht bereits während des Untersuchungsverfahrens eine Verteidigung bestellt wurde – nach Anklageerhebung vom zuständigen Jugendgericht als möglich erachtet wird (Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 130 N16; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rz. 733 mit Hinweisen; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozess-

rechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 438; Commentario CPP-Galliani/Marcellini, art. 130 n.13; vgl. ferner auch Art.136 lit.b VE-StPO: «[...] wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme beantragt oder zu erwarten ist»).

Da sich die Behörden bei der Wahl der Strafart vorrangig am Erziehungsziel und dem Schutzbedürfnis des Jugendlichen zu orientieren haben, sind verlässliche Prognosen in Bezug auf die drohende Sanktion – insbesondere zu Beginn des Untersuchungsverfahrens – kaum möglich. Es muss folglich – wie auch im Erwachsenenstrafrecht – bereits eine relativ weit entfernte Möglichkeit einer Unterbringung oder eines (unbedingten) Freiheitsentzugs genügen, um die Notwendigkeit einer Verteidigung zu begründen. Die Notwendigkeit ergibt sich aufgrund eines hinreichenden Tatverdachts, wie er sich aufgrund der jeweiligen Aktenlage präsentiert. Je weniger Einzelheiten über den konkreten Fall bereits bekannt sind, je weniger also der Verfahrensausgang eingeschätzt werden kann, desto mehr muss die Einzelfallbetrachtung einer abstrakten Einschätzung aufgrund der gesetzlichen Strafdrohung weichen (Beydoun/Riedo, Urteil 6B_441/2011 des Bundesgerichts vom 20. September 2011, in: *AJP* 2012, S. 291; Heimgartner, Amtliche Mandate im Vorverfahren – *Zürcher Praxis*, in: *forumpoenale* 3/2012, S. 169; kritisch zum Ganzen Bernard/Blum, Die Verteidigung nach der neuen Jugendstrafprozessordnung [JStPO], in: *forumpoenale* 2/2011, S. 116; Dies., Die Jugendstrafverteidigung im «Kinderrechtsmodell» – ausgewählte Aspekte, in: *forumpoenale* 2/2012, S. 90; dazu auch Jositsch/Murer, Die Schweizerische Jugendstrafprozessordnung – ein Balanceakt zwischen Rechtsstaat und Erziehungsgrundsatz, in: *ZStrR* 127/2009, S. 315, wonach der Jugendliche in jedem Strafverfahren, das über den Bagatellbereich hinausgeht, verteidigt werden sollte).

cc) Vorliegend wurde der Beschuldigte anlässlich seiner ersten polizeilichen Einvernahme in Gegenwart seiner Mutter darauf aufmerksam gemacht, dass gegen ihn wegen «Raufhandel/Angriff» ermittelt würde. In seiner Einvernahme bei der Jugendanwaltschaft A._____ wies ihn die Jugendanwältin darauf hin, dass gegen ihn ein Strafverfahren wegen «Raubes, evtl. Angriffs» eingeleitet worden sei. Am 30. März 2012 teilte die Jugendanwaltschaft dem Beschuldigten bzw. dessen gesetzlicher Vertretung schriftlich mit, dass vorgesehen sei, das Strafverfahren mit einem Strafbefehl zu erledigen. Damit brachte sie zum Ausdruck, dass ein längerer (unbedingter) Freiheitsentzug gar nicht infrage kommen konnte (Art. 34 Abs. 1 JStPO e contrario; vgl. auch E. II/3a hievor). Dass die Jugendanwaltschaft zuweilen gar von bandenmässigem Raub gemäss Art. 140 Ziff. 3 StGB ausging, ist weder aus den Akten ersichtlich noch ergaben sich für die Jugendanwaltschaft aufgrund der zwischenzeitlich erhobenen Beweise hinlängliche Anhaltspunkte, die eine derartige Schlussfolgerung hätten aufdrängen müssen. Auch war der Beschuldigte nicht einschlägig vorbestraft. Am 16. April 2012 erliess die Jugendanwaltschaft schliesslich einen Strafbefehl. Sie erachtete somit gestützt auf die vorhandene Aktenlage eine Sanktion von einem Monat Freiheitsentzug sowie einer Busse von Fr. 400.– als angemessen, wobei sie den Voll-

zug mit einer Probezeit von einem Jahr aufschob. Wie sich nun auch im Berufungsverfahren gezeigt hat, stand bei objektiver Betrachtung ein unbedingter Freiheitsentzug von mehr als einem Monat zu keinem Zeitpunkt im Raum, ein schwerer Eingriff in die Freiheitsrechte nie zur Debatte. Den Jugendlichen notwendig zu verteidigen, drängte sich folglich nicht auf.

4. Schuldbetreibung und Konkurs

77

Art. 8a Abs. 3 lit. a und Art. 22 SchKG (SR 281.1) Zustellungen während des Rechtsstillstandes. Berücksichtigung der Nichtigkeit der Betreibung und Löschung aus dem Betreibungsregister.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 10. Oktober 2013

Aus den Erwägungen:

4. a) Unbestritten ist, dass bei den Betreibungen Nr. 12 040 und Nr. 12 041 der Rechtsstillstand offenbar nicht eingehalten worden ist. Die ordentliche Beschwerdefrist von zehn Tagen (Art. 17 SchKG) ist zwar abgelaufen. Eine Zustellung während der Dauer des Rechtsstillstandes wegen Zivilschutzdienst wäre jedoch nichtig und damit von Amtes wegen jederzeit feststellbar (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, Art. 22 N 12, N 16; BSK SchKG I-Bauer, Art. 57 N 13; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. A. 1997, Art. 22 N 9; BGE 67 III 69, bestätigt in BGE 127 III 173 E. 3). Die absolute Unwirksamkeit der Nichtigkeit kann aber nicht unter allen Umständen berücksichtigt werden. Wenn eine Betreibung abgeschlossen und ihr Verwertungserlös verteilt ist, bleibt keine Möglichkeit mehr, sich nachträglich auf die Nichtigkeit einer einzelnen Betreibungshandlung zu berufen (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, Art. 22 N 20; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. A. 1997, Art. 22 N 11). Damit ist es dem Beschwerdeführer an sich verwehrt, sich zum jetzigen Zeitpunkt noch auf die Nichtigkeit der entsprechenden Betreibungshandlungen zu berufen.

b) Der Beschwerdeführer beantragte – zumindest vor der Vorinstanz – nicht (nur) die Feststellung der Nichtigkeit, sondern die Löschung der betreffenden Betreibungen aus dem Betreibungsregister.

Das Betreibungsregister soll Dritten als Informationsstelle zur Verfügung stehen. Die Informationen, die sich aus dem Betreibungsregister entnehmen lassen, dienen u. a. dazu, die Kreditwürdigkeit (beruhend auf Zahlungsfähigkeit und/oder Zahlungswilligkeit) einer Person abzuschätzen (vgl. hierzu Botschaft über die Änderung

des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG] vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1 ff., 28 f.). Den Auskunftsinteressen stehen die Interessen des Schuldners gegenüber, dass die im Betreibungsregister vermerkten Daten keinen falschen Eindruck erwecken. Dies wäre der Fall, wenn die Einträge keinen genügenden Hinweis auf die Kreditwürdigkeit des Schuldners zulassen. Auskünfte, die keinen genügenden Rückschluss auf die Kredit(un)würdigkeit des Schuldners zulassen, sollten verhindert werden. Nur die Vermutung der materiellen Richtigkeit der in Betreibung gesetzten Forderung lässt einen Rückschluss auf die Kreditwürdigkeit des Schuldners zu. Verfolgt beispielsweise ein Gläubiger mit der Betreibung Ziele, die offensichtlich nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben (sog. Schikanebetreibungen), kann von der Nichtigkeit der Betreibung wegen Rechtsmissbrauchs ausgegangen werden (BSK SchKG I-Peter, Art. 8a N 1-3, N 18, N 24; BSK SchKG I-Cometta/Möckli, Art. 22 N 19). In einem solchen Fall ist das Einsichtsrecht gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG zu beschränken und die entsprechende Betreibung ist gegenüber Dritten im Rahmen des Einsichtsrechts zu unterdrücken, weil eine solche Betreibung das Bild über die Kreditwürdigkeit verzerren würde.

Die vom Schuldner infrage gestellten Betreibungen bzw. entsprechenden Einträge im Betreibungsregister beruhten auf Steuerforderungen, welche nicht bestritten und mittlerweile auch beglichen wurden. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, hätte eine korrekte Vornahme der Betreibungshandlungen nichts am Eintrag ins Betreibungsregister geändert; insbesondere entstand durch die Eintragung kein falscher Eindruck. Der Beschwerdeführer hatte seine Steuerschulden nicht bezahlt, war von der Steuerbehörde betrieben worden und hatte die Forderung erst im Rahmen des Betreibungsverfahrens beglichen. Der Eintrag dieser Betreibungen im Betreibungsregister und eine Einsicht in diese Einträge lässt damit Rückschlüsse auf die Kreditwürdigkeit des Schuldners zu bzw. führt nicht zu einem offensichtlich falschen Bild über dessen Zahlungsfähigkeit und/oder Zahlungswilligkeit. Das Interesse der Gläubiger an einem Rückschluss auf die Kreditwürdigkeit des Beschwerdeführers ist – wie die Vorinstanz zu Recht feststellte – höher zu gewichten als dessen Interesse, dass eine Betreibung «gelöscht» (bzw. eine Einsicht darin verweigert) wird, weil sich nach Abschluss des Betreibungsverfahrens (einzelne) Verfahrenshandlungen des Betreibungsamtes als nichtig erwiesen, die Betreibung aber aufgrund einer bestehenden Forderung zu Recht eingeleitet und durchgeführt worden war. Entsprechend ist dem Ersuchen des Beschwerdeführers, die entsprechenden Betreibungen aus dem Betreibungsregister zu «löschen» bzw. Dritten darin keine Einsicht zu erteilen, nicht stattzugeben.

c) Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

78

Art. 30a SchKG (SR 281.1) Gültigkeit und Anwendbarkeit der Übereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, Luzern, St. Gallen sowie weiteren und dem Königreich Bayern über die gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 11. Mai / 27. Juni 1834. Die Übereinkunft mit Bayern kann gegenüber den schweizerischen Kantonen nur dann Anwendung finden, wenn im Bundesland und ehemaligen Königreich Bayern der Konkurs zufolge Wohnsitzes oder (statutarischen) Sitzes des Schuldners eröffnet worden ist und daneben Vermögenswerte des Schuldners in der Schweiz liegen. Befindet sich der Wohnsitz oder (statutarische) Sitz des Schuldners hingegen in einem Schweizer Kanton, so liegt das über den Schuldner bzw. die «schweizerische Gesellschaft» eröffnete deutsche Hauptinsolvenzverfahren ausserhalb des Geltungsbereichs der Übereinkunft mit Bayern. Zudem ist aufgrund des in der Schweiz eröffneten und wieder eingestellten Konkurses zufolge der Priorität und Einheit des Konkurses ein weiteres (sowohl in- als auch ausländisches) Insolvenzverfahren ausgeschlossen.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreiber und Konkurs, 28. August 2012

Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 16. August 2011 sprach das Amtsgericht Nürnberg als Insolvenzgericht über das Vermögen der Z. __ AG mit statutarischem Sitz in A. __ (Kanton Appenzell A. Rh., Schweiz) und weiterer Betriebsstätte in B. __ (Bayern, Deutschland), das Insolvenzverfahren aus gemäss deutscher Insolvenzordnung und zugleich als Hauptinsolvenzverfahren entsprechend Art. 3 der Europäischen Insolvenzverordnung. Rechtsanwalt X. __ (Beschwerdeführer) wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Die Z. __ AG (in Liquidation) ist als schweizerische Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von Fr. 100 000.– im Handelsregister des Kantons Appenzell Ausserrhoden eingetragen. Gemäss dem Handelsregisterauszug ordnete der Einzelrichter des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden am 21. Juni 2011 über die Z. __ AG infolge Mängel in der Organisation die Liquidation an und stellte das Konkursverfahren am 19. April 2012 mangels Aktiven ein. Am 5. Juli 2011 löste die Einzelrichterin des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden die Gesellschaft durch Konkurs auf, am 18. August 2011 stellte sie das Konkursverfahren mangels Aktiven ein. Die Z. __ AG arbeitete mit in Deutschland domizilierten weiteren «Z. __»-Gesellschaften zusammen. Am 30. Juni 2011 wurden die Geschäftsräume der «Z. __»-Gesellschaften von der Kriminalpolizei durchsucht und Geschäftsunterlagen beschlagnahmt. Die Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth führt ein Strafverfahren gegen einen Teil der Mitglieder des Verwaltungsrats der Z. __ AG sowie weite-

re Beteiligte wegen des Verdachts des gewerbs- und bandenmässigen Betrugs. Es ist dabei davon auszugehen, dass die bei der Bank Y.____ liegenden Vermögenswerte – mutmasslich rund neun Millionen Euro – Gelder geschädigter Kunden sein könnten. Infolge eines Rechtshilfeersuchens sperrte die Staatsanwaltschaft des Kantons St.Gallen diese Kontoguthaben.

Am 8. Februar 2012 stellte der Insolvenzverwalter ein formelles Rechtshilfeersuchen an das Konkursamt St.Gallen; dabei ersuchte er im Wesentlichen um öffentliche Bekanntmachung des Insolvenzverfahrens und um Publikation eines Schuldendrucks sowie um Sicherung des auf verschiedenen Konten bei der Bank Y.____ befindlichen Vermögens der Z.____ AG. Die «Blockierung» der Gelder soll eine zusätzliche Sicherung darstellen im Falle eines Entfalls der strafrechtlichen Blockierung. Mit Verfügung vom 18. Mai 2012 wies das Konkursamt das Rechtshilfeersuchen ab.

Aus den Erwägungen:

6. Der statutarische Sitz der Z.____ AG (in Liquidation) befindet sich in A. ____ [Kanton Appenzell A. Rh., Schweiz]; eine Betriebsstätte der Z.____ AG liegt in B.____ [Bayern, Deutschland] und damit im Bundesland und ehemaligen Königreich Bayern. Das Amtsgericht Nürnberg, welches das Insolvenzverfahren über die Z.____ AG eröffnet hat, liegt ebenfalls im Bundesland und ehemaligen Königreich Bayern (www.uniregensburg.de/Fakultaeten/phil_Fak_III/Geschichte/w98vsmm42.html; http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Datei:Deutscher_Bund.png&filetimestamp=20120620122450). Damit stellt sich vorerst die Frage, ob der Übereinkunft mit Bayern noch Gültigkeit zukommt.

Die Übereinkunft mit Bayern (publiziert z. B. in Walder, SchKG-Kommentar, 17. A., Zürich 2007, S. 1108 f.) ist gemäss Lehre und Rechtsprechung noch in Kraft (vgl. einlässlich dazu Entscheid der AB Schaffhausen vom 16. 7. 82, in: Rechtsprechung zum Insolvenz- und Sanierungsrecht, ZIP 2/83 S. 200 und Entscheid des Konkursrichteramts Zürich vom 4. 3. 1997, in: BISchK 63 [1999] Nr. 7 S. 27 und ZR 96 [1997] Nr. 104 S. 220, je mit diversen weiteren Hinweisen; Entscheid des Obergerichts Zürich vom 22. November 2011 E. III. 4. [Geschäfts Nr. LN100041-O/U, publiziert unter www.gerichtezh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LN100041-O5.pdf]; Ziltener/Späth, Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Praxis des Bezirksgerichts Zürich, in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ) 2005 S. 51; Buchner, Zur internationalen Zuständigkeit des Konkursverwalters, speziell im deutschschweizerischen Verhältnis, in: BISchK 50 [1986] S. 83 f.; Meier, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht mit Gerichtsstandsgesetz, 2. A., Zürich 2005, S. 193; Staehelin Daniel, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Basel 1989, S. 80; BSK SchKG I-Staehelin Matthias, Art. 30a N 76; Bürgi, Konkursrechtliche Staatsverträge der Schweiz mit den ehemaligen Königreichen Württemberg und Bayern sowie mit Frankreich, in: Festschrift

100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 178; David, In Vergessenheit geratene Staatsverträge, in: SJZ 69 [1973] S. 84 ff.; Nussbaum, Das internationale Konkursrecht der Schweiz de lege lata et ferenda, Zürich 1980, S. 50; entsprechende Hinweise finden sich auch in BGE 109 III 83; ausführlich zum Bestand der Übereinkunft mit dem Königreich Württemberg: Bürgi, Die «Übereinkunft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg, betreffend die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen» (Konkursvertrag) vom 12. Dezember 1825 / 13. Mai 1826, in: BISchK 1974 S. 1 ff. inkl. der Wiedergabe der Meinungsäusserung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements zur Frage der Rechtsbeständigkeit des Staatsvertrages. Diese Erwägungen dürften auch für die Übereinkunft mit Bayern zutreffen). Der Umstand, dass die Übereinkunft mit Bayern in der st.gallischen Rechtssammlung (www.gallex.ch) nicht aufgenommen worden ist, steht der Anwendbarkeit nicht entgegen (vgl. David, a. a. O., S. 86).

Da Art. 1 Abs. 2 IPRG ausdrücklich einen Vorbehalt zugunsten völkerrechtlicher Verträge enthält, ist die Übereinkunft mit Bayern auch nach Inkrafttreten des IPRG noch gültig (vgl. Entscheid des Konkursrichteramts Zürich vom 4. 3. 1997, in: BISchK 63 [1999] Nr. 7 S. 28 und ZR 96 [1997] Nr. 104 S. 220 je mit diversen weiteren Hinweisen; Entscheid des Obergerichts Zürich vom 22. November 2011 E. III.4.c [Geschäfts Nr. LN100041-O/U]; Staehelin Daniel, a. a. O., S. 80; Bürgi, Festschrift, a. a. O., S. 197).

Neben der Gleichbehandlung der Staatsangehörigen statuiert die Übereinkunft mit Bayern, dass nach Konkurseröffnung in einem der Vertragsstaaten auch im anderen Staat das bewegliche Vermögen (worunter auch Forderungen zu verstehen sind) des Gemeinschuldners weder durch Arrest noch durch sonstige Verfügungen zum Nachteil der Masse beschränkt werden darf. Das Arrestverbot schliesst somit die Möglichkeit einer Spezialexécution aus, sodass die Vermögenswerte nur noch im Konkurs liquidiert werden können, was die Auslieferung der Vermögenswerte an die ausländische Konkursmasse bedingt. Für die Ausdehnung des Konkurses auf das im Hoheitsgebiet des anderen Staates liegende bewegliche Vermögen ist – im Gegensatz zu den Bestimmungen des IPRG – keine Vollstreckbarkeitserklärung des IPRG nötig (Entscheid des Konkursrichteramts Zürich vom 4. 3. 1997, in: BISchK 63 [1999] Nr. 7 S. 28 f. und ZR 96 [1997] Nr. 104 S. 220 f. je mit diversen weiteren Hinweisen; Entscheid der AB Schaffhausen vom 16. 7. 82, in: Rechtsprechung zum Insolvenz- und Sanierungsrecht, ZIP 2/83 S. 201/203; Buchner, a. a. O., S. 85 f.; Staehelin Daniel, a. a. O., S. 81; BSK SchKG I-Staehelin Matthias, Art. 30a N 80; Bürgi, Festschrift, a. a. O., S. 181 f.).

7. a) Das Amtsgericht Nürnberg hat den Konkurs über die Z. __ AG, mit statutarischem Sitz in A. __ [Kanton Appenzell A. Rh., Schweiz], unter anderem gestützt auf § 3 der Insolvenzordnung der Bundesrepublik Deutschland (nachfolgend InsO) und Art. 3 der EulnsVO (Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren) als Hauptinsolvenzverfahren eröffnet. Gemäss § 3

InsO ist örtlich ausschliesslich das Insolvenzgericht zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Liegt der Mittelpunkt einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners an einem anderen Ort, so ist ausschliesslich das Insolvenzgericht zuständig, in dessen Bezirk dieser Ort liegt (Abs. 1; Gesetzestext unter www.jusline.de/index.php?cpid=f92f99b766343e040d46fcd6b03d3ee8&lawid=74&paid=3). Gemäss Art. 3 der EulnsVO (publiziert in Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. A., Köln 2009, S. 1481 ff.) sind für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Bei Gesellschaften und juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmässigen Sitzes ist (Abs. 1). Das Amtsgericht Nürnberg ist (wohl unter anderem aufgrund des Gutachtens von Prof. Dr. G. __, zur Frage der Internationalen Zuständigkeit des Amtsgerichts-Insolvenzgerichts Nürnberg vom 11. August 2011, nachfolgend: Gutachten G. __) davon ausgegangen, dass die Z. __ AG trotz des statutarischen Sitzes in A. __ [Kanton Appenzell A. Rh., Schweiz] den Mittelpunkt ihrer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit bzw. ihrer hauptsächlichen Interessen in B. __ [Bayern, Deutschland] hat.

Es stellt sich die Frage, ob die Übereinkunft mit Bayern auch in einer solchen Konstellation anwendbar ist (und damit ein «vorbehaltsloses Exequatur» erfolgen soll/kann), in welcher sich – neben den angebehrten Vermögenswerten – auch der statutarische Sitz der konkursiten Gesellschaft in der Schweiz befindet und nicht in B. __ [Bayern, Deutschland] (wo am Sitz einer «Betriebsstätte» «bloss» der Mittelpunkt einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit liegen soll).

b) Die Übereinkunft mit Bayern regelt den Konkursgerichtsstand (im Gegensatz zur Übereinkunft mit Württemberg) nicht. Die Übereinkunft mit Bayern bezweckt die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen beider Länder sowie die Verhinderung der Beschränkung der Konkursmasse durch Arrest oder andere nachteilige Verfügungen. Daraus leitet die Lehre und Rechtsprechung ab, dass sich der Konkurs auf das Gebiet des Vertragspartners im Sinne des Universalitätsprinzips ausdehnt und auch das im Ausland liegende Vermögen beschlägt, da die Möglichkeit einer Spezialexécution ausgeschlossen ist und die Vermögenswerte folglich nur noch im Konkurs liquidiert werden können. Die Übereinkunft mit Bayern sollte entsprechend der Regelungsmaterie die Gläubiger schützen (Gleichbehandlung, Arrestverbot); aus diesen Schutzvorschriften wird in der Folge eine Universalität des Konkurses auf im Ausland gelegenes Vermögen abgeleitet. Der Konkursgerichtsstand blieb unregelt; bereits unter dem von der Übereinkunft mit Bayern angestrebten Schutz für die beteiligten Parteien kann hingegen – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – aus dem blossen Schweigen bzw. der Nichtregelung nicht darauf geschlossen werden, dass der Konkursgerichtsstand kein «Abgrenzungskriterium» darstellen und ausländische Konkurse vorbehaltslos zugelassen werden sollen. Infolge der Schutzgedanken soll der Schuldner vielmehr

dahingehend geschützt sein, dass er sich nicht an einem gesetzlich nicht vorgesehenen Konkursgerichtsstand auf ein Insolvenzverfahren einlassen muss. Die Gläubiger ihrerseits dürfen darauf vertrauen, dass über einen Schuldner (nur) am gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstand das Verfahren eröffnet wird. Bereits aus diesem Schutzaspekt ist daher zu schliessen, dass die Vertragsstaaten durch die Nichtregelung des Konkursgerichtsstandes in der Übereinkunft keineswegs auf die eigenen (ausschliesslichen) Gerichtsstände verzichten wollten; entsprechend kann ein solches – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – ohne jegliche Anhaltspunkte bzw. aufgrund blosser Nichtregelung auch nicht in die Übereinkunft mit Bayern hineininterpretiert werden.

Aufgrund des knappen Wortlautes der Übereinkunft mit Bayern ist ausserdem davon auszugehen, dass im Jahre 1834 in den Insolvenzrechten der Vertragsparteien wohl nur Zuständigkeiten am Wohnsitz/Sitz des Schuldners vorgesehen waren (so lautet denn auch ausdrücklich die Übereinkunft mit Württemberg: «...erkennen gegenseitig die Allgemeinheit des Konkursgerichtsstandes in dem Wohnorte des Gemeinschuldners an»). Hätten weitergehende (allenfalls gar grenzüberschreitende bzw. -überschneidende) Zuständigkeiten bestanden, so hätte dies zwangsläufig eine entsprechende Regelung erfordert. Es liegen hingegen keine Anhaltspunkte vor, wonach weitergehende Zuständigkeiten – insbesondere diejenige eines fiktiven (Wohn-)Sitzes –, soweit sie damals überhaupt schon bekannt waren bzw. Anwendung fanden, von der Übereinkunft mitumfasst werden sollten. Grenzüberschreitende Firmenkonstrukte, welche heute im deutschen Insolvenzrecht dazu veranlassen, den «Mittelpunkt einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit» als Konkursgerichtsstand vorzuschreiben, dürften denn auch im Jahre 1834 wohl kaum existiert haben. Entsprechend sah denn auch die (43 Jahre spätere) Konkursordnung des Deutschen Reiches vom 10. Februar 1877 vor, dass für das Konkursverfahren dasjenige Amtsgericht ausschliesslich zuständig ist, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 64; <http://de.wikisource.org/wiki/Konkursordnung>). Der allgemeine Gerichtsstand von Gesellschaften wurde gemäss der Zivilprozessordnung des Deutschen Reiches vom 30. Januar 1877 durch den Sitz der Gesellschaft bestimmt. Als Sitz galt, wenn nicht ein anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wurde (vgl. § 19; http://de.wikisource.org/wiki/Civilproze%C3%9Fordnung._Erstes_Buch). Gemäss dem Aktiengesetz vom 1. Oktober 1937 ist als der Sitz der Aktiengesellschaft in der Regel der Ort, wo die Gesellschaft einen Betrieb hat, oder der Ort zu bestimmen, wo sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird (§ 5; <http://alex.onb.ac.at/cgicontent/alex?aid=dra&datum=1937&size=32&page=213>). Nach dem Aktiengesetz vom 6. September 1965 ist Sitz der Gesellschaft der Ort, den die Satzung bestimmt (§ 5 Abs. 1). Die Satzung hat als Sitz in der Regel den Ort, wo die Gesellschaft einen Betrieb hat, oder den Ort zu bestimmen, wo sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird (Art. 5 Abs. 2; publiziert in Bundesgesetzblatt 1965 Nr. 48 S. 1092, <http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?>

startbk=Bundesanzeiger_BGBI). Nach einhelliger Auffassung musste dieser Ort (nach altem Recht, § 5 II AktG a.F.) im Inland gelegen haben. Erst durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) und die erfolgte Streichung der genannten Vorschriften erfolgte eine Deregulierung. Aktiengesellschaften konnten in der Folge einen Verwaltungssitz haben, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmen musste. Dieser Verwaltungssitz konnte nun auch im Ausland liegen, was sich ebenfalls aus den genannten Streichungen ergeben haben soll (vgl. <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/sitz.html>). Aus diesen (alten) Gesetzesfassungen und Revisionen geht hervor, dass ein Verwaltungssitz neben einem Satzungssitz früher nicht möglich war; ebenso ausgeschlossen war ein ausländischer Sitz. Entsprechend kann die Übereinkunft mit Bayern auch aufgrund dieser Gesetzesmaterialien nicht dahingehend ausgelegt werden, dass auf die eigenen (ausschliesslichen) Gerichtsstände verzichtet oder weitergehende Zuständigkeiten zugelassen werden wollte.

Eine solche Auslegung der Übereinkunft mit Bayern, dahingehend, dass die Vertragsparteien mit dem Abschluss der Übereinkunft auf Konkursgerichtsstände vorbehaltslos verzichten wollten, läuft schliesslich auch dem heutigen innerstaatlichen Recht zuwider, wonach der Konkurs ausschliesslich am Sitz bzw. Wohnsitz zu eröffnen ist, und würde die Anknüpfungsbegriffe bzw. Zuständigkeitsvorschriften für Zwangsvollstreckungsverfahren im Inland (Art. 46 ff. SchKG) aus den Angeln heben:

Die direkte internationale Zuständigkeit der Schweiz zur Konkurseröffnung ist die Kompetenz der Schweiz, über ein bestimmtes Subjekt den Konkurs zu eröffnen. Ist sie eine ausschliessliche, so ist in diesem Fall aus der Sicht der Schweiz kein anderer Staat mehr indirekt zuständig (die indirekte internationale Zuständigkeit des ausländischen Staats ist Voraussetzung der Anerkennung). Die Konkursgerichtsstände des SchKG sind, mit Ausnahme desjenigen der Geschäftsniederlassung, ausschliessliche: Solange über eine Person in der Schweiz der Konkurs eröffnet werden kann, ist eine Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes über dieselbe Person ausgeschlossen. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Universalität und Einheit des schweizerischen Konkurses (Staehelin Daniel, a. a. O., S. 35 f.). Bei juristischen Personen ist der statutarische Sitz in jedem Fall der Betreuungsort, selbst wenn dieser Sitz gewählt wurde, um die Gesetze des Landes, in dem sich der wirkliche Sitz befindet, zu umgehen. Wo der tatsächliche Hauptsitz der Verwaltung oder der Geschäftstätigkeit ist, spielt keine Rolle. Die Fiktionstheorie wurde aufgegeben, es ist einzig die Inkorporationstheorie anwendbar (BSK SchKG I-Staehelin Matthias, Art. 30a N 91; vgl. auch BGE 117 II 495 = Pra 81 [1992] Nr. 232, insb. E. 6.c; Staehelin Daniel, Die internationale Zuständigkeit im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: AJP 1995 S. 272; Brunner, Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht, in: AJP 1995 S. 8, S. 16 [unter Darlegung der nicht einheitlichen Rechtsprechung der zürcherischen Gerichte]; andere Auffassung: ZR 94 [1995] Nr. 59 S. 182). Ergibt sich bei einer juristischen Person mit statutarischem Sitz in der Schweiz, dass der Sitz lediglich fiktiv ist, so ist die Gesellschaft allenfalls

(in Anwendung von Art. 153 ff. HRegV) zu löschen. Da die Gesellschaft in Liquidation weiterhin rechts- und handlungsfähig und somit auch betriebsfähig ist, besteht für sie bis zum Abschluss der Liquidation und Streichung im Handelsregister ein Konkursgerichtsstand in der Schweiz. Eine Zuweisung der direkten Kompetenz zur Konkursöffnung an den Staat des tatsächlichen Sitzes muss am Vertrauensschutz, den der Handelsregistereintrag vermittelt, scheitern (Staehelin Daniel, a. a. O., S. 41 f., S. 49).

Eine anderweitige Auslegung der Übereinkunft mit Bayern kann auch dem vom Beschwerdeführer eingereichten Gutachten G. __ nicht entnommen werden. Insbesondere kommt auch der Gutachter nicht zum Schluss, dass die Übereinkunft mit Bayern für solche Konstellationen wie die vorliegende vorgesehen war.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der Nichtregelung des Konkursgerichtsstandes in der Übereinkunft mit Bayern keinesfalls ein Verzicht auf (ausschliessliche) Gerichtsstände abgeleitet werden kann. Die Auslegung führt vielmehr dazu, dass die Übereinkunft mit Bayern gegenüber den schweizerischen Kantonen nur dann Anwendung finden kann, wenn im Bundesland und ehemaligen Königreich Bayern der Konkurs zufolge Wohnsitzes oder (statutarischen) Sitzes des Schuldners eröffnet worden ist und daneben Vermögenswerte des Schuldners in der Schweiz liegen. Befindet sich der Wohnsitz oder (statutarische) Sitz des Schuldners hingegen in einem Schweizer Kanton, so liegt das über den Schuldner bzw. die «schweizerische Gesellschaft» eröffnete deutsche Hauptinsolvenzverfahren ausserhalb des Geltungsbereichs der Übereinkunft mit Bayern. Aufgrund dieser Auslegung ist die Übereinkunft mit Bayern im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Damit ist den einzelnen Gläubigern – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – die Arrestlegung in der Schweiz weiterhin möglich.

8. a) Das Amtsgericht Nürnberg hat als Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über die Z. __ AG mit Beschluss vom 16. August 2011 ausgesprochen. Zu diesem Zeitpunkt waren über die Z. __ AG bereits Konkursverfahren in der Schweiz eröffnet; am 21. Juni 2011 hatte der Einzelrichter des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden über die Z. __ AG infolge Mängel in der Organisation die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet (Einstellung am 19. April 2012 mangels Aktiven) und am 5. Juli 2011 hatte die Einzelrichterin des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden die Gesellschaft durch Konkurs aufgelöst (Einstellung mangels Aktiven am 18. August 2011).

b) Art. 55 SchKG statuiert den Grundsatz der Einheit des Konkurses, d. h. der Konkurs kann in der Schweiz gegen den nämlichen Schuldner gleichzeitig nur an einem Orte eröffnet sein. Er gilt dort als eröffnet, wo er zuerst erkannt wird (Art. 55 SchKG). Ein in Missachtung von Art. 55 SchKG erlassenes Konkursurteil ist nichtig (Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Land, KGE ZS vom 5. Februar 2008, E. 2 [www.baseland.ch/016-htm.310022.0.html]; vgl. auch KUKO SchKG-Sarbach,

Art. 55 N 3). Nichtigkeit ist von der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen festzustellen (für nichtige Verfügungen vgl. Art. 22 Abs. 1 SchKG).

c) In erster Linie ist damit festzustellen, dass der am 5. Juli 2011 eröffnete und 18. August 2011 eingestellte Konkurs zufolge des (am 21. Juni 2011) bereits eröffneten Konkursverfahrens nichtig war. Aus dem Grundsatz der Einheit des Konkurses folgt aber auch, dass ein ausländischer Konkurs, welcher während eines schweizerischen Konkursverfahrens (vom 21. Juni 2011 bis 19. April 2012) eröffnet worden ist, in der Schweiz aufgrund dieser «Sperrwirkung» keine Rechtswirkungen erlangen kann. Zum gleichen Schluss kommt das von den Beschwerdeführern eingereichte Gutachten G.__; auch der Gutachter geht davon aus, dass ein in der Schweiz gültig eröffneter Konkurs «Priorität vor einem deutschen Eröffnungsbeschluss» haben würde und damit «die Eröffnung eines (Haupt-)Insolvenzverfahrens in Deutschland ausgeschlossen wäre», und dass eine Anerkennung eines in Deutschland zeitlich später eröffneten (Haupt-)Insolvenzverfahrens in der Schweiz nur unter der Voraussetzung erteilt werden könnte, dass die Beschlagnahmewirkungen des in der Schweiz mit Entscheid vom 5. Juli 2011 eröffneten Konkurses unberührt blieben (S. 27 oben, S. 32). Dabei ging der Gutachter offenbar – wohl in Unkenntnis des am 21. Juni 2011 bereits eröffneten Liquidationsverfahren nach den Vorschriften über den Konkurs (vgl. Gutachten S. 14 f., wo nur das Konkursverfahren vom 5. Juli 2011 erwähnt wird und S. 30 letzter Absatz von (iii), wo fälschlicherweise davon ausgegangen wird, dass keine der in Art. 731b OR genannten Massnahmen ergriffen worden sei) – von falschen tatsächlichen Voraussetzungen aus, da der am 5. Juli 2011 eröffnete und 18. August 2011 eingestellte Konkurs – wie oben erwähnt – nichtig war. Vielmehr war in der Schweiz in der Zeit vom 21. Juni 2011 bis 19. April 2012 ein Konkursverfahren eröffnet, welches zufolge Priorität und Einheit des Konkurses ein weiteres (sowohl in- als auch ausländisches) Insolvenzverfahren ausschloss.

Daran vermag auch der Umstand, dass das Konkursgericht Appenzell Ausserrhoden – offenbar in Kenntnis der Konti bei der Bank Y.__ über ca. neun Millionen Euro – den Konkurs mangels Aktiven einstellte und damit der schweizerische Konkurs (später) wieder geschlossen wurde, nichts zu ändern. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers dürfte das Konkursgericht die Aktiven nicht als «nicht in ihre Zuständigkeit fallend», sondern zufolge des strafrechtlichen Beschlags als uneinbringlich und damit als wertlos betrachtet haben, was schliesslich zur Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven in Appenzell Ausserrhoden führte. Dieser Einstellungsentscheid hätte hingegen ohne Weiteres mit Beschwerde angefochten oder aber ein Vorschuss zur Durchführung des summarischen Konkursverfahrens geleistet werden können (vgl. Art. 309 lit. b Ziff. 7 und Art. 319 lit. a ZPO; Art. 230 SchKG). Zudem kann ein mangels Aktiven eingestelltes Konkursverfahren wiedereröffnet werden, wenn weitere Vermögenswerte zum Vorschein kommen. Das Konkursamt hat dem Konkursgericht die neuen Vermögenswerte anzuzeigen, damit dieses das summarische oder ordentliche Verfahren wiederer-

öffnen kann (BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 230 N12 f.). Bei Wegfall des strafrechtlichen Beschlags bzw. Einbringlichkeit dieser Aktiven könnte demnach der Konkurs im Kanton Appenzell Ausserrhoden wiedereröffnet werden. Auch aus diesem Grund kann nicht gefolgert werden, dass zufolge der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven die ausschliessliche Zuständigkeit aufgegeben worden ist.

Dementsprechend ist dem vom Amtsgericht Nürnberg am 16. August 2011 über die Z. __ AG eröffneten Konkursverfahren auch aus diesem Grund (Sperrwirkung des in der Schweiz eröffneten Konkursverfahrens) – unabhängig von der Anwendbarkeit der Übereinkunft mit Bayern – ein Exequatur in der Schweiz zu verweigern.

9. Schliesslich will die gesetzliche Ordnung hinsichtlich des Betreibungsortes dem Schuldner und dessen Gläubigern Garantie für die ordnungsmässige Durchführung des Vollstreckungsverfahrens bieten. Jede interessierte Person soll wissen (und sich darauf verlassen können), wo das Verfahren gegen einen bestimmten Schuldner angehoben und durchgeführt werden kann. Damit die Betroffenen in ihrem Vertrauen auf die gesetzliche Ordnung des Betreibungsortes (wie auch im Vertrauen auf den Handelsregistereintrag einer Kapitalgesellschaft, vgl. dazu auch oben, E. 7. b, letzter Abschnitt) geschützt werden, ist die gesetzliche Bestimmung des Konkursortes zwingend (vgl. Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 10 Rz. 1).

10. Nach Art. 166 IPRG kann ein ausländisches Konkursdekret, das am Wohnsitz des Schuldners ergangen ist, auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung oder eines Konkursgläubigers anerkannt werden, wenn das Dekret im Staat, in dem es ergangen ist, vollstreckbar ist, wenn kein Verweigerungsgrund nach Art. 27 IPRG vorliegt und wenn der Staat, in dem das Dekret ergangen ist, Gegenrecht hält. Gemäss Staehelin ([Daniel Staehelin] a. a. O., S. 81) steht die Übereinkunft mit Bayern einer weitergehenden autonomen Anerkennung gemäss dem IPRG nicht im Weg (ebenso betreffend die Übereinkunft mit dem Königreich Württemberg BGer 5A_134/2009 E. 3.1; andere Ansicht: Ziltener/Späth, a. a. O., S. 53: Nichteintreten mangels Rechtsschutzinteresse).

Nach Art. 167 Abs. 1 IPRG ist ein Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets an das zuständige Gericht am Ort des Vermögens in der Schweiz zu richten. Die kantonale Aufsichtsbehörde für Konkurs ist daher nicht zuständig. Soweit der Beschwerdeführer Ausführungen hinsichtlich der Anerkennung nach IPRG macht, ist darauf mangels Zuständigkeit nicht weiter einzugehen.

11. a) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird.

[Das Bundesgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde – mit einer weiteren Begründung – mit Entscheid vom 28. März 2013 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde; BGer 5A_665/2012]

79

Art. 81 Abs. 1 SchKG (SR 281.1); 326 Abs. 1 ZPO (SR 271) Anforderungen an den Nachweis der Tilgung von Kinderunterhaltsbeiträgen bei der Wiederaufnahme der Wohngemeinschaft des Unterhaltspflichtigen mit der Ex-Ehefrau und den Kindern (E. bb). Die Erhebung der Verjährungseinrede erst im Beschwerdeverfahren ist als Novum nicht zu berücksichtigen (E. cc).

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 2013

Aus den Erwägungen:

Zu prüfen bleiben [...] die vom Schuldner erhobenen Einwendungen. Er macht geltend, die Forderung getilgt zu haben: Zunächst habe er im Jahr 2004 Alimentenzahlungen von insgesamt Fr. 11 700.– geleistet. Sodann habe er mit der Gläubigerin – auf deren ausdrücklichen Wunsch hin – trotz rechtskräftigen Scheidungsurteils in der massgeblichen Periode Juli 1997 bis Januar 2004 zusammengelebt. Daher sei berechtigterweise davon auszugehen, dass er in diesem Zeitraum seine Unterhaltspflicht in natura direkt erfüllt habe. Durch Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts habe die Gläubigerin überdies klar und eindeutig den Willen auf einen endgültigen Verzicht der einzelnen, separat fälligen und monatlich wiederkehrenden Unterhaltsforderungen zum Ausdruck gebracht bzw. die Erfüllung der Unterhaltspflicht nach Art. 68 ff. OR in natura konkludent bestätigt. Hierbei sei auch zu berücksichtigen, dass die Gläubigerin mit der Geltendmachung der Forderung über neun bzw. gar 16 Jahre zugewartet habe. Schliesslich erhebt der Schuldner die Einrede der Verjährung.

[...]

bb) Dem Schuldner ist zuzugestehen, dass als Tilgung nebst der Zahlung jeder zivilrechtliche Untergang der Forderung nach Erlass des Entscheids gilt (BGE 124 III 501 E. 3b m. w. H. = Pra 1999 Nr. 137; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N14). Dabei muss der Schuldner [...] den behaupteten Untergangstatbestand durch Urkunde beweisen (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Mit Rücksicht darauf, dass das Gesetz dem Schuldner sowohl die Beweislast auferlegt als auch das Beweismittel bestimmt, sind die Möglichkeiten des Rechtsöffnungsrichters, diesbezügliche Einwendungen des Schuldners zu berücksichtigen, eng begrenzt. Insbesondere ist es nicht seine Sache, über materiellrechtliche oder über Fragen zu befinden, bei deren Beantwortung das Ermessen eine wichtige Rolle spielt; der Entscheid über derartige Fragen bleibt dem Sachrichter vorbehalten. Entsprechendes gilt auch für die Frage, ob das Verhalten des Gläubigers rechtsmissbräuchlich ist und gegen Treu und Glauben verstösst (BGE 124 III 501 E. 3a m. w. H. = Pra 1999 Nr. 137; GVP SG 2002 Nr. 89 E. 3).

Beurteilt man die Einwendungen des Schuldners vor diesem Hintergrund, dann ist zwar unbestritten, dass der Schuldner in der Zeit, für welche Unterhalt geltend gemacht wird, mit der Gläubigerin zusammengelebt hat, und es kann als akten-

mässig belegt betrachtet werden, dass er «im Jahr 2004 Alimentenzahlungen von insgesamt Fr. 11 700.–» geleistet hat. Nicht i. S. v. Art. 81 Abs. 1 SchKG urkundlich bewiesen ist damit aber der Untergang der in Betreuung gesetzten Forderungen [...]. Hinsichtlich des Zusammenlebens sodann fällt in Betracht, dass es für sich allein noch keinen Beweis dafür bildet, dass ein Unterhaltsschuldner seiner Unterhaltsschuld nachgekommen ist. Es belegt lediglich die Wohngemeinschaft, lässt aber – im Unterschied zu Art. 179 Abs. 2 ZGB, wonach eine Eheschutzverfügung bei Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft ohne Weiteres dahinfällt – die Verbindlichkeit der in einem Scheidungsurteil festgelegten Unterhaltungspflicht unberührt, mit der Folge, dass es in einem solchen Fall am Unterhaltsschuldner liegt, eine Abänderung des Scheidungsurteils oder eine gerichtliche Feststellung zu erwirken, dass er seiner Unterhaltungspflicht während der Dauer des Zusammenlebens im ursprünglich festgelegten Umfang nachkomme bzw. nachgekommen sei (vgl. auch BSK SchKG I-Staehelin, Art. 81 N 80 und Art. 80 N 47, mit Hinweisen auf die unterschiedliche Praxis). Dem Rechtsöffnungsrichter steht dieser Entscheid über eine materiellrechtliche Frage aber nach dem hiervor Ausgeführten nicht zu, und zwar auch nicht unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs, der im Übrigen ohnehin nur angenommen werden könnte, wenn er offensichtlich wäre (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Dies aber ist, nachdem die Gläubigerin einen Beitrag des Schuldners an der Deckung des Bedarfs während des Zusammenlebens nach der Scheidung bestreitet und sich der Schuldner auf die Behauptung des Zusammenlebens beschränkt, nicht der Fall. Daran ändert auch das lange Zuwarten der Gläubigerin mit der Geltendmachung der Unterhaltsbeiträge nichts, ist doch der verzögerten Geltendmachung in zeitlicher Hinsicht durch das Rechtsinstitut der Verjährung Rechnung getragen (vgl. BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 49, mit Hinweisen). Ebenfalls nichts anderes ergibt sich unter dem Aspekt des Verzichts auf die Unterhaltsforderungen. Abgesehen davon, dass der Schuldner diese Einwendung im Beschwerdeverfahren neu und damit in unzulässiger Weise (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO) erhebt, kann im Zuwarten mit der Geltendmachung auch bei einer andauernden Wohngemeinschaft nicht von einem Verzicht ausgegangen werden; zumindest ist der hierfür erforderliche (Urkunden-)Beweis ebenso wenig erbracht wie in Bezug auf die behauptete Naturalerfüllung bzw. den Rechtsmissbrauch, weshalb sich – zusammenfassend – die Einwendung der Tilgung als nicht stichhaltig erweist.

cc) Bei der vom Schuldner erhobenen Einrede der Verjährung – im erstinstanzlichen Verfahren berief er sich nicht darauf – handelt es sich um eine neue Tatsachenbehauptung, welche mangels Ausnahmebestimmung im Beschwerdeverfahren unzulässig ist (Art. 326 ZPO; BGE 138 II 169 E. 3.1; BGer 4A_305/2013 E. 3.3; BGer 5A_586/2008 E. 5 [...]). Die Verjährungseinrede hat deshalb unberücksichtigt zu bleiben und auf die Beschwerde ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

80

Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 80 SchKG (SR 281.1) Anforderungen an die Spezifizierung des Forderungsbetrages bei periodischen (Unterhalts-)Leistungen.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden S. 2010

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG hat das Betreibungsbegehren die Forderungsurkunde – in Ermangelung einer solchen den Grund der Forderung – und deren Datum anzugeben (vgl. auch Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG zum Inhalt des Zahlungsbefehls). Zweck dieser Bestimmung ist, den Schuldner in die Lage zu versetzen, darüber zu entscheiden, ob er den in Betreuung gesetzten Betrag anerkennen will oder nicht, wofür erforderlich ist, dass der – wenn allenfalls auch nur knapp umschriebene – Forderungsgrund im Gesamtzusammenhang für den Schuldner nach Treu und Glauben erkennbar ist (BGE 121 III 18 E. 2; BGer 5A_413/2011 E. 2). Aus diesem Erfordernis leiten Lehre und Rechtsprechung bei der Betreuung aus Dauerschuldverhältnissen mit periodischen Zahlungspflichten ab, dass die Zeitperiode, innerhalb welcher die in Betreuung gesetzten Forderungen fällig geworden sind, in Betreibungsbegehren und Zahlungsbefehl zu spezifizieren sind. In Bezug auf die Anforderungen an die Spezifizierung und die Folgen ungenügender Spezifizierung gehen die Meinungen allerdings auseinander. So scheint z. B. Hansjörg Peter (Anmerkungen aus der Redaktion [zu im gleichen Heft abgedruckten Entscheidungen des Bundesgerichtes bzw. kantonaler Gerichte], in: BISchK 2013 33 f.) der Auffassung zu sein, es müsse bei monatlich entstehenden bzw. fällig werdenden Verpflichtungen für jeden Monat der offene Betrag angegeben werden, wobei die ungenügende Spezifizierung seiner Meinung nach zur (auch vom Rechtsöffnungsrichter zu beachtenden) Nichtigkeit des Zahlungsbefehls führt. Staehelin (BSK SchKG I, N 40 zu Art. 80 SchKG) verlangt in Betreibungsbegehren und Zahlungsbefehl die Angabe der Periode, für welche die Betreuung eingeleitet wurde; fehle diese Angabe, sei das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen (ebenso Entscheide des Obergerichts Thurgau vom 31. Januar 2011 und des Kantonsgerichts Waadt vom 16. März 2012, abgedruckt in: BISchK 2013 30 und 32 f.). Demgegenüber genügt für das Obergericht Aargau und das Kantonsgericht Graubünden, wenn sich im Rechtsöffnungsverfahren aus dem gesamten rechtzeitig eingebrachten Prozessstoff ergibt, für welche Periode die Betreuung eingeleitet wurde, auch wenn diese im Zahlungsbefehl nicht ausdrücklich bezeichnet war (BISchK 2013 31 f. und AGVE 2001 45 f.).

Im vorliegenden Fall ergibt sich unter dem Aspekt der Spezifizierung Folgendes: Mängel des dem Rechtsöffnungsverfahren vorangegangenen Betreibungsverfahrens sind vom Rechtsöffnungsrichter grundsätzlich – und von Amts wegen – nur

dann zu berücksichtigen, wenn es sich um einen Nichtigkeitsgrund handelt; die blosser Anfechtbarkeit genügt im Fall der unterlassenen Anfechtung nicht (BSK SchKG I-Staehelin N 6 f., N 12 f. und N 20 f. zu Art. 84 SchKG). Weshalb sich dies, wovon das Obergericht Thurgau auszugehen scheint, mit Bezug auf eine ungenügende Angabe im Zahlungsbefehl anders verhalten soll, ist nicht nachvollziehbar (vgl. auch den erwähnten Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden). Dieser Grundsatz aber würde, geht man mit dem Bundesgericht von der blossen Anfechtbarkeit eines in Bezug auf die Periode ungenügenden Betreibungsbegehrens bzw. Zahlungsbefehls aus (BGer 5A_413/2011), hier bedeuten, dass die Einwendung der ungenügenden Spezifizierung im Rechtsöffnungsverfahren nicht mehr zu hören ist und für das Rechtsöffnungsverfahren genügen muss, wenn in ihm eine ausreichende Spezifizierung stattfindet. Hierfür spricht nicht zuletzt auch, dass Art. 73 SchKG den Gläubiger zwar nicht von der Bezeichnung der Forderungsurkunde bzw. des Forderungsgrundes entbindet, ihm aber immerhin die Obliegenheit aufbürdet, auf Verlangen des Schuldners dem Betreibungsamt die Beweismittel für die Forderung zur Einsicht des Schuldner vorzulegen (Abs. 1), mit der Folge, dass im Fall der Nichtvorlegung der Richter im Rechtsstreit über Bestand und Umfang der Forderung bei der Kostenverteilung den Umstand berücksichtigen darf, dass der Schuldner die Beweismittel nicht hatte einsehen können (Abs. 2). Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen darf der Einwand der ungenügenden Spezifizierung (in Betreibungsbegehren bzw. Zahlungsbefehl) im Rechtsöffnungsverfahren, wenn überhaupt bzw. über die Kostenregelung hinaus, nur mit einer gewissen Zurückhaltung berücksichtigt werden. Hier sind die Voraussetzungen für diese Berücksichtigung nicht erfüllt. Die Gläubigerin nannte im Betreibungsbegehren gemäss den Angaben im Zahlungsbefehl die rechtskräftigen Entscheide des Bezirksgerichts Zürich vom 31. Dezember 2007, 2. Dezember 2008 und 21. Juni 2012 sowie die Entscheide des Kreisgerichts vom 28. April und 27. Oktober 2008 betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Sie erwähnte ferner eine «Addition der Monatszinsen der offenen Unterhaltsbeiträge» und machte einen Zins von je 5 Prozent auf einzelnen Teilbeträgen ab 31. Dezember 2007, 31. Dezember 2009, 31. Dezember 2010 und 1. Oktober 2012 geltend. Damit war für den Schuldner ausreichend klar, dass die Gläubigerin ihn gestützt auf die genannten Entscheide für «offene Unterhaltsbeiträge» ab 1. Juli 2006 bis 1. Oktober 2012 zuzüglich Verzugszinsen sowie Kosten und Entschädigungen aus dem vorangegangenen Rechtsöffnungsverfahren, und zwar insgesamt im Umfang von Fr. 75 474.40, betreiben wollte, und war der Schuldner in der Lage, darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang er gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erheben wollte. Mehr, d. h. eine Bezifferung der einzelnen Monatsbeträge und der im Einzelnen anzurechnenden Zahlungen, durfte von der Gläubigerin mit Rücksicht darauf, dass es, wenn die Dauer der Zahlungsperiode klar ist, am Schuldner liegt, den Nachweis der Tilgung zu erbringen (vgl. Art. 8 ZGB und Art. 81 Abs. 1 SchKG), nicht verlangt werden. Dies umso weniger, als es, worauf die Vorinstanz zu Recht hinwies, der Schuldner war,

der mit seiner unregelmässigen Zahlungsweise und, wie sich aus dem von ihm eingereichten Ordner ergibt, der strittigen Anrechnung weiterer Leistungen für den fehlenden Überblick über die behaupteten Ausstände (vollends) selber verantwortlich war. Hinzu kommt, dass der Schuldner offenbar der Meinung ist, seiner Zahlungspflicht gemäss den massgeblichen Entscheiden vollumfänglich nachgekommen zu sein; eine weitergehende Bezifferung hätte ihn mit anderen Worten ohnehin nicht von der Erhebung des Rechtsvorschlags abgehalten, er war für den betreffenden Entscheid auf die jetzt geltend gemachte fehlende Bezifferung also gar nicht angewiesen. Berücksichtigt man schliesslich, dass der Schuldner in der Lage war, im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren inhaltlich zu den geltend gemachten Forderungen substantiiert Stellung zu nehmen, dann erweist sich seine Einwendung der fehlenden Spezifizierung der massgeblichen Zeitperiode als nicht stichhaltig und ist der angefochtene Entscheid in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.

81

Art. 83 Abs. 2 SchKG (SR 281.1); Art. 308 Abs. 2, Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO und Art. 148 ZPO (SR 272) Die Aberkennungsklage ist keine Angelegenheit des SchKG i. S. v. Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO, weshalb bei gegebenem Streitwert Berufung und nicht Beschwerde zu erheben ist (E. 1). Keine Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist bei einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung, wenn die Unrichtigkeit bei gebührender Sorgfalt hätte erkannt werden können (E. 2).

Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 2013

Aus den Erwägungen:

1. a) Gegen erstinstanzliche Endentscheide mit einem Streitwert von Fr. 10 000.– oder mehr ist grundsätzlich das Rechtsmittel der Berufung zu erheben (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Ausgenommen hiervon sind namentlich aufgeführte «Angelegenheiten des SchKG», worunter «Rechtsöffnung (Art. 80–84 SchKG)» (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO), in denen die Beschwerde zu erheben ist (Art. 319 lit. a ZPO).

Die Ausnahme des Art. 309 lit. b ZPO bezweckt, die rein betriebsrechtlichen Summarsachen ins Beschwerdeverfahren zu verweisen. Im Falle der Rechtsöffnungsverfahren rechtfertigt sich dies dadurch, dass die Rechtsöffnung entweder auf einen im ordentlichen Verfahren ergangenen materiellrechtlichen Entscheid folgt (definitive Rechtsöffnung) oder einen solchen in Form der Aberkennungsklage vorbehält

(provisorische Rechtsöffnung), was die Möglichkeit des vollumfänglichen Rechtsschutzes für die Klärung der materiellrechtlichen Fragen offen hält. Die Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG ist Gegenstück zur Forderungsklage gemäss Art. 79 SchKG («Anerkennungsklage») und eine rein materiellrechtliche Klage, die auf die Feststellung des materiellen Rechts (mit entsprechend materieller Rechtskraft) abzielt (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 4 N 47, 49 und § 19 N 95; vgl. auch BSK SchKG I-Staehelin, N 14 zu Art. 83 SchKG, mit Hinweisen, wonach es sich bei der Aberkennungsklage um eine materiellrechtliche negative Feststellungsklage handle). Die Aberkennungsklage wird zwar in Art. 83 Abs. 2 SchKG genannt und lässt sich insofern unter «Art. 80–84 SchKG» subsumieren, doch wird hier kein betriebsrechtliches Summarverfahren (und insbesondere keine Unterart des Rechtsöffnungsverfahrens) definiert, sondern es wird die Frist für die Erhebung einer rein materiellrechtlichen Klage festgesetzt, wobei die mit dieser Frist verknüpfte Verwirkungsfolge das materielle Recht nicht berührt, indem dem Schuldner auch bei Säumnis Behelfe zum Schutz aus materiellrechtlichen Gründen offen stehen (Art. 85, Art. 85a und Art. 86 SchKG; Amonn/Walther, a. a. O., § 19 N 97 und § 20). Der Entscheid über die Aberkennungsklage ist im Übrigen – sofern der Streitwert von zumindest Fr. 10 000.– erreicht ist – mit Berufung anzufechten (Vock/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich 2012, S. 24 ff.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 27 zu Art. 309 ZPO; Hoffmann-Nowotny, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308–327a ZPO, N 21 zu Art. 309 ZPO).

b) Die Ausnahme gemäss Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO kommt in vorliegender Angelegenheit daher nicht zum Tragen und es war – zumal der Streitwert von Fr. 10 000.– klar erfüllt ist – entgegen der Rechtsmittelbelehrung und der ursprünglichen Auffassung des Klägers in der Beschwerdeschrift nicht die Beschwerde, sondern die Berufung zu ergreifen. Formell tat dies der Kläger am 19. Dezember 2012 und mithin verspätet, war der angefochtene Entscheid doch am 24. September 2012 versandt worden und dem klägerischen Rechtsvertreter am 25. September 2012 zugegangen, weshalb die Rechtsmittelfrist von 30 Tagen am 25. Oktober 2012 ausgelaufen war (Art. 311 Abs. 1 i. V. m. Art. 142 f. ZPO). Innert dieser Frist erhob der Kläger mit einer Beschwerde zwar ein Rechtsmittel, indessen nicht das zutreffende der Berufung. Insofern kann auf die Berufung demnach nicht eingetreten werden.

2. Gemäss Art. 148 ZPO kann das Gericht auf Antrag einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder ein nur leichtes Verschulden trifft (Abs. 1); das Gesuch ist innert zehn Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Abs. 2).

a) Der Wiederherstellungsfall ist gegeben, wenn eine Partei eine Frist gegen ihren Willen nicht einhielt (BSK ZPO-Gozzi, N 7 zu Art. 148 ZPO; Merz, DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 148 ZPO). Dies ist hier insofern der Fall, als innert Frist zwar keine

Berufung erklärt wurde, als aber angesichts der Einreichung einer Beschwerde und der seitherigen prozessualen Äusserungen des Klägers feststeht, dass er den vorinstanzlichen Entscheid nicht akzeptieren will und die Anfechtung aktiv betreiben möchte.

b) Der klägerische Rechtsvertreter wurde mit Schreiben vom 6. November 2012 darauf hingewiesen, dass das Rechtsmittel der Beschwerde mutmasslich das falsche sei. Das Schreiben langte am folgenden Tage bei ihm ein. Es besteht kein Grund zum Zweifel, dass der Irrtum über das falsche Rechtsmittel erst am 7. November 2012 erkannt wurde. Mit Einreichen des Wiederherstellungsgesuches am 19. November 2012 ist die Zehntagesfrist demnach gewahrt (Art. 148 Abs. 2 i. V. m. Art. 143 Abs. 3 ZPO).

c) Die Wiederherstellung ist nur möglich, wenn die Wahrung einer Frist aufgrund von Hinderungsgründen nicht möglich war, für welche die betreffende Partei kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Auszugehen ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab, zu klären ist also, ob die Säumnis auch bei der von der säumigen Partei zu erwartenden Sorgfalt unter den gegebenen Umständen nicht hätte abgewendet werden können. Der Hinderungsgrund muss kausal für die Säumnis sein (BSK ZPO-Gozzi, N 9 ff. zu Art. 148 ZPO). Rechts- und Verfahrenskentnis erhöhen den Sorgfaltsmassstab. Anwältinnen und Anwälte haben sich daher grundsätzlich so zu organisieren, dass im Falle ihrer Verhinderung Fristen gewahrt werden können. Ein in der Person des Anwalts liegender Hinderungsgrund endet jedenfalls, wenn der Anwalt in der Lage ist, eine Vertretung zu organisieren oder notfalls den Klienten selbst zur Fristwahrung anzuhalten. Hohe berufliche Inanspruchnahme vermag nur in aussergewöhnlichen Fällen die Verhinderung zu rechtfertigen (Merz, DIKE-Komm-ZPO, N17 f. zu Art. 148 ZPO).

Der Beklagte beruft sich im vorliegenden Fall darauf, er habe sich auf die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz verlassen.

aa) Einer Partei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, darf grundsätzlich kein Nachteil erwachsen. Diesen Schutz kann eine Prozesspartei nur beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte (Art. 52 ZPO). Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, verdient keinen Schutz, wobei aber nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen vermag. Der Vertrauensschutz versagt zudem nur dann, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtsuchenden (bzw. seinen Rechtsvertreter) durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen wäre; ein Konsultieren der Rechtsprechung und Literatur wird in der Regel nicht verlangt. Zu bedenken ist schliesslich, dass mit der in Art. 238 lit. f ZPO verankerten Pflicht der Gerichte, ihre Entscheide mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, den Beteiligten die Ergreifung des korrekten Rechtsmittels erleichtert werden soll. Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als

grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2.f. und 134 I 199 E. 1.3.1, je m. w. H.; Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, N 52 zu Art. 52 ZPO; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, N76 vor Art. 308–334ZPO).

bb) Der Kläger macht geltend, die Ausnahmebestimmung von Art. 309 Abs. 1 lit. b ZPO verweise allgemein auf «Angelegenheiten des SchKG» und in Ziffer 3 auf die Rechtsöffnung als Rechtsinstitut und nicht nur auf das Rechtsöffnungsverfahren; die Aberkennungsklage sei einzig im Art. 83 Abs. 2 SchKG erwähnt und damit im Rahmen von «Art. 80–84 SchKG» geregelt und sei dem Institut der Rechtsöffnung zuzuweisen. Der Kläger räumt zwar ein, die Aberkennungsklage sei eine materiellrechtliche Klage. Sie sei aber nicht einer materiellrechtlichen Klage im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren gleichzustellen, da ein Schlichtungsversuch entfalle und eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist zur Anwendung gelange. Ein Abgleichen der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung mit den gesetzlichen Bestimmungen habe nicht zum Schluss führen müssen, dass die Rechtsmittelbelehrung falsch sei. Weiter sei zu berücksichtigen, dass sein Rechtsvertreter in der Zeit vom 29. August bis 19. Oktober 2012 aufgrund eines Bandscheibenvorfalles arbeitsunfähig gewesen und somit unter erheblicher Arbeitslast gestanden sei.

Der Beklagte wendet ein, der Vertreter des Klägers habe sich als in zivilprozessualen Belangen und solchen des Schuldbetreibungsrechts erfahrener Anwalt in der Beschwerdeschrift mit den gesetzlichen Bestimmungen auseinandergesetzt. Die Aberkennungsklage sei klarerweise eine materiellrechtliche Klage und damit keine Angelegenheit des SchKG und keine Rechtsöffnungssache, dies hätte der klägerische Anwalt erkennen müssen.

cc) Zwar verweist das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung regelmässig darauf, dass der Schutz von Treu und Glauben bei unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen dann entfalle, wenn sich die Fehlerhaftigkeit beim Blick ins Gesetz offenbare, ohne dass eingehende Literatur- und Rechtsprechungsstudien verlangt würden. Indessen erfolgt auch der Blick in den Gesetzestext nicht unbefangen, sondern durch das Vorverständnis und das Fachwissen des Lesers mitbestimmt. Dem juristischen Laien, dem die Unterschiede zwischen verschiedenen zivilprozessualen und betriebsrechtlichen Verfahren nicht geläufig sind, mag die vom Kläger dargelegte, am Wortlaut und der Systematik orientierte Leseart der Ausnahmebestimmung von Art. 309 lit. b ZPO einleuchten. Indessen ist der Kläger kein auf sich allein gestellter Laie, sondern er ist von einem praktizierenden Rechtsanwalt vertreten. Vom klägerischen Rechtsvertreter ist zu erwarten, dass er ob der undifferenzierten Formulierung dieser Bestimmung hellhörig werde und ihm auffalle, dass eine Regelung, welche «Angelegenheiten des SchKG» resp. «Rechtsöffnung» von einem Rechtsmittel ausnimmt, die nur in einem Punkt (prozessuale Sonderfrist) im SchKG-Abschnitt zur Rechtsöffnung geregelte, rein materiellrechtliche Aberkennungsklage nicht erfassen will. Mit der vom anwaltlich vertretenen Kläger zu erwar-

tenden Sorgfalt hätte der Fehler in der Rechtsmittelbelehrung also erkannt werden müssen; die verspätete Berufungserklärung kann mit diesem Fehler nicht entschuldigt werden.

Daran ändert die krankheitsbedingte Einschränkung des klägerischen Rechtsvertreters nichts. Diese bestand gemäss Arzteugnis seit dem 28. August 2012. Das Dispositiv des angefochtenen Entscheides war in jenem Moment bereits seit zwei Monaten bekannt und zog mutmasslich bereits erste Überlegungen zum zu ergreifenden Rechtsmittel mit sich. Bei Erhalt des vollständig ausgefertigten Entscheides am 25. September 2012 hatte der klägerische Anwalt hinlänglich Zeit gehabt, eine Vertretung resp. eine Entlastung zu organisieren, umso mehr, als er in eine Anwaltsgemeinschaft mit total acht Anwältinnen und Anwälten eingebunden ist.

d) Das Einlegen eines nicht zutreffenden Rechtsmittels gründete nicht auf fehlendem oder nur leichtem prozessuaem Verschulden. Das Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist ist abzuweisen.

82

Art. 86 SchKG (SR 281.1) **Betreibungszwang als Voraussetzung der Rückforderungsklage.**

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 2. Februar 2013

Aus den Erwägungen:

1. a) Zu beurteilen ist eine Rückforderungsklage i. S. v. Art. 86 SchKG. Diese erlaubt demjenigen, der eine «Nichtschuld bezahlt hat», den bezahlten Betrag zurückzufordern, wenn der «Rechtsvorschlag unterlassen oder durch Rechtsöffnung beseitigt worden» und die Zahlung «infolgedessen» erfolgt war.

Zweitgenannte Voraussetzung wird in der Lehre als Zahlung unter Betreibungsdruck oder Betreibungszwang umschrieben (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 8. A., § 20 N 29f.). Damit wird vorab eine Abgrenzung zum verwandten Institut der ungerechtfertigten Bereicherung umschrieben, die der Rückabwicklung von irrtümlich, aber freiwillig erfolgten Zahlungen dient, während jene dem Schuldner eine Rückforderung ermöglicht, wenn er den Rechtsvorschlag nicht erhoben hatte oder im Rechtsöffnungsverfahren unterlegen war und die Schuld somit bezahlte, um die drohende Vollstreckung abzuwenden (vgl. Amonn/Walther, a. a. O.; vgl. auch Art. 86 Abs. 3 SchKG).

b) Die Vorinstanz bejahte das Vorliegen des erforderlichen «Betreibungszwangs». Der Beklagte hält dem unter Berufung auf BGE 61 II 4 (E. 5) entgegen, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Voraussetzung des Zwangs eine subjek-

tive Komponente einschliesse, nämlich die, dass sich die Schuldnerin effektiv unter Druck gefühlt habe. Er, der Beklagte, habe aber weder mit der Fortsetzung der Betreuung gedroht noch anderweitig Zwang ausgeübt, sei es ihm doch namentlich um die Unterbrechung der Verjährung gegangen. Die Klägerin beruft sich – mit gegenteiliger Schlussfolgerung – auf denselben Bundesgerichtsentscheid und führt aus, aus dem zeitlichen Ablauf der Angelegenheit ergebe sich die Zahlung unter Betreibungszwang hinlänglich.

c) Der Gesetzestext erfordert nicht mehr, als dass wegen eines nicht erhobenen oder beseitigten Rechtsvorschlages eine Nichtschuld bezahlt wurde. Offenkundig handelt es sich bei der geforderten Kausalität («infolgedessen») um eine innere, nur erschwert beweisbare Tatsache. Der vom Beklagten angerufene BGE 61 II 4 sucht den Umgang mit dieser Schwierigkeit. Entgegen der Auffassung des Beklagten «legt» der Entscheid dabei keinesfalls «die Latte hoch» und postuliert auch nicht den Nachweis besonderen «subjektiven Zwangs». Im Gegenteil hält er bereits im Rubrum fest, es werde vermutet, dass die Zahlung durch die Betreuung veranlasst worden sei. Die Beweislast für das Gegenteil trifft demzufolge den Rückerstattungsbeklagten, d. h. hier den Beklagten. Der ihm in diesem Sinn obliegende (Haupt-)Beweis gelingt ihm nicht. Zwar hatte er den Zahlungsbefehl mit der Bemerkung versehen lassen, das Betreibungsbegehren diene «einzig der Unterbrechung der Betreuung». Nachdem die Klägerin keinen Rechtsvorschlag erhoben hatte, teilte der Beklagte ihr jedoch mit, die Verjährungsunterbrechung sei von der Annahme getragen gewesen, es werde weiterverhandelt; da die Klägerin keinen Rechtsvorschlag erhoben habe, erschienen ihm aber weitere Verhandlungen «nun nicht mehr nötig» (er habe aus Kostengründen deshalb auch auf die weitere anwaltliche Vertretung verzichtet), und er bitte um Überweisung des geforderten Betrags. Die Klägerin leistete ihre Zahlung also, nachdem sie keinen Rechtsvorschlag erhoben hatte und unmittelbar nachdem der Beklagte ihr explizit mitgeteilt hatte, weitere Verhandlungen seien auch aus seiner Warte obsolet und es habe nun die Zahlung zu erfolgen. Das konnte nicht anders zu interpretieren sein, als dass er vom ursprünglichen Motiv der reinen Verjährungsunterbrechung Abstand genommen hatte. Die im zitierten Bundesgerichtsentscheid umschriebene Vermutung wird mit den vorliegenden Unterlagen nicht entkräftet, sondern vielmehr bekräftigt: Dass die der Konkursbetreuung unterliegende (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 8 SchKG) Klägerin die fragliche Summe zahlte (und so gleich zurückforderte), um ein Fortsetzungsbegehren und damit eine Konkursandrohung zu verhindern, liegt auf der Hand. Inwiefern dieses «Manöver» im Übrigen rechtsmissbräuchlich sein soll, führt der Beklagte nicht aus und ist nicht erkennbar, weshalb auch auf die Qualifikation «vermeintlich überschlau» nicht weiter einzugehen ist.

d) Die Zahlung unter Betreibungsdruck ist demnach zu bejahen. Zu klären bleibt, ob die Klägerin eine Nichtschuld bezahlt hat.

83

Art. 116 Abs. 1 SchKG (SR 281.1) Fristenlauf bei Stellung des Verwertungsbegehrens. Hemmung im Falle einer gerichtlich verfügten vorläufigen Einstellung der Betreuung.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 26. August 2013

Aus den Erwägungen:

4. a) Der Gläubiger kann die Verwertung der gepfändeten Grundstücke frühestens sechs Monate und spätestens zwei Jahre nach der Pfändung verlangen (vgl. Art. 116 SchKG). Die Fristen beginnen mit dem Vollzug der Pfändung und nicht erst mit der Zustellung der Pfändungsurkunde an den Gläubiger zu laufen (BSK SchKG-Frey Art. 116 N 32; KUKO SchKG-Rüetschi, Art. 116 N 27; BGE 115 III 109 = Pra 79 [1990] Nr. 141). Im Falle eines Widerspruchsprozesses (Art. 109 Abs. 5 SchKG), einer provisorischen Pfändung (Art. 118 SchKG), einer Nachlassstundung (Art. 297 SchKG), einer einvernehmlichen Schuldenbereinigung (Art. 334 SchKG) sowie einer Notstundung (Art. 343 SchKG) wird der Fristenlauf ex lege gehemmt (BSK SchKG-Frey Art. 116 N 36; KUKO SchKG-Rüetschi, Art. 116 N 31).

Ob eine richterlich verfügte vorläufige Einstellung der Betreuung den Fristenlauf von Art. 116 SchKG ebenfalls hemmt, wird im Gesetz nicht geregelt und wurde in der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bislang nicht entschieden. Die Lehre ist in dieser Frage uneinig, ohne jedoch weitere Begründungen für die unterschiedlichen Meinungen darzulegen. Nach Jaeger/Walder/Kull (SchKG, 5. A. 2006, Art. 116 N 9 [allerdings im Widerspruch zu Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. A. 1997, Art. 85a N 24]) und Gillieron (Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2000, Art. 116 N 63) steht die Frist während einer gerichtlich erfolgten Einstellung einer Betreuung still. Gemäss Rüetschi (KUKO SchKG, Art. 116 N 34) und Frey (BSK SchKG, Art. 116 N 37, je m. w. H.) stehen die Fristen hingegen während einer richterlich verfügten vorläufigen oder definitiven Einstellung der Betreuung nicht still. Das Betreibungsamt dürfe zwar diesfalls keine Betreibungs-handlungen vornehmen, doch die Frist zur Stellung des Verwertungsbegehrens laufe dennoch weiter.

b) Das Betreibungsamt nahm den (ersten) Pfändungsvollzug am 29./30. April 2010 vor. Vor Erlass der Pfändungsurkunde erhob der Schuldner am 6. Mai 2010 beim Kreisgericht Wil negative Feststellungsklage und erwirkte dabei mit Entscheid vom 21. Juni 2010 eine vorläufige Einstellung der Betreuung für die Dauer des Prozesses.

In Anlehnung an die Lehrmeinungen von Jaeger/Walder/Kull sowie Gillieron (vgl. oben, E. 4.a) vertritt die obere kantonale Aufsichtsbehörde die Ansicht, dass eine richterlich verfügte vorläufige Einstellung der Betreuung den Fristenlauf von

Art. 116 SchKG hemmt. Andernfalls stünde es dem Schuldner frei, durch Erhebung von entsprechenden Klagen unter Ausschöpfung des Rechtsmittelweges das (bereits fortgeschrittene) Betreibungsverfahren zu Fall zu bringen; dies insbesondere in Konstellationen wie der vorliegenden, bei welcher dem Gläubiger der Pfändungsvollzug noch nicht bekannt gegeben werden konnte. Wird das Betreibungsverfahren für die Dauer des Prozesses betreffend negative Feststellungsklage vorläufig eingestellt, so kann eine Verwertung nicht erfolgen; allenfalls ist es dem Gläubiger mangels Kenntnis des Pfändungsvollzugs zusätzlich verwehrt, rechtzeitig ein Verwertungsbegehren zu stellen. Entsprechend rechtfertigt es sich, eine Hemmung des Fristenlaufs von Art. 116 SchKG anzunehmen und damit ähnliche Wirkungen wie bei einer provisorischen Pfändung (Art. 118 SchKG) oder aber einer Widerspruchsklage (Art. 109 Abs. 5 SchKG) eintreten zu lassen.

Die Bejahung einer Hemmung des Fristenlaufs rechtfertigt sich in vorliegendem Fall umso mehr, als eine Pfändungsurkunde weder erlassen noch dem Gläubiger zugestellt worden war. Dem Betreibungsamt war es zufolge der richterlich verfüzten vorläufigen Einstellung der Betreibung verwehrt, eine (weitere) Betreibungshandlung vorzunehmen bzw. die Pfändungsurkunde zu erlassen und dem Gläubiger zuzustellen. Damit konnte der Gläubiger vom erfolgten Pfändungsvollzug auch nicht in Kenntnis gesetzt werden. Aufgrund der erfolgten vorläufigen Einstellung musste der Gläubiger aber auch nicht mit einem raschen bzw. bereits erfolgten, aber nicht mitgeteilten Pfändungsvollzug und der vorübergehenden Unmöglichkeit der Zustellung einer Pfändungsurkunde rechnen. Damit kann es ihm auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, in dieser Zeit kein Verwertungsbegehren gestellt zu haben. In Anlehnung an den Grundsatz von Treu und Glauben rechtfertigt sich daher auch unter diesem Aspekt, den Fristenlauf für die Dauer des Verfahrens der negativen Feststellungsklage zu unterbrechen.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Fristenlauf für die Dauer des Verfahrens der negativen Feststellungsklage unterbrochen war. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen. Nichtigkeitsgründe sind nicht ersichtlich.