Kanton St.Gallen

St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis GVP 2014

St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 2014

Herausgegeben von der Staatskanzlei St.Gallen 2015

Cavelti AG, medien. digital und gedruckt, Gossau

Inhalt

		Seite
Vorbemerkungen		V
Abkürzungen		V
Sachregister zum Band 2014		Reg 1
A. GERICHTSPRAXIS	Nr.	
I. Staats- und Verwaltungsrecht		1
1. Verfassung	1–2	1
2. Gesundheit und Soziales	3–5	27
3. Öffentliche Sicherheit und Ordnung	6	33
4. Arbeit und Gewerbe	7	39
5. Strassenverkehr	8	42
6. Raumplanung, Baurecht, Gewässernutzung und -schutz	9–14	47
7. Abgaben	15–21	75
8. Öffentliches Beschaffungswesen	22–23	103
II. Zivilrecht		109
1. Personen-, Familien- und Erbrecht	24–28	109
2. Sachenrecht und Grundbuch	29–33	128
III. Strafrecht (einschliesslich Opferhilfe)	34–43	140
IV. Rechtspflege		181
1. Verwaltungsrechtspflege	44–50	181
2. Zivilrechtspflege	51–65	204
3. Strafrechtspflege	66–79	235
4. Rechtsanwälte und Rechtsagenten	80–81	273
5. Schuldbetreibung und Konkurs	82–83	283
B. VERWALTUNGSPRAXIS		
I. Staats- und Verwaltungsrecht		287
1. Verfassung	84	287
2. Bürgerrecht	85–86	292
3. Raumplanung, Baurecht, Gewässernutzung und -schutz	87–90	298

Vorbemerkungen

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

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

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

Abkürzungen

ABl	Amtsblatt (des Kantons St.Gallen)
ADG	Gesetz über die Amtsdauer vom 8. Januar 2004, sGS 117.1
aGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (Gesamtausgabe 1868/69)
ALVG	Gesetz über Arbeitslosenversicherung und Arbeitsvermittlung vom 1. April 1993, sGS 361.0
AnwG	Anwaltsgesetz vom 11. November 1993, sGS 963.70
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AusfV	Verordnung über die Beteiligung der Versicherten an der Ausfinanzierung der St.Galler Pensionskasse vom 5. November 2013, sGS 143.28
AVEG	BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311
AVS	Verfahrensrechtliche Bestimmungen der Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht vom 26. November 2010, sGS 355.11
BauG	Baugesetz vom 6. Juni 1972, sGS 731.1
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BBV	Berufsbildungsverordnung vom 11. Dezember 2007, sGS 231.11
BehG	Gesetz über die soziale Sicherung und Integration von Menschen mit Behinderung vom 7. August 2012, sGS 381.4
BehV	Verordnung über die soziale Sicherung und Integration von Menschen mit Behinderung vom 11. Dezember 2012, sGS 381.41
BesV	Besoldungsverordnung vom 27. Februar 1996, sGS 143.2
BesVMP	Besoldungsverordnung für Magistratspersonen vom 3. September 2013, sGS 143.210
BetmG	BG über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom XX. Oktober 1951, SR 812.121
BevSG	Bevölkerungsschutzgesetz vom 25. Juni 2004, sGS 421.1
BG	Bundesgesetz
BGE	Leitentscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGFA	BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000, SR 935.61
BGG	BG über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110
bGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (1956)
BPR	BG über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976, SR 161.1
BRB	Bundesratsbeschluss
BRG	Bürgerrechtsgesetz vom 5. Dezember 1955, sGS 121.1
BRV	Bürgerrechtsverordnung vom 15. Dezember 1992, sGS 121.11
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und eidgenössischen Verordnungen (1848–1947)

BüG	BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952, SR 141.0
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
DBG	BG über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990, SR 642.11
DG	Disziplinargesetz vom 28.März 1974, sGS 161.3
DSG	Datenschutzgesetz vom 20. Januar 2009, sGS 142.1
EG	Einführungsgesetz (des Kantons St. Gallen)
EG-AHV	Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 13. Januar 1994, sGS 350.1
EG-BB	Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Berufsbildung vom 19. Juni 1983, sGS 231.1
EG-EBG	Einführungsgesetz zum eidgenössischen Eisenbahngesetz vom 7. Februar 1971, sGS 713.1
EG-KES	Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vom 24. April 2012, sGS 912.5
EG-KVG	Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung vom 9. November 1995, sGS 331.11
EG-LMG	Einführungsgesetz zur eidgenössischen Lebensmittelgesetzgebung vom 9. Juni 1996, sGS 315.1
EG-StPO	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung vom 3. August 2010, sGS 962.1
EG-USG	Einführungsgesetz zur eidgenössischen Umweltschutzgesetzgebung vom 19. April 2011, sGS 672.1
EG-WaG	Einführungsgesetz zur eidgenössischen Waldgesetzgebung vom 29. November 1998, sGS 651.1
EG-ZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 3. Juli 1911 / 22. Juni 1942, sGS 911.1
EG-ZPO	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 15. Juni 2010, sGS 961.2
EGöB	Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998, sGS 841.1
eidg	eidgenössisch
eidgV	eidgenössische Verordnung
ELG	Ergänzungsleistungsgesetz vom 22. September 1991, sGS 351.5
EnFöV	Verordnung über Förderungsbeiträge nach dem Energiegesetz vom 12. Dezember 2000, sGS 741.12
EnG	Energiegesetz vom 26. Mai 2000, sGS 741.1
EntG	Enteignungsgesetz vom 31. Mai 1984, sGS 735.1
EnV	Energieverordnung vom 27. März 2001, sGS 741.11
EPV	Verordnung über die kantonale Einwohnerdatenplattform vom 8. Oktober 2013, sGS 453.11
ErmV	Ermächtigungsverordnung vom 5. Mai 1997, sGS 141.41
EV	Einführungsverordnung (des Kantons St. Gallen)
EVA-BS	Ergänzende Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Lehrpersonen an Berufs- und Weiterbildungszentren vom 8. März 2005, sGS 231.31
EVA-MS	Ergänzende Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Mittelschul-Lehrpersonen vom 15. Juni 2004, sGS 143.4
FAG	Finanzausgleichsgesetz vom 23. September 2007, sGS 813.1
FamZG	BG über die Familienzulagen vom 24. März 2006, SR 836.2
FamZV	V über die Familienzulagen vom 31. Oktober 2007, SR 836.21
FHGV	Verordnung über den Finanzhaushalt der Gemeinden vom 10. November 2009, sGS 151.53
FHV	Finanzhaushaltsverordnung vom 17. Dezember 1996, sGS 831.1

FSG	Gesetz über den Feuerschutz vom 18. Juni 1968, sGS 871.1
FSV	Interkantonale Fachschulvereinbarung vom 27. August 1998, sGS 211.82
FV	Fischereiverordnung vom 2. Dezember 2008, sGS 854.11
G	Gesetz (des Kantons St.Gallen)
GAA	Gesetz über Aktenführung und Archivierung vom 19. April 2011, sGS 147.1
GAöL	Gesetz über die Abgeltung ökologischer Leistungen vom 22. September 1991, sGS 671.7
GBBV	Grundbuchbereinigungsverordnung vom 29. August 1978, sGS 914.31
GebR	Gebührenreglement für die Hochschule St.Gallen vom 18. Dezember 1980, sGS 217.43
GebT	Gebührentarif für die Kantons- und Gemeindeverwaltung vom 2. Mai 2000, sGS 821.5
GebTG	Gebührentarif für die Gesundheitspolizei vom 25. Mai 1993, sGS 311.3
GerG	Gerichtsgesetz vom 2. April 1987, sGS 941.1
GeschKR	Geschäftsreglement des Kantonsrates vom 24. Oktober 1979, sGS 131.11
GeschO	Geschäftsordnung der Regierung vom 5. Mai 1997, sGS 141.2
GeschR	Geschäftsreglement der Regierung und der Staatskanzlei vom 7. Dezember 1951, sGS 141.3
GesG	Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1979, sGS 311.1
GG	Gemeindegesetz vom 21. April 2009, sGS 151.2
GGA	Gesetz über die Gesetzessammlung und das Amtsblatt vom 21. Dezember 1953, sGS 0.1
GGS	Gesetz über die Durchführung der Grundstückschätzung vom 9. November 2000, sGS 814.1
GGU	Gesetz über gemeinschaftliche Unternehmen vom 20. Juni 1997, sGS 153.1
GIVU	Gesetz über Inkassohilfe und Vorschüsse für Unterhaltsbeiträge vom 28. Juni 1979, sGS 911.51
GMB	Gesetz über Mutterschaftsbeiträge vom 5. Dezember 1985, sGS 372.1
GNG	Gesetz über die Gewässernutzung vom 5. Dezember 1960, sGS 751.1
GO	Gerichtsordnung vom 19. April 1991, sGS 941.21
GöV	Gesetz zur Förderung des öffentlichen Verkehrs vom 25. September 1988, sGS 710.5
GPHSG	Gesetz über die Pädagogische Hochschule St.Gallen vom 19. April 2006, sGS 216.0
GPV	Gesetz über die Psychiatrieverbunde vom 25. Januar 2011, sGS 320.5
GRB	Grossratsbeschluss (des Kantons St.Gallen)
GRB-LR	Grossratsbeschluss über Luftreinhaltemassnahmen vom 8. Januar 1987, sGS 672.32
GRB-LS	Grossratsbeschluss über den Lärmschutz vom 8. November 1990, sGS 672.43
GRuSA	Grossratsbeschluss über umweltgefährdende Stoffe und Anlagen vom 6. April 1989, sGS 672.53
GS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Folge (1869–1955)
GsA	Gesetz über steuerbegünstigte Arbeitsbeschaffungsreserven vom 3. November 1988, sGS 811.41
GSchV	Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998, SR 814.201
GSchVG	Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung vom 11. April 1996, sGS 752.2
GSchVV	Verordnung zum Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung vom 21. Januar 1997, sGS 752.21
GSS	Gesetz über Spielgeräte und Spiellokale vom 6. Juni 1982, sGS 554.3
GSV	Gesetz über die Spitalverbunde vom 22. September 2002, sGS 320.2
GvG	Gemeindevereinigungsgesetz vom 17. April 2007, sGS 151.3

GVG	Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 26. Dezember 1960, sGS 873.1
GVP	St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
GWE	Gesetz über Wohnbau- und Eigentumsförderung vom 9. Januar 1992, sGS 737.1
GWG	Gastwirtschaftsgesetz vom 26. November 1995, sGS 553.1
GWV	Gastwirtschaftsverordnung vom 12. März 1996, sGS 553.11
GZL	Gesetz über das Zentrum für Labormedizin vom 26. Januar 2010, sGS 320.22
HG	Hundegesetz vom 5. Dezember 1985, sGS 456.1
HO	Habilitationsordnung der Hochschule St.Gallen vom 29. Juni 1979, sGS 217.17
HonO	Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994, sGS 963.75
IFM	Vereinbarung über den Ausbau und Betrieb der Interkantonalen Försterschule Maienfeld vom 4. Mai 1990, sGS 651.3
IVTH	Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse vom 23. Oktober 1998, sGS 552.531
JG	Jagdgesetz vom 17. November 1994, sGS 853.1
JV	Jagdverordnung vom 31. Oktober 1995, sGS 853.11
KBG	Kantonalbankgesetz vom 22. September 1996, sGS 861.2
KJV	Verordnung über Kinder- und Jugendheime vom 21. September 1999, sGS 912.4
KonfG	Gesetz über die Besorgung der Angelegenheiten des katholischen und des evangelischen Konfessionsteils vom 25. Juni 1923, sGS 171.1
Konk	Konkordat
KOV	V über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911, SR 281.32
KPV	Verordnung über den Klosterplatz in St.Gallen vom 29. Mai 2012, sGS 732.12
KRB	Kantonsratsbeschluss (des Kantons St.Gallen)
KV	Verfassung des Kantons St.Gallen vom 10. Juni 2001, sGS 111.1
KVG	BG über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10
KVV	V über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, SR 832.102
KZG	Kinderzulagengesetz vom 11. April 1996, sGS 371.1
KZV	Kinderzulagenverordnung vom 12. November 1996, sGS 371.11
LaG	Landwirtschaftsgesetz vom 21. Juni 2002, sGS 610.1
LaV	Landwirtschaftsverordnung vom 17. September 2002, sGS 610.11
LFVMP	Verordnung über die Lohnfortzahlung für Magistratspersonen vom 7. Oktober 2014, sGS 143.211
LLG	Gesetz über den Lohn der Volksschullehrer vom 30. November 1971, sGS 213.51
MAR	Reglement der EDK über die Anerkennung von gymnasialen Maturitätsausweisen vom 16. Januar 1995, sGS 230.311
MelG	Meliorationsgesetz vom 31. März 1977, sGS 633.1
MSG	Mittelschulgesetz vom 12. Juni 1980, sGS 215.1
MSV	Mittelschulverordnung vom 17. März 1981, sGS 215.11
N	Note oder Neudruck
NAG	Gesetz über Niederlassung und Aufenthalt vom 29. Januar 2013, sGS 453.1
NG	Nachtragsgesetz (des Kantons St.Gallen)

nGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Reihe, chronologische Ordnung (1956–2013)
nGS	chronologische Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (ab 2013)
NSV	Naturschutzverordnung vom 17. Juni 1975, sGS 671.1
OeffG	Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz) vom 18. November 2014, sGS 140.2
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PBR	Prüfungs- und Bewilligungsreglement für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994, sGS 963.73
PersG	Personalgesetz vom 25. Januar 2011, sGS 143.1
PersV	Personalverordnung vom 13. Dezember 2011, sGS 143.11
PFG	Gesetz über die Pflegefinanzierung vom 13. Februar 2011, sGS 331.2
PG	Polizeigesetz vom 10. April 1980, sGS 451.1
PKG	Gesetz über die St.Galler Pensionskasse vom 9. Juni 2013, sGS 864.1
PKV	Verordnung über die Aufnahme von Pflege- und Tagespflegekindern vom 4. Dezember 2012, sGS 912.3
PV	Polizeiverordnung vom 2. Dezember 1980, sGS 451.11
R	Reglement
RhG	Rheingesetz vom 18. Juni 1987, sGS 734.21
RIG	Gesetz über Referendum und Initiative vom 27. November 1967, sGS 125.1
rIVöB	(revidierte) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, sGS 841.32
RLG	Gesetz über Ruhetag und Ladenöffnung vom 29. Juni 2004, sGS 552.1
R-NDS	Reglement für das Nachdiplomstudium am Neu-Technikum Buchs vom 6. Juli 1992, sGS 234.14
RPG	BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000, SR 700.1
RRB	Regierungs(rats)beschluss (des Kantons St.Gallen)
SchBl	Amtliches Schulblatt des Kantons St.Gallen
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SchlT	Schlusstitel
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Reihe, systematische Ordnung (1956–2013)
sGS	systematische Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (ab 2013)
SHG	Sozialhilfegesetz vom 27. September 1998, sGS 381.1
SLV	V über den Schutz des Publikums von Veranstaltungen vor gesundheitsgefährdenden Schalleinwirkungen und Laserstrahlen vom 28. Februar 2007, SR 814.49
SoG	Gesetz über Staatsbeiträge an private Sonderschulen vom 31. März 1977, sGS 213.95
SPFG	Gesetz über die Spitalplanung und -finanzierung vom 31. Januar 2012, sGS 320.1
SprstG	BG über explosionsgefährliche Stoffe vom 25. März 1977, SR 941.41
SPV	Statut der Psychiatrieverbunde vom 13. Januar 2012, sGS 320.50
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSV	Statut der Spitalverbunde des Kantons St.Gallen vom 11. Mai 2006, sGS 320.30
StG	Steuergesetz vom 9. April 1998, sGS 811.1
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StHG	BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990, SR 642.14
StipG	Stipendiengesetz vom 3. Dezember 1968, sGS 211.5

StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
StPV	Strafprozessverordnung vom 13. Juni 2000, sGS 962.11
StrG	Strassengesetz vom 12. Juni 1988, sGS 732.1
StrV	Strassenverordnung vom 22. November 1988, sGS 732.11
StV	Steuerverordnung vom 20. Oktober 1998, sGS 811.11
StVG	Staatsverwaltungsgesetz vom 16. Juni 1994, sGS 140.1
SuG	Suchtgesetz vom 14. Januar 1999, sGS 311.2
SVAG	Gesetz über die Strassenverkehrsabgaben vom 5. Januar 1978, sGS 711.70
SZL	Statut des Zentrums für Labormedizin vom 16. Februar 2011, sGS 320.220
SZpV	Schulzahnpflegeverordnung vom 2. Februar 1982, sGS 213.13
T	Tarif
TSG	Tarif der Schulgelder und Gebühren der staatlichen Mittelschulen und der Pädagogischen Hochschule vom 6. Juli 1976, sGS 215.15
UAG	Gesetz über die Urnenabstimmungen vom 4. Juli 1971, sGS 125.3
UeStG	Übertretungsstrafgesetz vom 13. Dezember 1984, sGS 921.1
UG	Gesetz über die Universität St.Gallen vom 26. Mai 1988, sGS 217.11
US	Universitätsstatut vom 3. November 1997, sGS 217.15
USG	BG über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, SR 814.01
V	Verordnung (des Kantons St.Gallen)
VAL	Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Volksschul-Lehrpersonen vom 23. Februar 1999, sGS 213.14
VBetmG	Vollzugsverordnung zur Bundesgesetzgebung über die Betäubungsmittel vom 2. Juli 1985, sGS 314.5
VBG	Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege vom 21. Juni 2011, sGS 312.1
VBK	Verordnung über die Besoldung der Kaderärztinnen und Kaderärzte vom 19. September 2006, sGS 320.41
VDL	Verordnung über das Dienstverhältnis der Volksschul-Lehrkräfte vom 23. Februar 1999, sGS 213.14
VEG	Verordnung über den Betrieb privater Einrichtungen der Gesundheitspflege vom 21. Juni 2011, sGS 325.11
VEGV	Verordnung über Entschädigungen und Gebühren im Veterinärwesen vom 14. Dezember 2010, sGS 643.72
VEnAe	Verordnung über die Entschädigung der Ärzte für amtliche Verrichtungen vom 10. Januar 1989, sGS 311.5
VEpG	Vollzugsverordnung zur eidgenössischen Gesetzgebung über übertragbare Krankheiten vom 13. Mai 1986, sGS 313.1
VERK	Verfassung der evangelisch-reformierten Kirche des Kantons St.Gallen vom 13. Januar 1974, sGS 175.1
VermG	Gesetz über die amtliche Vermessung vom 26. November 1995, sGS 914.7
VetG	Veterinärgesetz vom 15. Juni 1971, sGS 643.1
VG	Verantwortlichkeitsgesetz vom 7. Dezember 1959, sGS 161.1
VGE	Verordnung über gemischte Einrichtungen vom 11. Dezember 2012, sGS 381.11
VGS	Verordnung über die Durchführung der Grundstückschätzung vom 5. Dezember 2000, sGS 814.11
VGT	Verkehrsgebührentarif vom 20. Dezember 2005, sGS 718.1
VGV	Verwaltungsgebührenverordnung vom 27. April 1971, sGS 821.1
VGWE	Verordnung zum Gesetz über Wohnbau- und Eigentumsförderung vom 18. Januar 1993, sGS 737.11
VJP	Verordnung über die Jägerprüfung vom 28. Dezember 1966, sGS 853.15

VKB	Verordnung über die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten bei den Ergänzungsleistungen vom 11. Dezember 2007, sGS 351.53
VKK	Verfassung des katholischen Konfessionsteils des Kantons St.Gallen vom 18. September 1979, sGS 173.5
VKoG	Gesetz über die Verfahrenskoordination in Bausachen vom 18. Juni 1998, sGS 731.2
VKoV	Verordnung über Verfahrenskoordination und Fristen in Bausachen vom 24. November 1998, sGS 731.21
VLK	Verordnung über die Lebensmittelkontrolle vom 29. Mai 1996, sGS 315.11
VLVK	Verordnung über die kantonale Lehrerversicherungskasse vom 13. November 1990, sGS 213.550
VMB	Verordnung über die Ausübung der medizinischen Berufe vom 10. November 1981, sGS 312.0
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998, sGS 841.11
VRP	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965, sGS 951.1
VSäD	Verordnung über den Schulärztlichen Dienst vom 31. Mai 2005, sGS 211.21
VSG	Volksschulgesetz vom 13. Januar 1983, sGS 213.1
VSP	Verordnung über den Schutz vor dem Passivrauchen vom 16. Februar 2010, sGS 311.12
VSs	Vollzugsverordnung zur eidgenössischen Verordnung über den Strahlenschutz vom 8. Oktober 1963, sGS 313.5
VTG	Verordnung über die Tiergesundheit vom 6. März 2001, sGS 643.12
VTs	Vollzugsverordnung zur Bundesgesetzgebung über den Tierschutz vom 21. September 1982, sGS 645.1
VV	Vollzugsverordnung
VVK	Verordnung über die Versicherungskasse für das Staatspersonal vom 5. September 1989, sGS 143.7
VVU	Verordnung über den Volksschulunterricht vom 11. Juni 1996, sGS 213.12
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
VZV	V über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976, SR 741.51
WBG	Wasserbaugesetz vom 17. Mai 2009, sGS 734.1
WBV	Wasserbauverordnung vom 10. November 2009, sGS 734.11
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZStV	Zivilstandsverordnung vom 14.Juni 2005, sGS 912.1

Sachregister zum Band 2014

(nach Rechtsquellen geordnet)

Übersicht

I. Entscheide zum kantonalen Recht — Seite

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

II. Entscheide zum Bundesrecht

1. Staat, Volk, Behörden . . . . . Reg 9
2. Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung . . . . . Reg 10
3. Strafrecht, Strafrechtspflege, Strafvollzug . . . . . Reg 16
4. Schule, Wissenschaft, Kultur . . . . . Reg 20
5. Landesverteidigung . . . . . Reg 20
6. Finanzen . . . . . Reg 21
7. Öffentliche Werke, Energie, Verkehr . . . . . Reg 21
8. Gesundheit (einschliesslich Umweltschutz), Arbeit, Soziale Sicherheit . . . . . Reg 22
9. Wirtschaft, Technische Zusammenarbeit . . . . . Reg 24

I. Entscheide zum kantonalen Recht[1]

1. Grundlagen und Organisation von Staat und Gemeinden

Gesetz über das St.Galler Bürgerrecht vom 03.08.2010 (BRG), sGS 121.1

Art. 13 Abs. 1 Bst. a. Siehe Art. 14 Bst. c BüG (GVP 2014 Nr. 86).

Art. 13 Abs. 1 Bst. g. Bestehen Zweifel am Vorhandensein genügender Deutschkenntnisse, so ist die einbürgerungswillige Person seitens des Einbürgerungsrates auf ihre Mitwirkungspflicht bei der Ermittlung des Sachverhalts – Beibringen eines bestandenen Deutschtests auf dem Niveau B1 (GER) – aufmerksam zu machen und ihr sind die Folgen der fehlenden Mitwirkung – Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs – aufzuzeigen. Andernfalls kann die Ungewissheit über das Vorhandensein genügender Deutschkenntnisse nicht zu Ungunsten der einbürgerungswilligen Person ausgelegt und ihre Einbürgerungseignung gestützt darauf nicht verneint werden.

Departement des Innern, 28. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 86

V über das St.Galler Bürgerrecht vom 19.10.2010 (BRV), sGS 121.11

Art. 2 Siehe Art. 13 Abs. 1 Bst. g BRG (GVP 2014 Nr. 86).

2. Erziehung, Bildung, Kultur

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

Art. 26 Siehe Art. 8 Abs. 1 BV (GVP 2014 Nr. 1).

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

Art. 1 Abs. 1. Siehe Art. 8 Abs. 1 BV (GVP 2014 Nr. 1).

3. Gesundheitspflege, Sozialversicherung, Fürsorge

keine Entscheide

1 Gliederung nach dem Systematischen Register (Stand: 1. Januar 2014); Übersicht im Register 2014 der Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen.

4. Landesverteidigung, öffentliche Sicherheit und Ordnung

Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007, sGS 451.51

Art. 4 Abs. 1. Indem der Beschwerdeführer nach einer Pyro-Aktion anlässlich eines Fussballspiels in der AFG-Arena eine Fahne hochhielt und dadurch einem Pyro-Zünder ermöglichte, sich seiner Vermummung zu entledigen und unerkannt in der Menge unterzutauchen, beteiligte er sich an «Gewalttätigkeiten» im Sinne des Konkordats. Dass die ihm strafrechtlich zur Last gelegte Begünstigung nicht im Katalog der Anlasstaten gemäss Art. 2 des Konkordats aufgeführt ist, ändert daran nichts. Die Aufzählung ist nicht abschliessend, und die Begünstigung schützt das gleiche Rechtsgut wie andere Taten, die explizit erfasst sind. Das einjährige Rayonverbot im Bereich dreier Fussballstadien in der Stadt St.Gallen ist gesetz- und verhältnismässig.

Verwaltungsgericht, 11. November 2014 GVP 2014 Nr. 6

5. Arbeit und Gewerbe

Gastwirtschaftsgesetz vom 26. November 1995 (GWG), sGS 553.1

Art. 6 Siehe Art. 292 StGB (GVP 2014 Nr. 43).

6. Landwirtschaft, Tierhaltung, Waldwirtschaft, Umweltschutz

keine Entscheide

7. Verkehr, öffentliches Baurecht, Energie, Gewässernutzung und -schutz

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

Art. 11 Ein Erotikbetrieb steht in keinem funktionalen Zusammenhang mit einer reinen Wohnzone, in der ausschliesslich «nicht störende» Gewerbe zulässig sind. Die typischerweise mit einem solchen Betrieb verbundenen ideellen Immissionen dürfen im Rahmen der abstrakten Immissionsbeurteilung stärker gewichtet werden als die mit anderen Betrieben verbundenen materiellen Immissionen.

Verwaltungsgericht, 19. August 2014 GVP 2014 Nr. 11

Art. 11 Ein Betrieb, der Kabelführungssysteme aus Metall herstellt, ist kein «nichtstörender Gewerbebetrieb» und in der Wohnzone auch dann nicht zulässig, wenn er immissionsarm ist. Dessen rechtmässig erstellten, den heutigen Vorschriften widersprechenden Bauten und Anlagen geniessen Bestandesgarantie. Bestehende zonenfremde Betriebe innerhalb der Bauzonen dürfen unter gewissen Voraussetzungen angemessen erweitert werden. Die projektierte Erweiterung der Bruttogeschossflächen um rund 80 Prozent ist nicht «angemessen». Die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmebewilligung sind nicht erfüllt. Es liegt kein Härtefall vor. Zudem würde deren Erteilung den Zonenzweck gefährden oder vereiteln.

Verwaltungsgericht, 16. April 2014 GVP 2014 Nr. 12

Art. 17 Abs. 1. Siehe Art. 15 Abs. 1 und 2 VRP (GVP 2014 Nr. 45).

Art. 24bis Abs. 1. Der mit dem III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz am 1. Februar 1997 in Kraft getretene Art. 24bis Abs. 1 BauG, wonach durch Markierungslinien die Lage und die höchstzulässige horizontale Ausdehnung von Bauten und Anlagen festgelegt werden, ist auch auf Baubereiche in vor diesem Zeitpunkt erlassenen Überbauungsplänen anwendbar.

Baudepartement, 11. August 2014 GVP 2014 Nr. 89

Art. 32 Abs. 1. Siehe Art. 21 Abs. 2 RPG (GVP 2014 Nr. 9); siehe Art. 21 Abs. 2 RPG (GVP 2014 Nr. 10).

Art. 33 Siehe Art. 21 Abs. 2 RPG (GVP 2014 Nr. 9); siehe Art. 21 Abs. 2 RPG (GVP 2014 Nr. 10).

Art. 33 Abs. 2. Die Umzonung zweier Grundstücke im Gemeindeeigentum von der Gewerbe-Industriezone in die Wohn-Gewerbezone aus finanziellen Gründen vermag bei unveränderten Verhältnissen die gewichtigen privaten Interessen des benachbarten Industriebetriebs an der Beibehaltung der Zonenordnung nicht zu überwiegen.

Baudepartement, 25. April 2014 GVP 2014 Nr. 90

Art. 57 Ein Gebäudeteil, in welchem sich das (Haupt-)Wohnzimmer eines Wohnhauses befindet, kann als Anbaute bewilligt werden. Da Anbauten definitionsgemäss von der Hauptbaute konstruktiv getrennt sind, ist es gerechtfertigt, die Gebäudehöhe und damit auch den Niveaupunkt separat festzulegen.

Verwaltungsgericht, 8. Juli 2014 GVP 2014 Nr. 13

Art. 60 Abs. 2. Siehe Art. 57 BauG (GVP 2014 Nr. 13).

Art. 77 Abs. 1. Siehe Art. 11 BauG (GVP 2014 Nr. 12).

Art. 77bis Siehe Art. 11 BauG (GVP 2014 Nr. 12).

Art. 77quater Siehe Art. 11 BauG (GVP 2014 Nr. 12)

Art. 78 Abs. 2 Bst. a. Das kantonale Recht versteht unter Anbaute lediglich, aber immerhin einen Gebäudeteil, dessen Errichtung in einem eigenständigen Bauvorgang bewilligungspflichtig ist. Soweit daraus und aus dem Begriff selbst nicht unverzichtbare Merkmale abzuleiten sind, ist die nähere Umschreibung den politischen Gemeinden überlassen. Eine Handhabung der kommunalen Reglementsbestimmung, die im Ergebnis Gebäude oder Gebäudeteile, denen jede bauliche Selbständigkeit fehlt, als Anbaute behandelt, widerspricht den Vorgaben des kantonalen Baurechts. Im konkreten Fall stellt sich der als «Anbau» behandelte Gebäudeteil mit Blick auf den Grundriss des Erdgeschosses weitgehend als abstrakte Idee dar.
Verwaltungsgericht, 19. August 2014 GVP 2014 Nr. 14

Art. 78 Abs. 2 Bst. a. Siehe Art. 57 BauG (GVP 2014 Nr. 13).

Art. 86 Siehe Art. 684 f. ZGB (GVP 2014 Nr. 29).

8. Öffentliche Finanzen, Regalien, staatliche Unternehmungen, Feuerschutz

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

Art. 31 Abs. 2. Vom Steuerpflichtigen selber geschaffene immaterielle Güter stellen gewöhnlich Geschäftsvermögen dar. Der über dem Einkommenssteuerwert liegende Verkaufserlös ist deshalb als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu besteuern und nicht als steuerfreier Kapitalgewinn zu behandeln.
Verwaltungsgericht, 21. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 15

Art. 35 Abs. 1. Die Quellensteuer auf einer liechtensteinischen AHV/IV-Rente von 3,6 Prozent führt bei einem im Kanton St.Gallen wohnhaften Steuerpflichtigen zwar zu einer Doppelbesteuerung. Diese kann aber mangels Grundlage im DBA-FL nicht beseitigt werden. Bei der Anerkennung von Spenden und Kollekten ohne Beleg ist es sachgerecht, einen pauschalen Abzug von 10 bis 15 Prozent der mit Beleg nachgewiesenen Spenden zuzulassen.
Verwaltungsrekurskommission,
Abteilung I/1, 25. November 2014 GVP 2014 Nr. 16

Art. 40 Abs. 1. Die Prämien für die Krankentaggeldversicherung eines Selbständigerwerbenden sind als Geschäftsaufwand abziehbar, auch wenn es sich um einen Einpersonen-Betrieb handelt.
Verwaltungsrekurskommission,
Abteilung I/1, 25. November 2014 GVP 2014 Nr. 17

Art. 45 Abs. 1 Bst. d. Die Eheleute verrechneten im Rahmen der Scheidung den vorsorgerechtlichen Anspruch der Ehefrau auf einen Teil der 2. Säule des Ehemanns mit einem güterrechtlichen Anspruch des Ehemannes gegen seine Ehefrau. Damit erfolgte weder ein Vorbezug von Leistungen der 2. Säule noch ein nachträglicher Einkauf in diese, weshalb der Betrag nicht vom Einkommen des Ehemannes abgerechnet werden kann.
Verwaltungsrekurskommission,
Abteilung I/1, 20. Mai 2014 GVP 2014 Nr. 18

Art. 46 Bst. c. Siehe Art. 35 Abs. 1 StG (GVP 2014 Nr. 16).

Art. 50 Abs. 3 und 4. Lebt das Kind unverheirateter Eltern zusammen mit der Mutter im Ausland, rechtfertigen gegenseitige Besuchsaufenthalte auch bei wesentlicher Unterstützung durch den Vater und gemeinsamer elterlicher Sorge die Anwendung des Verheiratetentarifs bei dem in der Schweiz lebenden Vater nicht.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1,
25. November 2014 GVP 2014 Nr. 19

Art. 50 Abs. 5. Teilbesteuerung von Gewinnen aus Beteiligungen, interkantonale Steuerausscheidung. Die im Kanton St.Gallen beschränkt Steuerpflichtigen unterliegen in ihrem Wohnsitzkanton Thurgau für eine bestimmte Dividende der Teileinkünftebesteuerung. Bei der Festlegung des satzbestimmenden Einkommens für die Besteuerung und für die Steuerausscheidung im Kanton St.Gallen ist diese Teilbesteuerung nicht massgebend, da nur die Dividendeneinkünfte im Kanton Thurgau entlastet werden sollen, nicht auch die Einkünfte am Spezialsteuerdomizil St.Gallen.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1,
30. September 2014 GVP 2014 Nr. 20

Art. 80 Abs. 1 Bst. e. Von einer Pensionskasse in der Rechtsform der Stiftung aus der Veräusserung eines Grundstücks im Kanton St.Gallen erzielte Gewinn unterliegt der Grundstückgewinnsteuer. Art. 80 Abs. 4 BVG sieht als im Verhältnis zu Art. 23 Abs. 4 StHG speziellere Norm keine Verlustabzüge vor. Auch wenn die Bewirtschaftung von Immobilien einen wesentlichen Bestandteil der Aufgaben der Pensionskasse in der Vermögensverwaltung darstellt und sie in diesem Bereich eine grosse Anzahl Mitarbeiter beschäftigt, kann ihre steuerliche Situation – insbesondere aufgrund ihrer Befreiung von Gewinn- und Kapitalsteuern – nicht mit jener interkantonaler Immobilienhändler beziehungsweise Immobiliengesellschaften verglichen werden.
Verwaltungsgericht, 21. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 21

Art. 130 Abs. 2 Bst. c. Siehe Art. 80 Abs. 1 Bst. e StG (GVP 2014 Nr. 21).

Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998 (EGöB), sGS 841.1

Art. 5 Siehe Art. 17 Abs. 2 VöB (GVP 2014 Nr. 23).

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

Art. 34 Abs. 2 Bst. b. Wird die Preiskurve so flach gelegt, dass beim Preis die Bewertung mit weniger als der Hälfte der Punkte nur theoretisch in Betracht fällt, wird die Gewichtung des Kriteriums unterlaufen.
Verwaltungsgericht, 16. September 2014 GVP 2014 Nr. 22

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB), sGS 841.32

Art. 17 Abs. 2. In tatsächlicher Hinsicht ist unklar, von welchem Preis beim Angebot der Beschwerdeführerin auszugehen ist. Bei einer unrealistisch breiten Preisspanne und einer entsprechend flachen Preiskurve wurde das – ausschlaggebende – vergabefremde Kriterium «Ausbildung Berufsnachwuchs» zwar mit lediglich fünf Prozent gewichtet, jedoch in einer – nachträglich angepassten – Weise gehandhabt, die nicht offenkundig dem Aspekt der Qualität der Ausbildung Rechnung trägt. Unter diesen Umständen erscheint die Beschwerde ausreichend begründet, so dass mangels entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen ist.

Verwaltungsgericht, Präsidialverfügung, 25. April 2014 GVP 2014 Nr. 23

9. Zivilrecht, Strafrecht, Rechtspflege

Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vom 24.04.2012 (EG-KES), sGS 912.5

Art. 11 Bst. b. Siehe Art. 311 ZPO (GVP 2014 Nr. 65).

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

Art. 7 Bst. b. Haben Vertreter der Gemeindeexekutive an der Offertausschreibung und an der Auswahl eines Überbauungsprojekts teilgenommen, werden sie sich beim späteren Entscheid über das Baugesuch und dagegen erhobene Einsprachen faktisch in der Regel an ihren «Vorentscheid» gebunden fühlen. Hinzu kommt, dass das konkrete Projekt auch der Gemeinde gehörende Grundstücke betrifft. Unter diesen Umständen erscheinen jedenfalls jene Mitglieder der Gemeindeexekutive, welche bereits an der Auswahl des Überbauungsprojekts teilgenommen haben, bei der Beurteilung des Baugesuchs als befangen.

Verwaltungsgericht, 4. Dezember 2014 GVP 2014 Nr. 44

Art. 15 Abs. 1 und 2. Vor Ablauf von zehn Tagen darf nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden. Wird vorher entschieden, ist das rechtliche Gehör verletzt.

Verwaltungsgericht, 11. März 2014 GVP 2014 Nr. 45

Art. 30 Nach unbenützter Frist tritt an die Stelle der Erstreckung die Möglichkeit der Wiederherstellung. Von einem berufsmässigen Vertreter ist zu erwarten, dass er in den Akten einen Hinweis auf die Einzahlung des Kostenvorschusses anbringt oder anbringen lässt und die Behauptung in der Rechtsmittelergänzung, der Kostenvorschuss sei bezahlt, auch überprüft oder überprüfen lässt. Zumal gegen das umstrittene Bauprojekt weitere Rechtsmittel hängig sind, stehen der Abschreibung des Verfahrens keine öffentlichen Interessen entgegen.

Verwaltungsgericht, 19. August 2014 GVP 2014 Nr. 47

Art. 30 Abs. 1. Der Beschwerdeführer hatte von den Postzustellungen der Behörden Kenntnis, setzte sich mit den möglichen Inhalten auseinander und unterliess es in der Folge, Briefe abzuholen und/oder zu öffnen. Er hat – was er jedoch als Krankheitssymptom verstanden haben will – die Annahme der Briefe bewusst verweigert und Rechtsnachteile in Kauf genommen. Die Wiederherstellung kann indessen nicht dazu dienen, bewusst in Kauf genommene Nachteile nachträglich abzuwenden.
Verwaltungsgericht, 16. September 2014 GVP 2014 Nr. 46

Art. 30ter Abs. 1. Siehe Art. 30 VRP (GVP 2014 Nr. 46).

Art. 44 Zwischenverfügungen in einem Steuerveranlagungsverfahren sind nur anfechtbar, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht, was angesichts der konkreten Umstände nicht der Fall war. Auf den Rekurs und die Beschwerde ist daher trotz irrtümlich angegebener Rechtsmittelbelehrung nicht einzutreten. Da dieser Irrtum vom Rechtsvertreter mit geringem Aufwand hätte erkannt werden können, ist den Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen keine Prozessentschädigung zuzusprechen.
Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1,
21. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 48

Art. 45 Siehe Art. 44 VRP (GVP 2014 Nr. 48).

Art. 45 Abs. 1. Die Rechtsmittellegitimation eines Nachbarn in Bezug auf einen Wiederherstellungsentscheid ist zu bejahen, wenn er im (vorgängig nicht durchgeführten) Baubewilligungsverfahren zur Einsprache befugt gewesen wäre. Er muss keinen rechtswidrigen Zustand dulden, der – wäre das Verfahren eingehalten und vor Erstellung der Baute ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden – gar nie entstanden wäre.
Verwaltungsgericht, 19. August 2014 GVP 2014 Nr. 49

Art. 51 Siehe Art. 30 VZV (GVP 2014 Nr. 8).

Art. 96 Abs. 2. Siehe Art. 30 VRP (GVP 2014 Nr. 46).

Art. 98 Obsiegt der Beschwerdeführer, dem die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gewährt worden ist, hat er Anspruch auf eine ungekürzte ausseramtliche Entschädigung.
Verwaltungsgericht, 8. Juli 2014 GVP 2014 Nr. 50

Art. 99 Siehe Art. 98 VRP (GVP 2014 Nr. 50).

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

Art. 17 Abs. 1 Bst. a. Siehe Art. 13 ZPO (GVP 2014 Nr. 51).

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

Art. 17 Abs. 2 Bst. b. Siehe Art. 7 Abs. 2 Bst. b StPO (GVP 2014 Nr. 66).

Art. 38 Siehe Art. 104 StPO (GVP 2014 Nr. 71).

II. Entscheide zum Bundesrecht[2]

1. Staat, Volk, Behörden

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

Art. 8 Im Gegensatz zur obligatorischen Volksschule sind für die freiwilligen, primär leistungsorientierten Mittelschulen im Kanton St.Gallen individuelle Lernziele nicht vorgesehen. Hier müssen die Lernziele von allen Schülerinnen und Schülern erreicht werden. Eine Verringerung von inhaltlichen Prüfungsanforderungen, wie die Nichtberücksichtigung bzw. weniger starke Gewichtung von Rechtschreibe- und Grammatikfehlern in Sprachfächern, ist deshalb auch dann abzulehnen, wenn eine Schülerin oder ein Schüler aufgrund einer Behinderung bei der Rechtschreibung und Grammatik benachteiligt ist. Dagegen ist bei behinderten Schülerinnen und Schülern im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob spezielle formale Prüfungserleichterungen zu gewähren sind.

Erziehungsrat, 19. Februar 2014 GVP 2014 Nr. 84

Art. 8 Abs. 1. Bei der Zuteilung von Kindergartenkindern ist das Gebot der Rechtsgleichheit zu beachten. Da kein Anspruch auf die Zuteilung zum nächsten Standort besteht, ist im Rahmen der organisatorischen Möglichkeiten und der Zumutbarkeit des Kindergartenweges auf ungefähr gleich lange Wege zu achten.

Verwaltungsgericht, 12. Februar 2014 GVP 2014 Nr. 1

Art. 15 Die Durchsetzung eines in der demokratisch legitimierten Schulordnung vorgesehenen Kopfbedeckungsverbots während des Unterrichts an der öffentlichen Schule stellt zurzeit einen unverhältnismässigen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Beschwerdeführer und ihrer Tochter, welche das islamische Kopftuch tragen will, dar. Eine verfassungskonforme Handhabung des Verbots verlangt deshalb, dass der Tochter der Beschwerdeführer das Tragen des islamischen Kopftuches auch während des Unterrichts erlaubt wird.

Verwaltungsgericht, 11. November 2014 GVP 2014 Nr. 2

Art. 29 Abs. 1. Siehe Art. 7 Bst. b VRP (GVP 2014 Nr. 44).

2 Gliederung nach der Allgemeinen Systematik des Landesrechts im Inhaltsverzeichnis 2014 der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/national.html).

BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (BüG), SR 141.0

Art. 14 Bst. c. Wurde gegen eine einbürgerungswillige Person ein Nachsteuerverfahren eingeleitet, bedeutet dies nicht automatisch, dass gegen sie ein Strafverfahren hängig ist. Der Vorwurf der Nichtbeachtung der Rechtsordnung setzt eine Würdigung der Gesamtsituation voraus. Bei einer Verurteilung wegen vorsätzlicher Steuerhinterziehung ist daher auch zu berücksichtigen, wann das fehlbare Verhalten stattfand und inwieweit die betroffene Person seither ihren finanziellen Verpflichtungen nachgekommen ist.
Departement des Innern, 17. Dezember 2014 GVP 2014 Nr. 85

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

Art. 75 Siehe Art. 684 f. ZGB (GVP 2014 Nr. 29).

2. Privatrecht, Zivilrechtspflege, Vollstreckung

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

Art. 1 Abs. 2. Das schweizerische gesetzte Recht kennt die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht. Gegenüber einer Herleitung mittels Gesetzesergänzung oder – im Einzelfall – aufgrund einer Vertragsauslegung oder -ergänzung ist Zurückhaltung angebracht. Im zu beurteilenden Fall wird eine diesbezügliche Haftungsgrundlage verneint.
Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 13. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 32

Art. 133 Abs. 1. Die gerichtlich genehmigte Scheidungskonvention stellt in einer vom Kind eingeleiteten Betreibung für den darin vereinbarten Mündigenunterhalt einen Rechtsöffnungstitel dar.
Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 19. Mai 2014 GVP 2014 Nr. 24

Art. 176 Behandlung offener Unterhaltsbeiträge aus einer Trennungsregelung im Rechtsöffnungsverfahren, wenn deren Behandlung im Scheidungsurteil unklar ist.
Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 27. August 2014 GVP 2014 Nr. 25

Art. 205 Abs. 3. Siehe Art. 176 ZGB (GVP 2014 Nr. 25).

Art. 301a Bei gemeinsamem Sorgerecht bzw. im Massnahmeverfahren ist ein Rechtsschutzinteresse des Vaters an einer Weisung, der Mutter sei es zu verbieten, mit den Kindern umzuziehen, in der Regel nicht gegeben.
An das behördliche Verbot eines Aufenthaltsortswechsels des Kindes, welches auch den Umzug des hauptsächlich betreuenden Elters verunmöglicht, sind sehr hohe Anforderungen zu stellen.
Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 21. November 2014 GVP 2014 Nr. 26

Art. 450f Siehe Art. 311 ZPO (GVP 2014 Nr. 65).

Art. 482 Qualifikation einer letztwilligen Verfügung als Auflage (E. III 2.b). Keine lästige oder unsinnige Auflage nach Art. 482 Abs. 3 ZGB (E. III 2.c). Durchsetzung der Auflage durch den Willensvollstrecker auch gegen den übereinstimmenden Willen der Erben (E. III 2.d).

Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 20. Juni 2014 GVP 2014 Nr. 27

Art. 518 Beschwerde gegen den Willensvollstrecker. Verfahrensrechtliche Einordnung und inhaltliche Eingrenzung der Willensvollstreckerbeschwerde (E. II.1, III.4). Eine Nacherbeneinsetzung (Art. 488 ff. ZGB) hat zur Folge, dass zwei zeitlich voneinander abgegrenzte Erbgänge stattfinden. Nach Abschluss des ersten Erbganges ist das Mandat des Willensvollstreckers vorerst beendet und es können keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen mehr gegen ihn ergriffen werden (E. III.5.b, III.6.a).
Der Nacherbe (insb. auf den Überrest) hat keine Beschwerdebefugnis bezüglich der Tätigkeit des Willensvollstreckers im ersten Erbgang (E. III.5.b, III.6.b.aa).
Vollständig übergangene Pflichtteilserben als virtuelle Erben, Erbeneigenschaft erst mit Gestaltungsurteil (Ungültigkeits- oder Herabsetzungsverfahren). Verzichtet der übergangene Pflichtteilserbe auf Anfechtung, verliert er seine Erbeneigenschaft endgültig; seine Mitwirkungsrechte, inkl. der Befugnis, die Willensvollstreckerbeschwerde zu erheben, gehen verloren (E. III.6.b.bb).

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 12. Juni 2014 GVP 2014 Nr. 28

Art. 595 Abs. 3. Siehe Art. 518 ZGB (GVP 2014 Nr. 28).

Art. 684 f. Art. 685 ZGB ist eine Spezialvorschrift, welche die allgemeinen nachbarrechtlichen Grundsätze des Art. 684 ZGB konkretisiert. Über privatrechtliche Einsprachen, die sich auf Art. 685 ZGB stützen ist damit – gleich wie über auf Art. 684 ZGB gestützte – im öffentlich-rechtlichen Verfahren zu entscheiden (Art. 86 Abs. 1 BauG). Weist die Baubewilligungsbehörde privatrechtliche Einsprachen ab, welche sich auf Art. 684 ZGB stützen, und verweist sie anderweitige privatrechtliche Einsprachegründe auf den Zivilweg, so sind auf Art. 685 ZGB gestützte Ansprüche von der Abweisung mit umfasst (E. III.2.b).
Das Bundesrecht erfordert nach dem Prinzip der «double instance« als letzte kantonale Instanz resp. als Vorinstanz des Bundesgerichts ein oberes Gericht. Die erstinstanzliche Beurteilung durch ein Gericht ist nicht vorgeschrieben. Der im kantonalen Recht vorgesehene Instanzenzug, gemäss welchem auf Art. 684 f. ZGB gestützte privatrechtliche Einsprachen unter instanzlich durch Verwaltungsbehörden und kantonal letztinstanzlich durch das Verwaltungsgericht beurteilt werden, ist bundesrechtskonform (E. III.2.b).

Kantonsgericht, Einzelrichter im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 9. September 2014 GVP 2014 Nr. 29

Art. 839 Abs. 4. Ob es sich bei einem Baugrundstück um Verwaltungsvermögen handelt, kann im summarischen Verfahren betreffend vorsorgliche Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht (abschliessend) geklärt werden, sofern sich die Parteien darüber uneinig sind. Stimmte die Gesuchstellerin einer Löschung des superprovisorisch vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts nur unter der Bedingung zu, dass das Gericht zu dieser Frage einen «eindeutigen Entscheid» fälle, bleibt die rechtliche Qualifikation des Baugrundstücks im Massnahmeverfahren ungeklärt.

Handelsgerichtspräsident, 19. September 2014 GVP 2014 Nr. 30

Art. 839 Abs. 4. Die Subunternehmerin kann die eine Haftung der Grundeigentümerin nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft bewirkende rechtzeitige schriftliche Geltendmachung ihrer Werklohnforderung nicht im Massnahmeverfahren vorsorglich feststellen lassen. Sind sich die Parteien einig, dass es sich beim Baugrundstück um Verwaltungsvermögen handelt, hat die Grundeigentümerin kein schützenswertes Interesse an der vorsorglichen Feststellung, dass sie eine hinreichende Sicherheit geleistet hat.

Handelsgerichtspräsident, 17. September 2014 GVP 2014 Nr. 31

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

Art. 18 Siehe Art. 1 ZGB (GVP 2014 Nr. 32).

Art. 142 Siehe Art. 117 ZPO (GVP 2014 Nr. 55).

Art. 717 Hat eine Aktiengesellschaft mehrere Verwaltungsräte und schliesst ein Verwaltungsratsmitglied als Privatperson einen Vertrag mit dieser ab, so hat er als Verwaltungsrat in den Ausstand zu treten. Die Verantwortung für die Interessenwahrung der Aktiengesellschaft bezüglich Ausgestaltung des Vertrages obliegt damit den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern. Sie verhandeln wie mit einem Dritten. Werden dem Verwaltungsratsmitglied mit dem Vertragsschluss vertragliche oder gesetzliche Rechte eingeräumt, so stellt die Ausübung dieser Rechte regelmässig keine Treuepflichtverletzung dar. Die Gesellschaft handelt vielmehr im konkreten Fall widersprüchlich, wenn sie mit ihrem Verwaltungsrat keine Mindestpachtdauer vereinbart, ihm aber die Kündigung auf den nächsten gesetzlich möglichen Termin als Pflichtverletzung vorwirft.

Handelsgericht, 14. Januar 2014 GVP 2014 Nr. 33

BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (AVEG), SR 221.215.311

Art. 6 Abs. 1. Ist die Unterstellung eines Aussenseiters unter einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) und damit ein Anspruch der mit dem Vollzug des GAV betrauten Paritätischen Berufskommission auf Durchführung von betrieblichen Kontrollen umstritten, so hat darüber der Zivilrichter zu entscheiden. Gewichtige Lehrmeinungen fordern hierfür ein vorgängiges Feststellungsverfahren, weshalb schon das Vorliegen einer klaren Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs. 1 Bst. b ZPO zu verneinen ist. Wollte man die klägerischen Rechtsbegehren auf Feststellung der Unterstellung der Beklagten unter den GAV und auf deren Verpflichtung zur Duldung einer betrieblichen Kontrolle analog einer Stufenklage in einem einzigen Verfahren zulassen, mangelte es hier an einem liquiden Sachverhalt im Sinne von Art. 257 Abs. 1 Bst. a ZPO, so dass auch aus diesem Grund auf das Gesuch der Klägerin um Rechtsschutz im Summarverfahren nicht eingetreten werden könnte.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht,
13. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 7

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

Art. 13 Vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines gleichzeitig anhängig gemachten Hauptverfahrens sind – ausser im Falle der abweichenden örtlichen Zuständigkeit bei Anrufung des Gerichts am Ort der Vollstreckung der Massnahme – durch den Verfahrensleiter (und nicht durch den Einzelrichter) zu entscheiden. Diesem ist verwehrt, mit der Begründung der Nichtzuständigkeit des Kollegialgerichts im Hauptverfahren auf das Massnahmegesuch nicht einzutreten (E. III.1.b).

Kantonsgericht, Einzelrichter im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 9. September 2014 GVP 2014 Nr. 51

Art. 52 Voraussetzungen, unter denen einer Partei bei Nichtteilnahme an der Schlichtungsverhandlung eine Ordnungsbusse auferlegt werden kann.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 29. August 2014 GVP 2014 Nr. 52

Art. 98 Art. 98 ZPO bildet keine Grundlage für die Erhebung eines Vorschusses für die Kosten der Begründung eines im Dispositiv eröffneten Entscheids bei der beklagten Partei, und es besteht auch keine andere gesetzliche Grundlage dafür. Die Einholung eines solchen Kostenvorschusses durch die Vermittlerin mit Verweis auf die Säumnisfolgen gemäss Art. 206 ZPO für den Fall der Nichtleistung ist nicht zulässig.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 2. Dezember 2014 GVP 2014 Nr. 53

Art. 117 Korrespondiert das geltend gemachte Einkommen in nicht nachvollziehbarer Weise nicht mit dem tatsächlichen Lebensstandard, dann kann das Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 18. November 2014 GVP 2014 Nr. 54

Art. 117 Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes im Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege: Amtswegige Sachverhaltsermittlung, keine Berücksichtigung der Einrede der Verjährung von Amtes wegen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 12. Mai 2014 GVP 2014 Nr. 55

Art. 117 ff. Unentgeltliche Prozessführung. Ein vor Rechtshängigkeit der in Aussicht genommenen Berufung eingereichtes Gesuch um unentgeltliche Prozessführung, das keinerlei Angaben zu den Berufungsgründen, welche in der Sache gemacht werden wollen, enthält und sich mit den Entscheidgründen des anzufechtenden Entscheids mit keinem Wort auseinandersetzt, ist abzuweisen.

Kantonsgericht, Vizepräsident der I. Zivilkammer, 20. November 2014 GVP 2014 Nr. 56

Art. 119 Siehe Art. 117 ZPO (GVP 2014 Nr. 54).

Art. 126 Die Berufungsfrist ist eine gesetzliche Frist und kann nicht erstreckt werden. In Frage käme einzig eine Wiederherstellung. Innerhalb der Berufungsfrist ist die vollständige Berufungsbegründung zu erstatten. Keine Nachfrist und keine Aufforderung zur Nachbesserung bei zwar rechtzeitiger Berufung, aber mangelhafter Begründung.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. März 2014 GVP 2014 Nr. 58

Art. 126 Abs. 1. Sistierung des Verfahrens wegen eines anderweitig hängigen Prozesses, der keine identische Klage betrifft: Es ist im Einzelfall genau und kritisch zu prüfen, wie eng der Sachzusammenhang zwischen den beiden Verfahren wirklich ist und ob das Ergebnis des anderen Verfahrens effektiv eine entscheidende präjudizielle Wirkung auf das zu sistierende Verfahren hat. Dabei genügt es in der Regel nicht, wenn bloss die Klärung einzelner Rechts- oder Beweisfragen zu erwarten ist.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Obligationenrecht, 2. Juli 2014 GVP 2014 Nr. 57

Art. 128 Siehe Art. 52 ZPO (GVP 2014 Nr. 52).

Art. 132 Siehe Art. 126 ZPO (GVP 2014 Nr. 58).

Art. 144 Abs. 1. Siehe Art. 126 ZPO (GVP 2014 Nr. 58).

Art. 147 Abs. 1. Siehe Art. 126 ZPO (GVP 2014 Nr. 58).

Art. 148 Abs. 1. Siehe Art. 30 Abs. 1 VRP (GVP 2014 Nr. 46); siehe Art. 30 VRP (GVP 2014 Nr. 47); siehe Art. 126 ZPO (GVP 2014 Nr. 58).

Art. 153 Siehe Art. 117 ZPO (GVP 2014 Nr. 55).

Art. 158 Abs. 1 Bst. a. Bei werkvertraglichen Streitigkeiten besteht aufgrund von Art. 367 Abs. 2 OR ein gesetzlicher Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO. Art. 367 Abs. 2 OR gewährt dem Gesuchsteller einen Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung, ohne dass weitere Voraussetzungen wie eine Beweisgefährdung oder ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO bestehen müsste. Zur möglichen Aufgabe eines gerichtlich bestellten Sachverständigen gehört es, dass er einen bestimmten Zustand des Werkes, dessen Ursachen und ähnliche Tatsachen feststellt oder dem Gericht Auskunft über einschlägige Erfahrungssätze gibt.

Handelsgerichtspräsident, 4. März 2014 GVP 2014 Nr. 59

Art. 206 Abs. 2. Siehe Art. 52 ZPO (GVP 2014 Nr. 52).

Art. 212 Siehe Art. 98 ZPO (GVP 2014 Nr. 53).

Art. 238 «Kurzerwägungen» in einem im Dispositiv eröffneten Entscheid ersetzen dessen Begründung nicht; demgemäss kann und muss erst gegen den ausführlich begründeten Entscheid Beschwerde erhoben werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 28. Februar 2014 GVP 2014 Nr. 60

Art. 239 Der nur mit Beschwerde anfechtbare, erst im Dispositiv eröffnete Entscheid ist sofort vollstreckbar. Gegen die sofortige Vollstreckbarkeit kann sich die betroffene Partei in analoger Anwendung von Art. 261 und Art. 263 ZPO sowie unter den Voraussetzungen von Art. 325 Abs. 2 ZPO beim Kantonsgericht mit einem Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen, d. h. um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, zur Wehr setzen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 17. Juni 2014 GVP 2014 Nr. 61

Art. 239 Siehe Art. 238 ZPO (GVP 2014 Nr. 60).

Art. 252 f. In summarischen Verfahren müssen die Parteien gewärtigen, dass der Aktenschluss schon nach den ersten Vorträgen eintritt; sie haben daher alle Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel in/mit diesen vorzubringen. Die Gesuchsantwort ist dem Gesuchsteller nur, aber immerhin zur Kenntnisnahme zuzustellen; will er sich zu allfälligen Noven äussern, hat er ohne Verzug – nach st.gallischer Praxis in der Regel innert zehn Tagen – zu reagieren.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 13. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 62

Art. 256 Abs. 1. Siehe Art. 252 f. ZPO (GVP 2014 Nr. 62).

Art. 257 Siehe Art. 6 Abs. 1 AVEG (GVP 2014 Nr. 7).

Art. 261 Siehe Art. 839 Abs. 4 ZGB (GVP 2014 Nr. 31); siehe Art. 13 ZPO (GVP 2014 Nr. 51); siehe Art. 239 ZPO (GVP 2014 Nr. 61).

Art. 261 Abs. 5. Die besondere Dringlichkeit für den Erlass superprovisorischer Massnahmen ist dann nicht glaubhaft gemacht, wenn der Gesuchsteller mit der Einreichung des Gesuches ungebührlich zugewartet hat; allein der Hinweis auf kurz bevorstehende Messen und Ausstellungen genügt nicht, um die besondere zeitliche Dringlichkeit zu begründen.

Handelsgerichtspräsident, 7. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 63

Art. 263 Siehe Art. 239 ZPO (GVP 2014 Nr. 61).

Art. 265 Abs. 2. Siehe Art. 252 f. ZPO (GVP 2014 Nr. 62).

Art. 308 ff. Vereinbaren die Parteien in einem Prozessvergleich, dass das Beweisverfahren abgebrochen und die erste Instanz angewiesen werde, aufgrund der bestehenden Aktenlage zu entscheiden, ist es ihnen verwehrt, das Beweisverfahren in einem allfälligen Berufungsverfahren fortzusetzen. Insbesondere sind sie im Berufungsverfahren mit Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln ausgeschlossen, auf deren Geltendmachung sie erstinstanzlich mit dem Prozessvergleich bewusst verzichteten, und können sie der Vorinstanz nicht vorwerfen, der Sachverhalt hätte sich aufgrund weiterer Beweisabnahmen anders dargestellt und sie habe diesen daher unrichtig festgestellt.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 18. Februar 2014 GVP 2014 Nr. 64

Art. 310 Siehe Art. 117 ff. ZPO (GVP 2014 Nr. 56).

Art. 311 Erwachsenenschutz: Pflicht zur Begründung einer Beschwerde an das Kantonsgericht als zweite Rechtsmittelinstanz.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 6. Februar 2014 GVP 2014 Nr. 65

Art. 311 Abs. 1. Siehe Art. 117 ff. ZPO (GVP 2014 Nr. 56).

Art. 311 Abs. 1. Siehe Art. 126 ZPO (GVP 2014 Nr. 58).

Art. 317 Abs. 1. Siehe Art. 308 ff. ZPO (GVP 2014 Nr. 64).

Art. 320 Bst. a. Siehe Art. 52 ZPO (GVP 2014 Nr. 52).

Art. 325 Abs. 2. Siehe Art. 239 ZPO (GVP 2014 Nr. 61).

Art. 336 Abs. 1 Bst. a. Siehe Art. 239 ZPO (GVP 2014 Nr. 61).

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

Art. 80 Siehe Art. 133 Abs. 1 ZGB (GVP 2014 Nr. 24).

Art. 81 Abs. 1. Die in einem Konkursverlustschein verurkundete, vom Gemeinschuldner anerkannte Konkursforderung kann einer gerichtlich zugesprochenen Forderung verrechnungsweise entgegengehalten werden.
Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 5. März 2014 GVP 2014 Nr. 82

Art. 81 Abs. 1. Siehe Art. 176 ZGB (GVP 2014 Nr. 25).

Art. 260 Rechtzeitigkeit des Abtretungsbegehrens gemäss Art. 260 SchKG.
Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 22. September 2014 GVP 2014 Nr. 83

Art. 265 Abs. 1. Siehe Art. 81 Abs. 1 SchKG (GVP 2014 Nr. 82).

3. Strafrecht, Strafrechtspflege, Strafvollzug

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

Art. 11 Siehe Art. 117 StGB (GVP 2014 Nr. 37).

Art. 19 Abs. 2. Siehe Art. 379 StPO (GVP 2014 Nr. 76).

Art. 20 Siehe Art. 379 StPO (GVP 2014 Nr. 76).

Art. 25 Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz: Wer sich an Fussballspielen (eventual-)vorsätzlich daran beteiligt, eine Fanblockfahne über eine Gruppe von Fussballanhängern aufzuziehen und gespannt zu halten, damit diese in der Folge vermummt pyrotechnische Gegenstände («Pyros») abbrennen können, macht sich der Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz schuldig.
Kantonsgericht, Strafkammer, 1. September 2014 GVP 2014 Nr. 34

Art. 31 Strafantragsfrist bei Vernachlässigung der Unterhaltspflicht: Der Strafantrag wirkt rückwirkend für die Zeitspanne, während der die geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt wurden. Eine Erstreckung auf Unterlassungen, die nach dem Tag erfolgten, an welchem der Strafantrag gestellt wurde, findet nicht statt. Vielmehr ist ein neuer Strafantrag erforderlich.
Kantonsgericht, Strafkammer, 18. Juni 2014 GVP 2014 Nr. 35

Art. 69 Siehe Art. 2 Bst. a BetmG (GVP 2014 Nr. 3).

Art. 111 Mordqualifikation: Besonders verwerfliche Art der Tatausführung bei Überfahren der Ehefrau mit einem Personenwagen und anschliessenden Schlägen gegen den Kopf mit einem Radmutterschlüssel. Zudem besonders verwerflicher Beweggrund, da die Tötung aufgrund der Weigerung der Ehefrau erfolgte, zum Täter zurückzukehren, und weil sie bereits eine neue Beziehung mit einem anderen Mann eingegangen war. Keine Berechtigung der Tat aufgrund der Bestimmungen des Kanuns (albanisches Gewohnheitsrecht).
Kantonsgericht, Strafkammer, 4. März 2014 GVP 2014 Nr. 36

Art. 117 Fahrlässige Tötung durch Unterlassen: Zur Reichweite des ärztlichen Behandlungsvertrags ausserhalb der üblichen ärztlichen Behandlung in der Praxis. Der als Ärztin tätigen Beschuldigten oblag gegenüber der ihr freundschaftlich verbundenen Patientin keine Garantenpflicht aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag, als diese bei ihr übernachtete.
Kantonsgericht, Strafkammer, 2. Juli 2014 GVP 2014 Nr. 37

Art. 129 Das objektive Tatbestandsmerkmal der Gefährdung des Lebens setzt eine akute Lebensgefahr voraus. Die bloss abstrakte Möglichkeit einer unmittelbaren Lebensgefahr erfüllt den Tatbestand nicht.
Es liegt in der Natur der Strafuntersuchung, dass ein anfänglicher Tatverdacht (vorliegend der versuchten vorsätzlichen Tötung, eventuell Mord) nicht stets aufrechterhalten werden kann. Die aufgrund des ursprünglichen Tatverdachts angeordnete Untersuchungshaft erweist sich dadurch nachträglich nicht zwangsläufig als rechtswidrig und es ergibt sich daraus nicht zwingend ein Entschädigungsanspruch für die inhaftierte Person.
Kantonsgericht, Strafkammer, 12. Dezember 2013 GVP 2014 Nr. 38

Art. 177 Beschimpfung: Das Zeigen des gestreckten Mittelfingers («Stinkefinger») gegenüber einer Person ist ein nicht an bestimmte Tatsachen geknüpftes (herabsetzendes) Werturteil, mit welchem der Missachtung dieser Person Ausdruck verliehen wird. Vom Gehalt der Botschaft her ist diese Gebärde mit dem Fall vergleichbar, dass jemand eine Person mit beleidigenden Ausdrücken betitelt und sie so verbal in ihrer Ehre angreift.
Kantonsgericht, Strafkammer, 27. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 39

Art. 182 Zwischen den Tatbeständen des Menschenhandels sowie der Freiheitsberaubung und Entführungen und zwischen den Tatbeständen des Menschenhandels und der (versuchten) Förderung der Prostitution besteht echte Konkurrenz.
Kantonsgericht, Strafkammer, 23. Januar 2014 GVP 2014 Nr. 40

Art. 183 Siehe Art. 182 StGB (GVP 2014 Nr. 40).

Art. 186 Hausfriedensbruch: Gehen – wie vorliegend – ein Pausenplatz eines Schulhauses und ein öffentlicher Gehweg bewusst und gestalterisch auch sichtbar ineinander über, ist der Pausenplatz Teil des öffentlich zugänglichen Gemeindewegs und umgekehrt. Damit liegt kein umfriedeter Vorplatz im Sinne von Art. 186 StGB (Hausfriedensbruch) vor. Vielmehr ist im konkreten Fall von einem «offenen» Platz auszugehen, bei welchem der Schutz von Art. 186 StGB nicht greift. Im Übrigen kann eine Beschränkung der Benutzung eines öffentlichen Weges nicht auf dem Weg einer Amtsanzeige erfolgen, sondern erfordert eine öffentlich-rechtliche Verfügung.
Kantonsgericht, Strafkammer, 31. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 44

Art. 191 Abgrenzung Schändung von sexueller Belästigung: Das unvermittelte Betasten der Schamlippen respektive das Eindringen mit einem Finger in die Scheide einer weiblichen Person in einem öffentlichen Freizeitbad ohne deren Einwilligung erfüllt den Tatbestand der Schändung nicht, da sich das Opfer dem Täter zuvor nicht anvertraut und sich deshalb in seiner Bewegungsfreiheit und seinem Sehfeld nicht bewusst eingeschränkt hat. Weil das Überraschungsmoment und die Ahnungslosigkeit und nicht das Ausnützen einer (vorbestehenden) Widerstandsunfähigkeit des Opfers im Vordergrund stehen, ist der Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllt.
Kantonsgericht, Strafkammer, 25. Februar 2014 GVP 2014 Nr. 42

Art. 195 Siehe Art. 182 StGB (GVP 2014 Nr. 40).

Art. 198 Siehe Art. 191 StGB (GVP 2014 Nr. 41).

Art. 217 Siehe Art. 31 StGB (GVP 2014 Nr. 35).

Art. 292 Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen und Übertretung des Umweltschutzgesetzes durch Überschreitung der zulässigen Schallpegelgrenzwerte. Für den Erlass von Bewilligungen und Auflagen, die den Vollzug des kantonalen Gastgewerbegesetzes zum Gegenstand haben, ist die politische Gemeinde bzw. vorliegend die Stadtpolizei St.Gallen zuständig. Der Geschäftsführer eines Dancings, der entgegen entsprechender Auflagen Schallpegelprotokolle (Aufzeichnungen des Schallpegelbegrenzers) der zuständigen Behörde nicht oder verspätet einreicht, erfüllt unter Umständen den Tatbestand des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen. Werden in einem Club die zulässigen Schallpegelgrenzwerte überschritten, ist eine Übertretung des Umweltschutzgesetzes nach Art. 61 Abs. 1 Bst. a USG zu prüfen.
Kantonsgericht, Strafkammer, 30. Juni 2014 GVP 2014 Nr. 43

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

Art. 7 Abs. 2 Bst. b. Erfordernis eines Ermächtigungsverfahrens bei strafbaren Handlungen öffentlicher Notare (Rechtsanwälte).
Anklagekammer, 20. August 2014 GVP 2014 Nr. 66

Art. 42 Abs. 2. Zuständigkeit für unaufschiebbare Massnahmen (Untersuchungshaft) bei ungeklärtem Gerichtsstand.
Anklagekammer, 10. September 2014 GVP 2014 Nr. 67

Art. 82 Verlangt nur die Privatklägerschaft ein begründetes Urteil oder ergreift bloss sie alleine ein Rechtsmittel, begründet das Gericht das Urteil nur in dem Masse, als sich dieses auch auf das strafbare Verhalten zum Nachteil der Privatklägerschaft und auf deren Zivilansprüche auswirkt (Art. 82 Abs. 3 StPO). Sofern sich die Umstände der Tat auf die Beurteilung der Zivilansprüche der Privatklägerschaft auswirken, muss aus dem Urteil hervorgehen, welche Gründe zum Schuldspruch führten und insbesondere von welchem Sachverhalt das Gericht ausging. Für die Beurteilung, ob aufgrund einer bloss vorübergehenden Gesundheitsbeeinträchtigung eine Genugtuung zu leisten ist, muss folglich insbesondere ersichtlich sein, ob erschwerende Begleitumstände vorlagen. Fehlen entsprechende Ausführungen, weist der Entscheid i. S. v. Art. 409 Abs. 1 StPO einen wesentlichen Mangel auf, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden kann und der zur Rückweisung des Entscheids an das erstinstanzliche Gericht führt.
Kantonsgericht, Strafkammer, 10. November 2014 GVP 2014 Nr. 68

Art. 87 Abs. 2. Zustellungsdomizil für Personen mit Wohnsitz im Ausland. Fristauslösende Zustellungen an die Stabsdienste der Staatsanwaltschaft sind mit Zustimmung der betroffenen Person zulässig.
Anklagekammer, 8. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 69

Art. 91 Abs. 2. Rechtzeitige Übergabe einer Einsprache gegen einen Strafbefehl an die schweizerische Post. Bei Personen mit Wohnsitz im Ausland müssen die massgebenden Bestimmungen in der Rechtsmittelbelehrung ausdrücklich genannt werden.
Anklagekammer, 14. Mai 2014 GVP 2014 Nr. 70

Art. 104 Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons St.Gallen als öffentlich-rechtliche Anstalt ist im Strafverfahren weder als Privatklägerin, Partei noch als andere Verfahrensbeteiligte i. S. v. Art. 105 StPO zuzulassen. Als Anzeigeerstatterin stehen ihr bei Sozialversicherungsbetrugsfällen keine über Art. 301 StPO hinausgehenden Verfahrensrechte zu. Die öffentlichen Interessen an der strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung der beschuldigten Person werden im Strafverfahren durch die Staatsanwaltschaft wahrgenommen.
Kantonsgericht, Strafkammer, 12. August 2014 GVP 2014 Nr. 71

Art. 105 Siehe Art. 104 StPO (GVP 2014 Nr. 71).

Art. 115 Siehe Art. 104 StPO (GVP 2014 Nr. 71).

Art. 118 Siehe Art. 104 StPO (GVP 2014 Nr. 71).

Art. 141 Zuständigkeit bei Beweisverboten. Beschwerdelegitimation (rechtlich geschütztes Interesse).
Anklagekammer, 17. September 2014 GVP 2014 Nr. 72

Art. 263 Abs. 1. Die strafprozessuale Einziehungsbeschlagnahme von Waffen ist nur möglich, wenn diese einen Deliktskonnex aufweisen.
Anklagekammer, 13. August 2014 GVP 2014 Nr. 73

Art. 301 Siehe Art. 104 StPO (GVP 2014 Nr. 71).

Art. 314 Abs. 1 Bst. b. Siehe Art. 379 StPO (GVP 2014 Nr. 76).

Art. 318 Das Unterlassen einer Parteimitteilung vor Erlass einer Einstellungsverfügung stellt eine schwere und damit im Rechtsmittelverfahren unheilbare Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.
Anklagekammer, 1. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 74

Art. 319 Abs. 1. Mangelnde Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes, wenn beim Tatvorwurf der Vergewaltigung keine Konfrontationseinvernahme durchgeführt wird.
Anklagekammer, 11. Dezember 2013 GVP 2014 Nr. 75

Art. 366 ff. Siehe Art. 379 StPO (GVP 2014 Nr. 76).

Art. 379 Ein Gesuch um Entlassung bzw. Wechsel des amtlichen Verteidigers bildet in der Regel keinen Sistierungsgrund.
Ist die beschuldigte Person Berufungsklägerin und erscheint sie nicht zur Verhandlung, so ist die Verhandlung durchzuführen, wenn sich die beschuldigte Person rechtmässig vertreten lässt. Ein Abwesenheitsverfahren findet grundsätzlich nur dann statt, wenn die beschuldigte Person Berufungsbeklagte ist.
Eine verminderte Schuldfähigkeit muss mittels Gutachten sowohl zur Persönlichkeit des Beschuldigten als auch zum Grad der Herabsetzung belegt werden. Der Strafmilderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit ist ausser Acht zu lassen, wenn die beschuldigte Person in Kenntnis der Rechtslage ausdrücklich auf ein Gutachten verzichtet bzw. erklärt, sich einer Zwangsbegutachtung zu widersetzen.
Kantonsgericht, Strafkammer, 29. August 2014 GVP 2014 Nr. 76

Art. 382 Siehe Art. 141 StPO (GVP 2014 Nr. 72).

Art. 382 Abs. 1. Keine Beschwerdelegitimation des Anzeigeerstatters. Keine unmittelbare Betroffenheit bei Strafnormen, welche allgemeine öffentliche Interessen schützen.
Anklagekammer, 2. Juli 2014 GVP 2014 Nr. 77

Art. 393 Siehe Art. 141 StPO (GVP 2014 Nr. 72).

Art. 407 Siehe Art. 379 StPO (GVP 2014 Nr. 76).

Art. 409 Abs. 1. Siehe Art. 82 StPO (GVP 2014 Nr. 68).

Art. 422 Verfahrenskosten: Haftkosten fallen nicht unter die Verfahrenskosten gemäss Art. 422 StPO.
Kantonsgericht, Strafkammer, 20. November 2014 GVP 2014 Nr. 78

Art. 429 Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche. Wer nach der Parteimitteilung betreffend Verfahrenseinstellung keine Ansprüche geltend macht, verzichtet implizit auf diese (Verwirkung).
Anklagekammer, 4. Juni 2014 GVP 2014 Nr. 79

Art. 429 Abs. 1 Bst. c. Siehe Art. 129 StGB (GVP 2014 Nr. 38).

4. Schule, Wissenschaft, Kultur

keine Entscheide

5. Landesverteidigung

keine Entscheide

6. Finanzen

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

Art. 20 Abs. 1bis. Siehe Art. 50 Abs. 5 StG (GVP 2014 Nr. 20).

Art. 22 Abs. 1. Siehe Art. 35 Abs. 1 StG (GVP 2014 Nr. 16).

Art. 27 Abs. 1. Siehe Art. 40 Abs. 1 StG (GVP 2014 Nr. 17).

Art. 33 Abs. 1 Bst. d. Siehe Art. 45 Abs. 1 Bst. d StG (GVP 2014 Nr. 18).

Art. 33a Siehe Art. 35 Abs. 1 StG (GVP 2014 Nr. 16).

Art. 214 Abs. 2 und 2bis. Siehe Art. 50 Abs. 3 und 4 StG (GVP 2014 Nr. 19).

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

Art. 8 Abs. 2. Siehe Art. 31 Abs. 2 StG (GVP 2014 Nr. 15).

Art. 10 Abs. 1 Bst. c. Siehe Art. 80 Abs. 1 Bst. e StG (GVP 2014 Nr. 21).

Art. 23 Abs. 4. Siehe Art. 80 Abs. 1 Bst. e StG (GVP 2014 Nr. 21).

7. Öffentliche Werke, Energie, Verkehr

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

Art. 21 Abs. 2. Allgemeine Bemerkungen zur (weiteren) Verfahrensbeteiligung von Einsprechern in den Rechtsmittelverfahren und zum Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

Verwaltungsgericht, 8. Juli 2014 GVP 2014 Nr. 9

Art. 21 Abs. 2. Pläne sind verfahrensrechtlich im Wesentlichen den Verfügungen gleichgestellt; sie unterliegen den Regeln der Einzelfallanfechtung. Die nachträgliche Überprüfung von Planerlassen im Baubewilligungsverfahren ist daher nicht mit der sog. «akzessorischen Normenkontrolle» – d. h. der einzelfallweisen Überprüfung von Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen auf deren Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht – zu verwechseln. Es handelt sich dabei vielmehr um ein der Wiedererwägung ähnliches ausserordentliches Rechtsmittel.

Verwaltungsgericht, 8. Juli 2014 GVP 2014 Nr. 10

Art. 25 Abs. 1 und 2. Eröffnet eine Baubewilligungsbehörde ihren abschlägigen Gesamtentscheid gleichzeitig mit zwei zustimmenden Teilverfügungen des AREG und des AFU, verstösst sie gegen den Grundsatz der Verfahrenskoordination.

Baudepartement, 28. August 2014 GVP 2014 Nr. 87

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

Art. 30 Der vorsorgliche Entzug des Führerausweises während der Dauer der Abklärung der Fahreignung und der Entzug der aufschiebenden Wirkung eines dagegen erhobenen Rekurses sollen der Gefährdung des Strassenverkehrs durch den betroffenen Fahrzeuglenker entgegenwirken. Die verfügende Behörde wird dem Rekurs gegen einen vorsorglichen Entzug also die aufschiebende Wirkung entziehen müssen, andernfalls die Massnahme selbst sinnlos würde. Die Rekursinstanz hat lediglich dann gegenteilig zu verfügen, wenn klare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der vorsorgliche Entzug unhaltbar ist.

Verwaltungsgericht, Präsidialentscheid, 15. Januar 2014 GVP 2014 Nr. 8

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

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

Art. 2 Bst. a. Der Grenzwert von 1,0 Prozent Gesamt-THC-Gehalt zur Definition von Cannabis als Betäubungsmittel ist gesetzes- und verfassungsmässig.
Die Sicherungseinziehung von Cannabis-Produkten mit einem Gesamt-THC-Gehalt von 1,0 Prozent oder mehr ist rechtmässig, sofern die Besitzerin der Produkte über keine Betriebs- oder Anbaubewilligung gemäss Art. 11 Abs. 1 und 2 i. V. m. Art. 2 Bst. h BetmKV verfügt.

Kantonsgericht, Strafkammer, 20. August 2013 GVP 2014 Nr. 3

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

Art. 61 Abs. 1 Bst. a. Siehe Art. 292 StGB (GVP 2014 Nr. 43).

V über die Verzeichnisse der Betäubungsmittel, psychotropen Stoffe, Vorläuferstoffe und Hilfschemikalien vom 30. Mai 2011 (BetmVV-EDI), SR 812.121.11

Art. 1 Abs. 2 Bst. a und Anhang 5. Siehe Art. 2 Bst. a BetmG (GVP 2014 Nr. 3).

V über den Schutz des Publikums von Veranstaltungen vor gesundheitsgefährdenden Schalleinwirkungen und Laserstrahlen vom 28. Februar 2007 (SLV), SR 814.49

Art. 7 Abs. 1 Bst. a. Siehe Art. 292 StGB (GVP 2014 Nr. 43).

Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV), SR 814.201

Art. 41c Abs. 1 und 2. Bei der Prüfung der Bewilligungsfähigkeit einer bestehenden zonenwidrigen Terrasse in der Grünzone Freihaltung sind im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung die kantonal- und kommunalrechtlich statuierten Zonenvorschriften sowie die eidgenössisch und kantonalrechtlich geregelten Gewässerabstandsbestimmungen zu beachten. Die innerhalb des übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstands anzuwendende Bestandesgarantie richtet sich seit Inkrafttreten der Gewässerschutzverordnung ausschliesslich nach Bundesrecht. Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist auf das Recht abzustellen, das im Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheides gilt.

Baudepartement, 19. Juni 2014 GVP 2014 Nr. 88

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

Art. 25 Die Genanalyse eines Marfan-Syndroms ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für die weitere Therapie bedeutsam und bildet eine Pflichtleistung.

Versicherungsgericht, 23. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 4

Art. 32 Siehe Art. 25 KVG (GVP 2014 Nr. 4).

Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1. Siehe Art. 25 KVG (GVP 2014 Nr. 4).

V über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV), SR 832.102

Art. 34 Siehe Art. 25 KVG (GVP 2014 Nr. 4).

Art. 37f Siehe Art. 25 KVG (GVP 2014 Nr. 4).

BG über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (FamZG), SR 836.2

Art. 19 Abs. 1 und 2. Hinsichtlich der Bestimmung des steuerbaren Einkommens kommt einer rechtskräftigen Steuerveranlagung keine Bindungswirkung für die Beurteilung des Anspruchs auf Familienzulagen zu. Diese bildet in der Regel die Grundlage. Wenn sich indessen ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Steuerveranlagung ergeben, darf sich die Familienausgleichskasse nicht einfach auf den Steuerentscheid verlassen. Vielmehr hat sie diesfalls eine eigenständige Beurteilung vorzunehmen.

Versicherungsgericht, 3. Oktober 2014 GVP 2014 Nr. 5

V über die Familienzulagen vom 31. Oktober 2007 (FamZV), SR 836.21

Art. 17 Siehe Art. 19 Abs 1 und 2 FamZG (GVP 2014 Nr. 5).

9. Wirtschaft, Technische Zusammenarbeit

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

Art. 12 Bst. a. Verletzung der anwaltlichen Berufsregeln durch die Einforderung und Entgegennahme von Kostenvorschüssen im Rahmen von strafrechtlichen Beschwerdeverfahren, in welchen das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt worden war, und durch deren Nichtoffenlegung gegenüber den Gerichtsinstanzen.

Anwaltskammer, 29. April 2014 GVP 2014 Nr. 80

Art. 12 Bst. a und c. Verletzung der anwaltlichen Berufsregeln durch mehrmalige Einforderung von Schuldanerkennungen für das Anwaltshonorar sowie durch Abschluss eines Pfandvertrages und einer in diesem Zusammenhang erhobenen Hauptinterventionsklage gegen den (ehemaligen) Mandanten.

Anwaltskammer, 29. April 2014 GVP 2014 Nr. 81

BG über explosionsgefährliche Stoffe vom 25. März 1977 (SprstG), SR 941.41

Art. 15 Abs. 5 Satz 1. Siehe Art. 25 StGB (GVP 2014 Nr. 34).

Art. 37 Ziff. 1 Satz 1. Siehe Art. 25 StGB (GVP 2014 Nr. 34).

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

1

Art. 8 Abs. 1 BV (SR 101); Art. 26 VSG (sGS 213.1); Art. 1 Abs. 1 VVU (sGS 213.11). Bei der Zuteilung von Kindergartenkindern ist das Gebot der Rechtsgleichheit zu beachten. Da kein Anspruch auf die Zuteilung zum nächsten Standort besteht, ist im Rahmen der organisatorischen Möglichkeiten und der Zumutbarkeit des Kindergartenweges auf ungefähr gleich lange Wege zu achten.

Verwaltungsgericht, 12. Februar 2014
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 2C_274/2014 vom 29. Juli 2014)

Die Beschwerdeführer ersuchten das Schulamt Gossau, ihre Tochter (geboren am 9. November 2008) für das Schuljahr 2013/14 dem Kindergarten «A» oder dem Kindergarten «B» zuzuteilen. Das Schulamt teilte sie am 7. Mai 2013 dem Kindergarten «C» zu. Die Eltern wandten sich gegen diese Zuteilung an den Schulrat Gossau mit dem Antrag, ihre Tochter dem Kindergarten «B» zuzuteilen. Der Schulrat wies das Begehren am 19. Juni 2013 ab. Die Rekursstelle Volksschule St.Gallen-Rorschach wies den von den Eltern gegen diesen Entscheid erhobenen Rekurs am 6. August 2013 ab. Seit Beginn des Schuljahres 2013/14 am 12. August 2013 besucht die Tochter der Beschwerdeführer den Kindergarten «C». Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde der Eltern gut.

Aus den Erwägungen:

2. Streitgegenstand bildet die Frage, ob die Tochter der Beschwerdeführer zu Recht dem Kindergarten «C» und nicht – wie von den Beschwerdeführern gewünscht – dem Kindergarten «B» zugeteilt wurde.

2.1. Art. 19 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) gewährleistet den Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Die Kantone sorgen gemäss Art. 62 Abs. 1 und 2 Satz 1 BV für ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offen steht. Der Unter-

richt muss grundsätzlich am Wohnort der Schüler erteilt werden; die räumliche Distanz zwischen Wohn- und Schulort darf den Zweck der ausreichenden Grundschulausbildung nicht gefährden (vgl. BGE 133 I 156 E. 3.1). Da gemäss st.gallischem Volksschulrecht Kinder am 1. August nach Vollendung des vierten Altersjahres schulpflichtig werden, muss dem Anspruch auch für den Weg in den Kindergarten Genüge getan werden (vgl. dazu BGer 2C_433/2011 vom 2. Juni 2012 E. 3.3). Aus dem Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht – und aus dem Anspruch auf Chancen- und Rechtsgleichheit (vgl. BGer 2C_495/2007 vom 27. März 2008, veröffentlicht in ZBl 109/2008 S. 494 ff., E. 2.2) – ergibt sich insofern ein verfassungsmässiger Anspruch auf einen zumutbaren Schulweg. Ein Rechtsanspruch auf Einteilung ins nächstgelegene Schulhaus besteht nicht (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2008.00537 vom 21. Januar 2009 E. 4.2.1, www.vgr.zh.ch). Die Zuteilung in ein etwas weiter entferntes Schulhaus greift deshalb nicht in den Schutzbereich des Schülers auf Unversehrtheit und auf Förderung seiner Entwicklung im Sinn von Art. 11 BV ein (vgl. BGer 2C_495/2007 vom 27. März 2008, a. a. O., E. 2.4 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

Ob ein Schulweg als zumutbar gelten kann, ist gestützt auf eine Würdigung der konkreten Gesamtumstände zu beurteilen. Insbesondere sind die Person des Schülers, so sein Entwicklungsstand und seine Gesundheit, die Art des Schulwegs (Länge, Marschzeit, Höhenunterschied, Beschaffenheit) sowie die sich daraus ergebende Gefährlichkeit zu berücksichtigen. Ausser Acht zu bleiben hat, ob ein Weg subjektiv als lang, schlecht begehbar oder gefährlich empfunden wird; abzustellen ist einzig auf objektivierte Kriterien (vgl. GVP 2008 Nr. 7 mit Hinweis auf BGer 2P.101/2004 vom 14. Oktober 2004 E. 4.1).

2.2. Die Vorinstanz führt aus, der von der Tochter der Beschwerdeführer vom Wohnort bis zum Kindergarten zurückzulegende Weg sei rund 600 Meter lang und weise keine besonderen Verkehrsgefahren auf (angefochtener Entscheid, E. 4). Folglich sei er zumutbar.

Dem halten die Beschwerdeführer entgegen, der Schulweg sei angesichts seiner Länge und seiner Steigung für ein Kind im Alter ihrer Tochter unzumutbar. Der Kindergarten «C» sei rund 700 Meter vom Wohnort entfernt. Die Strecke vom Kindergarten bis zum Haus der Grosseltern, wo ihre Tochter dienstags und donnerstags nach dem Kindergarten zu Mittag esse und betreut werde, sei rund 1,4 Kilometer lang und weise eine Steigung von 60 Höhenmetern auf, wovon allein die letzten 300 bis 400 Meter der Strecke eine Höhendifferenz von 30 Metern aufwiesen. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit dürfe nicht alleine auf die Streckenlänge abgestellt werden. Mit zu berücksichtigen sei, dass ihre Tochter für den Weg vom Kindergarten «C» bis zu ihren Grosseltern, der zumindest zwei gefährliche Strassenüberquerungen beinhalte, fast eine Stunde benötige. Zudem sei sie gemäss ärztlichem Zeugnis vom 6. Juli 2013 ein sehr kontaktfreudiges und unvorsichtiges Mädchen, welches sich durch die zahlreichen Häuser und Gärten auf ihrem Schulweg schnell vom Weiterlaufen ablenken lasse. Auch dem Umstand, dass zwei ih-

rer Geschwister und Kinder aus der Nachbarschaft das Schulhaus «B» besuchten, sei Rechnung zu tragen.

2.3./2.3.1. Der Weg vom Wohnhaus der Beschwerdeführer an der T.-strasse 00 zum Kindergarten «C» ist rund 700 Meter lang (gemessen auf www.geoportal.ch). Eine solche Distanz kann einem Kindergartenkind grundsätzlich zugemutet werden (vgl. dazu S. Horváth, Der verfassungsmässige Anspruch auf einen zumutbaren Schulweg, in: ZBl 108/2007 S. 633 ff., S. 656; H. Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl. 2003, S. 227). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dagegen für einen Schüler auf Kindergartenstufe ein zu Fuss zurückzulegender Schulweg von über einer halben Stunde regelmässig unzumutbar (BGer 2P.101/2004 vom 14. Oktober 2004 E. 4.4, 2P.101/2005 vom 25. Juli 2005 E. 5.2.2) und vierzig Minuten für den Schulweg eines Primarschülers der ersten Klasse an der oberen Grenze des Zumutbaren (BGer 2C_495/2007 vom 27. März 2008, a. a. O., E. 2.3 und E. 4.4).

Der Verlauf des Weges, der über die T.-strasse, die U.-strasse und die V.-strasse führt, ist auch für ein Kindergartenkind genügend überschaubar. Der Weg weist zudem keine besonderen Gefahrenquellen auf, zumal er – wie die Beschwerdegegnerin feststellt – in der Tempo-30-Zone liegt. Für die Strassenüberquerungen in der Tempo-30-Zone ist zu berücksichtigen, dass in diesem Bereich generell besonders vorsichtig und rücksichtsvoll gefahren werden muss (vgl. Art. 22a der Signalisationsverordnung, SR 741.21) und Fussgängerstreifen grundsätzlich unzulässig sind (vgl. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung über die Tempo-30-Zonen und die Begegnungszonen, SR 741.213.3). Die Tempo-30-Zone kann – mangels besserer Massnahmen – für einen umfassenden Schutz von Fussgängern und insbesondere von Schulkindern angeordnet werden (vgl. BGer 1C_206/2008 vom 9. Oktober 2008 E. 2.5). In dieser Zone und auf Quartierstrassen, die vorab der internen Erschliessung von Wohnquartieren dienen, darf von den Fahrzeuglenkern ein den engen Verhältnissen angepasstes Verhalten erwartet werden. Schliesslich können Kinder im Lebensalltag und damit auch auf dem Schulweg nicht vor sämtlichen Risiken bewahrt werden. Ihnen muss sowohl von den Eltern als auch von der Schule der Umgang mit minimalen Unwägbarkeiten beigebracht und zugemutet werden (vgl. GVP 2007 Nr. 110).

Der von der Tochter der Beschwerdeführer von ihrem Zuhause am Wohnort der Eltern in den Kindergarten «C» zu Fuss zurückzulegende Weg unterscheidet sich demgemäss in Bezug auf Länge und Gefährlichkeit nicht augenfällig von Wegstrecken, wie sie in einer vergleichbaren Wohnumgebung von Kindern üblicherweise bewältigt werden müssen, und ist als zumutbar einzustufen. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Weg zum Kindergarten «B» kürzer und mit einem geringeren Zeitaufwand verbunden ist und die älteren Geschwister der Tochter der Beschwerdeführer dem Schulhaus «B» zugeteilt sind.

2.3.2. Als Schulweg gilt regelmässig der Weg vom Wohnhaus der Eltern bis zum Schulhaus (vgl. Plotke, a. a. O., S. 227). Die Tochter der Beschwerdeführer

geht vom Wohnhaus ihrer Eltern in den Kindergarten und kehrt in den weit überwiegenden Fällen auch dahin zurück. Es besteht also kein Anlass, den Weg zu den Grosseltern, den sie dienstags und donnerstags am Mittag zurücklegt, als Schulweg zu behandeln. Die Vorinstanz führt deshalb zu Recht aus, die Schule müsse im Rahmen des Zuteilungsentscheides grundsätzlich auf einen Ausgangsort, von welchem ein Kind in der Regel zur Schule gehe und nach dem Unterricht zurückkehre, abstellen (vgl. auch J. Raschle, Schulrecht der Volksschule im Kanton St.Gallen, Ein Leitfaden, 2. Aufl. 2008, S. 29). Hinsichtlich der Zumutbarkeit ist deshalb einzig der Weg vom Wohnhaus der Beschwerdeführer an der T.-strasse 00 zum Kindergarten «C» zu beurteilen.

3. Umstritten ist schliesslich, ob die Zuteilung vor dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung standhält.

3.1. Gemäss Art. 26 des Volksschulgesetzes (sGS 213.1, VSG) in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über den Volksschulunterricht (sGS 213.11, VVU) bildet der Schulrat unter Berücksichtigung von Quartiergrenzen und Schulwegen nach Leistungsfähigkeit, sozialer Herkunft und Muttersprache ausgeglichene Klassen. Die Schülerzahl einer Kindergartenklasse beträgt 16 bis 24 Schüler (Art. 3bis Abs. 1 VVU). Die Gemeinde ist gemäss Art. 89 Abs. 1 der Kantonsverfassung (sGS 111.1) autonom, soweit das Gesetz ihre Entscheidungsfreiheit nicht einschränkt. Der Zuteilungsentscheid der Schulbehörde kann deshalb weder im Rekursverfahren (Art. 46 Abs. 2 VRP) noch im Beschwerdeverfahren (Art. 61 Abs. 1 VRP) auf seine Angemessenheit hin überprüft werden.

Ein Ermessensmissbrauch – und damit eine Rechtsverletzung – wird jedoch angenommen, wenn sich die Behörde zwar an den Rahmen des ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessens hält, jedoch die bei der Ermessensausübung zu achtenden verfassungsrechtlichen Grundsätze, insbesondere den Grundsatz der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit oder das Verbot der Willkür, verletzt (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 742). Der allgemeine Rechtsgleichheitsgrundsatz gemäss Art. 8 Abs. 1 BV verpflichtet die Behörden, gleiche Sachverhalte mit identischen relevanten Tatsachen gleich zu behandeln, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung. Ungleichbehandlungen im Rahmen der Rechtsanwendung in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten müssen sich vernünftig begründen lassen beziehungsweise sachlich haltbar sein (anstelle vieler BGE 136 I 345 E. 5 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung).

3.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, es lägen keine sachlichen Gründe dafür vor, die Kinder, welche einen kürzeren Weg aus der Nachbarschaft zum Kindergarten «C» zurückzulegen hätten als ihre Tochter dem noch näher gelegenen Kindergarten «B» zuzuweisen. Ihre Tochter werde vergleichsweise benachteiligt. Die Vorinstanz zeigte angesichts der Verhältnisse Verständnis für den «Unmut» der Beschwerdeführer, beurteilte den Zuteilungsentscheid jedoch nicht als willkürlich.

Die Beschwerdegegnerin bringt vor, an der Einhaltung der Richtzahlen und der Bildung von ausgeglichenen Klassen bestehe sowohl in pädagogischer Hinsicht als auch im Hinblick auf eine optimale räumliche Auslastung der Schul- und Kindergartenstandorte ein erhebliches öffentliches Interesse. Ein solches sei auch in Bezug auf die mit der Optimierung der Klassengrössen verbundenen finanziellen Einsparungen gegeben. Die Zuteilung trage dem Umstand Rechnung, dass eine überdurchschnittlich grosse Zahl von Kindern in die umliegenden Kindergärten einzuteilen gewesen sei. Auch auf die geografische Lage der Kindergärten im Verhältnis zu den Wohnorten der Schülerinnen und Schüler sei Rücksicht genommen worden, so dass Kinder aus dem gleichen Quartier den Weg möglichst gemeinsam zurücklegen könnten. Deshalb seien zwei an der T.-strasse 01 und 02 wohnhafte Kinder aus der unmittelbaren Nachbarschaft der Tochter der Beschwerdeführer ebenfalls dem Kindergarten «C» zugeteilt worden. Damit lägen hinreichend objektive Gründe für den Zuteilungsentscheid vor.

3.3. Die Beschwerdegegnerin führt im Schuljahr 2013/2014 16 Kindergartenabteilungen, die möglichst ausgeglichen sein sollen. Sie berücksichtigt dabei, wie viele (zukünftige) Kindergartenkinder des zweiten Jahres im Schuljahr 2013/2014 bereits im Kindergarten sind. Die Gesamtgrösse der Kindergärten ergibt sich aus dem Total der verbleibenden Kindergartenkinder des zweiten Jahres und der neuen Kindergartenkinder des ersten Jahres. Die Beschwerdegegnerin berücksichtigte bei der Zuteilung, dass im fraglichen Gebiet überdurchschnittlich viele zukünftige Kindergartenkinder des ersten Jahres wohnen und sich im Kindergarten «B» derzeit bereits 15 Kinder im ersten und fünf Kinder im zweiten Kindergartenjahr befänden, im vom Raumangebot her grössten Kindergarten «C» dagegen (lediglich) elf Kinder im ersten und sieben im zweiten Kindergartenjahr. Sie hat davon abgesehen, die Klassengrösse im Kindergarten «B» weiter zu erhöhen. Soweit im Ergebnis der Schulweg als zumutbar zu beurteilen ist, sind diese Kriterien grundsätzlich geeignet, eine Zuteilung zu rechtfertigen, welche den individuellen Interessen der Betroffenen an einem möglichst kurzen Schulweg nicht entspricht.

In tatsächlicher Hinsicht ist jedoch unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin einerseits drei Kinder, welche an der U.-strasse 03, 04 und 05 und somit sowohl näher am Kindergarten «B» als auch näher am Kindergarten «C» wohnen, dem Kindergarten «B» und anderseits die weiter entfernt wohnende Tochter der Beschwerdeführer und zwei weitere Kinder aus ihrer unmittelbaren Nachbarschaft dem Kindergarten «C» zuteilte. Dies führt zu erheblichen Unterschieden bei der Länge des Kindergartenweges. Mit Blick auf ungefähr gleich lange Schulwege aller Kinder und den fehlenden Anspruch auf die Zuteilung zum nächsten Standort wäre es stattdessen vorzuziehen, Kinder, welche zwar in unmittelbarer Nähe zum Standort «B» wohnen, dem lediglich rund 300 Meter weiter entfernten Kindergarten an der V.-strasse zuzuteilen und damit eine Zuteilung von A. Y. und weiteren Kindern, welche in deren Umgebung wohnen, zum Kindergarten «B» zu ermöglichen. Damit wäre keine Zuteilung benachbart wohnender Kinder an unterschiedliche Standorte

verbunden. Die Quartiergrenzen würden beachtet und die Kinder könnten den für alle etwa gleich langen Weg gemeinsam zurücklegen. Die Zuteilung unter Berücksichtigung ausgeglichener Schulweglängen würde zudem weder an der Grösse noch an der Zusammensetzung der Kindergartenklassen an den Standorten «B» und «C» etwas ändern. Insbesondere wird nicht ersichtlich und von der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht, das Verhältnis zwischen Kindergartenkindern im ersten und im zweiten Jahr würde sich dadurch ungünstig verändern, zumal auch die drei an der U.-strasse 03, 04 und 05 wohnenden Kindergartenkinder das erste Kindergartenjahr besuchen.

Darüber hinaus wurden gemäss unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beschwerdeführer Kinder, welche aufgrund der Entfernung ihres Wohnorts zum Kindergarten einen Anspruch auf unentgeltlichen Schultransport geniessen und somit mit einem Schulbus von weit entfernt liegenden Bauernhöfen in den Kindergarten transportiert werden müssen, dem Kindergarten «B» zugeteilt, obschon der Kindergarten «C» nach Angaben der Beschwerdegegnerin über ein grösseres Raumangebot und mehr freie Kindergartenplätze verfügt. Darüber hinaus wäre es der Beschwerdegegnerin offen gestanden, diejenigen Kinder, welche ohnehin mit dem Schulbus in den Kindergarten transportiert werden, dem mit dem Auto nur knapp zwei Minuten weiter entfernten Kindergarten «C» zuzuteilen und auf diese Weise im Kindergarten «B» Platz für die Kinder aus der näheren Umgebung dieses Kindergartens zu schaffen.

3.4. Indem die Beschwerdegegnerin die Ausgewogenheit der Länge der Schulwege nicht berücksichtigte, obwohl dies in organisatorischer Hinsicht ohne Weiteres möglich gewesen wäre, hat sie Art. 26 VSG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 VVU in einer den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung verletzenden Weise angewendet.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet. Sie ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 6. August 2013 ist aufzuheben. Die Beschwerdegegnerin ist anzuweisen, die Tochter der Beschwerdeführer dem Kindergarten «B» zuzuteilen. Anzumerken ist, dass diese einzelne Umteilung – die Zuteilung der beiden weiteren betroffenen Kinder in der unmittelbaren Nachbarschaft der Beschwerdeführer wurde unangefochten rechtskräftig – nicht zu einer Überschreitung der zulässigen Kinderzahl im Kindergarten «B» führt. Ebensowenig hat er zur Folge, dass ein anderes Kind den Kindergartenweg deshalb allein zurücklegen muss.

2

Art. 15 BV (SR 101). Die Durchsetzung eines in der demokratisch legitimierten Schulordnung vorgesehenen Kopfbedeckungsverbots während des Unterrichts an der öffentlichen Schule stellt zurzeit einen unverhältnismässigen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Beschwerdeführer und ihrer Tochter, welche das islamische Kopftuch tragen will, dar. Eine verfassungskonforme Handhabung des Verbots verlangt deshalb, dass der Tochter der Beschwerdeführer das Tragen des islamischen Kopftuches auch während des Unterrichts erlaubt wird.

Verwaltungsgericht, 11. November 2014
-> Beim Bundesgericht ist eine Beschwerde gegen diesen Entscheid hängig (2C_121/2015).

C., die 2001 geborene Tochter der Beschwerdeführer, erschien am 12. August 2013, dem ersten Schultag des Schuljahres 2013/14, ein islamisches Kopftuch (Hijab) tragend in Begleitung ihrer Mutter in der Schule und teilte mit, sie werde in Zukunft den Unterricht mit dem Hijab besuchen. Die Schulleiterin wies auf die Schulordnung hin, die das Tragen von Kopfbedeckungen jeglicher Art während des Unterrichts untersage. Am Abend desselben Tages händigte der Schulrat dem Vater von C eine Verfügung aus, in welcher festgestellt wurde, für C gelte keine Ausnahme vom Kopfbedeckungsverbot. C nahm in der Folge am Unterricht nicht mehr teil und erarbeitete den Schulstoff zu Hause. Im Rahmen des dagegen von den Eltern von C beim Bildungsdepartement angehobenen Rekursverfahrens hiess der Präsident des Verwaltungsgerichts deren Gesuch, C mit dem islamischen Kopftuch vorsorglich für die Dauer des Verfahrens am Unterricht teilnehmen zu lassen, am 7. November 2013 gut (GVP 2013 Nr. 48). C nahm deshalb seit 12. November 2013 wieder am Unterricht teil. Das Bildungsdepartement wies am 12. März 2014 den Rekurs gegen die Verfügung des Schulrats vom 12. August 2013 ab. Das Verwaltungsgericht heisst die von den Eltern von C gegen den Rekursentscheid erhobene Beschwerde nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gut.

Aus den Erwägungen:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Die Eltern der noch nicht 16-jährigen C sind Adressaten des angefochtenen Entscheides und in der Ausübung ihrer Elternrechte betroffen (Art. 303 Abs. 1 und 3 sowie Art. 304 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [SR 220, ZGB]); sie sind deshalb zur Beschwerdeerhebung befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 26. März 2014 rechtzeitig erhoben und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 28. April 2014 in formeller und inhalt-

licher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist dementsprechend einzutreten.

2. Die Beschwerdeführer machen geltend, das in Art. 14 Abs. 2 der Schulordnung der Beschwerdegegnerin vorgesehene Verbot, während des Unterrichts eine Kopfbedeckung zu tragen, verletze sie und ihre Tochter in verfassungsmässigen Rechten. Fällt die Pflicht zur Beachtung dieser Kleidervorschrift durch die Tochter der Beschwerdeführer, die während des Unterrichts das islamische Kopftuch (Hijab) tragen will, in den Geltungsbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit (dazu nachfolgend Erwägung 3), ist die Zulässigkeit des Eingriffs zu prüfen (dazu nachfolgend Erwägung 4).

3. / 3.1. Art. 15 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) gewährleistet – ebenso wie Art. 2 Ingress und lit. i der Verfassung des Kantons St.Gallen (sGS 111.1, KV), Art. 9 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK) und Art. 18 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, UNO-Pakt II) – die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Abs. 1) und erlaubt jeder Person, ihre Religion und ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen (Abs. 2). Das Recht der Eltern, über die religiöse Erziehung ihrer Kinder bis zu deren 16. Altersjahr zu verfügen (vgl. Art. 303 Abs. 1 und 3 ZGB), ist Bestandteil der elterlichen Religionsfreiheit (BGE 119 Ia 178 E. 2). In ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützt ist aber auch die noch nicht 16-jährige Tochter der Beschwerdeführer (vgl. auch Art. 3 und 14 Abs. 1 UNO-Kinderrechtekonvention [SR 0.107, KRK] sowie Art. 11 BV); ihre Rechte werden durch die Eltern wahrgenommen (Art. 304 Abs. 1 ZGB).

Die Religionsfreiheit garantiert die religiöse Bezeugung des einzelnen Menschen als selbstverantwortlichen Bereich. Davon erfasst werden grundsätzlich alle Arten von Vorstellungen über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen beziehungsweise zum Transzendenten (BGE 119 Ia 178 E. 4b). Unter diesem Schutz stehen nicht nur die traditionellen Glaubensformen der christlichabendländischen Kirchen und Religionsgemeinschaften, sondern alle Religionen, unabhängig von ihrer quantitativen Verbreitung in der Schweiz (BGE 134 I 56 E. 4.3). Die Religionsfreiheit umfasst sowohl die innere Freiheit, zu glauben, nicht zu glauben oder seine religiösen Anschauungen zu ändern wie auch die äussere Freiheit, entsprechende Überzeugungen innerhalb gewisser Schranken zu äussern, zu praktizieren und zu verbreiten oder sie nicht zu teilen. Sie enthält den Anspruch des Einzelnen darauf, sein Verhalten grundsätzlich nach den Lehren des Glaubens auszurichten und den Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln. Zur derart gewährleisteten Religionsausübung zählen über kultische Handlungen hinaus auch die Beachtung religiöser Gebräuche und Gebote sowie andere Äusserungen des religiösen Lebens, soweit solche Verhaltensweisen Ausdruck der religiösen Überzeugung bilden. Das gilt auch für Religionsbekenntnisse, welche die auf den Glauben gestützten Verhaltenswei-

sen sowohl auf das geistig-religiöse Leben wie auch auf weitere Bereiche des alltäglichen Lebens beziehen; auch religiös motivierte Bekleidungsvorschriften sind vom Schutz von Art. 15 BV erfasst (BGE 134 I 56 E. 4.3; 139 I 280 E. 4.1 mit zahlreichen Hinweisen auf weitere bundesgerichtliche Rechtsprechung). Unerheblich ist, ob entsprechende Gepflogenheiten von allen, von einer Mehrheit oder allenfalls lediglich von einer Minderheit der Angehörigen eines Glaubens befolgt werden (vgl. BGE 134 I 56 E. 4.3). Deshalb schmälert die Tatsache, dass der Koran nicht einheitlich interpretiert wird und ihm nicht alle islamischen Glaubensrichtungen ein Gebot zum Tragen des Kopftuchs entnehmen, den Schutz jener Frauen nicht, die eine solche religiöse Vorschrift anerkennen und danach leben (vgl. P. Karlen, Umstrittene Religionsfreiheit, in: ZSR NF 116/1997 I S. 193 ff., S. 207 f.; Y. Hangartner, Religionsfreiheit, in: AJP 19/2010 S. 441 ff., S. 447).

3.2. Der Beschwerdeführer hat an der mündlichen Verhandlung ausgeführt, er sei überzeugter Moslem und möchte, dass Gott auch im Leben seiner Kinder eine zentrale Rolle spiele. Er glaube an ein nächstes Leben und strebe danach, mit seiner Familie ins Paradies einzugehen. Gott sei Dank hätten die Kinder bisher akzeptiert, was er und seine Frau von ihnen verlangten. Indem der Beschwerdeführer die Einhaltung eines – seiner Auffassung nach – islamischen Gebotes – die Verpflichtung der Frau, mit einem Kopftuch Haare, Hals und Brust zu bedecken – im jetzigen Leben mit dem Schicksal in einem nächsten Leben verbindet, beruft er sich in geradezu klassischer Weise auf den Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Entsprechendes gilt auch für die noch nicht 16-jährige Tochter der Beschwerdeführer, die sich der familiären Tradition – auch ihre Mutter trägt das islamische Kopftuch – nicht entzieht und sich – wie sie selbst vor Gericht bestätigt hat – an das Gebot halten will.

Die Beschwerdegegnerin leitet daraus, dass die Tochter der Beschwerdeführer von der Möglichkeit, während des Schulunterrichts ihrer Gebetspflicht nachzukommen, keinen Gebrauch macht, ab, das Kopftuchtragen der Tochter sei nicht religiös motiviert. Etwas anderes zu behaupten, entspreche einem «À la carte»-Islam. Die Haltung des Beschwerdeführers kann in der Tat als widersprüchlich erscheinen, wenn er einerseits die strikte Einhaltung der islamischen Gebote verlangt – sich damit gegen einen «À la carte»-Islam wendet – und anderseits – ohne weitere Begründung – nicht auf der strikten Einhaltung der zu den fünf Säulen des Islam gehörenden Gebetspflicht (vgl. P. Bleisch Bouzar, Islamisches Recht, in: Pahud de Mortanges/Bleisch Bouzar/Bollag/Tappenbeck, Religionsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 253 ff., S. 313) besteht. Indessen hat der Staat von der Bedeutung der Glaubensregel auszugehen, die der Gläubige ihr selber beimisst (vgl. BGE 135 I 79 E. 4.4; Hangartner, a. a. O., in: AJP 19/2010 S. 441 ff., S. 447). Insbesondere liegt es nicht in der Befugnis der zur religiösen Neutralität verpflichteten staatlichen Organe, über die Modalitäten der gültigen Erfüllung der islamischen Gebetspflicht (vgl. immerhin zu möglichen Erleichterungen Bleisch Bouzar, a. a. O., S. 315) zu befinden. Soweit das Glaubensbekenntnis eine gewisse grundsätzliche, weltanschauli-

che Bedeutung erlangt und einer Gesamtsicht der Welt entspricht, das heisst, eine religiös fundierte, zusammenhängende Sicht grundlegender Probleme zum Ausdruck bringt (vgl. BGE 119 Ia 178 E. 4b), sind von der Glaubens- und Gewissensfreiheit deshalb – nach dem Verständnis im liberalen Verfassungsstaat – grundsätzlich auch «à la carte» gewonnene und gelebte Überzeugungen selbst von Einzelpersonen (BGer 2C_724/2011 vom 11. April 2012 E. 3.3; Hangartner, a. a. O., in: AJP 19/2010 S. 447) geschützt. Im Sinn der Voraussetzung eines minimalen kohärenten Verhaltens wäre wohl einzig dann anders zu entscheiden, wenn die Tochter der Beschwerdeführer das islamische Kopftuch ausserhalb der Schule nicht tragen würde (vgl. J.-F. Aubert, L'Islam à l'école publique, in: Ehrenzeller/Mastronardi. Schaffhauser/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St.Gallen/Lachen SZ 1998, S. 479 ff., S. 484). Hinzu kommt, dass die strikte Einhaltung von Gebetszeiten durch einzelne Schülerinnen und Schüler während des Unterrichts im Gegensatz zur Beachtung der Bekleidungsvorschrift, so wie sie die Tochter der Beschwerdeführer umsetzt, seitens der Schule erhebliche organisatorische Rücksichten verlangen würde, so dass der Verzicht, in der Schule rituell zu beten, nicht zuletzt auch im Interesse an einem geordneten und effizienten Schulbetrieb liegt.

Die Beschwerdegegnerin verweist sodann auf die permanente Verweigerungshaltung der Beschwerdeführer bei der Erfüllung der Pflichten, die mit dem Besuch der Volksschule verbunden sind, wie beispielsweise die Teilnahme der Kinder an obligatorischen Anlässen wie Schwimmunterricht und Lagern, die Zusammenarbeit mit weiblichen Lehrpersonen und die Teilnahme an Elternabenden. Sie bringt vor, die Beschwerdeführer fühlten sich einer puritanischtraditionalistischen Richtung des sunnitischen Islams zugehörig, nach der das islamische Recht über dem geltenden schweizerischen Recht stehe. Diese Haltung der Beschwerdeführer schliesst es indessen nicht aus, dass auch sie den Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit geniessen. Die Menschenrechte und Grundfreiheiten sind eine zentrale Errungenschaft der abendländischen Ideengeschichte. Sie setzen den auf den natur- und vernunftrechtlichen Theorien der Aufklärung beruhenden Gedanken, dass jeder Mensch angeborene und unveräusserliche Rechte hat, die vorstaatliche Geltung beanspruchen, um (vgl. Präambel zum UNO-Pakt II; Präambel zur französischen Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen des Jahres 1789; Kiener/Kälin, Grundrechte, 2. Aufl. 2013, S. 3 mit Hinweisen auf die Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776 und die Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten vom 4. Juli 1776). Menschenrechte und Grundfreiheiten stehen dem Menschen zu, weil er Mensch ist. Sie sind weder durch Wohlverhalten verdient noch kann sie der Träger durch seine Auffassungen verwirken. Dies muss umso mehr dann gelten, wenn diese Auffassungen Ausdruck der Religionsfreiheit sind.

3.3. Das Verbot, das islamische Kopftuch tragend am Unterricht der öffentlichen Schule teilzunehmen, greift dementsprechend in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Beschwerdeführer und ihrer Tochter unabhängig davon ein, ob die

Tochter in der Schule der Pflicht zum rituellen Gebet nachkommt, und auch unabhängig der Auffassungen der Beschwerdeführer zum Verhältnis des göttlichen islamischen zum geltenden schweizerischen Recht und der daraus resultierenden Verweigerungshaltung.

Die Feststellung, dass das Kopfbedeckungsverbot während des Unterrichts die Beschwerdeführer und ihre Tochter in ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit einschränkt, bedeutet allerdings nicht, dass sie sich unter Berufung auf ihre religiösen Überzeugungen der schweizerischen Rechtsordnung entziehen können. Vielmehr gilt diese Rechtordnung, zu der die ihnen zugutekommende Errungenschaft der Religionsfreiheit gehört, auch für sie. Inwieweit die Beschwerdeführer und ihre Kinder ihrer religiösen Auffassung widersprechende bürgerliche Pflichten, wie beispielsweise die Teilnahme ihrer Kinder am Schwimmunterricht und an Lagern, einzuhalten haben, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Zu klären ist einzig, ob sich die Verpflichtung der Tochter der Beschwerdeführer, das islamische Kopftuch während des Unterrichts in der öffentlichen Schule abzulegen, mit ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit vereinbaren lässt.

4. Gemäss Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 1, dazu nachfolgend Erwägung 4.2); sie müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Abs. 2, dazu nachfolgend Erwägung 4.3) und verhältnismässig (Abs. 3, dazu nachfolgend Erwägung 4.4) sein. Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Abs. 4, dazu nachfolgend Erwägung 4.1).

4.1. Griffe das Verbot für Schülerinnen, während des Unterrichts in der öffentlichen Schule das islamische Kopftuch zu tragen, in den Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit ein, erwiese es sich von vornherein als unzulässig. Jedem staatlichen Zugriff entzogen sein soll der innerste Bereich der religiösen und ethischen Selbstverantwortung, das forum internum. Gemäss Art. 15 Abs. 4 BV darf – im Sinn einer Umschreibung des Kerngehalts der Glaubens- und Gewissensfreiheit (vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 267; Kiener/Kälin, a. a. O., S. 326) – niemand gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen. Vom Kerngehalt nicht umfasst wird die äussere Ausübung eines Bekenntnisses. So ist das Recht, seine religiöse Überzeugung zu äussern, sich öffentlich dazu zu bekennen oder sie in gottesdienstlichen Handlungen auszuüben, nicht absolut geschützt (BGE 123 I 296 = Pra 87/1998 Nr. 47 E. 2b/cc).

Abgesehen davon, dass über die konkrete Ausgestaltung der Pflicht der Frau, ein Kopftuch zu tragen, in der islamischen Welt höchst unterschiedliche Auffassungen bestehen, impliziert das Verbot des Tragens des Kopftuches kaum einen Zwang, den islamischen Glauben als solchen zu leugnen oder nicht ausüben zu dürfen, dies jedenfalls nicht bei einer Beschränkung des Verbots auf die Zeit des Unterrichts. Auch weist das Tragen des Kopftuches keine so enge Beziehung zum «inneren Glaubensbekenntnis» auf, dass der Kernbereich der Glaubens- und Ge-

wissensfreiheit tangiert wäre (vgl. Epiney/Mosters/Gross, Islamisches Kopftuch und religiöse Neutralität an der öffentlichen Schule, in: Pahud de Mortanges/Tanner [Hrsg.], Muslime und schweizerische Rechtsordnung, Freiburg 2002, S. 129 ff., S. 133). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung greift denn auch das Verbot, als Primarlehrerin in einer staatlichen Schule das islamische Kopftuch zu tragen, nicht in den unantastbaren Kerngehalt der Religionsfreiheit ein, auch wenn die Kleidervorschrift nach Auffassung der Betroffenen besonders wichtig und nicht nur Ausdruck eines religiösen Bekenntnisses ist, sondern einer verbindlichen Vorschrift dieses Bekenntnisses entspricht (vgl. BGE 123 I 296 = Pra 87/1998 Nr. 47 E. 2b/cc). Nichts anderes ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, wenn er die Einschränkung des Tragens des islamischen Kopftuchs unter bestimmten Umständen als zulässigen Eingriff in die Religionsfreiheit beurteilt hat (vgl. die Rechtsprechungshinweise bei J. Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Rz. 16 zu Art. 9 EMRK).

4.2. Schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten (dazu nachfolgend Erwägung 4.2.1) müssen im Gesetz selbst vorgesehen (dazu nachfolgend Erwägung 4.2.2) sein (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).

4.2.1. Ob ein Grundrechtseingriff schwer ist, beurteilt sich grundsätzlich nach objektiven Kriterien. Im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist dies insofern schwierig, als religiöse Empfindungen und Überzeugungen stets subjektiv begründet sind; staatliche Organe haben von der Bedeutung auszugehen, welche die religiösen Normen für die Betroffenen – gemäss ihrem eigenen Bekunden – haben. Behinderungen, welche die Ausübung ihrer religiösen Überzeugung beeinträchtigen, werden Betroffene normalerweise als schwer empfinden. Entscheidend ist demnach für die Bestimmung der Schwere des Eingriffs, ob die Betroffenen die konkrete Beeinträchtigung substantiiert als wesentliches Element beziehungsweise als eine wichtige Verhaltensregel einer bestimmten Form religiöser Betätigung darlegen können, die sich herausgebildet hat, sodass die Schwere des Eingriffs objektiv nachvollziehbar wird und sich an äusseren Lebensumständen zeigt. Ein Kopftuchverbot an der Schule brächte Schülerinnen in den Konflikt, entweder einem staatlichen oder einem religiösen, durch ihre Herkunft und die Familie vermittelten Gebot zuwiderhandeln zu müssen. Solche Spannungen können die betroffenen Kinder stark belasten und dem Kindeswohl entgegenstehen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt deshalb ein generelles Verbot, das islamische Kopftuch während des Unterrichts zu tragen, einen schweren Eingriff in das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit dar (vgl. BGE 139 I 280 E. 5.2; anders Epiney/Mosters/Gross, a. a. O., S. 133 f.).

Die Beschwerdegegnerin erachtet den mit dem Kopfbedeckungsverbot während des Unterrichts verbundenen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Beschwerdeführer und ihrer Tochter nicht als schwer, weil sie gleichzeitig der Gebetspflicht nicht nachkomme. Der Glaubensregel, welche durch eine staatliche Verhaltenspflicht eingeschränkt werden soll, ist wie dargelegt jene Bedeutung zu-

zugestehen, welche ihr der Gläubige selbst beimisst. Eine Beurteilung, ob die Durchsetzung des Kopfbedeckungsverbots gegenüber einer muslimischen Schülerin im konkreten Einzelfall objektiv einen schweren Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit darstellt, setzte eine Prüfung der Glaubwürdigkeit religiösen Verhaltens und damit der Gesinnung voraus, mit der Folge, dass der einen muslimischen Schülerin erlaubt werden müsste, was der anderen verboten ist. Eine solche Prüfung und Beurteilung kann – nach einem liberalen Verständnis – offensichtlich nicht Aufgabe der zur religiösen Neutralität verpflichteten staatlichen Organe sein. Abgesehen davon sind die formellen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für eine schwerwiegende Einschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit vorliegend erfüllt.

4.2.2. Ein kommunaler Erlass ist einem formellen Gesetz gleichgestellt, wenn er von der nach dem kantonalen Recht ermächtigten Gemeindelegislative (Gemeindeversammlung oder Gemeindeparlament) beschlossen wurde oder aber dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum unterstand (vgl. für polizeilich begründete Eingriffe in die Meinungsfreiheit BGer 1P.336/2005 vom 20. September 2005 E. 5.4; für das Abgaberecht beispielsweise BGer 2C_365/2012 vom 11. Februar 2013 E. 5.1 mit Hinweis auf BGE 120 Ia 265 E. 2a; für Quoten und Kontingente für Zweitwohnungen BGE 135 I 233 E. 2.1).

Art. 14 Abs. 2 der Schulordnung der Beschwerdegegnerin wurde am 17. September 2012 beschlossen und vom 7. November bis 6. Dezember 2012 dem fakultativen Referendum unterstellt. Die Bestimmung trat nach deren Genehmigung durch das Bildungsdepartement des Kantons St.Gallen am 20. Dezember 2012 in Kraft (Art. 28 der Schulordnung) und gilt für die Oberstufe gleichermassen wie für Kindergarten und Primarschule (Art. 1 und 2 der Schulordnung). Sie erfüllt damit grundsätzlich die für eine schwerwiegende Einschränkung eines Grundrechts an ein Gesetz gestellten Anforderungen in formeller Hinsicht.

Da das Erfordernis der ausreichenden formellen, das heisst demokratisch legitimierten gesetzlichen Grundlage lediglich notwendige, nicht aber hinreichende Voraussetzung ist, kann eine Einschränkung der Religionsfreiheit nicht allein mit dem Hinweis auf den Volkswillen gerechtfertigt werden. Wie alle Menschenrechte soll auch die Religionsfreiheit die Minderheit vor der Mehrheit und nicht die Mehrheit vor der Minderheit schützen (vgl. R. Pahud de Mortanges, Allgemeine Einführung und Rechtslage in der Schweiz, in: ders. [Hrsg.], Religiöse Minderheiten und Recht, Freiburg 1998, S. 20 f.; J. P. Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 37 ff.). Für die Religionsfreiheit gilt dies in besonderem Mass, weil sie als Recht der Angehörigen von Abspaltungen von der Mehrheitsreligion, aber auch von Gruppenbildungen innerhalb solcher Abspaltungen, also auch innerhalb der verschiedenen christlichen Konfessionen, entwickelt wurde (Hangartner, a. a. O., in: AJP 19/2010 S. 447).

Die Beschwerdeführer machen geltend, die Schulgemeinde sei nicht befugt, dem fakultativen Referendum unterliegende generellabstrakte Normen zu erlas-

sen. Die Beschwerdegegnerin ist – wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausführlich und überzeugend dargelegt hat (Erwägungen 3a und b) – zum Erlass einer Schulordnung befugt. Die Schulgemeinde darf als Gemeinde im Sinn des Gemeindegesetzes (sGS 151.2, GG; Art. 1 Abs. 2 Ingress und lit. b GG) Recht durch die Gemeindeordnung sowie insbesondere durch Reglemente setzen und darin allgemein verbindlich Rechte und Pflichten insbesondere der Bürgerinnen und Bürger regeln (Art. 3 Abs. 1 GG). Sie kann gemäss Art. 23 Abs. 1 GG allgemein verbindliche Reglemente (lit. a) und Geschäfte nach Massgabe der Gemeindeordnung, soweit diese nicht das obligatorische Referendum vorsieht (lit. b), dem fakultativen Referendum unterstellen. Art. 14 ff. der Gemeindeordnung der Beschwerdegegnerin regelt das fakultative Referendum, ohne konkret festzulegen, welche Erlasse ihm zu unterstellen sind. Die Schulordnung regelt in generellabstrakter Weise insbesondere die Pflichten der Schülerinnen und Schüler sowie der Erziehungsberechtigten (vgl. Art. 12 ff.). Die Beschwerdegegnerin war dementsprechend befugt, die Schulordnung und damit auch die in Art. 14 Abs. 2 vorgesehene Kleiderordnung zu erlassen und sie dem fakultativen Referendum zu unterstellen.

Die Beschwerdeführer machen geltend, das Verbot, während des Schulunterrichts ein islamisches Kopftuch zu tragen, widerspreche dem kantonalen Gesetzesrecht. Soweit das Kopfbedeckungsverbot das anständige und rücksichtsvolle Verhalten der Schülerinnen und Schüler sowie die Verbindlichkeiten von Hausordnungen statuiere, könne dagegen nichts eingewendet werden. Weder das Gemeindegesetz noch das Volksschulgesetz (sGS 213.1, VSG) sähen aber eine Regelung zur Einschränkung der Religionsfreiheit in der Schule vor. Auch wenn die Volksschule gemäss Art. 3 Abs. 1 VSG nach christlichen Grundsätzen geführt werden solle, lasse sich aus dem Erziehungs- und Bildungsauftrag kein solches Verbot ableiten. Im Gegenteil widerspreche es dem Auftrag, den Schülerinnen und Schülern den Zugang zu verschiedenen Bereichen der Kultur zu öffnen, sie zu selbständigem Denken und Handeln anzuleiten und sie nach den Grundsätzen der Demokratie, Freiheit und sozialer Gerechtigkeit im Rahmen des Rechtsstaates zu verantwortungsbewussten Menschen und Bürgern zu erziehen (Art. 3 Abs. 2 und 3 VSG). Auch die Beschwerdeführer gehen davon aus, die Schulgemeinde sei befugt, das Tragen einer Kopfbedeckung während des Unterrichts zu untersagen. Umstritten ist damit nicht die Zulässigkeit der Norm als solcher, sondern deren gesetzes- und verfassungskonforme Handhabung. Insoweit steht nicht die Zuständigkeit der Schulgemeinde zum Erlass des Verbots in Frage (vgl. allerdings die sibyllinischen Formulierungen in BGE 139 I 280 E. 5.4.2 und die Kritik von G. Biaggini, in: ZBl 104/2013 S. 615 f.).

4.3. Zu prüfen ist des Weiteren, ob der Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Beschwerdeführer und ihrer Tochter durch ein öffentliches Interesse (dazu nachfolgend Erwägung 4.3.1) oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter (dazu nachfolgend Erwägung 4.3.2) gerechtfertigt werden kann.

4.3.1. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist örtlich und zeitlich variabel und umfasst eine Reihe von sogenannten Polizeigütern (Ordnung, Sicherheit, Gesund-

heit, Sitte, öffentliche Ruhe usw.) oder auch soziale, kulturelle, geschichtliche, ökologische und wissenschaftliche Werte (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, in: BBl 1997 I S. 1 ff., S. 195). Als rechtfertigendes öffentliches Interesse kann auch die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe in Frage kommen (Kiener/Kälin, a. a. O., S. 116).

Die Vorinstanz hat das öffentliche Interesse an der umstrittenen Kleidervorschrift eingehend dargelegt: Die Schule habe, damit sie ihren Auftrag erfüllen könne, einen qualifizierten Bedarf nach Ordnung und Störungsfreiheit. Die Öffentlichkeit des Schulbetriebs ertrage nicht den gleichen Anspruch des Individuums auf Beliebigkeit, Selbstverwirklichung und Partikularismus wie die allgemeine Öffentlichkeit. Für den schulischen Raum seien zweckorientierte Verhaltensvorschriften mit mehr Kompromissbereitschaft der Normadressaten angezeigt als «für die Strasse». Entsprechende Vorschriften könnten auch vorsehen, dass im Unterricht auf das Tragen ablenkender oder irritierender Kleidungsstücke oder von Kopfbedeckungen verzichtet werde. Ein generelles Kopfbedeckungsverbot im Schulunterricht könne dazu beitragen, dass bei der Erfüllung des auf dem verfassungsrechtlichen Grundschulanspruch und -obligatorium gründenden Bildungs- und Erziehungsauftrags Werte und Ziele wie Transparenz, Offenheit und Fairness, weltanschauliche Neutralität, Unabgelenktheit und Konzentration auf den Unterricht, Chancengerechtigkeit und Nichtdiskriminierung sowie gesellschaftliche Integration besser berücksichtigt beziehungsweise erreicht würden (Erwägung 4c).

Das allgemeine Verbot, während des Unterrichts eine Kopfbedeckung zu tragen, ist nicht – wie die Beschwerdeführer geltend machen – spezifisch auf eine Gruppe von Schülerinnen, die dem Islam angehören und eine religiös motivierte Bekleidungsvorschrift einhalten, ausgerichtet. Vielmehr soll es – wie sich aus dem von der Vorinstanz angeführten öffentlichen Interesse ergibt – einem respektvollen persönlichen Umgang dienen («parler à des têtes nues»; vgl. Aubert, a. a. O., S. 484) und richtet sich damit in erster Linie gegen Modeerscheinungen wie das Tragen von Baseballcaps und Wollmützen.

4.3.2. Die Beschwerdegegnerin begründet die Durchsetzung des Verbots religiös begründeter Kopfbedeckungen mit den Grundrechten Dritter, namentlich der negativen Religionsfreiheit der Mitschülerinnen und Mitschüler. Erlaube der Staat das Tragen des islamischen Kopftuches durch eine Schülerin während des Unterrichts in der öffentlichen Schule, werde das Gebot eines religionsneutralen Schulunterrichts durchbrochen.

Als rechtfertigende öffentliche Interessen für ein Verbot von Kopfbedeckungen mit religiöser Konnotation kommen die staatliche Neutralitätspflicht an der öffentlichen Schule und die Wahrung des Religionsfriedens in Betracht: Danach soll der Staat allgemein vermeiden, in einer religiösen oder weltanschaulichen Sache in unzulässiger Weise Partei zu ergreifen. Auch wenn sich die Pflicht zur Neutralität an die zuständigen staatlichen Stellen richtet und mit dem Tragen eines islamischen Kopftuches kein Zwang für Dritte im Sinn von Art. 15 Abs. 4 BV einhergeht, ist es

den Kantonen grundsätzlich unbenommen, eine weitergehende Neutralitätspflicht vorzusehen, die sich auch auf Schülerinnen und Schüler auswirkt, wenn die Schule aufgrund deren Verhaltens in den Einflussbereich bestimmter religiöser oder weltanschaulicher Überzeugungen gerät (vgl. Epiney/Mosters/Gross, a. a. O., S. 136 ff.).

4.3.3. Die Beschwerdegegnerin kann sich dementsprechend auf öffentliche Interessen berufen, die grundsätzlich die Durchsetzung des Kopfbedeckungsverbots im Unterricht an der öffentlichen Schule auch bei religiös motiviertem Verhalten rechtfertigen können.

4.4. Die mit dem Verbot für Schülerinnen, während des Unterrichts an der öffentlichen Schule das islamische Kopftuch zu tragen, verbundene Einschränkung der Religionsfreiheit ist verhältnismässig, wenn das Verbot geeignet ist, das öffentliche Interesse auch tatsächlich zu schützen (dazu nachfolgend Erwägung 4.4.1) und der verfolgte Zweck nicht durch eine gleich geeignete, in ihren Eingriffswirkungen weniger schwerwiegende Massnahme erreicht werden kann (dazu nachfolgend Erwägung 4.4.2). Schliesslich muss sich der Eingriffszweck im Verhältnis zur Eingriffswirkung im konkreten Fall bewähren, das heisst der mit der Massnahme verbundene Eingriff muss zumutbar sein; dabei sind die öffentlichen Interessen für ein solches Verbot (dazu nachfolgend Erwägung 4.4.3) gegen die privaten und gegebenenfalls auch öffentlichen Interessen, die gegen das Verbot sprechen (dazu nachfolgend E. 4.4.4) abzuwägen (dazu nachfolgend Erwägung 4.4.5).

4.4.1. Das allgemeine Kopfbedeckungsverbot während des Unterrichts, wie es die Beschwerdegegnerin in Art. 14 Abs. 2 ihrer Schulordnung vorsieht, ist grundsätzlich geeignet, die von der Beschwerdegegnerin angerufenen öffentlichen Interessen an einem störungsfreien Unterricht in allseitigem persönlichen Respekt und in einem religionsneutralen Umfeld umzusetzen.

4.4.2. Soll – wie die Beschwerdegegnerin geltend macht – die öffentliche Schule strikt religionsfrei sein, erscheint die Durchsetzung des Verbots insbesondere bei religiös begründeten Kopfbedeckungen erforderlich. Indessen unterliegt die st.gallische Volksschule nicht dem Prinzip des strikten Laizismus (vgl. dazu unten Erwägung 4.4.3.4).

Die ausnahmslose Durchsetzung des Kopfbedeckungsverbots während des Unterrichts in der öffentlichen Schule kann sodann unter Umständen zur Wahrung des Religionsfriedens erforderlich sein. Gestützt auf den Entscheid des Präsidenten des Verwaltungsgerichts vom 7. November 2013 trägt die Tochter der Beschwerdeführer das islamische Kopftuch seit rund einem Jahr auch während des Unterrichts. Zu den Erfahrungen während dieser Zeit hat der Präsident des Schulrats anlässlich der mündlichen Verhandlung ausgeführt, die Schule habe zum Schutz des Kindes versucht, mit dem Hinweis auf den Entscheid Diskussionen im Lehrerzimmer, in der Öffentlichkeit und an Veranstaltungen zu unterdrücken. Wohl auch deshalb sei «nichts Grosses» festzustellen gewesen. Auf drei Gesuche in der Oberstufe und ein Gesuch in der Primarschule um Erlaubnis zum Tragen des islamischen Kopftuches sei die Schule angesichts der weiteren Geltung des Kopf-

bedeckungsverbots nicht eingegangen, ohne dass sie aber eine formelle Verfügung erlassen habe. Diese Schülerinnen gingen ohne Kopftuch zur Schule. Die Tochter der Beschwerdeführer stellte gemäss ihren Aussagen anlässlich der mündlichen Verhandlung keine Unterschiede im Umgang mit den Mitschülerinnen und Mitschülern sowie den Lehrpersonen fest. Sie habe keinerlei Probleme in der Klasse.

Die Schilderungen der unmittelbar Beteiligten zur aktuellen Situation in der Klasse der Tochter der Beschwerdeführer, in der Schule und in der Schulgemeinde deuten nicht auf eine Gefährdung des Religionsfriedens durch den Umstand hin, dass einzelne muslimische Schülerinnen das Kopftuch auch während des Unterrichts an der öffentlichen Schule tragen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass dieser Friede in den öffentlichen Schulen, in denen trotz eines relativ hohen Anteils muslimischer Kinder kein allgemeines Kopfbedeckungsverbot gilt oder durchgesetzt wird, in Frage gestellt wäre. Die Durchsetzung eines ausnahmslosen Kopfbedeckungsverbots während des Unterrichts an der öffentlichen Schule erscheint unter Berücksichtigung der aktuellen gesellschaftlichen Verhältnisse, insbesondere der Beziehungen zwischen den Angehörigen verschiedener Religionen und verschiedener Glaubensrichtungen innerhalb des Islam zur Wahrung des Religionsfriedens zurzeit auch an den Schulen der Beschwerdegegnerin nicht erforderlich.

Soweit das Verbot dem Respekt gegenüber dem Mitmenschen Ausdruck geben und die Ordnung des Schulbetriebs sicherstellen soll, erscheint dessen Durchsetzung auch gegenüber religiös begründeten Kopfbedeckungen nicht als erforderlich. Insbesondere kann ein geordneter und effizienter Schulbetrieb auch dann gewährleistet sein, wenn religiös begründete Ausnahmen zugelassen werden. Vielmehr kann auf dem Hintergrund der für die Schule geltenden christlichen Grundsätze und des Ziels, zu lernen, anderen religiösen und weltanschaulichen Ansichten offen und mit Respekt zu begegnen, die Tolerierung religiös begründeter Ausnahmen geboten sein. Auch insoweit ist zumindest fraglich, ob die ausnahmslose Durchsetzung des Verbots erforderlich ist.

4.4.3. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit sind vorab die öffentlichen Interessen zu berücksichtigen, welche für die Durchsetzung des Kopfbedeckungsverbots auch gegenüber religiös motiviertem Verhalten sprechen. Ausgehend von der Verfassungslage (dazu nachfolgend Erwägung 4.4.3.1), fallen insbesondere das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (dazu nachfolgend Erwägung 4.4.3.2), der Grundsatz der Gleichheit von Mann und Frau (dazu nachfolgend Erwägung 4.4.3.3), die religiöse Neutralität der öffentlichen Schule (dazu nachfolgend Erwägung 4.4.3.4), die Glaubens- und Gewissensfreiheit Dritter und der Religionsfriede (dazu nachfolgend Erwägung 4.4.3.5) sowie das Ziel der kulturellen und sozialen Integration von Kindern und Jugendlichen (dazu nachfolgend E. 4.4.3.6) in Betracht.

4.4.3.1. Das Grundrecht der Religionsfreiheit kann nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr ist es eingebettet in das Geflecht der kulturellen (Vor-)Prägung des Staates und der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen, wie sie in der Prä-

ambel und in den Allgemeinen Bestimmungen der Bundesverfassung wie auch im Katalog der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen zum Ausdruck kommen (vgl. B. Ehrenzeller, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: Merten/Papier/Müller/Thürer [Koord.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2: Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg und Zürich/St.Gallen 2007, S. 302 ff., Rz. 7). Art. 78 Abs. 5 des Vorentwurfs der nachgeführten Bundesverfassung sah vor, dass die öffentlichen Schulen von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit besucht werden können. Art. 62 BV enthält diese Art. 27 Abs. 3 aBV entsprechende Regelung nicht mehr ausdrücklich; sie wird jedoch als Bestandteil von Art. 62 Abs. 2 und Art. 15 BV verstanden (vgl. B. Ehrenzeller, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl. 2014, N1 zu Art. 62 BV).

Gestützt auf Art. 72 Abs. 2 BV können Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeit Massnahmen treffen zur Wahrung des öffentlichen Friedens zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionsgemeinschaften. Die Bestimmung verleiht der früheren Gewährleistung der individuellen Glaubens- und Gewissensfreiheit unter dem Vorbehalt der bürgerlichen Rechte und Pflichten Ausdruck (vgl. Ehrenzeller, a. a. O., Rz. 2 und 3). Insgesamt bedeutet dies, dass der Bund und die Kantone ihre Gesetzgebung und ihr Handeln an der Religionsfreiheit ausrichten müssen, dass aber der individuelle, kollektive und korporative Gehalt des Grundrechts im institutionellen und allgemeinen Regelungsrahmen von Staat und Religionsgemeinschaften notwendigerweise auch eine gewisse Einschränkung erfährt (vgl. Ehrenzeller, a. a. O., Rz. 7).

4.4.3.2. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Gewährung einer Ausnahme vom Kopfbedeckungsverbot für die Tochter der Beschwerdeführerin führe zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung von Schülerinnen anderer Religionszugehörigkeit.

Nach Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet eine unterschiedliche Behandlung nicht absolut; Differenzierungen sind unter gewissen Voraussetzungen zulässig und unter dem Gesichtspunkt des Differenzierungsgebots unter Umständen verfassungsrechtlich geboten (vgl. Kiener/Kälin, a. a. O., S. 415). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen Ungleichbehandlungen in der Rechtsanwendung in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sich vernünftig begründen lassen beziehungsweise sachlich haltbar sein. Der allgemeine Rechtsgleichheitsgrundsatz verpflichtet die Behörden, gleiche Sachverhalte mit identischen relevanten Tatsachen gleich zu beurteilen, es sei denn ein sachlicher Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung (vgl. BGE 136 I 345 E. 5 mit Hinweisen). Die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Differenzierung beziehungsweise einer Gleichbehandlung sind umso strenger, je stärker diese den Einzelnen in seinen Grundrechten trifft (vgl. Müller/Schefer, a. a. O., S. 662).

Religiöse Überzeugungen sind sachliche Gründe, welche die Gewährung einer Ausnahme vom Kopfbedeckungsverbot während des Unterrichts rechtfertigen können. Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot verbietet es hingegen grundsätzlich, verschiedene religiöse Bekenntnisse unterschiedlich zu behandeln. Insbesondere erschiene es deshalb nicht als zulässig, Ausnahmen für das Tragen der jüdischen Kippa und des Turbans der Sikhs zu verweigern.

4.4.3.3. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, das islamische Kopftuch sei Ausdruck der Unterwerfung der Frau unter den Mann. Der Beschwerdeführer äusserte denn auch klar und wiederholt seine Auffassung, nach seinem Verständnis des Islams und der Scharia stehe die Frau «eine Stufe unterhalb des Mannes».

Gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV sind Mann und Frau gleichberechtigt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann allerdings nicht mit Grund gesagt werden, das Tragen des Kopftuches als Manifestation eines religiösen Bekenntnisses bringe in allgemein erkennbarer Weise eine Haltung der Unterwerfung der Frau unter den Mann und eine Herabminderung von Frauen zum Ausdruck. Die Befolgung der aus dem Koran abgeleiteten Übung kann auf eigenständigem Entschluss der Frauen selber beruhen, ihren Glauben auf diese Weise zu manifestieren, ohne dass damit eine Haltung der Unterwerfung ausgedrückt würde. Der Umstand, dass die Ehefrau eines Moslems ein Kopftuch trägt, könnte – bei der Begründung einer Nichteinbürgerung – mitberücksichtigt werden, wenn darin vor dem Hintergrund der konkreten Verhältnisse eine Haltung zum Ausdruck kommt, die mit unsern grundlegenden rechtsstaatlichen und demokratischen Wertvorstellungen im Widerspruch stünde (BGE 134 I 56 E. 5.2; anderer Meinung Y. Hangartner, Bemerkungen zu BGer 2P.419/1996 [BGE 123 I 296; Pra 87/1998 Nr. 47], in: AJP 1998 S. 599 ff., Ziff. 13 und 19, wonach der auf altorientalisches Brauchtum zurückgehende Frauenschleier des Islams Ausdruck patriarchalischer Auffassungen ist, die der Zielsetzung von Art. 8 Abs. 3 BV auch dann zuwiderlaufen, wenn die korangemässe Bekleidung dem Schutz der Frauen dienen soll, und Karlen, a. a. O., S. 211 Fussnote 81, wonach das Tragen des Kopftuches auch unter Muslimen selber als Zeichen der Intoleranz gilt).

Es ist nicht zu verkennen, dass die Kleidervorschrift zusammen mit den Ausführungen des Beschwerdeführers zur Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft geeignet ist, eine Auffassung zum Ausdruck bringen, welche den Wertvorstellungen, wie sie in der schweizerischen Verfassung insbesondere in Art. 8 Abs. 3 BV niedergelegt sind, zuwiderläuft. Allerdings teilen auch nicht alle christlichen Bekenntnisse diese verfassungsrechtlichen Wertvorstellungen gleichermassen. In einer pluralistischen Gesellschaft bestehen geradezu zwangsläufig differenzierte Vorstellungen hinsichtlich der Stellung der Geschlechter in der Gesellschaft, in der Religionsgemeinschaft und in der Familie. Sie können in der Regel aber nicht – wie dies beim islamischen Kopftuch der Fall sein kann – in gleicher Weise mit einem Erscheinungsbild verbunden werden, das geeignet ist, als Symbol der Unterwerfung wahrgenommen zu werden. Das Tragen des islamischen Kopftuches indes-

sen schliesst – worauf auch das Bundesgericht in der dargelegten Rechtsprechung hinweist – als religiöses Bekenntnis nicht von vornherein eine selbstbestimmte und gleichberechtigte Rolle der Frau in der Gesellschaft und in der Familie aus.

4.4.3.4. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, nicht muslimischen Schülerinnen und Schülern komme ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf einen strikt religionsneutralen Schulunterricht zu. Religiöse Symbole hätten im Schulzimmer nichts zu suchen. Das Schulzimmer sei nicht nur ein religionsneutraler, sondern ein religionsfreier Raum.

Art. 10 KV umschreibt die Staatsziele im Bereich der Bildung; der Staat tritt insbesondere dafür ein, dass im Unterricht Verantwortung gegenüber Mensch und Mitwelt wahrgenommen und vermittelt wird (Abs. 3). Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VSG hält dazu fest, dass die Schule nach christlichen Grundsätzen geführt wird. In der Botschaft zu dieser Bestimmung wird ausgeführt, es würden damit keine konfessionellen Schranken gesetzt. Die christlichen Grundsätze beinhalteten die Zehn Gebote und den Gedanken der Nächstenliebe. Sie bestimmten das christliche Verständnis der Menschenwürde, das der Christ jedem Menschen, auch dem Nicht-Christen entgegenbringe (vgl. Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines Volksschulgesetzes vom 23. Juni 1981, in: ABl 1981 S. 1073 ff., S. 1076). In der parlamentarischen Beratung wurde zum Ausdruck gebracht, von einer nach christlichen Grundsätzen geführten Schule werde erwartet, dass sie sich besonders den Hilfsbedürftigen, den Schwachen und den am Rand der Gesellschaft Lebenden zuwende, zur Verantwortung gegenüber Schöpfung und Mitmenschen sowie zur Gemeinschaftsfähigkeit erziehe, im Geist einer Liebe, die Geduld, Gewaltlosigkeit, Förderung geistiger und manueller Begabung sowie seelischer Kräfte einschliesse, lebe und lehre (vgl. Protokoll des Grossen Rates vom 4. Mai 1982, Nr. 319/19 S. 1087/8). Systematisch steht die Bestimmung im Dienst an den in Art. 3 Abs. 2 VSG genannten erzieherischen Zielen, insbesondere die unterschiedlichen und vielfältigen Begabungen und die Gemütskräfte der Schülerinnen und Schüler zu fördern, den Zugang zu den verschiedenen Bereichen der Kultur zu öffnen und zu selbständigem Denken und Handeln anzuleiten (vgl. dazu auch den Entscheid des Bundesrates vom 11. Januar 1984, in: VPB 51/1987 Nr. 7).

Das st.gallische Schulrecht geht offenkundig nicht von einem strikten Laizismus aus, der auch von Schülerinnen und Schülern verlangen würde, in der Schule ihrer Religion, in der sie aufwachsen, keinerlei erkennbaren Ausdruck zu verleihen. Vielmehr sollen – im Sinn der christlichen Grundsätze, wie sie Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VSG zum Ausdruck bringen – Toleranz und Verständnis gegenüber anderen Glaubensbekenntnissen geübt werden können (vgl. dazu Aubert, a. a. O., S. 484). Das kann in der Begegnung mit hermetischen, doktrinären und der individuellen Freiheit gegenüber kritisch eingestellten Ansichten durchaus zur Stärkung der eigenen – erst auf der Grundlage dieser Offenheit zu gewinnenden – Überzeugungen führen und damit auch die Erkenntnis fördern, dass Offenheit unabdingbare Grundlage für ein Zusammenleben der Menschen in einer pluralistischen Gesellschaft in Frieden und

Freiheit ist. Diese praktisch erprobte Offenheit und die dadurch gewonnenen Erfahrungen befähigen schliesslich dazu, die Grenzen zu erkennen, die jenem Verhalten gesetzt werden müssen, das auf intoleranten und lebensfeindlichen Welt- und Menschenbildern beruht. Mit Blick auf dieses Einüben von Offenheit stiess selbst das – vom Bundesgericht geschützte – Kopftuchverbot für eine Primarlehrerin im laizistisch geprägten Schulsystem des Kantons Genf in der Literatur auf Kritik (vgl. Hangartner, a. a. O., in: AJP 7/1998, insbesondere Ziff. 17; P. Richli, Berufsverbot einer Primarlehrerin wegen eines islamischen Kopftuches?, in: ZBJV 134/1998 S. 228 ff.).

Im Allgemeinen findet keine Identifikation der Schule mit einem Glauben statt, wenn Schülerinnen und Schüler in der Schule religiös geprägte Kleidungsstücke tragen. Im Fall einzelner, das islamische Kopftuch tragender Schülerinnen wird die religiöse Neutralität der Schule nicht in Frage gestellt. Daraus, dass die Schule die Einhaltung dieser Kleidervorschrift zulässt, lässt sich also nicht ableiten, sie identifiziere sich mit dem Glauben dieser Schülerinnen. Die Neutralität der Schule kann aber dann tangiert sein, wenn die Praxis des Tragens religiöser Zeichen sehr verbreitet ist und in Konflikt mit anderen Religionen beziehungsweise Weltanschauungen gerät. Einschränkungen religiös geprägter Kleidung kämen mit Blick auf einen religionsneutralen Unterricht deshalb dann in Frage, wenn ein geordneter Schulbetrieb dadurch ernsthaft beeinträchtigt würde. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn die Identifikation der Schüler wegen ihrer Kleidung für die Lehrpersonen nicht mehr möglich ist, oder wenn dadurch die Kommunikation im Klassenzimmer erheblich gestört wird (vgl. Epiney/Mosters/Gross, a. a. O., S. 138; Müller/Schefer, a. a. O., S. 277 f. mit Hinweisen auf Kiener/Kälin und deutsche Literatur sowie die Rechtsprechung des EGMR zum türkischen und des UNO-Menschenrechtsausschusses zu einem – nicht begründeten – usbekischen Kopftuchverbot an Universitäten; da die Schweiz – im Gegensatz zur Türkei – weder einen derart stringenten Laizismus noch entsprechende starke, religiös extremistische und homogene politische Gruppierungen kennt, wäre ein solches Verbot in der Schweiz nicht zulässig).

4.4.3.5. Die Beschwerdegegnerin sieht mit der Bewilligung einer religiös bedingten Ausnahme vom Kopfbedeckungsverbot die Religionsfreiheit Dritter und den Religionsfrieden gefährdet.

Vom Umstand, dass eine oder einzelne Mitschülerinnen während des Unterrichts an der öffentlichen Schule das islamische Kopftuch tragen, geht für ihre Mitschülerinnen und Mitschüler kein Zwang im Sinn von Art. 15 Abs. 4 BV einher. Art. 15 BV verleiht zudem grundsätzlich keinen Anspruch darauf, nicht mit den religiösen Handlungen anderer konfrontiert zu werden (BGer 2C_724/2011 vom 11. April 2012 E. 3.2 bezüglich des Singens christlicher Lieder in der öffentlichen Schule).

Vor dem Hintergrund der absoluten Wertvorstellungen des Beschwerdeführers erscheint das Tragen des islamischen Kopftuchs als unverzichtbarer Bestandteil

des richtig verstandenen Islams. Insoweit sind angesichts der doktrinären Auffassungen des Beschwerdeführers die Befürchtungen der Beschwerdegegnerin nicht von der Hand zu weisen, dass radikalislamische Auffassungen geeignet sind, von anderen – in der Diaspora lebenden – moslemischen Gläubigen als Bedrohung ihrer liberaleren Gesinnung erfahren zu werden. Deshalb hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Kopftuchverbot an der Universität von Istanbul bestätigt unter anderem mit dem Hinweis auf den Einfluss, den das Tragen eines solchen Symbols, das als zwingende religiöse Pflicht dargestellt oder angesehen wird, auf jene haben kann, die sich entschieden haben, es nicht zu tragen (vgl. Urteil 44774/98 vom 29. Juni 2004, in: EuGRZ 32/2005 S. 31 ff., Ziff. 99 und 100). Vergleichbares gilt auch für Angehörige anderer Religionen, die in von einem unduldsamen Islamismus beherrschten Gesellschaften in bedrängten Verhältnissen leben aufgrund des Umstands, dass die Grundlagen des Islam – wie im Übrigen auch für den Beschwerdeführer – auch Grundlage von Staat und Kultur sein sollen (vgl. S. Raeder, Der Islam und das Christentum. Eine historische und theologische Einführung, Neukirchen-Vluyn 2001, S. 139 f.).

Abgesehen davon, dass sich die gesellschaftlichen Verhältnisse in der Schweiz und auch in der Schulgemeinde St.Margrethen nicht mit jenen in Istanbul vergleichen lassen, steht die Bestätigung des Kopftuchverbots an der Universität von Istanbul durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte auch vor dem Hintergrund der Verteidigung des Prinzips des Laizismus und seiner Bedeutung für die demokratische Ordnung in der Türkei (vgl. K. Pabel, in: Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus, in: EuGRZ 32/2005 S. 12 ff., S. 14 f.). Die Beschwerdegegnerin befürchtet eine vergleichbare Entwicklung, ohne allerdings konkrete Anzeichen dafür zu nennen, dass radikalislamische Vorstellungen die Grundüberzeugungen, wie sie in der schweizerischen Rechtsordnung zum Ausdruck kommen, ernstlich bedrohen. Insbesondere ist nicht bekannt, dass in Schulen, welche kein Kopfbedeckungsverbot kennen, entsprechende Probleme virulent sind. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass der – befürchtete – Einfluss fundamentalistischer Überzeugungen auf andere Mitglieder der Religionsgemeinschaft doch wohl nicht allein auf das Tragen des islamischen Kopftuches auch während des Unterrichts an der öffentlichen Schule zurückzuführen wäre. Von mindestens gleichem Gewicht dürfte das Verhalten in der Freizeit ausserhalb des Klassenzimmers sein. Das Verbot, ein Kopftuch zu tragen zum Schutz des Religionsfriedens auf Vorrat, erscheint unverhältnismässig. Es dürfte erwogen werden, wenn sich eine ernsthafte Gefährdung des Religionsfriedens abzeichnen sollte (vgl. Richli, a. a. O., S. 231 f.). Dass veränderte tatsächliche Verhältnisse eine Anpassung der Regeln verlangen können, ist aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

4.4.3.6. Die Beschwerdegegnerin stützt die ausnahmslose Geltung des Kopfbedeckungsverbotes während des Unterrichts auf das Ziel der Integration von Kindern mit Migrationshintergrund. Sie verlange das Mittragen der Grundwerte des modernen Verfassungsstaates durch die zugewanderte Bevölkerung. Religion wir-

ke dann desintegrierend, wenn sie Normen und Praktiken enthalte, die mit den gesellschaftlichen Konventionen und mit den Werten unserer Verfassungsstaates in Konflikt stünden. Integration werde verhindert, wenn die in der Schweiz geltenden Grundrechte von der zugewanderten Bevölkerung nicht mitgetragen würden, sondern die eigene Religion über diesen Grundwerten stehe.

Bundes- und Kantonsverfassung verankern die Integration insbesondere von Kindern- und Jugendlichen als Sozial- und Staatsziel. Gemäss Art. 41 Abs. 1 Ingress und lit. g BV setzen sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass Kinder und Jugendliche in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden. Nach Art. 14 KV setzt sich der Staat die soziale Integration zum Ziel. Um dem Anliegen von Art. 41 Abs. 1 Ingress und lit. g BV zu entsprechen, muss auch den Besonderheiten von weiblichen, behinderten und ausländischen Kindern und Jugendlichen Beachtung geschenkt werden (Bigler-Eggenberger/Schweizer, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N 82 zu Art. 41 BV).

Die Beschwerdegegnerin weist an sich zu Recht darauf hin, dass die Integration von Menschen mit verschiedener Herkunft, Kultur und Religion eine Anpassung an bestimmte gemeinsame Regeln verlangt. Eine Kultur, in der Menschen mit heterogenen religiösen Überzeugungen friedlich koexistieren, vermag nur zu funktionieren, wenn alle in ihr Lebenden bereit sind, Unterscheidungsleistungen zu erbringen – Unterscheidungen zwischen dem, was für alle gelten soll, und jenem, das jeder nur für sich selbst gelten lässt. Wer dagegen die eigene Lebensnorm gottesbegeistert absolut setzt, kann andere immer nur als Missionsobjekte oder Feinde wahrnehmen. Mit wohlmeinender Konsensrhetorik oder ritueller Grundwertebeschwörung ist solchen fundamentalistischen Herausforderungen allerdings nicht angemessen zu begegnen. Denn die von Fundamentalisten entworfenen Szenarien der Traditionszerstörung und des modernisierungsbedingten Moralverlustes lassen sich ja nicht leichthin als Wahnpropaganda abtun. Gerade auch demokratisch verfasste offene Gesellschaften bedürfen der Erinnerung an moralische Traditionen und deren Erneuerung, wollen sie ihr Überleben jenseits der Verteilungskämpfe rücksichtsloser Individuen sichern. Wer die liberale Demokratie verteidigen will, ist deshalb gut beraten, sich nicht in eine falsche Entgegensetzung von «laizistischem Staat» und «fundamentalistischer Religion» drängen zu lassen. Es geht vielmehr darum, die Bestände an religiösmoralischer Tradition, die uns (noch) zur Verfügung stehen, reflektiert so präsent zu halten, dass sie der Stärkung einer Kultur der Toleranz dienen (F. W. Graf, Götter global, München 2014, S. 245).

Das Zusammenleben von verschiedenen Kulturen und Religionen in ein und derselben Gesellschaft verlangt angepasstes, nicht aber uniformes Verhalten in Fragen, wie sie eine objektiv nicht störende Bekleidung – auch – während des Unterrichts in der öffentlichen Schule darstellt. Vielmehr darf, soll und muss – im Hinblick auf die Erkennbarkeit der Besonderheiten des Gegenübers – die Verschieden-

heit der Menschen und ihrer Auffassungen auch äusserlich wahrnehmbar werden. Die Bekleidung ist elementarer sinnenhafter Ausdruck der Persönlichkeit ihres Trägers. Integration kann nicht gelingen, wenn sich die Gesellschaft bereits von Äusserlichkeiten aufhalten lässt, die für ein friedliches Zusammenleben in gegenseitigem Respekt belanglos sind. Erscheint sie, wie dies beim islamischen Kopftuch der Fall ist, weder als unsittlich – vielmehr von einer ausgeprägten, möglicherweise als übertrieben empfundenen Schamhaftigkeit bestimmt – noch als respektlos oder – wie dies bei einer vollen Verschleierung der Fall sein kann – von einer irritierenden Verschlossenheit gegenüber den Mitmenschen, besteht kein Anlass, sie mit dem Hinweis auf das Ziel einer gelingenden Integration zu verbieten.

4.4.4. Dafür, dass der Tochter der Beschwerdeführerin das Tragen des islamischen Kopftuches auch während des Unterrichts an der öffentlichen Schule als Ausnahme vom generellen Kopfbedeckungsverbot bewilligt wird, spricht in erster Linie die Religionsfreiheit der Beschwerdeführer und ihrer Tochter. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, ob die Tochter der Beschwerdeführer jemals selbst den Wunsch geäussert habe, aus religiösen Gründen das Kopftuch zu tragen, sei nicht überprüfbar. Diese Argumentation wirft die Frage nach dem Verhältnis von Tradition und Selbstbestimmungsrecht des Individuums auf. Gelebte Tradition beruht – wie das auch für die christliche gilt – weitgehend auf einer generationenübergreifenden Weitergabe ohne bewussten individuellen Entscheid jener, die in eine Tradition hineinwachsen. Beruht die Einhaltung einer Regel allein auf einem Entscheid des mündigen Individuums, erscheint sie weniger als Tradition denn als rationales Verhalten, das neuer Erkenntnis folgend auch wieder geändert werden kann. Insoweit stehen die Weitergabe von Tradition und – tatsächliche oder vermeintliche – Willensfreiheit zumindest in einem ambivalenten Verhältnis.

Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Durchsetzung bürgerlicher Pflichten im Kontext religiös bedingter Schuldispensationen hat das Bundesgericht Eingriffe in die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht zuletzt wegen der Gefahr eines Gewissenskonflikts und aufgrund der belastenden Auswirkungen eines Konflikts zwischen Schule und Familie auf das Kind als unzumutbar beurteilt (vgl. BGE 114 Ia 129 und 117 Ia 311: Schuldispensationen für Anhänger der Weltweiten Kirche Gottes; BGE 119 Ia 178: Dispensation vom Schwimmunterricht für eine muslimische Schülerin). Sodann hat das Bundesgericht den mit der Verschiebung von drei auf einen Samstag fallenden Maturitätsprüfungen verbundenen Aufwand im Verhältnis zum Interesse eines der Gemeinschaft der Adventisten angehörenden Schülers, seine religiösen Feiertage einzuhalten, als nicht übermässig hoch beurteilt (vgl. BGE 134 I 114). Mit der Begründung, der Anteil der muslimischen Bevölkerung sei stark gewachsen und die religiöse Zusammensetzung der Schweizer Bevölkerung habe sich entsprechend verändert, hat das Bundesgericht in der neueren Rechtsprechung die Bedeutung der bürgerlichen Pflichten und der Schule für die Integration von Ausländerinnen und Ausländern wieder stärker gewichtet und die Verweigerung der Dispensation muslimischer Kinder vom gemischtgeschlecht-

lichen Schwimmunterricht an der Unterstufe bestätigt (vgl. BGE 135 I 79). Im Gegensatz zur Frage, inwieweit ein Kind am Schulunterricht teilnimmt, stellt das Tragen des islamischen Kopftuches auch während des Unterrichts an der öffentlichen Schule kein Integrationshindernis dar. Zudem zieht es für die Schule auch keinen besonderen organisatorischen Aufwand nach sich. Insoweit kommt dem Bestreben, in der Folge der Bekleidungsvorschrift den Schülerinnen Gewissenskonflikte zu ersparen, erhebliches Gewicht zu. Dies gilt umso mehr, als die vorübergehende Nichtbewilligung der Ausnahme dazu geführt hat, dass die Tochter der Beschwerdeführer die Schule während dreier Monate nicht mehr besuchen konnte. Da die Beschwerdeführer an ihrer Auffassung ohne Rücksichten auf die ausbildungsbezogenen Konsequenzen festhielten, fragt sich, ob und wie die Pflicht zum Schulbesuch letztlich gewaltsam durchgesetzt werden könnte. Jedenfalls zeigt sich, dass in erster Linie die Tochter der Beschwerdeführer die nachteiligen Konsequenzen des Konflikts zu tragen hätte.

Die Bewilligung einer religiös begründeten Ausnahme dient schliesslich auch dem öffentlichen Interesse an einer gelingenden Integration verschiedener Religionen und Kulturen in der schweizerischen Gesellschaft.

4.4.5. Für die Unzulässigkeit der Einschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Beschwerdeführer und ihrer Tochter durch die ausnahmslose Durchsetzung des Kopfbedeckungsverbots während des Unterrichts an der öffentlichen Schule der Beschwerdegegnerin sprechen gewichtige private und öffentliche Interessen. Die Beschwerdeführer und ihre Tochter begründen die Einhaltung der Bekleidungsvorschrift mit ihrer religiösen Überzeugung, der angesichts der fundamentalen Bedeutung der Religionsfreiheit grosses Gewicht zukommt. Bei einer Durchsetzung des Verbots wäre die Tochter der Beschwerdeführer zudem einem ernsthaften Gewissenskonflikt ausgesetzt. Die Zulässigkeit einer religiös bedingten Ausnahme bei einer blossen Kleidervorschrift, bei deren konkreter Umsetzung im Übrigen das Gesicht frei bleibt, dient sodann auch dem öffentlichen Interesse an der tatsächlichen Wirksamkeit der Religionsfreiheit und dem Einüben eines respektvollen Umgangs mit religiösen Minderheiten.

Die für die Zulässigkeit der Einschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit sprechenden öffentlichen Interessen erscheinen weniger gewichtig, zumal sie sich selber relativieren. Das Rechtsgleichheitsgebot und insbesondere das Diskriminierungsverbot schliessen eine religiös begründete Differenzierung nicht aus, sondern gebieten sie viel mehr. Aus der Verpflichtung der öffentlichen Schule zur Religionsneutralität lässt sich grundsätzlich kein Verbot des Tragens des islamischen Kopftuches durch Schülerinnen während des Unterrichts ableiten, zumal jedenfalls zurzeit keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass dadurch Mitschülerinnen und Mitschüler anderer Religionen oder mit einem weniger fundamental geprägten islamischen Glauben in ihrer Religionsfreiheit ernsthaft beeinträchtigt oder hinsichtlich ihres eigenen Verhaltens in eine Zwangslage gerieten. Einiges Gewicht kommt zwar der in Art. 8 Abs. 3 BV verankerten Gleichstellung von Mann und Frau zu, zu-

mal das islamische Kopftuch insbesondere auf dem Hintergrund fundamentalistischer islamischer Strömungen auch als Ausdruck der Unterordnung der Frau unter den Mann interpretiert werden kann (vgl. Aubert, a. a. O., S. 485 f.). Mit Blick auf die dargestellte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Tragen des islamischen Kopftuches eine selbstbestimmte und gleichberechtigte Rolle der Frau in der Gesellschaft und in der Familie nicht von vornherein ausschliesst (vgl. oben Erwägung 4.4.3.3), rechtfertigen diese Bedenken allein nicht die ausnahmslose Durchsetzung des Kopfbedeckungsverbots.

Dieses Ergebnis entspricht auch der in der Literatur vertretenen Auffassung, für Schülerinnen und Schüler erscheine ein generelles Verbot, bestimmte religiöse Kleidungsstücke wie das Kopftuch zu tragen, in der Regel als unverhältnismässig und verfassungswidrig (Karlen, a. a. O., S. 208 f.). Die kritischen Überlegungen, welche zum Kopftuchverbot für eine Primarlehrerin in einer laizistisch geprägten Volksschule angestellt wurden (vgl. auch H. Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl. 2003, S. 611 f.), gelten noch weit mehr für ein Verbot des Tragens von religiösen Symbolen seitens der Schülerinnen und Schüler; diese könnten sich dafür in einem weitergehenden Mass als Lehrkräfte auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen (Richli, a. a. O., S. 233, der im Übrigen die Auffassung vertritt, dies lasse auch das Bundesgericht in BGE 123 I 296 durchblicken). Schülerinnen und Schüler können nicht verpflichtet werden, in der Schule auf das Tragen starker religiöser Symbole zu verzichten. Weil nur der Staat, nicht auch die Schülerinnen als Privatpersonen zur religiösen Neutralität verpflichtet sind, kann ihnen das Tragen des islamischen Kopftuches nicht grundsätzlich verboten werden (Kiener/Kälin, a. a. O., S. 320). Schliesslich wird in der Literatur auch die Auffassung vertreten, im Fall einzelner kopftuchtragender Schülerinnen müsse die Prüfung der Verhältnismässigkeit in jedem Fall zugunsten der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Schülerin ausfallen (vgl. Epiney/Mosters/Gross, a. a. O., S. 138).

5. Zusammenfassend gelangt das Verwaltungsgericht deshalb zur Auffassung, dass die Durchsetzung des Kopfbedeckungsverbots während des Unterrichts an der öffentlichen Schule zurzeit einen unverhältnismässigen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Beschwerdeführer und ihrer Tochter, welche das islamische Kopftuch tragen will, darstellt. Eine wortgetreue Handhabung des Kopfbedeckungsverbots, das keinerlei Ausnahmen vorsieht, verletzt die Religionsfreiheit der Beschwerdeführer und ihrer Tochter. Eine verfassungskonforme Handhabung des Verbots von Art. 14 Abs. 2 der Schulordnung der Beschwerdegegnerin verlangt deshalb, dass der Tochter der Beschwerdeführer das Tragen des islamischen Kopftuches auch während des Unterrichts erlaubt wird. Damit erübrigt es sich zu prüfen, ob die Durchsetzung des Verbots zu einer – indirekten oder mittelbaren (vgl. dazu BGE 129 I 217 E. 2.1 letzter Absatz) – Diskriminierung jener Schülerinnen führen würde, die das islamische Kopftuch während des Unterrichts tragen möchten.

2. Gesundheit und Soziales

3

Art. 2 Bst. a BetmG (SR 812.121) i.V. m. Art. 1 Abs. 2 Bst. a und Anhang 5 Verzeichnis d BetmVV-EDI (SR 812.121.11); Art. 69 StGB (SR 311.0). Der Grenzwert von 1,0 Prozent Gesamt-THC-Gehalt zur Definition von Cannabis als Betäubungsmittel ist gesetzes- und verfassungsmässig. Die Sicherungseinziehung von Cannabis-Produkten mit einem Gesamt-THC-Gehalt von 1,0 Prozent oder mehr ist rechtmässig, sofern die Besitzerin der Produkte über keine Betriebs- oder Anbaubewilligung gemäss Art. 11 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 2 Bst. h BetmKV verfügt.

Kantonsgericht, Strafkammer, 20. August 2013
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_1113/2013 und 6B_1114/2013 vom 30. Juni 2014)

Aus den Erwägungen:

III.

1. a) Die ihm vorgeworfenen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz soll der Beschuldigte im Oktober und im Dezember 2010 begangen haben. Per 1. Juli 2011 trat eine Revision des Betäubungsmittelgesetzes in Kraft. Dabei wurden u. a. die Strafbestimmungen (Art. 19 ff. BetmG) geändert. Vorliegend gelangt jenes Gesetz zur Anwendung, das für den Beschuldigten konkret das mildere ist (Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 StGB; BGer 6B_681/2011 E. 1.3).

b) Das im Oktober und Dezember 2010 geltende Gesetz (nachfolgend aBetmG) und das aktuelle Betäubungsmittelgesetz (BetmG) stimmen hinsichtlich der Strafdrohung für den Verkauf von Betäubungsmitteln überein (vgl. Art. 19 Ziff. 1 aBetmG und Art. 19 Abs. 1 BetmG).

c) Gemäss dem aBetmG darf Hanfkraut zur Betäubungsmittelgewinnung weder in Verkehr gebracht respektive verkauft, noch unbefugt angebaut werden (Art. 8 Abs. 1 Bst. d, Art. 19 Ziff. 1 aBetmG). Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass diese Verbote die gesamte Cannabispflanze betreffen, d. h. auch die keinen hohen THC-Gehalt aufweisenden Teile. Entsprechend sind auch der Setzling und die Samen umfasst, sofern diese nach ihrem Wachstum erlauben, Hanfkraut mit einem hohen THC-Gehalt zu gewinnen (BGE 126 IV 198 E. 1; 130 IV 83 E. 1.1; BGer 6S. 189/2001 E. 2.b; zum Ganzen Fingerhuth/Tschurr, Kommentar BetmG, Zürich 2007, Art. 8 N 16 ff. und Art. 19 N 30). Das Bundesgericht unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Hanfsorten. Hanfpflanzen mit einem THC-Gehalt von unter 0,3 Prozent gelten als ungeeignet für die Betäubungsmittelgewinnung (sog. Industriehanf). Pflanzen mit höherem THC-Gehalt (sog. Drogenhanf) fallen unter die Betäubungsmittel, deren Anbau und Vertrieb nach Art. 8 Abs. 1 Bst. d BetmG untersagt ist (BGE 126 IV 198 E. 1.; Fingerhuth/Tschurr, a. a. O., Art. 8

N 17 ff.). Allerdings lässt sich aus dem THC-Gehalt alleine noch nicht verbindlich auf die Illegalität des Hanfs schliessen. Jedermann kann legalerweise Hanfpflanzen mit einem THC-Gehalt von mehr als 0,3 Prozent besitzen. Nur wer daraus schliesslich Betäubungsmittel gewinnen, sprich den Hanf illegal gebrauchen möchte, macht sich in objektiver Hinsicht strafbar (BGE 130 IV 83 E. 1.1; BGer 6B_77/2010 E. 3.1) In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt (BGE 130 IV 83 E. 1.2.2.; 126 IV 198 E. 2.; BGer 6P.127/2004 E. 9.).

d/aa) Nach Art. 2 Bst. a BetmG gelten u. a. abhängigkeitserzeugende Stoffe des Wirkungstyps Cannabis als Betäubungsmittel. Sie dürfen weder angebaut, eingeführt, hergestellt noch in Verkehr gebracht werden (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BetmG). Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) führt ein Verzeichnis der Betäubungsmittel (Art. 2a BetmG). In Art. 1 Abs. 2 Bst. a i.V. m. Anhang 5 Verzeichnis d BetmVV-EDI ist festgehalten, dass «Hanfpflanzen oder Teile davon, welche einen durchschnittlichen Gesamt-THC-Gehalt von mindestens 1,0 Prozent aufweisen, und sämtliche Gegenstände und Präparate, welche einen Gesamt-THC-Gehalt von mindestens 1,0 Prozent aufweisen oder aus Hanf mit einem Gesamt-THC-Gehalt von mindestens 1,0 Prozent hergestellt werden» Betäubungsmittel im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes sind. Ausgenommen sind einzig Cannabissamen (Art. 4 BetmVV-EDI; vgl. ebenfalls die Erläuterungen zum Entwurf der BetmVV-EDI [http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1698/Bericht_3.pdf]).

bb) Sowohl der Beschuldigte als auch die Berufungsklägerin bezeichnen den Grenzwert von 1,0 Prozent THC-Gehalt als verfassungswidrig respektive machen geltend, das Gericht sei nicht an die BetmVV-EDI gebunden.

Das Gericht kann Verordnungen des Bundesrates vorfrageweise auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen. Bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit einer unselbständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Gericht verbindlich; es darf in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist. Es kann dabei namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützen lässt oder ob sie Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- und zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden müssen. Die Zweckmässigkeit hat es hingegen nicht zu beurteilen (BGer 6B_776/2011 E. 1.3.1; BGE 136 II

337 E. 5.1 m. w. H.). Es steht dem Bundesrat gemäss Art. 48 Abs. 1 RVOG überdies offen, die Zuständigkeit zum Erlass von Rechtssätzen auf ein Departement zu übertragen (BGer 2A.557/2000 E. 4.b).

Das EDI wird in Art. 2a BetmG zur Führung eines Verzeichnisses der Betäubungsmittel legitimiert. Diese Bestimmung war bereits im Entwurf zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes der nationalrätlichen Kommission enthalten (BBl 2006 8631). In ihrem Bericht zum Änderungsentwurf hielt die Kommission fest, dass anhand des Verzeichnisses des EDI «klar geregelt [ist…], wann Cannabis als Betäubungsmittel zu gelten hat» (BBl 2006 8608; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 BetmKV, wonach das EDI die einzelnen kontrollierten Substanzen bezeichnet und bestimmt, welchen Kontrollmassnahmen sie unterliegen). Die eidgenössischen Räte hatten während den Beratungen daran nichts zu beanstanden (AB NR 2006 1874; AB SR 2007 1147) und verankerten die Kompetenz des EDI zur Führung des besagten Verzeichnisses folglich im Wissen darum, dass das EDI festlegen wird, wann Hanf als Betäubungsmittel zu gelten hat. Der Gesetzgeber gestand dem EDI einen weiten Ermessensspielraum zu. Dieser ist für das Gericht verbindlich. Nach dem Gesagten hat das EDI mit dem Erlass der BetmVV-EDI sowie der Verzeichnisse im Anhang dazu die ihm mit Art. 2a BetmG eingeräumten Kompetenzen nicht überschritten.

cc) In den Erläuterungen zum Entwurf der BetmVV-EDI ist festgehalten, dass der Zwecknachweis, der gemäss aBetmG Voraussetzung für die Strafbarkeit war, mit der Revision weggefallen ist. Auch der Bericht der nationalrätlichen Kommission zur Gesetzesrevision erwähnt ausdrücklich, dass der Zusatz «zur Betäubungsmittelgewinnung» gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBetmG gestrichen wird (BBl 2006 8608). Als einziges und klares Unterscheidungskriterium zwischen Hanf als industriellem Rohstoff und als Betäubungsmittel soll der THC-Gehalt beigezogen werden. Hinsichtlich der Höhe des Grenzwertes von 1,0 Prozent THC-Gehalt verweisen die Erläuterungen darauf, dass der Wert auf einem über Jahre ermittelten Erfahrungswert zwischen Industrie- und Drogenhanf beruhe (Erläuterungen zur BetmVV-EDI, S. 3). Der Grenzwert von 1,0 Prozent THC-Gehalt war bereits im Entwurf zur BetmVV-EDI enthalten (http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1698/Vorlage_3.pdf; im Vernehmlassungsverfahren forderten vier Anhörungsadressaten, darunter der Beschuldigte, eine weitere Erhöhung des Grenzwertes. Die restlichen Adressaten begrüssten die Erhöhung oder erhoben keine Einwände dagegen [http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1698/Bericht_Anh_BetmVV_EDI_def_20110517.pdf]). Zudem wird in den Erläuterungen zur Verordnung auf die Stellungnahme der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin vom 10. Dezember 2001 und deren Empfehlung zu einem Grenzwert von 1,0 Prozentverwiesen (Erläuterungen zur BetmVV-EDI, Fn 4). Bloss einen THC-Gehalt von 0,2 Prozent oder weniger darf Industriehanf im Übrigen gemäss Art. 52 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1782/2003 des Rates der Europäischen Union vom 29. September 2003 aufweisen.

Dass zwischen Drogen- und Industriehanf zu unterscheiden ist, bestreiten weder der Beschuldigte noch die Berufungsklägerin. Der Beizug des THC-Gehalts als massgebendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Industrie- und Drogenhanf erscheint nachvollziehbar und logisch, weil THC der Hauptstoff mit psychoaktiver Wirkung im Hanf ist. Zudem ist er objektiv messbar und wurde bereits vor der Revision des Betäubungsmittelgesetzes und vor Erlass der einschlägigen Bestimmung in der BetmVV-EDI als primäres Unterscheidungskriterium beigezogen (BGE 130 IV 83 E. 1.1; BGer 6B_77/2010 E. 3.1; Erläuterungen zur BetmVV-EDI, S. 2 f.; Fingerhuth/Tschurr, a. a. O., Art. 1 N 26). Der in der BetmVV-EDI aufgeführte THC-Gehalt von 1,0 Prozent als Schwellenwert stützt sich dabei auf ernsthafte und vernünftige Gründe in den tatsächlichen Verhältnissen, was sich laut den Erläuterungen zur BetmVV-EDI insbesondere aus der Stellungnahme der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin vom 10. Dezember 2001 ergibt. Die Bestimmung von Art. 1 Abs. 2 Bst. a i.V. m. Anhang 5 Verzeichnis d BetmVV-EDI ist nach dem Gesagten weder sinn- oder zwecklos noch gesetzes- oder verfassungswidrig.

e) Da, wie zu zeigen sein wird, die vom Beschuldigten verkauften Hanfpflanzen einen THC-Wert von über 1,0 Prozent aufwiesen, kann das aktuelle Betäubungsmittelgesetz im vorliegenden Fall nicht das mildere Recht sein. Gemäss dem aBetmG ist wie dargelegt für die Strafbarkeit nebst dem THC-Gehalt von mehr als 0.3 Prozent die Gewinnung von Betäubungsmitteln als Handlungsziel vorausgesetzt. Dieses Erfordernis kennt das aktuelle BetmG nicht. Insofern ist es bezüglich der Strafbarkeit im Zusammenhang mit Hanfpflanzen grundsätzlich bloss dann milder, wenn der THC-Gehalt der Pflanzen zwischen 0,3 und 1,0 Prozent liegt. Weil dies vorliegend nicht der Fall ist, gelangt gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB das aBetmG zur Anwendung.

[…]

V.

1. Das Gericht verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Art. 69 Abs. 1 StGB). Die Gefahr einer weiteren deliktischen Verwendung («zur Begehung einer Straftat […] bestimmt») kann sich aus der Beschaffenheit des Gegenstandes ergeben. Es genügt aber nicht, dass der Gegenstand bloss geeignet ist, eventuell für eine Straftat gebraucht zu werden. Vielmehr muss das Gericht eine Prognose darüber anstellen, ob es hinreichend wahrscheinlich ist, dass der Gegenstand in der Hand des Täters in der Zukunft die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet (BGer 6B_77/2010 E. 3.3 m. w. H.). Das Gericht kann schliesslich anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 69 Abs. 2 StGB).

2. Am 25. März 2011 beschlagnahmte die Staatsanwaltschaft diverse Hanfpflanzen und weitere Hanfprodukte, die im Besitz des Beschuldigten standen, Bargeld sowie weitere Gegenstände. Die dagegen erhobene Beschwerde der Berufungsklägerin schützte die Anklagekammer des Kantons St.Gallen mit Entscheid vom 10. Mai 2011. Die beschlagnahmten Hanfpflanzen seien freizugegeben, soweit sie durch die Berufungsklägerin abgenommen würden, denn es lägen keine Anhaltspunkte vor, dass die Berufungsklägerin die Hanferzeugnisse nicht für einen legalen Zweck verwenden würde. Die Staatsanwaltschaft gelangte gegen diesen Entscheid mit Beschwerde ans Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des Entscheids der Anklagekammer. Mit Urteil vom 20. September 2011 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab (BGer 1B_307/2011).

Am 23. September 2011 beschlagnahmte die Staatsanwaltschaft die Hanferzeugnisse, die sie bereits am 25. März 2011 beschlagnahmt hatte, erneut. Sowohl der Beschuldigte als auch die Berufungsklägerin erhoben dagegen Beschwerde bei der Anklagekammer. Die Anklagekammer schützte die Beschwerden mit Entscheid vom 16. November 2011 (AK.2011.281-AK) und hob den Beschlagnahmebefehl vom 23. September 2011 auf. In ihren Erwägungen hielt sie fest, dass von der Staatsanwaltschaft zu prüfen sei, ob sich seit der Aufhebung des Beschlagnahmebefehls vom 25. März 2011 die Sach- und Rechtslage geändert habe und daher die Voraussetzungen für die Beschlagnahme einzelner Gegenstände nun gegeben seien. Die Anklagekammer liess insbesondere offen, ob durch die per 1. Juli 2011 in Kraft getretene Revision des Betäubungsmittelgesetzes eine legale Verwendung der von der Beschlagnahme betroffenen Hanfpflanzen noch möglich sei.

Am 12. Dezember 2011 stellte die Staatsanwaltschaft nochmals einen Beschlagnahmebefehl aus und beschlagnahmte die Hanferzeugnisse ein weiteres Mal. Wiederum gelangte der Beschuldigte mit Beschwerde an die Anklagekammer. In ihrem Entscheid vom 1. Februar 2012 (AK.2011.350-AK) hielt die Anklagekammer fest, dass der beschlagnahmte Hanf einen THC-Gehalt von 2,5–6,0 Prozent aufweise, weshalb keine Möglichkeit einer legalen Verwendung bestehe. Sie verweigerte die Herausgabe des beschlagnahmten Hanfs an den Beschuldigten und wies dessen Beschwerde ab.

Im Berufungsverfahren verlangen sowohl der Beschuldigte wie auch die Berufungsklägerin die Freigabe des beschlagnahmten Hanfs.

3. a) Bei der Beurteilung der Gefährdung der Sicherheit von Menschen durch Hanfprodukte kann auf das geltende Recht Bezug genommen werden, selbst wenn die Anlasstat noch nach bisherigem Recht zu beurteilen ist (BGe 1B_294/2012 E. 5; 1B_666/2011 E. 2.4.2). Der beschlagnahmte Hanf wies einen THC-Gehalt von über 1,0 Prozent auf. Seit dem 1. Juli 2011 und dem Inkrafttreten des revidierten Betäubungsmittelgesetzes ist der beschlagnahmte Hanf daher ein illegales Betäubungsmittel (Art. 2 Bst. a, Art. 8 Abs. 1 Bst. d BetmG i.V. m. Art. 1 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Anhang 5 Verzeichnis d BetmVV-EDI), das i. S. v. Art. 69 Abs. 1 StGB die Sicherheit von Menschen gefährdet (BGer 1B_294/2012 E. 5). Seine Abgabe

und der Anbau der entsprechenden Pflanzen und ihrer Bestandteile ist bloss legal, wenn eine Betriebs- oder Anbaubewilligung vorliegt (Art. 11 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 2 Bst. h BetmKV).

[…]

c) Die Berufungsklägerin verfügt nicht über eine Bewilligung gemäss Art. 11 Abs. 1 oder 2 BetmKV. Die Aushändigung der beschlagnahmten Hanfpflanzen an sie respektive der von ihr beabsichtigte Handel mit Produkten aus den Pflanzen ist daher per se unzulässig. Entsprechend würde durch die Herausgabe der Pflanzen an die Berufungsklägerin i. S. v. Art. 69 Abs. 1 StGB die Sicherheit von Menschen gefährdet. Der beschlagnahmte Hanf bleibt daher eingezogen und ist, mangels legaler Verwendungsmöglichkeit, zu vernichten. Dieses Vorgehen ist auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht zu beanstanden (vgl. BSK StGB-Baumann, Art. 69 N 14). Inwiefern die Ernte des Beschuldigten der Jahre 2011 und 2012 ebenfalls hätte eingezogen werden müssen, ist nicht von Belang.

4. Der Beschuldigte verlangte weiter die Aushändigung zweier beschlagnahmter Hanfkissen. Diese hatte er freiwillig zu den Akten gereicht. Im Anschluss verfügte die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme der Kissen. Auf die dagegen gerichtete Beschwerde des Beschuldigten trat die Anklagekammer in ihrem Entscheid vom 21. Juni 2011 (AK.2011.119-AK) nicht ein. Sie begründete dies damit, dass die Kissen freiwillig zu den Akten eingereicht worden waren und deshalb nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt zurückgefordert werden konnten.

Die Analyse des Inhalts der beschlagnahmten Kissen ergab, dass sie Hanf mit einem THC-Gehalt von 4,4 Prozent enthielten. Eine legale Verwendung der Kissen respektive deren Inhalts ist daher nicht möglich. Weil der Beschuldigte ebenfalls nicht über eine Bewilligung gemäss Art. 11 Abs. 1 oder 2 BetmKV verfügt, sind die Kissen einzuziehen und zu vernichten. Dies erweist sich als verhältnismässig.

4

Art. 25 und Art. 32; Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 KVG (SR 832.10) i.V.m. Art. 34 und Art. 37f KVV (SR 832.102). Die Genanalyse eines Marfan-Syndroms ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für die weitere Therapie bedeutsam und bildet eine Pflichtleistung.

Versicherungsgericht, 23. Oktober 2014

5

Art. 19 Abs. 1 und 2 FamZG (SR 836.2); Art. 17 FamZV (SR 836.21). Hinsichtlich der Bestimmung des steuerbaren Einkommens kommt einer rechtskräftigen Steuerveranlagung keine Bindungswirkung für die Beurteilung des Anspruchs auf Familienzulagen zu. Diese bildet in der Regel die Grundlage. Wenn sich indessen ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Steuerveranlagung ergeben, darf sich die Familienausgleichskasse nicht einfach auf den Steuerentscheid verlassen. Vielmehr hat sie diesfalls eine eigenständige Beurteilung vorzunehmen.

Versicherungsgericht, 3. Oktober 2014

3. Öffentliche Sicherheit und Ordnung

6

Art. 4 Abs. 1 des Konkordats über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (sGS 451.51). Indem der Beschwerdeführer nach einer Pyro-Aktion anlässlich eines Fussballspiels in der AFG-Arena eine Fahne hochhielt und dadurch einem Pyro-Zünder ermöglichte, sich seiner Vermummung zu entledigen und unerkannt in der Menge unterzutauchen, beteiligte er sich an «Gewalttätigkeiten» im Sinne des Konkordats. Dass die ihm strafrechtlich zur Last gelegte Begünstigung nicht im Katalog der Anlasstaten gemäss Art. 2 des Konkordats aufgeführt ist, ändert daran nichts. Die Aufzählung ist nicht abschliessend, und die Begünstigung schützt das gleiche Rechtsgut wie andere Taten, die explizit erfasst sind. Das einjährige Rayonverbot im Bereich dreier Fussballstadien in der Stadt St.Gallen ist gesetz- und verhältnismässig.

Verwaltungsgericht, 11. November 2014

Am Heimspiel des FC St.Gallen gegen den FC Luzern vom 1. September 2013 in der AFG-Arena zündeten vermummte Fans im Heimsektor bengalische Fackeln (sog. «Pyros»). Zur Ver- und Entmummung zogen sich die Pyro-Zünder unter eine vier mal drei Meter grosse Fahne mit «Joker»-Logo zurück, welche von einigen Fans zu diesem Zweck horizontal über die Köpfe einer Fangruppe gespannt worden war. Der Beschwerdeführer hielt nach der Pyro-Aktion eine etwa einen Quadratmeter grosse weisse Fahne vor die grosse «Joker»-Fahne und verdeckte so die Sicht von vorn auf das Geschehen darunter. Unter diesem zeltartigen Sicht-

schutz konnte sich einer der Pyro-Zünder demaskieren, um anschliessend unerkannt in der Menge zu verschwinden. Im Strafverfahren wurde der Beschwerdeführer von der Einzelrichterin des Kreisgerichts St.Gallen wegen Begünstigung zu einer bedingten Geldstrafe von sechs Tagessätzen zu je CHF 20 verurteilt mit der Begründung, er habe mit seinem Verhalten die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen den Täter des Sprengstoffdelikts verhindert. Vom Vorwurf der Gehilfenschaft zum Sprengstoffdelikt wurde er freigesprochen, weil die Entmummung des Täters von diesem Delikt nicht erfasst werde.

Am 28. Oktober 2013 verfügte die Stadtpolizei St.Gallen gegen den Beschwerdeführer ein vom 5. November 2013 bis 3. November 2014 geltendes Rayonverbot, das ihm den Aufenthalt anlässlich von Sportveranstaltungen in der AFG-Arena St.Gallen, von Fussballspielen der ersten Mannschaft des SC Brühl St.Gallen im Paul-Grüninger-Stadion, St.Gallen, sowie von Fussballspielen des FC St.Gallen U21 im Stadion Espenmoos, St.Gallen, in den gemäss Planbeilagen A, B und C bezeichneten Gebieten während des Zeitraums von vier Stunden vor bis vier Stunden nach einer Veranstaltung verboten. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den dagegen erhobenen Rekurs – dem am 13. Januar 2014 die entzogene aufschiebende Wirkung nicht wieder erteilt worden war – am 16. Juni 2014 ab. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1; VRP). Der Beschwerdeführer ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 VRP). Zwar ist sein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids bzw. der erstinstanzlichen Verfügung dahingefallen, weil das umstrittene Rayonverbot am 3. November 2014 abgelaufen ist und der allenfalls zu Unrecht erlittene Nachteil nicht mehr beseitigt werden kann. Vom Erfordernis des aktuellen schutzwürdigen Interesses ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ausnahmsweise abzusehen, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen unter ähnlichen Umständen wieder stellen können, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine richterliche Prüfung möglich wäre, und deren Beantwortung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 138 II 42 E. 1.3 und 137 I 23 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Dies ist hier der Fall. Nach dem Grundsatz «Einheit des Verfahrens» dürfen die kantonalen Instanzen die Rechtsmittellegitimation nicht strenger handhaben als das Bundesgericht (vgl. Art. 111 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes, SR 173.110; BGG), weshalb diese Rechtsprechung auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren massgebend ist.

Die Beschwerde vom 1. Juli 2014 und deren Ergänzung vom 1. September 2014 entsprechen in zeitlicher, formaler und inhaltlicher Hinsicht den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2./2.1. Die gesetzliche Grundlage des Rayonverbots findet sich im Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (sGS 451.51; Konkordat). Art. 4 Abs. 1 Konkordat lautet wie folgt:

«Einer Person, die sich anlässlich von Sportveranstaltungen nachweislich an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat, kann der Aufenthalt in einem genau umschriebenen Gebiet im Umfeld von Sportveranstaltungen (Rayon) zu bestimmten Zeiten verboten werden. Die zuständige kantonale Behörde bestimmt, für welche Rayons das Verbot gilt.»

Art. 2 Abs. 1 Konkordat enthält einen nicht abschliessenden Katalog von Delikten, die als «Gewalttätigkeiten» bzw. «gewalttätiges Verhalten» im Sinne des Konkordats gelten (BGE 140 I 2 E. 8; VerwGE B 2012/224 vom 11. Dezember 2012 E. 3.2, www.gerichte.sg.ch). Neben diesen Katalogtaten gilt auch «die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch das Mitführen oder Verwenden von Waffen, Sprengmitteln, Schiesspulver oder pyrotechnischen Gegenständen an Sportstätten, in deren Umgebung sowie auf dem An- und Rückreiseweg» als Gewalttätigkeit bzw. gewalttätiges Verhalten (Art. 2 Abs. 2 Konkordat). Zwischen den Gewalttätigkeiten und der Sportveranstaltung wird ein zeitlicher Zusammenhang vorausgesetzt. Dieser ist gegeben, wenn die Vorkommnisse vor, während oder im Nachgang zu einer Sportveranstaltung stattfanden (Art. 2 Abs. 1 Konkordat). Als Nachweis für gewalttätiges Verhalten gelten u. a. entsprechende Gerichtsurteile oder polizeiliche Anzeigen (Art. 3 Abs. 1 lit. a Konkordat). Die beiden letzten Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall offensichtlich erfüllt und werden vom Beschwerdeführer nicht bestritten.

2.2. Demgegenüber bestreitet der Beschwerdeführer, dass es sich beim ihm zur Last gelegten Verhalten um «Gewalttätigkeiten» bzw. «gewalttätiges Verhalten» gehandelt habe. Deshalb sei das Rayonverbot nicht gesetzmässig. Er bringt vor, als gewalttätiges Verhalten bzw. Gewalttätigkeit im Sinne des Konkordats gelte nur die Begehung oder die Anstiftung zu einer der Katalogtaten von Art. 2 Konkordat. Art. 4 Konkordat setze für die Anordnung eines Rayonverbots die nachweisliche «Beteiligung» an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen im obgenannten Sinn, d. h. als Begehung oder Anstiftung voraus, worunter die ihm anfänglich zur Last gelegte Gehilfenschaft (zu einem Sprengstoffdelikt) nicht falle. Hinsichtlich pyrotechnischer Gegenstände sei ohnehin nur das Mitführen oder der Gebrauch derselben erfasst, allenfalls noch die Anstiftung hierzu. Noch klarer präsentiere sich die Rechtslage, wenn sich der Fussballfan – wie im vorliegenden Fall – der Begünstigung strafbar gemacht habe. Dieses Delikt sei nicht im Katalog enthalten und falle gar nicht unter das Konkordat.

2.2.1. Als besonderes Polizeirecht ist das Konkordat auf die spezifische Erscheinung der Gewalt an Sportveranstaltungen ausgerichtet. Durch spezielle Massnahmen wie Rayonverbote, Meldeauflagen und Polizeigewahrsam sollen solche Gewalttaten zu Gunsten einer friedlichen Durchführung von Sportgrossanlässen verhindert werden (BGE 140 I 2 E. 5.1). Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen

soll frühzeitig erkannt und bekämpft werden. Die präventiven Massnahmen sind auf Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit durch Gewalttaten unterschiedlichster Art ausgerichtet. Zwar wird für die Definition des «gewalttätigen Verhaltens», das Massnahmen nach dem Konkordat nach sich ziehen kann, an Straftatbestände angeknüpft und für den Nachweis der Gefahr von Gewalttaten u. a. auf entsprechende Gerichtsurteile und Anzeigen abgestellt (Art. 2 und 3 des Konkordats). Das führt indessen nicht dazu, dass die Massnahmen des Konkordats insgesamt dem Strafrecht zuzuordnen wären. Sie weisen grundsätzlich keinen pönalen Charakter auf, werden nicht als Bestrafung wegen der Erfüllung von Straftatbeständen ausgesprochen und bezwecken nicht die Besserung der betroffenen Person (BGE 137 I 31 E. 4.3 f.). An dieser Auffassung hat das Bundesgericht trotz verbreiteter Kritik festgehalten (vgl. BGE 140 I 2 E. 6 mit Hinweisen). Gegen diesen jüngsten Entscheid ist im Schrifttum erneut opponiert worden (vgl. z. B. B. Meier, Hooligankonkordat: präventive Verpackung, repressive Wirkung, in: AJP 2014, S. 668 ff.), was jedoch an der überzeugenden bundesgerichtlichen Beurteilung nichts ändert.

2.2.2. An Intensität und Folgen des «gewalttätigen Verhaltens» hat der Gesetzgeber keine hohen Anforderungen gestellt (VerwGE B 2012/224 vom 11. Dezember 2012 E. 3.2, www.gerichte.sg.ch). «Gewalttätig» verhält sich nach Art. 2 Abs. 1 Konkordat beispielsweise, wer Behörden oder Beamte an einer Amtshandlung hindert (lit. j), Tätlichkeiten begeht (vgl. lit. a), sich der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte schuldig macht (lit. i) oder zu diesen Delikten anstiftet. Die Aufzählung der Delikte ist – wie bereits in Erw. 2.1 ausgeführt – nicht abschliessend. Der Einwand des Beschwerdeführers, wonach die von ihm begangene Begünstigung per se keine Anlasstat für eine Massnahme nach dem Konkordat sein könne, ist deshalb nicht stichhaltig. Dies gilt umso mehr, als die vom Konkordat ausdrücklich erfasste Hinderung einer Amtshandlung (lit. j) und die Begünstigung in nur leicht unterschiedlicher Ausprägung das gleiche Rechtsgut schützen, nämlich das Funktionieren staatlicher Organe (Delnon/Rüdy, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, N 38 zu Art. 305 StGB). Das Konkordat will u. a. verhindern, dass in den Fansektoren rechtsfreie Räume entstehen. Deshalb ist dem Schutz dieses Rechtsgutes besonderes Gewicht zu verleihen.

2.2.3. Strafrechtlich relevantes Verhalten dient zwar als Anknüpfungspunkt für die Definition des gewalttätigen Verhaltens und die Ergreifung von Massnahmen nach dem Konkordat. Indessen ist das Konkordat einzig auf Vorbeugung gegen Gewalt ausgerichtet. Die konkreten Massnahmen sind nicht als Bestrafung für erfolgtes gewalttätiges Verhalten ausgestaltet, sondern als notwendige Massnahmen zur Verhinderung künftiger Gewalttaten (BGE 140 I 2 E. 6.3). Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, ist letztlich nicht die Erfüllung eines bestimmten Straftatbestandes gesetzliche Voraussetzung für die Anordnung einer Massnahme nach dem Konkordat, sondern ein (deliktisches) Verhalten, das nach seiner Art geeignet ist, die Sicherheit künftiger Sportveranstaltungen als gefährdet erscheinen zu lassen

(vgl. Erw. 2.b.aa. des angefochtenen Entscheids). Der Grund für eine Massnahme nach dem Konkordat kann selbst durch eine blosse Übertretung gesetzt werden (vgl. Erw. 2.2.2. hiervor).

2.2.4. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers erreicht sein Vergehen die für eine Massnahme nach dem Konkordat vorausgesetzte Schwere. Die Zündung von pyrotechnischen Gegenständen stellt eine deutliche Gefahr für die Zuschauer dar (BGer 1C_370/2013 vom 14. Oktober 2013 E. 4.2, in: ZBl 115/2014, S. 385 ff.). Mit seinem Tun hielt der Beschwerdeführer diese Gefahr für künftige Veranstaltungen aufrecht. Entgegen seiner Darlegung kannte er die Bedeutung seines Handelns im Gesamtrahmen der Pyro-Aktion genau. Nach der überzeugenden Beweiswürdigung der Strafrichterin hat er die kleine Fahne während der Pyro-Aktion bewusst von einem anderen Fan übernommen, nachdem er seinen Fokus schon zuvor auf das Geschehen unter der grossen Fahne gerichtet hatte. Aus der Tatsache, dass nur wenige Meter neben ihm ein Pyro abgebrannt worden war und der Beschwerdeführer – wie er in der Strafuntersuchung eingeräumt hat – wusste, dass die Pyro-Zünder seit geraumer Zeit den Sichtschutz von Fahnen zur Ver- und Entmummung missbrauchen würden, kann ohne Weiteres geschlossen werden, dass er wusste, was sich nach Abbrennen des Pyros unter der grossen Fahne abspielen würde. Nach den Feststellungen der Strafrichterin hat der Beschwerdeführer die kleine Fahne bewusst hochgehalten, um die Sicht auf den vorher maskierten Pyro-Zünder zu verdecken. Dem Beschwerdeführer war zudem die Überwachung des Heimsektors und das konsequente Vorgehen der Strafbehörden gegen Pyro-Zünder bekannt. Durch sein Vorgehen hat er die strafrechtliche Verfolgung des Pyro-Zünders vorsätzlich und erfolgreich verhindert und somit die Gefährdung der Sicherheit künftiger Sportveranstaltungen mit aufrechterhalten. Das Rayonverbot erweist sich als gesetzmässig.

2.3. Das umstrittene Rayonverbot schränkt die Bewegungsfreiheit des Beschwerdeführers ein (vgl. Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung; SR 101; BV). Grundrechtseingriffe müssen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (vgl. Erw. 2.2. hiervor) und die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses und des Verhältnismässigkeitsprinzips erfüllen (Art. 36 Abs. 1–3 BV). Im Polizeirecht kommt der Verhältnismässigkeit besonderes Gewicht zu. Dieses Gebot verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Dies bedingt eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Unverhältnismässig ist eine Massnahme, wenn das angestrebte Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff zu erreichen ist (BGer 1C_370/2013 vom 14. Oktober 2013 E. 5.1, in: ZBl 115/2014, S. 385 ff., mit Hinweis auf BGE 137 I 31 E. 7.5.3; 136 I 87 E. 3.2 und 133 I 77 E. 4.1).

2.3.1. Rayonverbote sind geeignet, Personen, von denen Gewalttätigkeiten ausgehen könnten, sowohl vom Umkreis der Stadien als auch von den Bahnhöfen und Örtlichkeiten, welche zur Hin- bzw. Rückfahrt benutzt werden, fernzuhalten. Damit

wird in effizienter Weise verhindert, dass die betroffenen Personen in jene Gebiete gelangen, wo es erfahrungsgemäss besonders häufig zu Gewalttätigkeiten kommt (BGE 137 I 31 E. 6.5). Dieses Ziel bildet zweifellos ein gewichtiges öffentliches Interesse.

2.3.2. Der Beschwerdeführer bringt vor, er sei sich seines strafrechtlich relevanten Verhaltens nicht bewusst gewesen und werde sich in Zukunft von solchen Fahnenaktionen fernhalten. Das Rayonverbot sei angesichts dessen nicht notwendig, da von ihm keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mehr ausgehe. Ferner sei sein Verhalten nicht ausschlaggebend für die Pyro-Aktion gewesen. Deshalb sei das Rayonverbot eine unverhältnismässige Massnahme.

2.3.3. Dass der Beschwerdeführer behauptet, er habe nicht um die Strafbarkeit seines Verhaltens gewusst und sich nur in untergeordnetem Umfang an der Pyro-Aktion beteiligt, ist nicht von Belang. Die Ergebnisse des Strafverfahrens veranlassen ohne Weiteres zur Annahme, dass er sich weiter in ähnlicher Weise an Gewalttätigkeiten beteiligt hätte. Dass er am 1. September 2013 erst ins Geschehen eingegriffen hat, nachdem der Pyro bereits abgebrannt war und sich deshalb lediglich der Begünstigung, nicht aber der Gehilfenschaft zu einem Sprengstoffdelikt schuldig gemacht hat, erscheint rein zufällig und ist für die Beurteilung seines künftigen Verhaltens an Fussballveranstaltungen nicht entscheidend. Zu Ungunsten des Beschwerdeführers fällt zudem ins Gewicht, dass bei ihm zu Hause bengalische Fackeln und Sturmhauben gefunden worden sind und diese Gegenstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Verwendung im Fussballstadion gedacht waren. Ein Rayonverbot ist zweifellos geeignet, ihn vor weiterer Beteiligung an Gewalttätigkeiten abzuhalten. Im Vergleich zum privaten Interesse des Beschwerdeführers, den Heimspielen in St.Gallen beizuwohnen, überwiegt das gewichtige öffentliche Interesse an der Verhinderung von Gewalttätigkeiten anlässlich dieser Sportveranstaltungen. Das einjährige Rayonverbot ist zeitlich und räumlich begrenzt. Es liegt im unteren Rahmen der bis zu dreijährigen Dauer, weshalb es auch in zeitlicher Hinsicht dem Gefährdungspotenzial des Beschwerdeführers angemessen und ihm zuzumuten ist. Eine geeignete mildere Massnahme ist nicht ersichtlich.

4. Arbeit und Gewerbe

7

Art. 6 Abs. 1 AVEG (SR 221.215.311); Art. 257 ZPO (SR 272). Ist die Unterstellung eines Aussenseiters unter einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) und damit ein Anspruch der mit dem Vollzug des GAV betrauten Paritätischen Berufskommission auf Durchführung von betrieblichen Kontrollen umstritten, so hat darüber der Zivilrichter zu entscheiden. Gewichtige Lehrmeinungen fordern hierfür ein vorgängiges Feststellungsverfahren, weshalb schon das Vorliegen einer klaren Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs. 1 Bst. b ZPO zu verneinen ist. Wollte man die klägerischen Rechtsbegehren auf Feststellung der Unterstellung der Beklagten unter den GAV und auf deren Verpflichtung zur Duldung einer betrieblichen Kontrolle analog einer Stufenklage in einem einzigen Verfahren zulassen, mangelte es hier an einem liquiden Sachverhalt im Sinne von Art. 257 Abs. 1 Bst. a ZPO, so dass auch aus diesem Grund auf das Gesuch der Klägerin um Rechtsschutz im Summarverfahren nicht eingetreten werden könnte.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 13. Oktober 2014

Aus den Erwägungen:

III.

1. […]

a) Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist ein besonderes Summarverfahren, welches der klagenden Partei ermöglicht, bei klarer Rechts- und Sachlage möglichst rasch zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen. Es handelt sich formal um ein summarisches Verfahren (Art. 257 Abs. 1 Einleitung ZPO), in der Sache aber um eine durch die klagende Partei selbst gewählte Alternative zum gewöhnlichen Prozessweg; der das Gesuch gutheissende Entscheid ist endgültig (Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 21 N 51; Sutter-Somm/Lötscher, ZPO Komm., N 1 f. zu Art. 257 ZPO; Güngerich, Berner Kommentar, N 1 f. zu Art. 257 ZPO).

b) Voraussetzung ist erstens, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (Art. 257 Abs. 1 Bst. a ZPO; «Liquidität des Sachverhalts»). Der Sachverhalt ist liquide, wenn keine erheblichen Einreden oder Einwendungen, die umfangreichere Abklärungen erfordern, geltend gemacht werden. Der klare Fall ist zu verneinen, wenn die beklagte Partei substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Demgegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch des Klägers sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklagtischen Einwände könne daran nichts ändern (BGE

138 III 620 E. 5.1.1; Sutter-Somm/Lötscher, ZPO Komm., N 5 u. 7 zu Art. 257 ZPO; BK-Güngerich, N 6–9 zu Art. 257 ZPO). Die klagende Partei hat mit den im summarischen Verfahren zulässigen Beweismitteln (Art. 254 ZPO) den vollen Beweis zu erbringen, blosse Glaubhaftmachung reicht nicht aus (Staehelin/Staehelin/Grolimund, a. a. O., § 21 N 54; Sutter-Somm/Lötscher, ZPO Komm., N 6 f. zu Art. 257 ZPO; BK-Güngerich, N 9 zu Art. 257 ZPO).

Zum Zweiten muss die Rechtslage klar sein (Art. 257 Abs. 1 Bst. b ZPO). Dies ist der Fall, wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm, namentlich aufgrund ihres Wortlauts, der Rechtsprechung und der bewährten Lehre, zu keinem Zweifel Anlass gibt; die Rechtsfolge muss sich bei Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergeben und die Rechtsanwendung damit zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Nicht klar ist die Rechtslage, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies beispielsweise bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft (BGE 138 III 123, E. 2.1.2; BGer 4A_273/2012 [in BGE 138 III 620 nicht publizierte] E. 5.1.2; Sutter-Somm/Lötscher, ZPO Komm., N 9–11 zu Art. 257 ZPO; BK-Güngerich, N 10 zu Art. 257 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a. a. O., § 21 N 54).

c) Das Gesuch ist gutzuheissen, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, die klagende Partei also nachweisen kann, einen Anspruch gegen den Prozessgegner zu haben, dieser keine Einwände gegen den Anspruch geltend machen kann und klares Recht vorliegt (Sutter-Somm/Lötscher, ZPO Komm., N 24 zu Art. 257 ZPO; BK-Güngerich, N 19 zu Art. 257 ZPO). Ist die Rechtslage nicht klar oder der Sachverhalt nicht liquide – gelingt es der Gegenpartei also, glaubhafte Einwände vorzubringen –, so ist auf das Gesuch nicht einzutreten; es erfolgt diesfalls kein materieller Entscheid in der Sache, der Rechtskraftwirkung über ein allfälliges neues Verfahren bezüglich klaren Rechts hinaus entfalten würde (Sutter-Somm/Lötscher, ZPO Komm., N 31 zu Art. 257 ZPO; BK-Güngerich, N 20 zu Art. 257 ZPO).

2. […]

b.aa) […] Im Grundsatz kann für jeden beliebigen zivilrechtlichen Anspruch ein Verfahren i. S. v. Art. 257 ZPO eingeleitet werden, sofern im Einzelfall die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind. […]

bb) Die Allgemeinverbindlicherklärung der Kontrollrechte eines GAV bedeutet die Ausdehnung der Verbandsmacht auf Aussenseiter. Zur Kompensation dieses Effekts steht einem betroffenen Arbeitgeber die Möglichkeit offen, die behördliche Einsetzung eines besonderen Kontrollorganes zu verlangen (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311, AVEG; BK-Stöckli, N 93 zu Art. 356b OR); verweigert sich der Arbeitgeber der Lohnbuchkontrolle überhaupt, so obliegt es den Vertragsparteien des GAV, die Einsetzung dieses Kontrollorgans anzubegehren (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 AVEG; Senti, Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen, AJP

2010, 14 ff., insb. 19; zum Ganzen auch Vischer/Albrecht, Zürcher Kommentar, N 165 zu Art. 356b OR; BK-Stöckli, N 97 zu Art. 356b [noch de lege ferenda]). Voraussetzung hierfür ist indessen, dass der grundsätzliche Kontrollanspruch nicht bestritten ist – ist er dies, so ist laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, die Vertragsparteien resp. die vollziehende paritätische Berufskommission an den Zivilrichter zu verweisen (BGE 118 II 528 E. 3). Der Kontrollanspruch an sich wird durch den Zivilrichter entschieden (BK-Stöckli, N 93 zu Art. 356b OR; Roncoroni, Handbuch des kollektiven Arbeitsrechts, Q/213 und folgende Zitate); zumindest die Kommentatoren des Zürcher Kommentars (ZK-Vischer/Albrecht, N 167 zu Art. 356b OR) und ihnen folgend Senti (a. a. O. S. 19) folgern daraus, dass vorgängig ein Feststellungsurteil zu erwirken sei, in welchem die Kontrollkompetenz bestätigt wird. Der von der Klägerin und der Vorinstanz beigezogene BGer 4A_67/2013 bildet keine Grundlage einer gänzlich anders gelagerten Haltung des Bundesgerichts bzw. für die Annahme einer Praxisänderung; die in jenem Fall betroffene Unternehmung bestritt zwar, den Kontrollrechten gemäss [Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe, LMV] zu unterstehen, stellte sich aber als dem GAV des Ausbaugewerbes der Westschweiz (CCT romande du second œuvre) unterstehend dar. Eine gegen das Unternehmen ausgefällte Konventionalstrafe wurde vor dem lokalen Schiedsgericht angefochten. Daraus folgt nicht nur eine erheblich eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts (Art. 393 ZPO), auch bleibt – da die Bestimmungen [des LMV] zu den Schiedsgerichten nicht allgemeinverbindlich erklärt sind und damit primär auf Verbandsmitglieder Anwendung finden – fraglich, inwieweit der Aussenseiterstatus der in jenem und der in diesem Fall betroffenen Unternehmung vergleichbar sind.

cc) In der Darstellung der Klägerin folgt aus ihrem eigenen Entscheid, eine Unternehmung zu kontrollieren, ihr unabdingbarer Anspruch, deren Bücher umfassend einer Kontrolle zu unterziehen. Der Entscheid, eine Kontrolle durchzuführen, wird nicht vorgelegt; unbekannt ist somit auch, ob die Gesuchsgegnerin vorgängig dieses Entscheides zur Stellungnahme begrüsst wurde. In der Berufungsantwort scheint die Gesuchstellerin die These zu vertreten, dass sie, die Klägerin, es sei, welche über die Unterstellung zu entscheiden habe und erst, wenn der Beklagte damit nicht einverstanden sei, obliege die Klärung dieser Frage dem Zivilrichter. Diese Rangordnung widerspricht dem klaren Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 AVEG (gemäss diesem hätten die Vertragsparteien des GAV bei Weigerung des zu Kontrollierenden ein besonderes Kontrollorgan zu beantragen; dazu Senti, a. a. O., S. 19), den Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 118 II 528 E. 3 (gemäss welchem der Verweis an den Zivilrichter bei Bestreitung der grundsätzlichen Kontrollunterworfenheit zulässig sei) und den Schlussfolgerungen gewichtiger Lehrmeinungen (die die Klärung des Kontrollanspruchs ausschliesslich dem Zivilrichter zuweisen und teils ausdrücklich ein vorgängiges Feststellungsklageverfahren fordern). Dabei erscheint es als sachlogisch, dass die Einschränkung der Kognition des besonderen Kontrollorgans in der Unterstellungsfrage auch für die Paritätischen Berufskommis-

sionen gelten muss; nachdem das Institut des Besondern Kontrollorganes als Kompensation derer Verbandsmacht geschaffen worden ist, kann die PBK sich nicht gestützt auf ihren eigenen (möglicherweise ohne die Einräumung von Parteirechten erlassenen) Entscheid weitergehende Einsichtsrechte und Entscheidkompetenzen zuweisen, als sie das behördlich eingesetzte Besondere Kontrollorgan hätte.

Die von der Klägerin vertretene Rechtsauffassung ist somit keine klare Rechtslage im Sinne der gesetzlichen Eintretensbestimmung.

dd) Nicht auszuschliessen ist, dass die Feststellung der Unterstellung unter den GAV und die Anordnung der Duldung einer Kontrolle im Rahmen desselben Verfahrens (analog einer Stufenklage) vorgebracht und entschieden werden könnten. Die Gutheissung einer solchen Klagekombination im Rahmen des Verfahrens gemäss Art. 257 ZPO bedingte indessen die entsprechende Liquidität des Sachverhaltes, aus dem sich die Unterstellung unter den fraglichen GAV ergibt, was hier nicht der Fall ist.

5. Strassenverkehr

8

Art. 30 VZV (SR 741.51); Art. 51 VRP (sGS 951.1). Der vorsorgliche Entzug des Führerausweises während der Dauer der Abklärung der Fahreignung und der Entzug der aufschiebenden Wirkung eines dagegen erhobenen Rekurses sollen der Gefährdung des Strassenverkehrs durch den betroffenen Fahrzeuglenker entgegenwirken. Die verfügende Behörde wird dem Rekurs gegen einen vorsorglichen Entzug also die aufschiebende Wirkung entziehen müssen, andernfalls die Massnahme selbst sinnlos würde. Die Rekursinstanz hat lediglich dann gegenteilig zu verfügen, wenn klare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der vorsorgliche Entzug unhaltbar ist.

Verwaltungsgericht, Präsidialentscheid, 15. Januar 2014

Im Verfahren zur Abklärung der Fahreignung verbot das Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt dem Beschwerdeführer vorsorglich das Führen von Motorfahrzeugen und entzog einem allfälligen Rekurs «zufolge Gefahr» die aufschiebende Wirkung. Im Rekursverfahren wies der zuständige Abteilungspräsident das Gesuch um Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung am 29. November 2013 ab. Der Präsident des Verwaltungsgerichts weist die dagegen erhobene Beschwerde, soweit er darauf eintritt, ab.

Aus den Erwägungen:

1. In der angefochtenen Zwischenverfügung hat die Vorinstanz dem Gesuch des Beschwerdeführers, es sei dem Rekurs gegen den vorsorglichen Entzug des Führerausweises die durch den Beschwerdegegner entzogene aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen, abgewiesen. Art. 51 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) sieht vor, dass diese Verfügung endgültig ist. Da allerdings der Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rekurses im Bereich der Administrativmassnahmen im Strassenverkehr einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil nach sich ziehen kann und deshalb nach Art. 93 Abs. 1 Ingress und lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110, BGG) die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig ist, muss auf kantonaler Ebene ein oberes Gericht im Sinn von Art. 86 Abs. 2 BGG, zu der die Vorinstanz nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht gehört (vgl. BGer 1C_346/2009 vom 6. November 2009), über das Gesuch entscheiden. In sachgemässer Anwendung von Art. 64 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 Satz 2 VRP ist der Präsident des Verwaltungsgerichts für Beschwerden gegen Verfügungen des Abteilungspräsidenten der Verwaltungsrekurskommission über den Entzug der aufschiebenden Wirkung zuständig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Entscheid in der Hauptsache in seine Zuständigkeit fällt (vgl. VerwGE B 2010/3 vom 24. Februar 2010 E. 1, B 2012/171 vom 10. Oktober 2012 E. 1.1, www.gerichte.sg.ch), was bei Beschwerden gegen vorsorgliche Massnahmen der Fall ist (Art. 59 Abs. 1, Art. 64 in Verbindung mit Art. 44 Abs. 2 VRP; Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Botschaft und Entwurf der Regierung, in: ABl 2011 S. 2846 ff., S. 2898; VerwGE B 2013/64 vom 29. April 2013 E. 1, www.gerichte.sg.ch).

Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung des vorsorglichen Entzugs seines Führerausweises durch den Beschwerdegegner. In der Hauptsache liegt noch kein Entscheid der Vorinstanz vor. Insoweit fehlt es zurzeit an einem durch Beschwerde beim Verwaltungsgericht anfechtbaren Entscheid. Auf Ziff. 2 des Rechtsbegehrens kann deshalb nicht eingetreten werden.

Der Beschwerdeführer, der Adressat der angefochtenen Zwischenverfügung ist und der mangels aufschiebender Wirkung des Rekurses gegen den vorsorglichen Entzug des Führerausweises zurzeit nicht berechtigt ist, Motorfahrzeuge zu lenken, ist zur Beschwerdeerhebung grundsätzlich befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Da der Beschwerde von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 VRP) fehlt ihm indessen bezüglich des Antrags, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ein schutzwürdiges Interesse. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Ob der entsprechende Antrag dahin gehend auszulegen ist, dass dem Beschwerdeführer während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vorsorglich zu erlauben ist, Motorfahrzeuge zu lenken, kann offen bleiben, zumal er mit dem Entscheid in der Hauptsache ohnehin hinfällig würde.

Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt. Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 9. Dezember 2013 unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende rechtzeitig erhoben (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 VRP sowie Art. 142 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO) und erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist deshalb unter den angeführten Vorbehalten einzutreten.

2. Gegenstand des Verfahrens ist vorab die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht dem Rekurs gegen den vorsorglichen Entzug des Führerausweises die ihm vom Beschwerdegegner entzogene aufschiebende Wirkung nicht wieder erteilt hat.

2.1. Das Verfahren des Entzugs des Führerausweises richtet sich nach dem kantonalen Recht (Art. 106 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes; SR 741.01, SVG). Das Strassenverkehrsgesetz schreibt einzig vor, dass die Entzugsverfügung schriftlich zu eröffnen und zu begründen und der Betroffene in der Regel vorher anzuhören ist (Art. 23 Abs. 1 SVG; vgl. BGer 6S. 233/2002 vom 11. Juli 2002 E. 1.4).

Gemäss Art. 51 Abs. 1 und 2 Satz VRP hat der Rekurs aufschiebende Wirkung, wenn die Vorinstanz nicht aus wichtigen Gründen die Vollstreckbarkeit anordnet und die Rekursinstanz keine gegenteilige Verfügung trifft. Das Gesetz regelt nicht näher, wann wichtige Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung gegeben sind. Fest steht, dass mit dem Inkrafttreten des V. Nachtragsgesetzes zum VRP (nGS 42–55) am 1. März 2007 die Anforderungen an den Entzug der aufschiebenden Wirkung verringert worden sind und diese Massnahme nicht ausschliesslich bei Gefahr zulässig ist, wie dies nach altem Recht der Fall war, sondern allgemein beim Vorliegen wichtiger Gründe (vgl. V. und VI. Nachtrag zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Botschaft und Entwürfe der Regierung, in: ABl 2006 S. 819 ff., S. 837; VerwGE B 2010/3 vom 24. Februar 2010 E. 2, www.gerichte.sg.ch).

Der vorsorgliche Entzug des Führerausweises während der Dauer der Abklärung der Fahreignung und der Entzug der aufschiebenden Wirkung eines dagegen erhobenen Rekurses sollen der Gefährdung des Strassenverkehrs durch den betroffenen Fahrzeuglenker entgegenwirken. Die verfügende Behörde wird dem Rekurs gegen einen vorsorglichen Entzug also die aufschiebende Wirkung entziehen müssen, andernfalls die Massnahme selbst sinnlos würde. Die Rekursinstanz hat lediglich dann gegenteilig zu verfügen, wenn klare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der vorsorgliche Entzug unhaltbar ist.

2.2. Der 1991 geborene Beschwerdeführer fiel am 25. Juli 2009 als Lenker eines Motorrades mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 1,22 Promille und ohne die erforderliche Sehhilfe im Strassenverkehr auf. Zudem war der Lernfahrausweis abgelaufen. Am 14. Februar 2011 wurde er als Lenker eines Personenwagens von der Polizei kontrolliert. Dabei verlief ein Drogenschnelltest bezüglich «THC-Alt- und Frischkonsum» belastend und die anschliessend abgenommene Blutprobe wies einen THC-Gehalt von 9,5 µg/l – womit der Beschwerdeführer als fahrunfähig galt – und einen THC-COOH-Gehalt von 46 µg/l auf. In der polizeilichen

Befragung gab er an, er konsumiere seit zwei Jahren im Schnitt zweimal monatlich Marihuana. Obwohl dem Beschwerdeführer anlässlich des Vorfalls vom 14. Februar 2011 der Führerausweis von der Polizei auf der Stelle abgenommen worden war, lenkte er am 20. März 2011 einen Personenwagen. In den polizeilichen Befragungen bestritt er zunächst, das Fahrzeug gelenkt zu haben, und nannte den Namen eines Kollegen. Gemäss Auszug aus dem Administrativmassnahmenregister hatten die Vorfälle Entzüge des Führerausweises für die Dauer von zusammen 23 Monaten zur Folge. Die Massnahmen wurden auch vollzogen.

Am 2. Oktober 2013 wurde der Beschwerdeführer wiederum als Lenker eines Personenwagens polizeilich kontrolliert. Dabei ergab ein Atemlufttest eine – umgerechnete – Blutalkoholkonzentration von 0,31 Promille. Weitere Anzeichen für eine Fahrunfähigkeit bestanden nicht. Gemäss dem vom Beschwerdeführer unterzeichneten Protokoll beantwortete er gegenüber der Polizei die Frage, wem das im Fahrzeug zum Vorschein gekommene «Minigrip mit Marihuana» gehöre, mit «mir». Zu den Fragen nach seinem Betäubungsmittelkonsum führte er aus, er konsumiere Amphetamin, Kokain und Marihuana. Seit seinem 18. Lebensjahr kiffe er regelmässig. Er meine damit, er konsumiere monatlich etwa drei Joints à 0,3 Gramm Marihuana. Vor zirka sieben Monaten habe er das erste Mal Amphetamin und Kokain konsumiert. Seither habe er von seiner Freundin drei Linien Kokain und Amphetamin erhalten. Er «höre nicht auf».

2.3. Der Beschwerdeführer lenkte in der Vergangenheit Motorfahrzeuge unter dem Einfluss von Alkohol und Drogen. Er gestand der Polizei gegenüber am 2. Oktober 2013 unterschriftlich bestätigt ein, Amphetamin, Kokain und Marihuana zu konsumieren und damit nicht aufhören zu wollen. Mit dem zweimaligen Fahren ohne gültigen Führerausweis und der falschen Beschuldigung legte er ein Verhalten an den Tag, das darauf schliessen lässt, dass es ihm im Zusammenhang mit der Beteiligung am Strassenverkehr schwer fällt, sich an die Regeln zu halten. Diese Umstände lassen den Beschwerdeführer durchaus als besonderes Risiko für die anderen Verkehrsteilnehmer erscheinen.

Diese Umstände sprechen für die Anordnung eines vorsorglichen Entzugs des Führerausweises für die Dauer der Abklärung der Fahreignung des Beschwerdeführers. Sie stellen gleichzeitig wichtige Gründe dar, welche es rechtfertigten, einem allfälligen Rekurs die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Insoweit erweist sich im Übrigen die Rüge des Beschwerdeführers, der Beschwerdegegner habe den Entzug der aufschiebenden Wirkung ungenügend begründet, von vornherein als unbehelflich.

2.4. Weder in den langatmigen Ausführungen im Rekurs noch in der Beschwerde werden klare Anhaltspunkte für die Unhaltbarkeit des vorsorglichen Entzugs des Führerausweises vorgebracht. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, es dürfe nicht auf das Protokoll seiner Aussagen in der polizeilichen Befragung vom 2. Oktober 2013 abgestellt werden. Die Verwertbarkeit im strafrechtlichen Verfahren ist vorliegend nicht von Belang, da es sich beim Administrativver-

fahren im Zusammenhang mit einem allfälligen Sicherungsentzug nicht um ein Strafverfahren im Sinn von Art. 31 und 32 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) handelt. Es steht nicht eine Sanktion eines bestimmten Verhaltens, sondern die Sicherheit im Strassenverkehr in Frage. Damit erweist sich die Rüge der Verwendung eines unrechtmässig erlangten Beweismittels von vornherein als unbegründet (vgl. BGer 1C_248/2011 vom 30. Januar 2012 E. 2.3).

Die Administrativbehörde ihrerseits erhebt gemäss Art. 12 Abs. 1 VRP den Sachverhalt von Amtes wegen durch Befragen von Beteiligten, Auskunftspersonen und Zeugen, durch den Beizug von Urkunden, Amtsbericht und Sachverständigen, durch Augenschein sowie auf andere geeignete Weise. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die protokollierten Angaben zu seinem Drogenkonsum, den er nicht beenden werde, entsprächen nicht den Tatsachen. Es bestehen mithin konkrete Anhaltspunkte für einen zumindest gelegentlichen und auch in Zukunft anhaltenden Konsum von Betäubungsmitteln, die die Fahrfähigkeit stark beeinträchtigen oder ein hohes Suchtpotential aufweisen (vgl. Art. 15d Abs. 1 Ingress und lit. b SVG). Bei einem solchen Konsumverhalten besteht eine beträchtliche Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer ausserstande ist, eine drogenkonsumbedingte Fahruntüchtigkeit rechtzeitig als solche zu erkennen oder trotz einer solchen Erkenntnis von der aktiven Teilnahme am Strassenverkehr abzusehen (vgl. BGer 6A.11/2006 vom 13. April 2006 E. 3.2; vgl. auch die Zusammenfassung der Rechtsprechung in BGer 1C_248/2011 vom 30. Januar 2011 E. 4.1). Die verkehrsmedizinische Literatur empfiehlt eine verkehrsmedizinische Abklärung beim Konsum einer der in Art. 2 Abs. 2 der Verkehrsregelnverordnung (SR 741.11, VRV) Substanzen, zu denen insbesondere Kokain und Amphetamine (lit. c und d) gehören (vgl. M. Haag-Dawoud, Fahreignungsbegutachtung, Indikation und Fragestellung aus verkehrsmedizinischer Sicht, in: R. Schaffhauser [Hrsg.], Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2009, St. Gallen 2009, S. 23 ff., S. 34). Dass der Beschwerdeführer anlässlich der polizeilichen Kontrolle vom 2. Oktober 2013 nicht fahrunfähig war, stellt unter diesen Umständen keinen klaren Anhaltspunkt dafür dar, dass der vorsorgliche Entzug des Führerausweises unhaltbar wäre.

6. Raumplanung, Baurecht, Gewässernutzung und -schutz

9

Art. 21 Abs. 2 RPG (SR 700); Art. 32 Abs. 1 und Art. 33 BauG (sGS 731.1). Allgemeine Bemerkungen zur (weiteren) Verfahrensbeteiligung von Einsprechern in den Rechtsmittelverfahren und zum Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

Verwaltungsgericht, 8. Juli 2014
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 1C_444/2014 vom 27. Januar 2015)

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht in verfahrensmässiger Hinsicht geltend, die Rekursgegner 1 bis 5 – in der Beschwerdebegründung als «Einsprecher 1 bis 5» bezeichnet – seien am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zu beteiligen.

Die Vorinstanz hat im Rubrum des angefochtenen Entscheids sämtliche Personen, die gegen das Bauvorhaben Einsprache erhoben hatten, als «Rekursgegner» bezeichnet. Die Rekursgegner 1 bis 5 («Anwohner GS-Nr. 0000», D. und U. T., E. und I. M., S. und N. O. sowie die J. AG) haben sich vor der Vorinstanz trotz Aufforderung nicht vernehmen lassen und keine Anträge gestellt.

2.1. Hinsichtlich des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist mit der Beschwerdeführerin einig zu gehen, dass die ehemaligen Einsprecher 1 bis 5 nicht mehr zu beteiligen sind. Diese haben stillschweigend von einer weiteren Verfahrensbeteiligung abgesehen, indem sie – anders als die Rekursgegner 6 (R. und S. K.) – im vorinstanzlichen Verfahren keine Anträge gestellt haben.

Nachbarn ist es freigestellt, ob sie sich an einem Baubewilligungsverfahren beteiligen oder nicht. Das gilt nicht nur im erstinstanzlichen Verfahren, sondern grundsätzlich auch in den anschliessenden Rechtsmittelverfahren. Dem Nachbarn muss es somit unbenommen sein, von einem weiteren Rechtsmittelverfahren Abstand zu nehmen. Tut er dies, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, ist er nicht mehr am Verfahren beteiligt (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 767). Der Verzicht auf eigene Rechtsbegehren gilt als stillschweigender Verzicht auf weitere Verfahrensbeteiligung (vgl. Merkli/Äschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, N 20 zu Art. 12).

2.2. Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Einsprecher 1 bis 5 seien gar nicht Parteien des Rekursverfahrens gewesen, die Interessengruppe «Anwohner GS Nr. 0000» sei nicht parteifähig und die Einsprecher 1 bis 5 seien nicht zur Einsprache legitimiert gewesen, ist im Beschwerdeverfahren nicht weiter einzugehen. Die betreffenden Parteien werden mangels Mitwirkung im vorinstanzlichen Verfahren nicht als Beschwerdegegner erfasst. Ob sie zur Einsprache berechtigt gewesen sind und zu Recht am Rekursverfahren beteiligt wurden, ist nur mehr von

theoretischem Interesse. Die Beschwerdeführerin wurde durch deren Teilnahme am Einsprache- und Rekursverfahren in keiner Weise beschwert (auch nicht kostenmässig), weshalb sie heute kein schutzwürdiges Interesse an der Klärung der entsprechenden Rechtsfragen mehr dartun kann (vgl. Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Unter diesen Umständen besteht auch kein Anlass, die bestrittene Einsprachelegitimation mittels Augenschein näher abzuklären, wie die Beschwerdeführerin fordert.

2.3. Im Übrigen werden Dritte, die bereits formell am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben, automatisch am Rechtsmittelverfahren beteiligt (vgl. M. Donatsch in: A. Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 2014, N15 zu § 58 VRG). Im Rubrum des Rechtsmittelentscheids werden sie regelmässig als Rekurs- bzw. Beschwerdegegner aufgeführt, selbst wenn sie auf eine Vernehmlassung im Rechtsmittelverfahren verzichtet haben. Ob diese selbständig zur Ergreifung eines weiteren Rechtsmittels legitimiert sind oder als Verfahrensgegner am betreffenden Rechtsmittelverfahren zu beteiligen sind, hat allein die zuständige Rechtsmittelinstanz zu entscheiden. Dem Rubrum des angefochtenen Entscheids kommt keine präjudizierende Wirkung zu.

2.4. Nach dem Gesagten steht fest, dass die Einsprecher bzw. Rekursgegner 1–5 am Beschwerdeverfahren nicht mehr beteiligt sind. Der entsprechende verfahrensrechtliche Antrag (Rechtsbegehren Ziff. 3) beinhaltet eine Selbstverständlichkeit und hat sich damit erledigt. Die Rekursgegner 6 sind zwar Beschwerdegegner, sie haben allerdings von aktiver Verfahrensbeteiligung stillschweigend abgesehen.

10

Art. 21 Abs. 2 RPG (SR 700); Art. 32 Abs. 1 und Art. 33 BauG (sGS 731.1).
Pläne sind verfahrensrechtlich im Wesentlichen den Verfügungen gleichgestellt; sie unterliegen den Regeln der Einzelfallanfechtung. Die nachträgliche Überprüfung von Planerlassen im Baubewilligungsverfahren ist daher nicht mit der sog. «akzessorischen Normenkontrolle» – d. h. der einzelfallweisen Überprüfung von Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen auf deren Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht – zu verwechseln. Es handelt sich dabei vielmehr um ein der Wiedererwägung ähnliches ausserordentliches Rechtsmittel.

Verwaltungsgericht, 8. Juli 2014
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 1C_444/2014 vom 27. Januar 2015)

Aus den Erwägungen:

4. Das Bauvorhaben der Beschwerdeführerin steht in offensichtlichem und unbestrittenem Widerspruch zu drei besonderen Vorschriften des Überbauungsplanes: Das zweite, rückversetzte Gebäude kommt nicht auf die in Art. 9 Abs. 3 besV im Abstand von 6 m zur W.-strasse vorgesehene Pflichtbaulinie zu stehen. Die beiden Häuser mit nahezu quadratischem Grundriss halten das für den Baubereich Ib geltende Seitenverhältnis von «längsrechteckig, max. 2:3» bei Weitem nicht ein. Auch die vorgesehene Terraingestaltung durch Abgrabungen entlang der W.-strasse widerspricht den Vorschriften: Der Vorgarten ist im Baubereich I gegenüber der Strasse mit einer kubisch in Erscheinung tretenden, mindestens 0,5 m und maximal 1,0 m hohen Mauer abzugrenzen. Daran anschliessend dürfen in einem Bereich von 2,0 m keine Niveaudifferenzen überwunden werden. Weitere Niveaudifferenzen sind im Bereich bis zur Pflichtbaulinie mit natürlichen Böschungen mit einer maximalen Neigung von 1:2 auszuführen (vgl. Art. 18 Abs. 3 besV).

4.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die zur Abweisung des Baugesuchs herangezogenen besonderen Vorschriften des Überbauungsplanes seien nicht rechtmässig, weil es ihnen an einer gesetzlichen Grundlage im Baugesetz (sGS 731.1, BauG) fehle. Die Vorinstanz habe sich zu Unrecht geweigert, den Überbauungsplan im Anwendungsfall auf seine Vereinbarkeit mit dem übergeordneten kantonalen Recht zu überprüfen. Mit diesem Vorgehen habe sie den durch Art. 81 der Kantonsverfassung (sGS 111.1, KV) gewährten Anspruch auf konkrete Normenkontrolle vereitelt. Die Weigerung, den Überbauungsplan überhaupt zu überprüfen, sei mit dieser Bestimmung nicht vereinbar und komme einer Rechtsverweigerung gleich.

4.2. Art. 81 KV bestimmt: «Rechtsprechende Instanzen überprüfen im konkreten Anwendungsfall eine Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht.» Zur Überprüfung befugt sind alle rechtsprechenden Instanzen, auch die Verwaltungsbehörden des Kantons und der Gemeinden (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 693). Zu den kantonalen Verordnungen gehören nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts auch die rechtsetzenden Erlasse der Gemeinden sowie die Satzungen, Statuten oder Reglemente anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften (ebd., Rz. 691 mit Hinweisen).

4.2.1. Zonen- und Nutzungspläne stellen zwischen Rechtssatz und Verfügung stehende Anordnungen dar, auf die teils die für generellabstrakte Normen geltenden, teils die für individuellkonkrete Verfügungen geltenden Grundsätze anzuwenden sind (VerwGE B 2013/225 vom 11. Juni 2014 E. 4.3.1. mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch). Die herrschende Lehre unterstreicht zu Recht die Ähnlichkeit von Nutzungsplänen mit Allgemeinverfügungen. Wie diese sind Nutzungspläne konkret, indem sie sich auf ganz bestimmte Grundstücke beziehen. Zugleich sind sie generell, weil sie sich an einen unbestimmten Personenkreis richten (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 944). Dem entsprechend werden (Sonder-)Nutzungspläne verfahrensrechtlich im Wesentlichen den Verfügungen gleichgestellt (BGE 133 II 353 E. 3.3; BGer

1C_437/2011 vom 9. Januar 2012 E. 1.1). Sie unterliegen also den Regeln der Einzelanfechtung (Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. 1, Bern 2012, Rz. 2799 mit vielen Hinweisen; a.M. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 692, nach denen Überbauungs- und Sondernutzungspläne Erlassen gleichzustellen, jedoch im Anwendungsfall nur unter qualifizierten Voraussetzungen akzessorisch zu überprüfen seien). (Allgemein-)Verfügungscharakter ist einem Nutzungsplan insbesondere dann zuzusprechen, wenn er das nachfolgende Baubewilligungsverfahren weitgehend präjudiziert. Dies trifft auf Sondernutzungspläne regelmässig zu (vgl. BGE 135 II 328 E. 2.1), so auch im vorliegend zu beurteilenden Fall. Individuellkonkrete Eigenschaften tragen auch die dazugehörigen Nutzungsvorschriften: Dass diese generellabstrakt formuliert und in die Form eines Reglements gekleidet sind, ändert daran nichts, wenn sie mit dem Plan derart eng verbunden sind, dass sie als dessen Teile zu betrachten sind (vgl. BGE 133 II 353 E. 3.3; BGer 1C_492/2011 vom 23. Februar 2011 E. 4.1; Wiederkehr/Richli, a. a. O., Rz. 2801 mit Hinweisen).

4.2.2. Der von der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 81 KV verlangten konkreten Normenkontrolle fehlt es nach dem Gesagten an einem tauglichen Anfechtungsobjekt. Weder beim Überbauungsplan noch bei den hier streitigen dazugehörigen besonderen Vorschriften handelt es sich um einen generellabstrakten Erlass im Sinne von Art. 81 KV, der Plan kommt vielmehr einer Allgemeinverfügung gleich. Die Rechtmässigkeit eines Sondernutzungsplans kann deshalb grundsätzlich nur im Planverfahren bestritten werden; hierfür steht den betroffenen Grundeigentümern der Rechtsmittelweg offen. Eine spätere akzessorische Anfechtung im Baubewilligungsverfahren ist im Interesse der Rechtssicherheit und der Planbeständigkeit nur in Ausnahmefällen möglich, so wenn sich die Betroffenen bei Planerlass noch nicht über die ihnen auferlegten Beschränkungen Rechenschaft geben konnten und sie im damaligen Zeitpunkt keine Möglichkeit hatten, ihre Interessen zu verteidigen, oder wenn sich die Verhältnisse seit Planerlass derart geändert haben, dass das öffentliche Interesse an den bestehenden Beschränkungen dahingefallen sein könnte (vgl. z. B. BGE 127 I 103 E. 6b; BGer 1C_358/2013 vom 12. November 2013 E. 3.3 sowie 1C_518/2010 vom 22. März 2011 E. 4.1 mit Hinweisen; GVP 2010 Nr. 40 E. 4.1 f.; VerwGE B 2013/225,226,229 vom 11. Juni 2014 E. 4.3.1 f. und B 2011/83 vom 14. Februar 2012 E. 3.1, www.gerichte.sg.ch; Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 944 ff.; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 692; vgl. auch Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [SR 700] sowie Art. 32 Abs. 1 und 33 BauG).

4.2.3. Die nachträgliche, vom Bundesgericht als «akzessorische Anfechtung» bezeichnete Überprüfung im Baubewilligungsverfahren ist demnach nicht zu verwechseln mit der sog. «akzessorischen Normenkontrolle», d. h. der einzelfallweisen Überprüfung eines Gesetzes- oder Verordnungserlasses hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht. Vielmehr handelt es sich um ein der Wiedererwägung nachgebildetes ausserordentliches Rechtsmittel. Die Vorausset-

zungen, unter denen eine Behörde auf ein Wiedererwägungsgesuch eintreten muss (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 575), sind den vorgenannten Anforderungen denn auch sehr ähnlich. Ein verfassungsmässiger, unbedingter Anspruch auf nachträgliche Kontrolle des Überbauungsplanes im Baubewilligungsverfahren besteht demnach nicht; die Beschwerdeführerin kann aus Art. 81 KV nichts zu ihren Gunsten ableiten.

4.3. Dass die Beschwerdebeteiligte den Überbauungsplan im dafür vorgesehenen Verfahren korrekt erlassen hat, wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Die Gründe, aus denen sie heute einen Anspruch auf Überprüfung mit dem übergeordneten Recht ableitet, sind nicht stichhaltig:

4.3.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei sich im Planverfahren der Tragweite der einzelnen Vorschriften nicht bewusst gewesen und es habe ihr an einer wirksamen Vertretung gefehlt.

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin ist es nicht so, dass nur anwaltlich vertretene Eigentümer Sondernutzungspläne für und gegen sich gelten lassen müssen. Es reicht bereits aus, wenn sie Gelegenheit hatten, einen Vertreter beizuziehen. Die Vorinstanz macht in ihrer Stellungnahme vom 17. Mai 2013 (act. 12) im Übrigen zu Recht auf den Umstand aufmerksam, dass die heutige Beschwerdeführerin im Planverfahren anwaltlich vertreten war, ihre Rechte somit wahren konnte und sich über die auferlegten Eigentumsbeschränkungen im Klaren sein musste. Dass ihr damaliger Rechtsvertreter in anderen Fällen für die Beschwerdebeteiligte tätig war, tut der Wirksamkeit der Vertretung entgegen der heutigen Auffassung der Beschwerdeführerin keinen Abbruch. Die Rüge erweist sich als unbegründet.

4.3.2. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die viel zu grosse Parzellentiefe sei erst durch den am 22. Mai 2008 von der Beschwerdebeteiligten erlassenen Strassenplan entstanden. Als der Überbauungsplan im Jahr 2005 aufgelegen habe, sei es gar nicht möglich gewesen, eine inhaltlich begründete Einsprache zu erheben.

Die Beschwerdeführerin macht damit sinngemäss geltend, die Verhältnisse hätten sich seit Erlass des Überbauungsplanes derart geändert, dass ihr heute ein Überprüfungsanspruch zustehe. Worin die wesentliche Veränderung besteht, wird jedoch nicht näher ausgeführt. Die Beschwerdeführerin verkennt ohnehin, dass sie als in ihren Augen durch das Strassenprojekt benachteiligte Anstösserin gegen dieses hätte vorgehen müssen. Im Übrigen geht aus der Beschwerde nicht hervor, inwiefern sich die Verhältnisse durch das Strassenprojekt geändert haben. Die Strassenführung war schon im Überbauungsplan vorgesehen und wurde – soweit ersichtlich – plangemäss realisiert. Die im Jahr 2008 erfolgten beiden Änderungen des Überbauungsplans betrafen die strassenmässige Erschliessung nicht. Der Planperimeter des Baubereichs Ib beläuft sich seit Planerlass auf 4480 m^2. Es deutet nichts darauf hin, dass dieser Baubereich und dessen Parzellierung von der nachträglichen Erschliessung tangiert worden wäre.

Die Verhältnisse haben sich mithin nicht wesentlich geändert. Die Vorinstanz hat zu Recht auf eine Überprüfung des Überbauungsplans verzichtet. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet. Auf die Rügen, wonach diverse Bestimmungen der besV mangels Grundlage im Baugesetz unrechtmässig seien, ist demnach nicht weiter einzugehen. Gleiches gilt für den Hinweis der Beschwerdeführerin auf die geänderten Bestimmungen des Raumplanungsgesetzes und dessen Ausführungsbestimmungen. Auch hieraus kann sie keinen Anspruch auf Überprüfung des Überbauungsplans ableiten.

4.4. Unbestritten bleibt sodann die Darstellung der Vorinstanz, dass die beschwerdeführerischen Grundstücke im Jahr 2006 nur unter der Bedingung eingezont wurden, dass deren Überbaubarkeit angesichts der exponierten Lage relativ streng reglementiert werde. Gleichzeitig mit dem Teilzonenplan sei deshalb auch der – damals von der Beschwerdeführerin mitgetragene – Überbauungsplan erlassen worden.

Das Vorgehen der Beschwerdeführerin, erst im Baubewilligungsverfahren (und nachdem sie durch die Einzonung erhebliche wirtschaftliche Vorteile erlangt hat) gegen die mit ihrem Einverständnis und als notwendige Bedingung für die Einzonung erlassenen Sonderbauvorschriften zu opponieren, erscheint widersprüchlich. Ob sich die Beschwerdeführerin sogar rechtsmissbräuchlich verhält und ob sie bereits aus Treu und Glauben an den Überbauungsplan gebunden ist, kann jedoch offen bleiben. Die vorgebrachten Rügen sind schon aus anderen Gründen nicht stichhaltig, und der Vorwurf der Rechtsverweigerung geht fehl.

11

Art. 11 BauG (sGS 731.1). Ein Erotikbetrieb steht in keinem funktionalen Zusammenhang mit einer reinen Wohnzone, in der ausschliesslich «nicht störende» Gewerbe zulässig sind. Die typischerweise mit einem solchen Betrieb verbundenen ideellen Immissionen dürfen im Rahmen der abstrakten Immissionsbeurteilung stärker gewichtet werden als die mit anderen Betrieben verbundenen materiellen Immissionen.

Verwaltungsgericht, 19. August 2014

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin eines in der Wohnzone 2a in der Stadt St.Gallen gelegenen Grundstücks mit einer Fläche von 5863 Quadratmetern mit einer früher ausschliesslich zu Wohnzwecken genutzten von einer Parklandschaft mit Bäumen und Sträuchern umgebenen Villa, das sie zur Nutzung für «erotische Dienstleistungen im kleinen Rahmen» vermietet. Gemäss Betriebskonzept sind

eine bis fünf Damen anwesend, die vorwiegend auf Voranmeldung hin montags bis freitags von 09.00 bis 19.00 Uhr Gäste aus der «Mittel- und Oberschicht» empfangen. Samstags und sonntags sowie «an heiligen Feiertagen» bleibt der Betrieb geschlossen. Die von einem Nachbar gegen das – nachträgliche – Baugesuch erhobene Einsprache hiess die Baubewilligungskommission der Stadt St.Gallen teilweise gut und bewilligte das Baugesuch unter Bedingungen und Auflagen. Zur Begründung führte sie aus, ein Erotikbetrieb dieser Grössenordnung mit maximal fünf Damen im Tagesbetrieb sei in der Wohnzone grundsätzlich zonenkonform. Nach dem Betriebskonzept handle es sich um einen diskret geführten und ruhigen Tagesbetrieb, der wegen des parkähnlichen Umschwungs kaum einsehbar sei, weshalb insgesamt im Vergleich zu Erotikbetrieben in dichter besiedelten Gebieten keine übermässigen – insbesondere auch keine übermässigen ideellen – Immissionen zu erwarten seien. Diese Beurteilung beschränke sich auf den Betrieb gemäss eingereichtem Konzept. Eine Vergrösserung mit zusätzlichem Personal, eine Änderung des Konzeptes – insbesondere die Einrichtung eines Restaurationsbetriebs – und/oder die Ausweitung der Betriebszeiten in die Abend- und Nachtstunden wären mit den zonenrechtlichen Vorgaben aber nicht mehr vereinbar. Das Baudepartement hiess den dagegen vom Nachbar erhobenen Rekurs gut. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde, soweit sie darauf eintritt, ab.

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist, ob die in einer Wohnzone gelegene Wohnliegenschaft teilweise in einen Erotikbetrieb umgenutzt werden darf.

2.1. Gemäss Art. 22 Abs. 2 Ingress und lit. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz; SR 700, RPG) haben Bauten und Anlagen dem Zweck der jeweiligen Nutzungszone zu entsprechen. Der Zweck der Nutzungszone ergibt sich aus der Umschreibung der Zonenart (Art. 11 ff. des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht [Baugesetz; sGS 731.1, BauG]). Die Zonenkonformität im Sinn des Bundesrechts setzt einen funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck voraus (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 360). Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG gewährleistet einen abstrakt wirkenden öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz. Deshalb ist zunächst festzustellen, ob eine Baute oder Anlage zu einer bestimmten Kategorie gehört, die in der betreffenden Zone zulässig ist. Dazu gehört auch die Beurteilung der typischerweise von einem solchen Betrieb ausgehenden Immissionen (vgl. dazu nachfolgend Erwägung 2.2). Erst anschliessend ist – soweit noch erforderlich – zu beurteilen, ob der Betrieb konkret Immissionen zur Folge hat, die das zulässige Mass überschreiten (vgl. GVP 2005 Nr. 26; Heer, a. a. O., Rz. 364 mit Hinweisen auf GVP 1999 Nr. 90 und 1992 Nr. 29; vgl. dazu nachfolgend Erwägung 2.3).

2.2./2.2.1. Bei der abstrakten Beurteilung der Zonenkonformität misst sich die Zulässigkeit einer Baute oder Anlage unabhängig von einer allenfalls bereits beste-

henden örtlichen Belastung. Neben dem Umweltschutzrecht des Bundes können kantonale und kommunale Bestimmungen über die Zulässigkeit von «störenden Betrieben» in Nutzungszonen selbständige Bedeutung haben, soweit sie die Frage regeln, ob aus raumplanerischen Gründen ein Betrieb am vorgesehenen Ort in einer Zone überhaupt erstellt werden darf (GVP 1999 Nr. 90). Ob ein generell ausgeschlossener Betrieb im konkreten Fall stören würde oder nicht, ist unerheblich. Es genügt, wenn die fragliche Nutzung typischerweise Belästigungen zur Folge hat, die über das hinaus gehen, was in der betreffenden Zone verträglich ist (vgl. VerwGE B 2007/220 vom 17. Juni 2008 E. 3.1, www.gerichte.sg.ch).

2.2.2. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das Konzept des Erotikbetriebs sehe ein eingeschränktes Tagesangebot mit Öffnungszeiten von wochentags 09.00 Uhr bis 19.00 Uhr vor. Dies entspreche den allgemein in Wohnzonen zulässigen Öffnungszeiten von Gewerbebetrieben. Insofern sei der Betrieb – als eigentliches Nischenangebot – als nicht störend zu qualifizieren und somit in der Wohnzone zulässig, zumal die grosszügige Liegenschaft mit erheblichem Umschwung nicht in einem Quartier mit ausschliesslichem beziehungsweise sehr hohem Wohnanteil gelegen sei. Wie auch die Beschwerdebeteiligte festgestellt habe, deckten Arzt- sowie Zahnarztpraxen oder Coiffeurläden, die unbestrittenermassen in Wohnzonen zulässig seien, auch nicht ausschliesslich Bedürfnisse der Quartierbewohner ab. Diesbezüglich habe die Beschwerdebeteiligte richtigerweise festgestellt, dass es angesichts des heutigen Mobilitätsgrades kaum realistisch sei zu meinen, ausschliesslich die Quartierbevölkerung nehme eine zonenkonforme Dienstleistung in Anspruch.

Gemäss Art. 11 BauG umfassen Wohnzonen Gebiete, die sich für Wohnzwecke und nichtstörende Gewerbebetriebe eignen; sie sollen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleisten. Bei Gewerbebetrieben ist zu prüfen, ob das in Frage stehende Bauvorhaben in die Kategorie der in der Nutzungszone zulässigen Betriebe gehört. Bei dieser Prüfung fallen in erster Linie die Art der Produkte oder Dienstleistungen, die Zahl der Beschäftigten, die eingesetzten Produktionsmittel, die baulichen und betrieblichen Bedürfnisse, die Anforderungen an die Infrastruktur sowie die räumliche Bedeutung des in Frage stehenden Betriebs in Betracht. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sind vor allem Gewerbebetriebe als nichtstörend zu qualifizieren, die der Befriedigung täglicher Bedürfnisse der Wohnbevölkerung dienen, wie Bäckereien, Metzgereien, Arztpraxen, Coiffeurläden, kleine Detailhandelsgeschäfte usw. (Heer, a. a. O., Rz. 368 mit Hinweisen auf GVP 2000 Nr. 17 und Nr. 74, GVP 1999 Nr. 90 und weitere). In der reinen Wohnzone nicht zulässig sind sodann hauptsächlich in den Abend- und Nachtstunden von einer grösseren Anzahl auswärtiger Besucher frequentierte Erotikbetriebe (Heer, a. a. O., Rz. 369 mit Hinweis auf GVP 1999 Nr. 90). In der Literatur wird in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, im Rahmen der funktionalen Betrachtungsweise erwiesen sich in Wohnzonen Massagesalons, wenn sie auch noch so diskret in Erscheinung treten, regelmässig als unzulässig (vgl. B. Waldmann, Der

Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten – eine kritische Würdigung, in: Baurecht 2005, S. 162).

Das Grundstück liegt in der Wohnzone W2a, mithin in einer insoweit reinen Wohnzone, als Gewerbebetriebe ausschliesslich dann zulässig sind, wenn sie nicht stören. Es trifft zwar zu, dass in Wohnzonen zulässige Gewerbe zuweilen nicht bloss den Quartierbewohnern dienen und möglicherweise auch mit einer erheblichen Zahl von Zu- und Wegfahrten verbunden sind. Ebensowenig kann umgekehrt ausgeschlossen werden, dass ein Erotikbetrieb auch von Quartierbewohnern frequentiert wird. Indessen sind seine Dienstleistungen, insbesondere wenn er wie vorliegend sein Zielpublikum auf die «Mittel- und Oberschicht» beschränkt, entsprechend der angestrebten Diskretion auf auswärtige Besucher ausgerichtet. Darauf weisen auch die regelmässigen Inserate in verschiedenen Tageszeitungen hin. Zudem unterscheidet sich eine sexgewerbliche Nutzung hinsichtlich der Bedeutung für die Versorgung der Wohnbevölkerung klarerweise etwa von Bäckereien, Coiffeurläden, ärztlichen Praxisräumen oder Ateliers für stille Berufe (vgl. BGer 1C_83/2012 vom 18. Juli 2012 E. 2.7). Der Erotikbetrieb steht somit in keinem funktionalen Zusammenhang zu den Bedürfnissen der Wohnzone (vgl. GVP 2005 Nr. 26, GVP 1999 Nr. 90). Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe die konkreten Umstände des Betriebes nicht berücksichtigt, sondern ausschliesslich typisiert und funktional argumentiert, erweist sich deshalb als unbehelflich. Abgesehen davon deuten die unwidersprochen gebliebenen Hinweise des Beschwerdegegners auf typischerweise mit der Art eines von den Beschwerdeführerinnen geführten Betriebs verbundene materielle Immissionen hin, wie unliebsame Begegnungen mit Freiern oder potentiellen Mitarbeiterinnen, die sich in der Suche nach dem diskret untergebrachten Etablissement auf das Nachbargrundstück verirrt haben und die falschen Personen ansprechen.

Da ein funktionaler Zusammenhang des Erotikbetriebs mit den Bedürfnissen der Wohnzone fehlt, sind die konkreten Öffnungszeiten des Betriebs der Beschwerdeführerinnen nicht relevant. Das von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte eingeschränkte Tagesangebot ist überdies durchaus in Zweifel zu ziehen, zumal – wie der Beschwerdegegner mit Zeitungsinseraten und Auszügen aus der Website des Erotikbetriebs belegt – Öffnungszeiten angeboten werden, die mit dem Betriebskonzept nicht übereinstimmen: Die Inserate werben mit Öffnungszeiten generell ab 09.00 Uhr, von Montag bis Samstag ab 09.00 Uhr oder täglich von 09.00 Uhr bis 20.30 Uhr; die Website wirbt gemäss Auszug vom 8. Mai 2013 mit Öffnungszeiten von Montag bis Freitag ab 09.00 Uhr sowie samstags von 09.00 Uhr bis 16.00 Uhr beziehungsweise gemäss Auszug vom 15. Mai 2013 damit, dass Besucher gegen Voranmeldung bis 20.30 Uhr empfangen werden.

2.2.3. Unbestritten ist, dass bei der Beurteilung der Zonenkonformität neben den materiellen auch immaterielle (ideelle) Immissionen zu berücksichtigen sind. Ideelle Immissionen sind Einwirkungen, die das seelische Empfinden verletzen beziehungsweise unangenehme psychische Eindrücke erwecken können. Wenn ein

Betrieb zur Folge hat, dass die Umgebung unsicher, unästhetisch oder sonstwie unerfreulich wirkt, so kann dies die Attraktivität einer Gegend für Geschäfte und Wohnungen mindern. Auch solche Einwirkungen können mithin die Wohnqualität, und sei es auch nur über den Ruf der Wohngegend, in erheblichem Mass beeinträchtigen. Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass die Störungen des Wohlbefindens an nach aussen in Erscheinung tretende Vorgänge anknüpfen, wie beispielsweise bei Betrieben des Sexgewerbes an aufreizende Werbung oder die Begegnung mit Freiern und dergleichen (BGer 1C_83/2012 vom 18. Juli 2012 E. 2.6 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind auch solche Einwirkungen zu berücksichtigen, die aus der blossen Vorstellung darüber entstehen, was im Innern eines benachbarten Gebäudes vor sich geht, mithin aus dem Wissen um verborgene Vorgänge (BGE 136 I 395 E. 4.3.4). Die abstrakte Beurteilung der ideellen Immissionen erfolgt dabei unabhängig von Überlegungen zur öffentlichen Sittlichkeit, so dass auch die Tatsache, dass sich in solchen Dingen die Anschauungen in den letzten Jahren stark geändert haben, unbeachtlich bleiben (vgl. Waldmann, a. a. O., S. 161). Deshalb kann in einer überwiegenden Wohnzone einer städtischen Aussengemeinde ein allenfalls erster Sexbetrieb als störend empfunden werden, so dass die Zonenkonformität aus ideellen Immissionsgründen nicht erfüllt ist (vgl. BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005 E. 4.4).

Bei der Anwendung von Normen mit Bezug auf ideelle Immissionen ist der Charakter der fraglichen Umgebung zu berücksichtigen. Die Qualifizierung ideeller Immissionen als «stark störend» bedingt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein erhebliches Konfliktpotenzial zwischen den sich entgegenstehenden Nutzungen, insbesondere zu Wohnnutzungen. Umgekehrt lässt sich nicht sagen, dass eine Einstufung als «nicht störend» das Fehlen jeglichen Konfliktpotenzials voraussetzt. Vielmehr ist eine Gesamtschau unter Einbezug des geplanten Vorhabens und der bestehenden Umgebung anzustellen. Nach diesem Massstab hat es das Bundesgericht etwa als vertretbar bezeichnet, in einer Zone mit einem Wohnanteil von mindestens 60 Prozent sexgewerbliche Betriebe aufgrund ihrer ideellen Immissionen als stark störend einzustufen (vgl. BGE 136 I 395 E. 4.3.2 mit Hinweis; BGer 1C_83/2012 vom 18. Juli 2012 E. 2.6).

Die Villa der Beschwerdeführerinnen umfasst neun Zimmer, wovon fünf Zimmer zu Wohnzwecken genutzt werden. In den restlichen vier Räumen wird der Erotikbetrieb geführt. Das Grundstück weist eine Fläche von 5863 Quadratmetern auf, welche das Gebäude mit einer ausgedehnten Parklandschaft zwar von den umliegenden Gebäuden abschirmt. Indessen liegt das Grundstück in einem Quartier, welches gemäss Zonenplan – vorbehältlich nicht störender Gewerbe – ausschliesslich der Wohnnutzung dient (vgl. www.geoportal.ch). Das Grundstück selbst und die umliegenden Grundstücke sind der Zone W2a und W3 zugeschieden. Baulich sind Quartiere insbesondere in der Zone W2a von Wohnbauten, insbesondere (Reihen-)Einfamilienhäusern mit für städtische Verhältnisse relativ grosszügigem Umschwung geprägt. Eine abstrakte Beurteilung ergibt deshalb, dass von einem Ero-

tikbetrieb in diesem Quartier verursachte ideelle Immissionen störend wirken, indem sich Bewohner belästigt fühlen, der Ruf des Quartiers beeinflusst wird und die Attraktivität der umliegenden Grundstücke sinkt. Solche nachteiligen Auswirkungen haben die als zulässig eingestuften Betriebe nicht. Diese ideellen Immissionen eines sexgewerblichen Betriebs dürfen schliesslich stärker gewichtet werden als die mit anderen Betrieben verbundenen materiellen Immissionen in Form von zusätzlichem Verkehr (vgl. BGer 1C_83/2012 vom 18. Juli 2012 E. 2.7). Das Ergebnis der abstrakten ideellen Immissionsbeurteilung nach den planungs- und baurechtlichen Vorschriften erübrigt eine weitere immissionsrechtliche Prüfung nach Art. 684 ZGB (vgl. BGE 133 II 321 E. 4.3.4).

2.2.4. Da der Erotikbetrieb, den die Beschwerdeführerinnen auf ihrem Grundstück führen wollen, bereits aufgrund einer abstrakten Beurteilung als störend und damit als nicht zonenkonform einzustufen ist, erübrigt es sich, ihren Beweisanträgen, die sich auf die konkreten Auswirkungen des Betriebs beziehen, zu entsprechen.

2.3. Zu den von ihrem Betrieb konkret erzeugten materiellen Immissionen machen die Beschwerdeführerinnen geltend, unter Würdigung der einschlägigen Vorschriften seien vom Betrieb keine übermässigen Immissionen zu erwarten. Aufgrund der effektiven örtlichen Verhältnisse sei eine übermässige Einschränkung der Wohnnutzung durch den Kleinbetrieb zu verneinen, werde der Betrieb doch faktisch kaum wahrgenommen, geschweige denn als störend empfunden. Die sich in der Umgebung befindlichen Betriebe, wie beispielsweise ein Hundesalon, eine Bauunternehmung, ein Heim und ein Restaurant, würden wohl weitaus mehr Immissionen verursachen. Mit Ausnahme des Beschwerdegegners seien im Übrigen von keinen Nachbarn einschlägige Beanstandungen eingegangen. Die Beschwerdebeteiligte ging im Entscheid vom 22. März 2013/20 davon aus, dass es sich aufgrund des Betriebskonzeptes um einen diskret geführten und damit ruhigen Tagesbetrieb handle, weshalb keine übermässigen Immissionen zu erwarten seien. Zudem seien seit Betriebsstart bei der Stadtpolizei keine Klagen wegen übermässiger Immissionen eingegangen.

Ob der im Betriebskonzept dargestellte Tagesbetrieb effektiv eingehalten wird, ist fraglich (vgl. oben Erwägung 2.2.2). Auf eine Beurteilung kann jedoch verzichtet werden, da bereits festgestellt wurde, dass es sich beim Erotikbetrieb aufgrund des fehlenden funktionalen Zusammenhangs und der abstrakten Beurteilung der ideellen Immissionen um keinen «nicht störenden» Gewerbebetrieb im Sinne des Art. 11 BauG handelt.

2.4. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdebeteiligte in ihrem Entscheid vom 22. März 2013 die Zonenkonformität des Erotikbetriebs in der Wohnzone nur aufgrund des vorgelegten Konzepts mit maximal fünf Damen im Tagesbetrieb bewilligt hat. Sie hat ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass unter anderem eine allfällige Ausweitung der Betriebszeiten in die Abend- und Nachtstunden mit den zonenrechtlichen Vorgaben nicht mehr vereinbar ist und

deshalb abzulehnen wäre. Die beispielsweise im April 2013 geschalteten Zeitungsinserate sowie die Auszüge aus der Website des Betriebs vom Mai 2013 legen nahe, dass die Beschwerdebeteiligte in Kenntnis dieser Informationen zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

3. Der Erotikbetrieb ist zusammenfassend weder in funktionaler Hinsicht noch in Bezug auf die von ihm verursachten Immissionen ein «nicht störender» Gewerbebetrieb. Er ist somit in der Wohnzone W2a, in welcher er liegt, nicht zonenkonform. Auf den Eventualantrag ist nicht einzugehen, da nicht ersichtlich ist, inwiefern er vom Hauptantrag abweicht. Soweit das Evenutalbegehren über die von der Beschwerdebeteiligten erteilte Baubewilligung hinausreicht, ist es unzulässig (Art. 61 Abs. 3 VRP). Die Beschwerde ist, soweit darauf einzutreten ist, somit vollumfänglich abzuweisen.

12

Art. 11, Art. 77 Abs. 1, Art. 77bis und Art. 77quater BauG (sGS 731.1). Ein Betrieb, der Kabelführungssysteme aus Metall herstellt, ist kein «nicht störender Gewerbebetrieb» und in der Wohnzone auch dann nicht zulässig, wenn er immissionsarm ist. Dessen rechtmässig erstellten, den heutigen Vorschriften widersprechenden Bauten und Anlagen geniessen Bestandesgarantie. Bestehende zonenfremde Betriebe innerhalb der Bauzonen dürfen unter gewissen Voraussetzungen angemessen erweitert werden. Die projektierte Erweiterung der Bruttogeschossflächen um rund 80 Prozent ist nicht «angemessen». Die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmebewilligung sind nicht erfüllt. Es liegt kein Härtefall vor. Zudem würde deren Erteilung den Zonenzweck gefährden oder vereiteln.

Verwaltungsgericht, 16. April 2014

Aus den Erwägungen:

4. Umstritten ist die Zonenkonformität des Betriebsgebäudes in der Wohnzone W2a. Zu klären ist, ob die Vorinstanz Recht verletzt hat, indem sie den Betrieb der Beschwerdeführerin als (zumindest) mässig störenden Gewerbebetrieb und damit als nicht zonenkonform qualifiziert hat.

4.1. Bauten und Anlagen haben dem Zweck der jeweiligen Nutzungszone zu entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung, SR 700, abgekürzt RPG). Der Zweck der Nutzungszone ergibt sich aus der Umschreibung der Zonenart (Art. 11 ff. BauG). Bauten und Anlagen müssen der Nutzung dienen, für welche die Zone bestimmt ist. Die Zonenkonformität im Sinne des

Bundesrechts setzt einen funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck voraus (vgl. GVP 2000 Nr. 17; Heer, a. a. O., Rz. 360).

Die Zonenkonformität einer Baute nach Art. 22 lit. a RPG gewährleistet einen abstrakt wirkenden öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz. Dabei gilt es bloss festzustellen, ob eine Baute oder eine Anlage zu einer bestimmten Kategorie gehört, die in der betreffenden Zone zulässig ist. Hingegen wird nicht geprüft, welche Immissionen ein Betrieb konkret verursacht, und die Zulässigkeit einer Baute oder Anlage beurteilt sich unabhängig von einer bereits bestehenden örtlichen Belastung. Vor diesem Hintergrund verlieren die in Art. 11 ff. BauG verwendeten Begriffe des «nicht störenden» oder «mässig störenden» Gewerbebetriebs ihre Bedeutung nicht vollständig, obwohl die Umweltschutzgesetzgebung Sache des Bundes ist.

4.2. Wie eingangs dargelegt, befindet sich die Liegenschaft der Beschwerdeführerin in der Wohnzone W2a. Wohnzonen umfassen Gebiete, die sich für Wohnzwecke und nicht störende Gewerbebetriebe eignen. Sie sollen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleisten (Art. 11 Abs. 1 BauG). Bei Gewerbebetrieben wird abstrakt beurteilt, ob das in Frage stehende Bauvorhaben zu den in der jeweiligen Nutzungszone zulässigen – vorliegend zu den nicht störenden – Betrieben gehört. Zu berücksichtigen sind in erster Linie die Art der Produkte und Dienstleistungen, die Zahl der Beschäftigten, die eingesetzten Produktionsmittel, die baulichen und betrieblichen Bedürfnisse, die Anforderungen an die Infrastruktur sowie die räumliche Bedeutung des in Frage stehenden Betriebes. In zweiter Linie sind die Auswirkungen des Betriebes auf die Umgebung zu berücksichtigen. Sind diese von der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes nicht erfasst und deshalb ausschliesslich durch die raumplanerische Immissionsvorsorge gedeckt, sind sie einer abstrakten, nach Betriebskategorien vorzunehmenden Prüfung zu unterziehen. Zu berücksichtigen sind auch die ideellen Immissionen. Das Ausbleiben von Immissionen allein vermag indessen die fehlende funktionale Vereinbarkeit mit dem Zonenzweck nicht zu überbrücken (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 367 mit Hinweisen auf GVP 1999 Nr. 90 und ZBl 2000 S. 425; ferner BGE 117 Ib 147 E. 2d und BGer 1C_495/2011 vom 14. März 2012 E. 4.1).

4.3. Die Vorinstanz hat die Zonenkonformität des Bauvorhabens abstrakt geprüft und erwogen, zu den nicht störenden Betrieben zählten vor allem jene, die der Befriedigung täglicher Bedürfnisse der Wohnbevölkerung dienten, wie etwa Arztpraxen, Coiffeurläden und kleine Detailhandelsgeschäfte (Erw. 6.1 mit Hinweis auf GVP 1999 Nr. 90). Dazu zähle die Rekurrentin, die auf die Herstellung und Entwicklung von Kabelführungssystemen aus Metall spezialisiert sei, nicht. Die angebotenen Produkte und Dienstleistungen würden keinen direkten funktionellen Zusammenhang mit der Wohnnutzung erkennen lassen. Die Nutzung sei vergleichbar mit ähnlichen, mässig störenden und daher in der Wohnzone unzulässigen Gewerbebetrieben wie Spenglereien oder Druckereibetrieben. Die fehlende funktionelle Vereinbarkeit des Betriebes lasse diesen selbst dann als zonenfremd erscheinen, wenn der Betrieb selbst nicht zu übermässigen Lärmimmissionen führen sollte.

4.3.1. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, die schematische Beurteilung gehe insofern fehl, als die von der Vorinstanz genannten mässig störenden Betriebe (Autoreparaturwerkstätte, Spenglerei, Kundenschreinerei, Druckerei) mit erheblichem Kunden- und Serviceverkehr einhergingen und mit lärmenden Arbeiten vor Ort verbunden seien. Ihr Betrieb verursache demgegenüber weder Lärm noch zusätzlichen Verkehr. Sie betreibe lediglich Büros und lagere Bauteile. An anderer Stelle bringt die Beschwerdeführerin vor, im Betrieb würden Halbfabrikate zur Verarbeitung auf der Baustelle vorbereitet, was durch Mitarbeiter in händischer, lärmarmer Arbeit erfolge. Es würden Kleinbearbeitungen der Profile vorgenommen, was wie bisher in geschlossenen Räumen erfolge. Die Arbeiten seien lärmarm und es handle sich klarerweise um ein stilles Gewerbe. Es seien denn auch nie Lärmklagen aus der Nachbarschaft eingegangen.

4.3.2. Diese Ausführungen lassen die vorinstanzliche Begründung nicht als rechtsfehlerhaft erscheinen. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass die Zonenkonformität eines Betriebes nicht allein davon abhängt, ob die Vorschriften des Bundesumweltrechts eingehalten werden. Was hier fehlt, ist der funktionelle Zusammenhang zwischen ihrer Tätigkeit, nämlich der Herstellung und Entwicklung von Kabelführungssystemen, und dem Zweck der Wohnzone. Dass am Standort nur Halbfabrikate produziert werden und 80 Prozent der Arbeitsleistung auf Montagearbeiten auf den Baustellen entfallen, ändert hieran nichts. Die Beschwerdeführerin beschäftigt am fraglichen Standort 14 Mitarbeiter und verfügt über beträchtliche Lager-, Produktions- und Büroräumlichkeiten sowie über ein Aussenlager. Auf dem Vorplatz werden die Profile für die zu produzierenden Kabelführungskanäle gelagert, welche in grossen Stückzahlen hergestellt und angeliefert werden. Die bestehenden Gebäude werden einerseits als Lager und Büro benutzt, es finden sich darin aber auch Arbeitsplätze für Schweiss-, Stanz-, Zuschnitts- und Biegearbeiten (vgl. Protokoll des Rekursaugenscheins). Damit fällt der Gewerbebetrieb der Beschwerdeführerin in die Kategorie der (zumindest) mässig störenden Betriebe, was auch für den zur Nutzung als Büro und Lager vorgesehenen Neubau gilt. Daran ändert auch nichts, dass es nach Darstellung der Beschwerdeführerin bislang noch nie zu Lärmklagen aus der Nachbarschaft gekommen ist.

4.3.3. Dass ihr Betrieb nicht dem Zweck der Wohnzone entspricht und daher zonenfremd ist, ist der Beschwerdeführerin überdies bereits aus früheren Verfahren bekannt. Als ihr am 9. Juli 1999 die Erstellung einer Lagerplatzüberdachung bewilligt wurde, hielt die heutige Beschwerdebeteiligte fest, beim Betrieb handle es sich nicht um einen nicht störenden Gewerbebetrieb; vielmehr sei die Nutzung zonenfremd und baurechtswidrig. Bereits am 9. Februar 1998 hatte die Baukommission in anderem Zusammenhang darauf hingewiesen, die bestehende Nutzung auf dem Grundstück Nr. 0003 stehe teilweise im Widerspruch zur Zonenordnung. Darauf hat auch die Vorinstanz zu Recht hingewiesen.

5. Nachdem feststeht, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin in der Wohnzone nicht zonenkonform ist, ist zu entscheiden, ob sie sich erfolgreich auf die Bestandes- und Erweiterungsgarantie berufen kann.

5.1. Nach Art. 77bis Abs. 2 erster Satz BauG sind Umbauten, Zweckänderungen und Erweiterungen rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen, die den geltenden Vorschriften oder Plänen widersprechen, im Allgemeinen zulässig, soweit dadurch die Rechtswidrigkeit weder vermehrt noch wesentlich verstärkt wird.

Damit enthält Art. 77bis BauG die Grundsätze, die allgemein bei rechtmässig erstellten, den heutigen Vorschriften widersprechenden Bauten und Anlagen zur Anwendung gelangen. Besondere Vorschriften in Bezug auf die Erweiterung gelten für zonenfremde Betriebe innerhalb der Bauzonen (Heer, a. a. O., Rz. 755). Gemäss Art. 77quater BauG ist eine angemessene Erweiterung bestehender zonenfremder Betriebe innerhalb der Bauzonen zulässig, wenn die Erweiterung mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar ist und die Vorschriften über den Umweltschutz sowie über die Nutzungsintensität und die Regelbauweise eingehalten sind. Vorbehalten bleiben jedoch Abweichungen von den Vorschriften über die Nutzungsintensität oder Regelbauweise nach Art. 77bis Abs. 1 und 2 BauG; d. h. die Vorschriften über die Nutzungsintensität und die Regelbauweise sind auch bei Erweiterungen nur insoweit einzuhalten, als Abweichungen nicht durch Art. 77bis Abs. 2 erster Satz gedeckt sind (vgl. Botschaft zum III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz, ABl *1994,* S. 2256). Mithin regelt Art. 77quater BauG den Sonderfall der Abweichung von der Zonenkonformität bei bestehenden zonenfremden Betrieben; der allgemeine Tatbestand von Art. 77bis Abs. 2 BauG kommt nur ergänzend zur Anwendung, wenn die bestehende Baute nicht nur zonenwidrig, sondern auch hinsichtlich Nutzungsintensität oder Regelbauweise rechtswidrig ist.

5.2. Ob eine Erweiterung im Sinne von Art. 77quater BauG angemessen ist, beurteilt sich aufgrund der betrieblichen und örtlichen Verhältnisse (Heer, a. a. O., Rz. 755, mit Hinweis auf ABl 1980, S. 1416). Die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der «Angemessenheit» ist eine Rechtsfrage. Die Anwendung im Einzelfall beruht jedoch auf dem Ermessen der Baubewilligungsbehörde, bei dessen Überprüfung sich die Kognition des Verwaltungsgerichts auf Rechtsfehler, d. h. auf Ermessensmissbrauch sowie Ermessensüber- bzw. -unterschreitung beschränkt (Art. 61 Abs. 1 VRP; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 740 und 743).

5.2.1. Zur Auslegung des Begriffs der «Angemessenheit» im Sinne von Art. 77quater BauG gibt es keine gefestigte Gerichts- oder Verwaltungspraxis. Ein Blick in die Praxis anderer Kantone mit ähnlichen Regelungen zeigt Folgendes: Im Kanton Aargau gilt – im Sinne einer Faustregel – die Erweiterung der Bruttogeschossflächen um maximal einen Viertel des ursprünglich bewilligten Umfangs als angemessen, wobei die zulässige Erweiterung von der verletzten Vorschrift abhängig gemacht und nach der konkreten Nutzung differenziert wird (V. Sommerhalder Forestier, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, N 22 zu § 68, mit Hinweis auf AGVE 1996 S. 334 ff.). Auch im Kanton

Zürich wird davon ausgegangen, die Erweiterung sei grundsätzlich an der Flächenausdehnung bzw. am Kubus sowie an der Veränderung der bisherigen Betriebsstruktur zu messen. Einigkeit besteht ferner darin, dass die noch hinzunehmende Erweiterung gesamthaft nur einmal konsumiert werden kann. Diese soll sich immer nach dem Zustand bei Einführung des neuen Rechts beurteilen, mithin bei Eintritt des Tatbestands der Vorschriftswidrigkeit (Sommerhalder Forestier, a. a. O., N 22 zu § 68; zur Rechtslage im Kanton Zürich vgl. Fritsche/Bösch/Wipf, Zürcher Bau- und Planungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 1139).

5.2.2. Die Vorinstanz hat hierzu ausgeführt, der unbestimmte Begriff der «Angemessenheit» sei im Einzelfall zu konkretisieren. Dies habe eher zurückhaltend zu erfolgen, weil die Dauer zonenwidriger Nutzungen nicht zu stark ausgedehnt werden solle. Was angemessen sei, richte sich zunächst nach den betrieblichen Bedürfnissen für eine bauliche Vergrösserung. Neben der quantitativen habe der Begriff der «Angemessenheit» auch eine qualitative, funktionale Komponente. Die Erweiterung sei insoweit zulässig, als ein bestimmtes Verhältnis zur bisherigen Betriebsgrösse gewahrt bleibe. Überdies müsse das Bauvorhaben in der Regel aus betrieblichen Gründen an den Standort des Stammbetriebes gebunden sein. Diese Ausführungen sind überzeugend und werden von den Verfahrensbeteiligten nicht bestritten.

5.2.3. Die Vorinstanz bestimmte den Umfang der geplanten Erweiterung durch Ermittlung der Differenz zwischen den geplanten baulichen Massnahmen und den bereits rechtskräftig bewilligten Bauten und Anlagen bzw. den darin bewilligten Nutzungen. Sie stützte sich auf die Vernehmlassung des AREG vom 6. Januar 2011, woraus sich für den Altbau eine Bruttogeschossfläche von 1526 m^2 und für den Neubau eine solche von 1402 m^2 ergibt. Die von der Beschwerdeführerin erstellte Flächenbilanz nennt – soweit ersichtlich – dieselben Zahlen. Darüber hinaus berücksichtigte die Rekursinstanz, dass die Nutzung des im Jahr 1966 erstellten Hauptgebäudes im Erdgeschoss als Werkstatt nie bewilligt worden war; vielmehr sei dieses als Lagerfläche bewilligt und stets so bezeichnet worden. Die vorliegende Erweiterung umfasse somit auch die Umnutzung dieser Fläche vom Lager zur Werkstatt. Bei der Beurteilung der Erweiterung sei zu berücksichtigen, dass bereits im Jahr 1999 gestützt auf die Bestandesgarantie eine Lagerplatzüberdachung bewilligt worden sei. Die geplante Erweiterung sprenge den angemessenen Rahmen trotz der nicht von der Hand zu weisenden betrieblichen Bedürfnisse deutlich. Allein die Lagerflächen würden von derzeit bewilligten ca. 900 m^2 um zusätzliche 656 m^2 erweitert (Differenz zwischen 813 m^2 neuer Lagerfläche und Umnutzung von 157 m^2 bestehender Lagerfläche zur Werkstatt im Hauptgebäude von 1966). Auch die bereits ohne Bewilligung vollzogene Umnutzung der Lagerflächen im Erdgeschoss des heutigen Hauptgebäudes in eine Werkstatt zähle zur Erweiterung des Betriebs. Die geplante Erweiterung sei nicht nur quantitativ, sondern auch im Verhältnis zum bestehenden Betrieb eindeutig übermässig.

5.2.4. Die Beschwerdeführerin trägt vor, die Vorinstanz habe die konkreten Umstände nicht genügend berücksichtigt. Die Rechtswidrigkeit werde durch die ge-

plante Betriebserweiterung nicht vergrössert, sondern sogar vermindert. Durch den Bau eines geschlossenen Lagers sowie einer Lastwageneinfahrt werde nämlich die Lärmsituation verbessert. Zudem sei die gewerbliche Nutzung von aussen nicht mehr sichtbar.

Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Wie bereits ausgeführt, fehlt es dem beschwerdeführerischen Gewerbebetrieb am funktionalen Zusammenhang mit dem Zweck der Wohnzone. Die geplante Erweiterung vermag diesen Zusammenhang nicht herzustellen. Daran ändert auch die behauptete immissionsmässige Verbesserung nichts. Das Ausbleiben von Immissionen allein kann nämlich die fehlende funktionale Vereinbarkeit mit dem Zonenzweck nicht überbrücken (vgl. Erw. 4.2.).

5.2.5. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, durch die Betriebserweiterung werde die Betriebskapazität nicht erhöht. Vielmehr gehe es darum, die auf dem Vorplatz lagernden Bauteile in einem modernen und zeitgemässen Neubau unterzubringen, wodurch die Arbeitsabläufe erleichtert würden. An der gleichen Stelle führt die Beschwerdeführerin aus, durch die Vergrösserung des Lagers seien weniger oft Materiallieferungen notwendig, weil mehr Werkstoffe eingelagert werden könnten. Auch könnten die hergestellten Komponenten in grösseren Chargen produziert und abgeholt werden.

In diesen Aussagen liegt ein Widerspruch. Dass die Betriebskapazität durch den Neubau erhöht werden soll, ist offensichtlich. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach lediglich die auf dem Vorplatz gelagerten Profile im Neubau untergebracht werden sollen, ist aktenwidrig. Im Vorverfahren, das dem streitigen Baugesuchsverfahren vorausging und dem in etwa das heutige Projekt zu Grunde lag, begründete die heutige Beschwerdeführerin ihre Platzbedürfnisse wie folgt: Alle nicht im Freien lagerfähigen Produkte wie Stahldosen, Stahldeckel, Holzkonstruktionen und Kunststoffpressteile würden heute im Altbau gelagert, weshalb es den Mitarbeitern an wertvoller Produktionsfläche fehle. Diese Produkte sollten fortan im Neubau gelagert werden, sodass im Altbau wieder die volle Produktionsfläche ausgenützt werden könne.

Auf diese Aussagen ist die Beschwerdeführerin zu behaften. Das Bauvorhaben wird zudem stets als «Betriebserweiterung» bezeichnet. Es geht der Beschwerdeführerin mithin entgegen ihrer Darstellung im Beschwerdeverfahren nicht darum, das Lager auf dem Vorplatz aufzugeben; vielmehr sollen die bestehenden Bauten ausgeräumt, die dort gelagerten Bauteile im Neubau untergebracht und der Werkstattbetrieb in den Altbauten vereinfacht und ausgeweitet werden. Ins Leere geht deshalb auch der Hinweis der Beschwerdeführerin, beim im Jahr 1966 bewilligten Hauptbau handle es sich auch heute richtigerweise um ein Lager und nicht um eine (unbewilligte) Werkstatt. Dass darin heute handwerkliche Tätigkeiten verrichtet werden, wurde am Rekursaugenschein festgestellt. Dass sich die Nutzung weiter in Richtung Werkstatt verschieben soll, ergibt sich aus dem erwähnten Schreiben der Beschwerdeführerin vom 2. November 2009.

Darüber hinaus ist unbestritten, dass der Vorplatz nie als Aussenlager bewilligt worden ist und daher von der Vorinstanz zu Recht nicht an die bestehenden Gebäudeflächen angerechnet worden ist. Dass die Beschwerdeführerin den Platz schon lange als Lager nutzt und dies geduldet worden ist, führt nicht zur Ersitzung einer Baubewilligung (vgl. die zutreffende Erw. 7.2.5 des angefochtenen Entscheids). Im Weiteren ist festzuhalten, dass – soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Aussenlagerflächen würden durch den Neubau substituiert – eine Anlage durch eine Baute ersetzt werden soll. Dafür kann die Bestandesgarantie gerade nicht beansprucht werden.

5.2.6. Die geplanten Büroräumlichkeiten sowie die Nasszellen sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ebenfalls zonenfremd. Diese gehören unmittelbar zu einem Gewerbebetrieb, der funktional in keinem Zusammenhang mit der Wohnzone steht. Sie sind daher zu Recht der geplanten Erweiterung hinzugerechnet worden.

5.3. Im Ergebnis steht fest, dass die Beschwerde auch in diesem Punkt unbegründet ist. Der vorinstanzliche Auffassung, wonach die Betriebserweiterung des zonenfremden Gewerbebetriebes nicht angemessen sei, liegt kein Ermessensfehler zu Grunde. Dass die Vorinstanz auf die übermässige Differenz zwischen bestehender und geplanter Bruttogeschossfläche abgestellt hat, überzeugt. Ebenfalls ist richtig, dass die Fläche des Vorplatzes und des als Werkstatt benutzten Lagers im Hauptbau von 1966 nicht an die bestehenden Lagerflächen angerechnet worden sind. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wurde das bestehende Gebäude aus dem Jahr 1966 als «Lagergebäude mit Büros» bewilligt. Von einer Nutzung als Werkstatt ist den damaligen Baugesuchsunterlagen nichts zu entnehmen.

5.4. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die betriebliche Standortgebundenheit beruft, wonach sie aus betrieblichen Gründen auf die geplante Baute angewiesen sei, verkennt sie, dass dies nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Voraussetzung für eine Erweiterung ist; eine übermässig (d. h. nicht mehr «angemessen») dimensionierte Erweiterung kann nicht durch die betriebliche Notwendigkeit gesetzmässig werden. Am Ergebnis ändert auch nichts, dass das Grundstück der Beschwerdeführerin an der Siedlungsgrenze liegt und dass zahlreiche der langjährigen Mitarbeiter in der Nähe wohnen. Diese Kriterien sind zur Bestimmung der Angemessenheit der Betriebserweiterung sachfremd, wenn auch aus der Optik der Beschwerdeführerin verständlich.

5.5. Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung im Weiteren vor, die Beschwerdebeteiligte habe das Baugesuch mit Verweis auf die negative Stellungnahme des AREG vom 13. Januar 2010 abgewiesen, obwohl die Erteilung einer Bewilligung nach Art. 77quater BauG in ihrem eigenen Ermessen liege. Damit habe sie von ihrem Ermessen zu Unrecht keinen Gebrauch gemacht.

5.5.1. Am 2. November 2009 strengte die heutige Beschwerdeführerin bei der Beschwerdebeteiligten ein Vorverfahren an. Dadurch sollten namentlich Fragen der

Zonenkonformität, der Möglichkeit zur Erteilung einer Ausnahmebewilligung sowie die Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften vorab geklärt werden. In Bezug auf die allfällige Zustimmung zu einer Abweichung vom Baugesetz (vgl. Art. 77 Abs. 2 BauG) zog die Beschwerdebeteiligte am 9. November 2009 das AREG bei. Eine Abweichung vom Baugesetz sah die Beschwerdebeteiligte darin, dass die geplante Erweiterung durch Art. 77quater BauG möglicherweise nicht mehr gedeckt sei. Diese Vorfrage hatte auch das AREG zu prüfen. Im Amtsbericht vom 13. Januar 2010 vertrat der zuständige Kreisplaner die Auffassung, bei einer Vergrösserung der Geschossflächen um rund 80 Prozent könne nicht von einer angemessenen Erweiterung gesprochen werden. Die Voraussetzungen für eine Baubewilligung nach Art. 77quater BauG seien seiner Ansicht nach nicht erfüllt.

5.5.2. Die Beschwerdebeteiligte übernahm die Ausführungen des AREG in den eigenen Entscheid vom 24. September 2010. Dies war ohne Weiteres zulässig. Das gegenständliche Bauvorhaben ist mit jenem des Vorverfahrens nahezu identisch. Die Beschwerdebeteiligte hat die Begründung des Amtsberichtes übernommen, zu ihrer eigenen gemacht und damit zum Ausdruck gebracht, dass diese Einschätzung mit ihrem Ermessen übereinstimmt.

5.5.3. Der Einwand der Beschwerdeführerin, der zuständige Kreisplaner habe am Augenschein des Vorverfahrens vom 16. März 2010 mündlich zugesichert, das Projekt sei baurechtskonform und bewilligungsfähig, ist nicht stichhaltig. Erstens liegt es im Ermessen der Gemeinde, ob eine Bewilligung nach Art. 77quater BauG erteilt werden soll. Dies macht die Beschwerdeführerin zurecht geltend. Die Gemeinde muss die Einschätzung des AREG daher nicht teilen; sie kann vielmehr in zulässiger Ausschöpfung des Ermessensspielraums auch nur soweit darauf abstellen, als sie gleicher Auffassung ist. Zum andern hat selbst der betreffende Kreisplaner des AREG diese Auffassung nicht vorbehaltlos vertreten. Klar ist zudem, dass dessen informelle Aussagen während des Vorverfahrens gegenüber den übrigen Verfahrensbeteiligten keine bindende Wirkung entfalten können.

6. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmebewilligung seien erfüllt, weil ein Härtefall vorliege.

6.1. Die zuständige Gemeindebehörde kann unter anderem von den Vorschriften des Baugesetzes, des Baureglementes sowie von Zonen-, Überbauungs- und Gestaltungsplänen abweichende Bewilligungen erteilen, wenn die Anwendung der Vorschriften für den Bauherrn zu einer offensichtlichen Härte führen würde (Art. 77 Abs. 1 lit. a BauG).

6.1.1. Die Ausnahmebewilligung hat zum Zweck, Härten und Unbilligkeiten zu vermeiden, die sich wegen der Besonderheit des Sachverhaltes aus der strikten Anwendung der Bauordnung ergeben würden. Vorausgesetzt ist eine Ausnahmesituation, bei der die Handhabung der Bauvorschriften in Würdigung der Gegebenheiten des Einzelfalles den Bauherrn in besonderem Mass hart treffen würde. Die Härte muss in einem objektiven Nachteil bestehen, den der Baugesuchsteller im Verhältnis zu Mitbürgern in gleicher oder ähnlicher Situation durch die strikte An-

wendung der Baunormen erleiden würde (GVP 2001 Nr. 94 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts bedarf es für die Annahme einer Ausnahmesituation triftiger Gründe, und an die Erteilung eines Dispenses ist ein strenger Massstab zu legen (VerwGE B 2003/161 vom 18. Dezember 2003 i. S. M. D. mit weiteren Hinweisen).

6.1.2. Die Beschwerdeführerin führt aus, das faktische Verbot, den Betrieb jetzt und auch in Zukunft angemessen zu erweitern, habe zur Folge, dass sie ihren Betrieb schon in Kürze nicht mehr weiterführen könne. Einer Verlegung des Betriebes stünden unter anderem die sozialen Folgen der Betriebsschliessung entgegen. Ein Umzug sei ihr entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht zuzumuten. So habe der Firmengründer schon in den 1960er-Jahren im Hinblick auf künftige Betriebserweiterungen jene Baulandreserven erworben, von denen heute Gebrauch gemacht werden solle.

Die Beschwerdegegnerinnen widersprechen diesen Ausführungen. Eine Verlegung an einen anderen Standort bringe kaum Nachteile mit sich, da sich der bisherige Standort aufgrund der ausgezeichneten Wohnlage durchaus gewinnbringend veräussern liesse. Die wirtschaftliche Notlage werde zudem nicht näher begründet, und es bleibe bei pauschalen Behauptungen. Dass die eigentliche Existenzgefährdung nicht dargetan ist, befand auch die Vorinstanz.

6.2. Anknüpfungspunkt der Ausnahmebewilligung ist nicht der Vergleich zwischen dem Ist-Zustand mit dem geplanten Projekt, sondern es ist dem geplanten Projekt ein regelkonformes gegenüberzustellen (Heer, a. a. O., Rz. 741 mit Hinweisen). Dass der Beschwerdeführerin faktisch verboten wird, ihren Betrieb angemessen zu erweitern, trifft entgegen ihrer Darstellung nicht zu. Aus dem vorliegenden Verfahren geht lediglich hervor, dass das Bauvorhaben diesen Rahmen sprengt. Der von der Beschwerdeführerin behauptete Härtefall müsste sich aus der Differenz zwischen einem angemessenen Projekt und dem streitigen Bauvorhaben ergeben. Worin dieser genau bestehen soll und weshalb nicht auch eine angemessen dimensionierte Erweiterung zielführend sein soll, erhellen die pauschalen Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht. Die von ihr angestellten wirtschaftlichen Überlegungen sind allgemein gehalten und widerspiegeln nicht zuletzt persönliche Vorlieben. Die behauptete Notwendigkeit des Bauvorhabens in diesen Dimensionen steht denn auch offensichtlich im Widerspruch zur Beteuerung, wonach der Betrieb (bzw. dessen Lagerflächen) nicht erweitert werden soll. Die Vorinstanz hat demnach die Erteilung einer Ausnahmebewilligung zu Recht verweigert, womit sich die Beschwerde auch in diesem Punkt als unbegründet erweist.

6.3. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Ausnahmebewilligung selbst bei Vorliegen einer existenzbedrohenden Lage regelmässig zu verweigern ist, wenn deren Erteilung – wie hier – auf eine Vereitelung oder Gefährdung des Zonenzwecks hinausliefe (vgl. Art. 77 Abs. 3 letzter Satz BauG). Darauf hat das AREG bereits im Vorverfahren zu Recht hingewiesen.

13

Art. 57, Art. 60 Abs. 2 und Art. 78 Abs. 2 Bst. a BauG (sGS 731.1). Ein Gebäudeteil, in welchem sich das (Haupt-)Wohnzimmer eines Wohnhauses befindet, kann als Anbaute bewilligt werden. Da Anbauten definitionsgemäss von der Hauptbaute konstruktiv getrennt sind, ist es gerechtfertigt, die Gebäudehöhe und damit auch den Niveaupunkt separat festzulegen.

Verwaltungsgericht, 8. Juli 2014

Die dem Beschwerdegegner erteilte Baubewilligung umfasste als Anbauten bezeichnete, die Wohnzimmer umfassende Gebäudeteile, welche nach Auffassung der Rekurssachbearbeiterin als Bestandteile der Hauptbauten zu behandeln waren, womit die für Anbauten geltende Abstandsprivilegierung weggefallen wäre. Die politische Gemeinde bewilligte in der Folge während des sistierten Rekursverfahrens ein Nachtragsbaugesuch, welches eine weitergehende konstruktive Trennung der Wohnzimmer vom restlichen Gebäude vorsah. Der Rekurs des Beschwerdeführers wurde abgewiesen. Das Verwaltungsgericht weist seine Beschwerde ab, soweit er geltend macht, die Wohnzimmer seien nicht als Anbauten zu qualifizieren.

Aus den Erwägungen:

4. Der Gebäudeabstand ist die kürzeste Entfernung zwischen zwei Fassaden (Art. 57 Abs. 1 BauG). Im Baureglement und gegebenenfalls in den Überbauungsplänen ist die Grösse der Gebäudeabstände festzulegen. Fehlen solche Vorschriften, so ist der Gebäudeabstand gleich der Summe der für die beiden Gebäude vorgeschriebenen Grenzabstände (Art. 57 Abs. 2 BauG). Nach Art. 5 Baureglement beträgt der grosse Grenzabstand in der Wohnzone W1a 12 m und der kleine Grenzabstand 6 m. Der grosse Grenzabstand ist auf der am stärksten nach Süden gerichteten, längeren Hauptwohnseite, der kleine Grenzabstand auf den anderen Gebäudeseiten einzuhalten (Art. 10 Abs. 1 Baureglement). Weist eine Baute zwei annähernd gleichwertige Hauptwohnseiten auf, kann der Gemeinderat die Aufteilung der Summe des kleinen und grossen Grenzabstandes je zur Hälfte auf beide Seiten gestatten (Art. 10 Abs. 3 Baureglement). Für Anbauten gilt ein verminderter Grenzabstand von 3 m (Art. 18 Abs. 3 Baureglement).

Die Vorinstanz legte im angefochtenen Entscheid dar, die Häuser 1–6 würden nach Süden sowie Westen annähernd gleichwertige Hauptwohnseiten aufweisen. Es sei daher zulässig, auf die Süd- sowie Westseite der Gebäude einen Grenzabstand von je 9 m (12 + 6 /2) anzuwenden. Der massgebende Gebäudeabstand betrage damit 15 m. Aus den eingereichten Plänen sei ersichtlich, dass dieser zwischen sämtlichen sechs Gebäuden eingehalten sei. Der Abstand der Häuser 1, 3 und 5 zur östlichen Grundstücksgrenze betrage mindestens 11 m oder mehr und

auch die Häuser 2, 4 und 6 würden den zur westlichen Grundstücksgrenze erforderlichen Abstand von 9 m einhalten. Der gegen die B.-strasse in Richtung Norden geforderte Strassenabstand von 4 m (Art. 14 Abs. 1 Baureglement) werde durch die Häuser 1 und 4 mit knapp 5 m Abstand ebenfalls eingehalten. Gleiches gelte für die Häuser 3 und 6 betreffend des gegenüber der südlichen Grundstücksgrenze geltenden Abstands von 9 m. Dementsprechend sei auch die von der Beschwerdebeteiligten verfügte Auflage betreffend erweiterte Grenzabstandsverpflichtungen im Moment der angestrebten Parzellierung des Gesamtgrundstücks nicht nur zulässig, sondern angesichts des Umstands, dass die Abstandsbeurteilung in Anwendung von Art. 10 Abs. 3 Baureglement erfolge, auch sinnvoll.

4.1. Unbestritten blieb die im vorinstanzlichen Entscheid mit Hinweis auf Art. 20 des Baureglements bestätigte Zulässigkeit der fassadenbündigen Anordnung von Lift und Treppenhaus (act. G 2/1 S. 19 f). Hingegen lassen die Beschwerdeführer weiterhin beanstanden, dass die Wohnzimmer der Gebäude – mit versetzter Anordnung (Häuser 2, 4 und 6) bzw. im Vergleich zum übrigen Gebäude verschmälert (Häuser 1, 3 und 5) – als Anbauten behandelt worden seien und dafür der verminderte Grenzabstand von 3 m angewendet worden sei. Damit umgehe das Bauprojekt die Grenz- und Gebäudeabstandsvorschriften in gesetzwidriger Weise.

Das Baugesetz definiert Anbauten als baubewilligungspflichtige Tatbestände (Art. 78 Abs. 2 lit. a BauG; Heer, a. a. O., Rz. 686). Als Anbaute gelten gemäss baurechtlicher Definition an das Hauptgebäude angebaute, untergeordnete Bauten. In der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zur Anwendung kommende Kriterien sind dabei insbesondere die architektonische Gestaltung, die optische und/oder funktionale Unterordnung, die konstruktive Trennung, die funktionale Eigenständigkeit sowie die Beschränkungen im Baureglement betreffend Gebäudegrundfläche, First- und Gebäudehöhe. Anbauten lehnen sich an die Fassade eines Hauptgebäudes an, sind von diesem aber durch eine Innenwand getrennt. Sie müssen deutlich als Anbau erkennbar sein und beseitigt werden können, ohne dass das Hauptgebäude konstruktiv verändert werden muss. Anbauten werden wie Nebenbauten auch als untergeordnete oder besondere Gebäude oder als Kleinbauten bezeichnet (VerwGE B 2010/16 vom 11. Mai 2010 [= GVP 2010 Nr. 41], E. 3, und VerwGE B 2007/10 vom 11. Juni 2007 mit Hinweis auf P. Dilger, Raumplanungsrecht der Schweiz, Zürich 1982, S. 230, und A. Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, 2. Aufl., Bern 1995, Rz. 10 zu Art. 12, in: www.gerichte.sg.ch). Gemäss Art. 18 Abs. 1 des Baureglements sind Anbauten ein Vollgeschoss umfassende Bauteile an Hauptbauten mit einer Grundfläche von maximal 45 m^2, die höchstens 3.5 m Gebäudehöhe und 5 m Firsthöhe aufweisen. Nach dem bereits erwähnten Art. 18 Abs. 3 Baureglement dürfen Anbauten in allen Zonen mit einem verminderten Grenzabstand von 3 m erstellt werden.

Bei der Festlegung der Regelbauvorschriften kommt der Gemeinde Autonomie zu, wobei sie nicht von den im Baugesetz festgelegten Definitionen (Gebäudehöhe, Ausnützungsziffer usw.) abweichen darf (Heer, a. a. O., Rz 64 f). Eine Definition

des Begriffs der Anbaute findet sich im Baugesetz nicht. Mit der Vorinstanz ist von einer Regelungsabsicht der Beschwerdebeteiligten auszugehen, Wohnnutzungen in Anbauten nicht ausschliessen zu wollen. Dies ergibt sich unbestritten bereits aus dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 Baureglement, gemäss welchem Anbauten ein Vollgeschoss (und damit anrechenbare Geschossflächen) aufweisen dürfen. Eine diesbezügliche (ausfüllungsbedürftige) Lücke im Baureglement ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht ersichtlich: Anbauten sind zum einen nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 18 Baureglement zulässig und weisen daher im Vergleich zur Hauptbaute ein untergeordnetes Bauvolumen auf; zum anderen müssen sie lediglich einen verminderten Grenzabstand einhalten. Im Zusammenhang mit der Bewilligung von Anbauten, wie sie vorliegend zur Diskussion stehen, kann nicht zum vornherein von sinn- und zweckwidriger Gesetzesanwendung gesprochen werden, wenn beachtet wird, dass die Gemeinde grundsätzlich auch die Möglichkeit hätte, erheblich kleinere Abstände zwischen den Hauptbauten zu definieren. In diesem Zusammenhang blieb sodann der Hinweis des Beschwerdegegners unwidersprochen, wonach in der Gemeinde P. Anbauten mit Wohnnutzung sei jeher bewilligt würden. Eine optimale Nutzung der Bauzonenreserven im Sinn der Zulassung der Wohnnutzung von Anbauten entspricht überdies dem raumplanungsrechtlichen Gebot der haushälterischen Nutzung des Bodens. Der von den Beschwerdeführern zitierten interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe ist der Kanton St.Gallen nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz nicht beigetreten.

4.2. Die Wohnzimmer der Häuser 1, 3 und 5 sind auf der Südseite und diejenigen der Häuser 2, 4 und 6 auf der Westseite angebaut. Sie sind eingeschossig, weisen ein Flachdach auf und sind zwischen 3 und 3,5 m hoch. Die Wohnzimmer-Grundflächen betragen zwischen 29,4 m^2 (Haus 1 und 2) und 35,8 m^2 (Haus 4 und 6; vgl. Nachtragsbaugesuch vom 7. Mai 2012 mit Korrekturplänen). Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, im Vergleich zu den Hauptbauten seien die angebauten Wohnzimmer nicht nur farblich anders gestaltet, sondern würden zudem eine andere Materialisierung aufweisen; sie seien daher rein optisch deutlich als Anbauten erkennbar. Aus den Korrekturplänen sei zudem ersichtlich, dass die ursprünglich zwischen Wohnzimmeranbauten und Esszimmer/Küche vorhandene leichte Schiebetüre durch eine Wand in massiver Bauweise ersetzt werde; die Verbindung zwischen diesen beiden Bereichen erfolge neu durch eine Tür mit 0,9 m Normbreite. Die Wohnzimmer seien damit konstruktiv derart von den Hauptbauten getrennt, dass diese ohne Weiteres getrennt werden könnten, ohne dass in die bauliche Substanz der Hauptbauten eingegriffen werden müsste und ohne dass deren Funktionalität oder Nutzung in Frage gestellt wäre. Der Umstand, dass die Wohnzimmer Wohnzwecken und damit gegenüber den Hauptbauten einer nicht untergeordneten Nutzung dienen würden, ändere nichts an der Qualifikation als Anbauten. Das Baureglement kenne hinsichtlich der Wohnnutzung von Anbauten keine Beschränkungen.

Die auf der Südseite angebauten Wohnzimmer der Häuser 1, 3 und 5 und diejenigen der Häuser 2, 4 und 6 auf der Westseite erscheinen von der architektonischen Gestaltung her als von den Hauptgebäuden unabhängige Bestandteile (vgl. Pläne Nord- und Südfassaden Häuser 1–2/3–4/5–6 sowie West- und Ostfassaden Häuser 1–6). Sie halten unbestrittenermassen die Dimensionen einer Anbaute nach Art. 18 Abs. 1 Baureglement ein. Die streitigen Bauteile verlaufen mit klar wahrnehmbarer Trennung zur Fassade der Hauptgebäude und sind insofern den Hauptgebäuden optisch untergeordnet, als sie deren Höhe nicht erreichen. Sie präsentieren sich m. a. W. als abgegrenzte Teile der Hauptgebäude und könnten unbestritten entfernt werden, ohne dass die Hauptgebäude konstruktiv verändert werden müssten. Sodann erschiene eine funktionale Abtrennung der Wohnzimmer insofern möglich, als das Wohnen diesfalls in den gemäss Baugesuchsplänen den Bereichen «Esszimmer-Küche» gewidmeten Räumen stattfinden oder allenfalls eines der drei Zimmer (1 und 2, Eltern) als Wohnraum genutzt werden könnte. Insofern kann auch von einer funktionalen Selbständigkeit der Anbauten gesprochen werden, zumal sich eine ständige Nutzung derselben als (Haupt-)Wohnraum angesichts der räumlichen Verhältnisse nicht aufdrängt. Entsprechend sind auch die Hauptbauten autark bzw. in ihrer Nutzung nicht von den Anbauten abhängig. Hinsichtlich der Materialisierung der Anbauten ist im Baugesuchsformular festgehalten, dass die Hauptbauten verputzt und die Anbauten mit Platten verkleidet werden, wobei deren Farbe später festgelegt wird (Baugesuchsformular vom 7. Mai 2012, Rubrik «Konstruktions- und Materialangaben»). Diese Angaben werden für die Bauherrschaft – entgegen der Annahme der Beschwerdeführer – nach rechtskräftiger Bewilligung verbindlich. Die konstruktive Trennung der angebauten Wohnzimmer zum Hauptgebäude wurde im Rahmen des Nachtragsbaugesuchs vom 7. Mai 2012 insofern vollzogen, als massive Aussenwände die beiden Teile separieren und der Zugang zum Anbau (anstelle der zuerst vorgesehenen Schiebetüren) durch eine Tür in Normbreite erfolgt. Der Einwand der Beschwerdeführer, wonach diese bauliche Massnahme lediglich vorgeschoben und durch einen geringfügigen Eingriff (nachträglich) wieder entfernt werden könne, vermag nichts zur Beantwortung der streitigen Frage beizutragen bzw. stellt keinen Anlass für eine veränderte Beurteilung dar. Insgesamt lässt es sich somit nicht beanstanden, dass die Vorinstanz die Qualifizierung der Wohnzimmer als Anbauten als rechtmässig bestätigte. Ein Anlass, diesbezüglich in das Ermessen der Vorinstanz einzugreifen, besteht für das Verwaltungsgericht, dessen Kognition auf die Korrektur von Rechtsfehlern beschränkt ist (Art. 61 Abs. 1 VRP), nicht.

4.3. Die Beschwerdeführer lassen im Weiteren ausführen, dass die von Art. 18 Abs. 1 Baureglement genannten volumetrischen Anforderungen an Anbauten gemäss Planunterlagen nur unter der Voraussetzung eingehalten seien, dass für die Anbauten gesonderte Niveaupunkte angenommen würden. Sie beanstanden, dass die Anbauten über eigene Niveaupunkte verfügen dürfen. Die Annahme eines eigenen Niveaupunktes lasse Anbauten im Vergleich zur Hauptbaute gleichwertig er-

scheinen, was aber von Gesetzes wegen nicht der Fall sein dürfe. Anbauten seien definitionsgemäss untergeordnete, sich an eine Hauptbaute anlehnende Baukörper. Anbauten kämen dadurch nicht nur in den Genuss verringerter Gebäude- und Grenzabstände, sondern würden gleichzeitig von einer anderen Höhenlage profitieren als die Hauptbauten. Werde vorliegend auf die Anbauten derselbe Niveaupunkt angewendet wie auf die übrigen Gebäude, wäre die für Anbauten geltende Gebäudehöhe bei den Wohnzimmern aller Häuser mit Ausnahme von Haus 4 überschritten. Der Beschwerdegegner vertritt demgegenüber die Auffassung, dass für einen eigenen Baukörper (Anbauten) der Niveaupunkt separat zu ermitteln sei, um die im Baureglement (Art. 18) vorgeschriebenen Masse zu definieren.

Die Gebäudehöhe bezeichnet den senkrechten Abstand zwischen dem Niveaupunkt und dem ausgemittelten Schnittpunkt der Fassade mit der Dachoberkante in der Fassadenmitte (Art. 60 Abs. 1 BauG). Als Niveaupunkt gilt der Schwerpunkt des Gebäudegrundrisses auf dem gewachsenen Boden (Art. 60 Abs. 2 BauG; zum Begriff des «gewachsenen Bodens» vgl. VerwGE B 2008/143 und 149 vom 14. Mai 2009, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch). Für Anbauten erscheint es insofern gerechtfertigt, die Gebäudehöhe und damit auch den Niveaupunkt separat festzulegen, als diese wie dargelegt (vorstehende E. 4.1) definitionsgemäss von der Hauptbaute konstruktiv getrennt sind (vgl. dazu auch Ch. Häuptli, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2013, Rz 32 und 35 zu § 49, im Zusammenhang mit terrassierten und gestaffelten Bauten). Der von den Beschwerdeführern angeführte Umstand allein, dass die Anbauten auf diese Weise von einer anderen Höhenlage als die Hauptbauten profitieren würden, vermag keine rechtsfehlerhafte Handhabung durch die Vorinstanz darzutun.

14

Art. 78 Abs. 2 Bst. a BauG (sGS 731.1). Das kantonale Recht versteht unter Anbaute lediglich, aber immerhin einen Gebäudeteil, dessen Errichtung in einem eigenständigen Bauvorgang bewilligungspflichtig ist. Soweit daraus und aus dem Begriff selbst nicht unverzichtbare Merkmale abzuleiten sind, ist die nähere Umschreibung den politischen Gemeinden überlassen. Eine Handhabung der kommunalen Reglementsbestimmung, die im Ergebnis Gebäude oder Gebäudeteile, denen jede bauliche Selbständigkeit fehlt, als Anbaute behandelt, widerspricht den Vorgaben des kantonalen Baurechts. Im konkreten Fall stellt sich der als «Anbau» behandelte Gebäudeteil mit Blick auf den Grundriss des Erdgeschosses weitgehend als abstrakte Idee dar.

Verwaltungsgericht, 19. August 2014

Die Beschwerdeführer erhoben erfolglos Einsprache gegen ein Baugesuch auf dem in der zweigeschossigen Wohnzone W2b liegenden Nachbargrundstück für die Erstellung eines sechs Wohneinheiten umfassenden Mehrfamilienhauses samt Tiefgarage. Das Baudepartement wies ihren mit der Begründung, die geplante Anbaute sei weder architektonisch noch funktional vom Hauptgebäude getrennt und deshalb baurechtswidrig, erhobenen Rekurs ab. Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde, soweit es darauf eintritt, gut.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführer begründen die Rechtswidrigkeit des Bauvorhabens der Beschwerdegegnerin damit, die Einhaltung des verminderten Grenzabstandes gegenüber ihrem Grundstück könne nicht damit gerechtfertigt werden, dass es sich bei diesen Gebäudeteilen um Anbauten handle.

2.1. Art. 78 Abs. 2 Ingress und lit. a des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz; sGS 731.1, BauG) erwähnt Anbauten neben Neu-, Um-, Auf- und Nebenbauten als Tatbestände, welche einer Baubewilligung bedürfen. Als Anbauten gelten gemäss gängiger baurechtlicher Definition an das Hauptgebäude angebaute untergeordnete Bauten (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 688). Massgebende Kriterien sind nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere die architektonische Gestaltung, die optische und/oder funktionale Unterordnung, die konstruktive Trennung, die funktionale Eigenständigkeit. Anbauten lehnen sich an die Fassade eines Hauptgebäudes an, sind von diesem aber durch eine Innenwand getrennt. Sie müssen deutlich als Anbau erkennbar sein und beseitigt werden können, ohne dass das Hauptgebäude konstruktiv verändert werden muss. Anbauten werden wie Nebenbauten auch als untergeordnete oder besondere Gebäude oder als Kleinbauten bezeichnet. Hinzu treten die Beschränkungen hinsichtlich Gebäudegrundfläche, First- und Gebäudehöhe im kommunalen Baureglement (GVP 2010 Nr. 41, VerwGE B 2013/70 vom 8. Juli 2014 E. 4.1 = GVP 2014 Nr. 14).

Gemäss Art. 35 des Baureglements der Beschwerdebeteiligten in der Fassung gemäss Teilrevision vom 20. September 2007 (BauR) sind Anbauten an ein Hauptgebäude angegliederte Baukörper mit einer architektonisch abgesetzten äusseren Erscheinung (Abs. 2); sie sind eingeschossig und weisen eine Gebäudehöhe von höchstens vier und eine Firsthöhe von höchstens fünf Metern sowie eine Gebäudegrundfläche von höchstens 40 Quadratmetern auf (Abs. 1 und 3). Nach der früheren Fassung von Art. 35 mussten sich Anbauten architektonisch eindeutig von der Hauptbaute abheben; die Gebäudehöhe war auf höchstens drei, die Firsthöhe auf höchstens 4,5 Meter beschränkt. Für Anbauten gilt ein verminderter Grenzabstand von drei Metern; sie dürfen höchstens vier Meter in den grossen Grenzabstand reichen (Art. 35 Abs. 4 und 5 BauR). Die Regelbauvorschriften sehen für die Zone W2a/b einen kleinen Grenzabstand von vier und einen grossen Grenzabstand von acht Metern vor (Art. 7 BauR).

Die Umschreibung der Anbauten im Baureglement weicht von der gängigen baurechtlichen Definition insoweit ab, als sie neben den grössenmässigen Beschränkungen im Verhältnis zur Hauptbaute einzig auf die abgesetzte äussere Erscheinung abstellt. Insbesondere müssen Anbauten weder deutlich als solche erkennbar sein, noch werden eine funktionale Unterordnung und Eigenständigkeit und eine konstruktive Trennung verlangt. Deshalb ist es auch nicht erforderlich, dass die Anbaute beseitigt werden kann, ohne dass das Hauptgebäude konstruktiv verändert werden muss. Die Beschränkung der Anforderungen hängt zusammen mit der gleichzeitigen Abschaffung der Ausnützungsziffer, der Umsetzung der raumplanerischen Grundsätze der haushälterischen Bodennutzung und der inneren Verdichtung sowie der schwierigen Umsetzbarkeit der alten Bestimmung, unter deren Geltung Raumtrennwände nachträglich entfernt worden seien. Bestehende Bauten sollen mit Blick auf veränderte Komfortansprüche wie grössere Badezimmer sowie Wohn- und Essbereiche massvoll erweitert werden können.

2.2. Gemäss Art. 89 der Verfassung des Kantons St.Gallen (sGS 111.1, KV) ist die Gemeinde autonom, soweit das Gesetz ihre Entscheidungsfreiheit nicht einschränkt (Abs. 1); in der Rechtsetzung hat sie Entscheidungsfreiheit, wenn das Gesetz keine abschliessende Regelung trifft oder die Gemeinde ausdrücklich zur Rechtsetzung ermächtigt (Abs. 2). Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz; sGS 731.1, BauG) überträgt die Ortsplanung und die örtliche Baupolizei den politischen Gemeinden. Bei der Festlegung der Regelbauvorschriften kommt der Gemeinde Autonomie zu, wobei sie von den im Baugesetz festgelegten Definitionen nicht abweichen darf (VerwGE B 2013/70 vom 8. Juli 2014 E. 4.1 mit Hinweis auf Heer, a. a. O., Rz. 64 f.). Ist die Gemeinde in einem Sachbereich zu autonomer Rechtsetzung befugt, ist sie grundsätzlich auch in der Auslegung ihres eigenen Rechts frei (vgl. VerwGE B 2013/116 vom 14. Mai 2014 E. 3.1).

Das kantonale Recht verwendet den Begriff der Anbaute in Art. 78 Abs. 2 Ingress und lit. a BauG, ohne ihn zu umschreiben. Es versteht unter Anbaute lediglich, aber immerhin einen Gebäudeteil, dessen Errichtung in einem eigenständigen Bauvorgang bewilligungspflichtig ist. Soweit daraus und aus dem Begriff selbst nicht unverzichtbare Merkmale abzuleiten sind, ist die nähere Umschreibung den politischen Gemeinden überlassen.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird ein Gebäude oder ein Gebäudeteil an ein Hauptgebäude angebaut (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011). Das Hauptgebäude ist für sich betrachtet geeignet, ein selbständiges Gebäude darzustellen. Dies kann – soweit ein Gebäude, und nicht bloss ein Gebäudeteil angebaut wird – auch für die Anbaute gelten. Bauen und Anbauen sind zwei Vorgänge, die in der Regel zeitlich auseinander fallen und unabhängig voneinander bewilligt werden können. Gemäss der gängigen baurechtlichen Umschreibung erscheinen deshalb die Elemente der grössenmässigen Unterordnung und

konstruktiven Trennbarkeit als unverzichtbar. Zumindest das Hauptgebäude muss ohne die Anbaute Bestand haben können und in seiner Nutzung autark, das heisst nicht von der Anbaute abhängig sein (VerwGE B 2013/70 vom 8. Juli 2014 E. 4.2).

Soweit also gestützt auf Art. 35 BauR Gebäude oder Gebäudeteile, denen jede bauliche Selbständigkeit fehlt, als Anbauten behandelt werden, widerspricht die Handhabung der Bestimmung den Vorgaben des kantonalen Baurechts. Dieses Ergebnis scheint im Übrigen auch mit Blick auf die baurechtlichen Folgen der Behandlung eines Gebäudeteils als Anbaute gerechtfertigt. Die Abweichungen von den Regelbauvorschriften mit verkleinerten Grenzabständen schmälern die nachbarrechtlichen Ansprüche. Der politischen Gemeinde bleibt es unbenommen, im Interesse einer haushälterischen Bodennutzung und inneren Verdichtung generell geringere Grenzabstände festzusetzen oder aber Regelungen zu treffen, nach denen beispielsweise Fassaden auf einer gewissen Länge den Grenzabstand unterschreiten können. Zu diesem Zweck den Begriff der Anbaute in der generellabstrakten Umschreibung oder in der individuellkonkreten Handhabung bis zur Unkenntlichkeit auszuweiten, lässt sich jedoch auch mit der im Baupolizeirecht geltenden Gemeindeautonomie nicht rechtfertigen.

2.3. Der umstrittene Gebäudeteil schafft Platz für ein Badezimmer sowie ein deutlich vergrössertes Wohn- und Esszimmer für die nordöstlich gelegene 3½-Zimmer-Erdgeschosswohnung sowie ebenfalls für ein deutlich vergrössertes Wohn- und Esszimmer für die südöstlich gelegene 2½-Zimmer-Erdgeschosswohnung. Der Gebäudeteil ist mit einem Flachdach ausgebildet, welches als Terrasse für die östliche 4½-Zimmer-Wohnung im 1. Obergeschoss dient. Die im Grundrissplan eingezeichnete «Anbaulinie» verläuft zunächst parallel im Grenzabstand gemäss Regelbauvorschriften zum Grundstück der Beschwerdeführer quer durch die Wohn-Essbereiche der beiden Wohnungen. Im Wohn-Ess-Bereich der 3½-Zimmer-Wohnung beschreibt die Linie einen stumpfen Winkel und verläuft anschliessend in nordwestlicher Richtung, so dass eine der beiden Nasszellen der Wohnung in die als Anbaute ausgeschiedene Fläche fällt. Mit Blick auf den Grundriss des Erdgeschosses stellt sich mithin der «Anbau» weitgehend als abstrakte Idee dar. Konstruktiv stellt das Erdgeschoss offensichtlich eine Einheit dar, dergestalt, dass der Bau des Hauptgebäudes ohne die «Anbaute» nicht in der verbleibenden Form realisiert würde. Das, was im Grundrissplan als Anbaute bezeichnet wird, lässt sich nicht aus der Architektur und insbesondere aus dem Grundriss des Erdgeschosses ablesen, sondern ist in erster Linie Ergebnis einer abstrakten Anwendung von Abstandsregeln.

Offen bleiben kann, ob sich der als Anbaute bezeichnete Gebäudeteil aufgrund seiner Eingeschossigkeit und den Absetzungen in der Fassade im Sinn von Art. 35 BauR als an ein Hauptgebäude angegliederter Baukörper mit einer architektonisch abgesetzten äusseren Erscheinung präsentiert. Festzustellen ist, dass die einheitliche Materialisierung und farbliche Gestaltung der Fassaden und die zumindest gegen Süden geringfügige Absetzung der Fassade die Erkennbarkeit einer architekto-

nisch abgesetzten äusseren Erscheinung zumindest erschweren. Offen bleiben kann unter diesen Umständen auch, ob die Nutzung des Daches des Gebäudeteils als Terrasse mit der reglementarisch vorgeschriebenen Eingeschossigkeit von Anbauten vereinbar ist.

7. Abgaben

15

Art. 31 Abs. 2 StG (sGS 811.1); Art. 8 Abs. 2 StHG (SR 642.14). Vom Steuerpflichtigen selber geschaffene immaterielle Güter stellen gewöhnlich Geschäftsvermögen dar. Der über dem Einkommenssteuerwert liegende Verkaufserlös ist deshalb als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu besteuern und nicht als steuerfreier Kapitalgewinn zu behandeln.

Verwaltungsgericht, 21. Oktober 2014
-> Beim Bundesgericht ist eine Beschwerde gegen diesen Entscheid hängig (2C_1062/2014).

Der Beschwerdeführer (geb. 1947) war bis im Dezember 2010 als Geschäftsführer der Q AG, an welcher er noch mit 12 Prozent des Aktienkapitals – 64 Prozent hatte er per 1. Januar 2008 an die B AG veräussert unter Vorbehalt des Rechts, ohne Beeinträchtigung seiner Arbeitsleistung für die Q AG Geschäftsaktivitäten im Laborbereich «auf privater Basis» weiterzuführen (Alpha/Beta) – beteiligt war, unselbständig erwerbstätig. Er war zudem einziger Gesellschafter und einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der c gmbh. Die für das Steuerjahr 2010 deklarierte Vermehrung des Wertschriftenbestandes erklärte er mit dem Verkauf einer Liegenschaft und geistigen Eigentums durch die c gmbh. Er reichte am 4. Juli 2012 einen zwischen der c gmbh und der U AG am 3. August 2010 abgeschlossenen Kaufvertrag ein, in welchem die c gmbh als «Eigentümerin an den Marken-, Vertriebs- und Produktionsrechten sowohl am Nährmedien-Sterilisator Alpha als auch am Abfüllautomaten Beta» sämtliches Lagermaterial (Materiallager gemäss Stückliste Alpha CHF 50 000), die geschützten Markenrechte (Beta CHF 7000, Alpha CHF 20 000) und alle technischen Unterlagen für Alpha (Entwicklungskosten und Know-how CHF 70 000) zum Preis von CHF 147 000 auf die U. AG übertrug. Zudem wurde vereinbart, die c gmbh werde der U AG bei Reparaturen und beim Bau von neuen Geräten vom Typ Alpha und Alpha BCII Support leisten und dafür pro Stunde CHF 110 verrechnen. Für die Montage, Testläufe, Instruktionen und Schulungen des neuen Alpha BCII der ersten Fünfer-Serie werde der Beschwerdeführer oder eine andere Fachperson fünf Tage ohne Kostenfolge zur Verfügung stehen.

Die Veranlagungsbehörde ging davon aus, der Beschwerdeführer habe «Patente und Marken» 2010 für CHF 147 000 an die c gmbh verkauft und rechnete nach Abzug von Rückstellungen für AHV-Beiträge von CHF 14 000 und pauschalen Entwicklungskosten von CHF 3000 steuerbare Einkünfte aus selbständigem Nebenerwerb von CHF 130 000 auf. Die Verwaltungsrekurskommission wies den gegen die Einspracheveranlagung mit der Begründung, beim Erlös aus der Veräusserung der Markenrechte handle es sich um einen privaten Kapitalgewinn, erhobenen Rekurs am 26. November 2013 ab. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer macht vorab geltend, der Erlös aus der Veräusserung der Markenrechte sei als steuerfreier privater Kapitalgewinn des Beschwerdeführers zu qualifizieren.

2.1. Gemäss Art. 37 Ingress und lit. b StG sind die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von beweglichem Kapitalvermögen steuerfrei. Demgegenüber sind alle Kapitalgewinne aus Veräusserung von Geschäftsvermögen als Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit gemäss Art. 31 Abs. 2 StG steuerbar (Satz 1), wobei als Geschäftsvermögen alle Vermögenswerte gelten, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen (Satz 3). Die Regelungen entsprechen den Vorgaben von Art. 7 Abs. 4 Ingress und lit. b und Art. 8 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14, StHG) und stimmen inhaltlich mit Art. 18 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (SR 642.11, DBG) überein.

2.2. Die subjektive Zuordnung von Einkommen und Vermögen natürlicher Personen ist ein ungeschriebenes Element des Steuertatbestandes. Sie bildet ebenso Voraussetzung wie Schranke einer allgemeinen, auf Generalklauseln (Art. 16 Abs. 1 DBG bzw. Art. 7 Abs. 1 StHG) beruhenden Besteuerung des Reinvermögenszugangs (dazu BGE 139 II 363 E. 2.1). Allgemein gilt, dass die subjektive Zuordnung im Steuerrecht mit der zivilrechtlichen Sichtweise übereinstimmt, es sei denn, das Gesetz sehe eine eigenständige steuerrechtliche Zurechnungsregel vor oder verfolge eine wirtschaftliche Betrachtungsweise (vgl. BGer 2C_941/2012 vom 9. November 2013 E. 2.1). Geschäftsvermögen eines Selbständigerwerbenden kann deshalb – grundsätzlich – nur sein, was diesem zivilrechtlich zu Eigentum zusteht (vgl. BGE 110 Ib 121 E. 2a; BGer 2C_379/2008 vom 4. Dezember 2008 E. 2.4).

Zivilrechtlich ist die Übertragung der Marken – sie bedarf gemäss Art. 17 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes (SR 232.11, MSchG) der schriftlichen Form – auf den Beschwerdeführer – das Markenregister enthält keinen entsprechenden, allerdings nur für die Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Dritten bedeutsamen Eintrag (Art. 17 Abs. 2 MSchG) – nicht dokumentiert. Indessen wird im angefochtenen Entscheid (Erwägung 3) festgestellt, es sei unbestritten, dass dem Beschwerdeführer im Jahr 2010 aus dem Verkauf der Marken beziehungsweise Maschinen «Alpha» und «Beta» CHF 147 000 zugeflossen seien. Der Beschwerdeführer rügt keine unrichtige Fest-

stellung des Sachverhalts. Vielmehr bringt er selbst vor, er habe die Marken mit der Veräusserung eines Teils seiner Aktien der Q AG an die B AG per 1. Januar 2008 «übernommen» und die «Bewirtschaftung» an die c gmbh «delegiert». Er habe sie am 3. August 2010 – «ebenfalls delegiert an die c gmbh» – an die U AG verkauft.

Die Verfahrensbeteiligten gehen damit übereinstimmend davon aus, die Marken und die damit zusammenhängenden weiteren materiellen (Materiallager) und immateriellen (Know-how) Vermögenswerte seien dem Beschwerdeführer vor der Veräusserung am 3. August 2010 zumindest wirtschaftlich und damit auch steuerlich zuzurechnen gewesen.

2.3./2.3.1. Ob ein Wertgegenstand dem Privat- oder dem Geschäftsvermögen zuzuordnen ist, entscheidet sich aufgrund einer Würdigung aller in Betracht kommenden tatsächlichen Umstände. Ausschlaggebendes Zuteilungskriterium ist die aktuelle technischwirtschaftliche Funktion des fraglichen Vermögensgegenstands. Verlangt wird, dass der Vermögenswert tatsächlich der selbständigen Erwerbstätigkeit dient (Art. 31 Abs. 2 Satz 3 StG; BGE 133 II 420 E. 3.2; 120 Ia 349 E. 4c/aa), sei es unmittelbar durch seine Beschaffenheit oder als Sicherheit für Betriebskredite, sei es mittelbar als notwendiges Betriebskapital oder als Betriebsreserve (BGE 70 I 257 E. 3 S. 261). Höchstens von untergeordneter Bedeutung sind das Erwerbsmotiv, die Mittelherkunft oder die buchhalterische Behandlung (BGE 94 I 464 E. 1; BGer 2C_996/2012, 2C_997/2012 vom 19. April 2013 E. 5.1; 2C_802/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.2).

2.3.2. Die Vorinstanz hat festgestellt, der gesamte Erlös aus dem über die c gmbh abgewickelten Verkauf der Marken «Alpha» und «Beta» sei dem Beschwerdeführer persönlich zugekommen. Der Kaufpreis habe auch Entwicklungskosten und Know-how im Wert von CHF 70 000 und ein Materiallager von CHF 50 000 umfasst. Daraus sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer die Maschinen «Alpha» und «Beta» weiterentwickelt – dazu habe er den Laborbereich der Q AG nutzen dürfen – und über ein nicht unerhebliches Materiallager verfügt habe. Dies lasse ebenfalls auf geschäftliche Aktivitäten schliessen. Damit sei von einem planmässigen, auf wirtschaftlichen Erfolg ausgerichteten Vorgehen und somit von einer selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen.

Der Beschwerdeführer bringt vor, von den Indizien für eine selbständige Erwerbstätigkeit – Marktauftritt, mehrere Arbeitgeber, Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, erhebliche Investitionen, eigene Geschäftsräumlichkeiten, Bestreiten der Geschäftskosten – treffe auf ihn praktisch keines zu. Es handle sich um einmalige Handlungen im Bereich der privaten Vermögensverwaltung. Dass ein erfreulich hoher Verkaufserlös resultierte, begründe noch keinen selbständigen Nebenerwerb. Es sei nicht davon auszugehen, dass ein Verlust steuermindernd berücksichtigt worden wäre.

2.3.3. Bereits aus dem Oberbegriff des «gewerblichen Rechtsschutzes» (SR 232), welcher die gesetzlichen Regelungen zu «Marken, Design, Erfindungspatenten und Schutz von Pflanzensorten» (SR 232.1) sowie zum «Schutz öffentlicher

Zeichen» (SR 232.2) zusammenfasst, geht hervor, dass die Immaterialgüterrechte vorwiegend im Bereich des Geschäftsvermögens eine Rolle spielen (vgl. Bericht der Expertenkommission zur Prüfung des Systems der direkten Steuern auf Lücken, Bern 1998, S. 30).

Vom Steuerpflichtigen selber geschaffene immaterielle Güter stellen deshalb gewöhnlich Geschäftsvermögen dar. Fliessen dem Schöpfer von Immaterialgütern Einkünfte aus deren Nutzungsüberlassung zu, erfolgt dies im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit; dies selbst dann, wenn die Verwertung der immateriellen Güter erst lange Zeit nach Beendigung der schöpferischen Tätigkeit erfolgt. Gleiches gilt für den Erben oder Beschenkten von immateriellen Gütern, sofern dieser nicht eindeutig den Willen geäussert hat, dass künftig die Nutzung nur noch im Rahmen privater Vermögensverwaltung erfolgen wird (vgl. M. Reich, in: Zweifel/Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. Aufl. 2008, N 124 zu Art. 20 DBG). Hat ein ursprünglich selbständig erwerbender Erfinder ein Patent behalten, bleibt dieses auch dann im Geschäftsvermögen, wenn der Erfinder sein übriges Betriebsvermögen in eine AG eingebracht hat. Der über dem Einkommenssteuerwert liegende Verkaufserlös dieses Patents stellt demzufolge Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit und nicht steuerfreien Kapitalgewinn dar (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 104 zu Art. 18 DBG mit Rechtsprechungshinweis).

Da die Markenrechte «Alpha» und «Beta» und das damit zusammenhängende Materiallager und Know-how bereits unmittelbar aufgrund ihrer Beschaffenheit der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen, haben sie Vorinstanz und Veranlagungsbehörde zu Recht dem Geschäftsvermögen des Beschwerdeführers zugerechnet. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, im vorliegenden Fall von diesem Schluss abzuweichen.

2.3.4. Die Verwaltung des eigenen Vermögens stellt dann keine selbständige Erwerbstätigkeit dar, wenn sie über die gewöhnliche Verwaltung des Privatvermögens nicht hinausgeht und ein Gewinn nur in Ausnützung einer zufällig sich bietenden Gelegenheit erlangt wird. Selbständige Erwerbstätigkeit liegt vor, wenn eine Tätigkeit entfaltet wird, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist (vgl. BGer 2A.66/2002 vom 17. September 2002 E. 2.1 mit Hinweisen auf BGE 122 II 446 E. 3; 112 Ib 79 E. 2a und ASA 69 S. 788 E. 2a). Ob Gewinne aus der Veräusserung von Vermögenswerten im vorerwähnten Sinn der Besteuerung unterliegen, ist im Einzelfall stets nach der Gesamtheit der Umstände zu beurteilen (BGer 2A.698/2004 vom 8. Mai 2006 E. 2.2). Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts sind Gewinne aus der Veräusserung von Vermögensgegenständen steuerbar, wenn sie sich aus irgendeiner auf Erwerb (Verdienst) gerichteten, über die schlichte Vermögensverwaltung hinausgehenden Tätigkeit ergeben, gleichgültig ob diese im Haupt- oder Nebenberuf, regelmässig wiederkehrend oder nur einmal ausgeübt wird. Entscheidend ist, dass die Tätigkeit in ihrem gesamten Erscheinungsbild auf Erwerb ausgerichtet ist (vgl. BGer 2A.547/2004 vom 22. April 2005 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE

125 II 113 E. 6a). Jedes der von der Rechtsprechung entwickelten – und vom Beschwerdeführer teilweise wiedergegebenen – Indizien kann zusammen mit anderen, unter Umständen jedoch auch allein zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit ausreichen. Dass einzelne typische Elemente einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Einzelfall nicht erfüllt sind, kann durch andere Elemente kompensiert werden, die besonders ausgeprägt vorliegen (vgl. BGer 2C_868/2008 vom 23. Oktober 2009 E. 2.4).

Der Beschwerdeführer hat sich anlässlich der Veräusserung von 64 Prozent des Aktienkapitals der Q AG an die B AG im Jahr 2008 von der Erwerberin der Mehrheitsbeteiligung das Recht einräumen lassen, für «Alpha» und «Beta» «Geschäftsaktivitäten» im Laborbereich «weiterzuführen». Er reicht zur Begründung seines Eventualstandpunktes im Beschwerdeverfahren zudem Rechnungen aus den Jahren 2008 bis 2010 zu den Akten, welche Aufwendungen im Zusammenhang mit der Weiterentwicklung von «Alpha» und «Beta» belegen sollen. Schliesslich bestreitet er auch nicht, dass erst die Weiterentwicklung zur Werthaltigkeit der Marken geführt hat. Die Tätigkeiten des Beschwerdeführers gingen damit über die blosse Nutzung des Markenwertes, die möglicherweise als Verwaltung des Privatvermögens behandelt werden könnte, hinaus.

16

Art. 35 Abs. 1 StG und Art. 46 lit. c StG (sGS 811.1); Art. 22 Abs. 1 DGB und Art. 33a DBG (SR 642.11). Die Quellensteuer auf einer liechtensteinischen AHV/IV-Rente von 3,6 Prozent führt bei einem im Kanton St.Gallen wohnhaften Steuerpflichtigen zwar zu einer Doppelbesteuerung. Diese kann aber mangels Grundlage im DBA-FL nicht beseitigt werden. Bei der Anerkennung von Spenden und Kollekten ohne Beleg ist es sachgerecht, einen pauschalen Abzug von 10 bis 15 Prozent der mit Beleg nachgewiesenen Spenden zuzulassen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 25. November 2014
(vgl. auch SGE 2014 Nr. 23)

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 35 Abs. 1 StG sind alle Einkünfte aus der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge und aus anerkannten Formen der gebundenen Selbstvorsorge, mit Einschluss der Kapitalabfindungen und Rückzahlungen von Einlagen, Prämien und Beiträgen steuerbar. Dieselbe Regelung findet sich für die direkte Bundessteuer in Art. 22 Abs. 1 DBG.

a) Diese gesetzlichen Bestimmungen sind die ausdrückliche Grundlage für die Besteuerung der IV-Renten aus dem Fürstentum Liechtenstein. Die Berufung der Steuerpflichtigen auf das Doppelbesteuerungsverbot vermag im vorliegenden Fall nicht zu greifen. Das Doppelbesteuerungsverbot nach Art. 127 Abs. 3 BV untersagt ausschliesslich die interkantonale Doppelbesteuerung, also die mehrmalige Erfassung desselben Steuersubstrats in verschiedenen Kantonen. Im Verhältnis zwischen der Schweiz und ausländischen Staaten existiert kein genereller Anspruch auf Vermeidung einer Doppelbesteuerung.

b) Im Fürstentum Liechtenstein wird seit 1. Januar 2012 auf Vorsorgeleistungen an Personen mit steuerlichem Wohnsitz im Ausland, also auch auf Personen mit Wohnsitz in der Schweiz, eine Quellensteuer erhoben (Art. 6 Abs. 5 lit. e und Art. 24 Abs. 1 lit. c des Steuergesetzes des Fürstentums Liechtenstein, vgl. www.gesetze.li, Nr. 640.0). Erfasst werden nicht nur Leistungen der AHV/IV, sondern auch solche von Einrichtungen der betrieblichen Personalvorsorge sowie von Pensionsfonds aufgrund eines früheren öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses im Fürstentum Liechtenstein. Diese liechtensteinischen Vorsorgeleistungen unterliegen bei Personen mit Wohnsitz im Kanton St.Gallen als steuerbares Einkommen sowohl der direkten Bundessteuer als auch den Kantons- und Gemeindesteuern. Zu berücksichtigen sind jedoch die Bestimmungen des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein (SR 0.672.951.43, abgekürzt DBA-FL). Dieses enthält aber keine ausdrücklichen Bestimmungen über das Besteuerungsrecht für AHV/IV-Renten, welche an eine im anderen Vertragsstaat ansässige Personen aufgrund eines früheren privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses geleistet werden. Seit das Fürstentum Liechtenstein auf AHV-Renten, welche an Personen in der Schweiz ausbezahlt werden, eine Quellensteuer erhebt, resultiert hier eine Doppelbesteuerung. Allerdings können die liechtensteinischen Quellensteuern in der Schweiz bzw. im Kanton St.Gallen analog dem Abzug von Quellensteuern auf Vermögenserträgen gemäss Art. 32 Abs. 1 DBG und Art. 44 Abs. 1 StG zum Abzug gebracht werden. Die liechtensteinischen Quellensteuern werden somit von der Bemessungsgrundlage abgezogen; die Nettoleistung wird jedoch (doppelt) besteuert. Der Kanton St.Gallen bzw. die Schweiz sind nicht verpflichtet, aufgrund der Änderung der liechtensteinischen Steuergesetzgebung ihrerseits auf die Besteuerung der Renteneinkünfte aus der liechtensteinischen AHV zu verzichten. Wenn in einem Doppelbesteuerungsabkommen eine bestimmte Frage nicht geregelt ist, bedeutet dies, dass eine Doppelbesteuerung nicht beseitigt wird und der Vertragsstaat nicht gehalten ist, auf sein Besteuerungsrecht zu Gunsten des anderen Vertragsstaates zu verzichten. Das kantonale Steueramt hat die Steuerpflichtigen zutreffend darauf hingewiesen, dass der Bundesrat aufgrund einer Motion eines St.Galler Nationalrates verpflichtet wurde, mit Liechtenstein ein umfassendes Doppelbesteuerungsabkommen auszuhandeln. Dies ändert zwar an der Besteuerung der Rekurrenten und Beschwerdeführer nichts. Dass diese die Doppelbesteuerung als ungerecht empfinden, ist nach-

vollziehbar. Allerdings lässt sich aufgrund der derzeitigen Rechtsgrundlage an dieser Doppelbesteuerung nichts ändern. Im Übrigen verletzt die Doppelbesteuerung auch den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) nicht. Das kantonale Steueramt hat im Einspracheentscheid und in der Vernehmlassung die Sach- und Rechtslage korrekt dargelegt. Es kann ohne Einschränkung darauf verwiesen werden.

4. Weiter beantragen die Rekurrenten und Beschwerdeführer die Anerkennung höherer freiwilliger Zuwendungen. Solche sind nach Art. 46 lit. c StG bzw. Art. 33a DBG abzugsfähig, wobei gemäss Art. 46 lit. c StG ein Selbstbehalt von Fr. 500.– abgerechnet wird. In der Steuererklärung machten die Steuerpflichtigen freiwillige Zuwendungen von Fr. 1320.– abzüglich des Selbstbehalts von Fr. 500.–, netto also Fr. 820.– geltend. Im Einzelnen waren dies Spenden von je Fr. 50.– an die Spitex und an Pro Infirmis, von Fr. 20.– an die SLRG sowie ein Betrag von Fr. 1200.– für Kollekten. Die Vorinstanz anerkannte lediglich einen Betrag von Fr. 120.–, der unter dem kantonalen Selbstbehalt von Fr. 500.– lag. Im Einspracheentscheid hat das kantonale Steueramt zutreffend auf die Gerichtspraxis zur Gewährung von Abzügen ohne strikten Nachweis hingewiesen. Die Verwaltungsrekurskommission erwog in einem Urteil vom 23. August 1995, dass im Bereich von Spenden ein lückenloser Nachweis von Zahlungen nicht immer möglich sei. Insbesondere Zuwendungen wie Kirchenopfer, Kauf von Abzeichen, Briefmarken etc. sowie Strassensammlungen könnten gar nicht belegt werden. Es rechtfertige sich, bei der Anerkennung solcher Barspenden auf die allgemeine Spendefreudigkeit der Steuerpflichtigen abzustellen und zusätzlich zu den nachgewiesenen Zuwendungen noch einen Betrag von 10–15 Prozent für nicht ausgewiesene Leistungen als glaubhaft zum Abzug zuzulassen.

An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Grundsätzlich sind die Steuerpflichtigen gehalten, freiwillige Zuwendungen nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen. Wie bereits im erwähnten Urteil festgehalten wurde, können gewisse Arten von Zuwendungen gar nicht strikte nachgewiesen werden. Es erscheint nach wie vor sachgerecht, bei der Gewährung nicht nachgewiesener Zuwendungen auf die durch belegte Spenden zum Ausdruck gebrachte Spendenfreudigkeit der Steuerpflichtigen abzustellen. Darin liegt eine korrekte und sachgerechte Ermessensausübung der Steuerbehörde. Im Bereich der freiwilligen Zuwendungen gibt es keinen Pauschalabzug, mit dem ohne Nachweis ein Abzug von mehreren Hundert Franken bewilligt wird. Da die Rekurrenten und Beschwerdeführer an belegten Spenden lediglich einen Betrag von insgesamt Fr. 120.– pro Jahr nachzuweisen vermögen, hat die Vorinstanz zu Recht keine nennenswerten nicht belegten Zuwendungen anerkannt.

17

Art. 40 Abs. 1 StG (sGS 811.1); Art. 27 Abs. 1 DBG (SR 642.11). Die Prämien für die Krankentaggeldversicherung eines Selbständigerwerbenden sind als Geschäftsaufwand abziehbar, auch wenn es sich um einen Einpersonen-Betrieb handelt.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 25. November 2014
(vgl. auch SGE 2014 Nr. 28)

Aus den Erwägungen:

4. Bei selbständiger Erwerbstätigkeit werden die geschäfts- oder berufsmässig begründeten Kosten abgezogen (Art. 40 Abs. 1 StG, Art. 27 Abs. 1 DBG). Das bedeutet, dass der Aufwand seinen Grund im Bereich der Erwerbstätigkeit des Steuerpflichtigen haben und demnach zwischen Aufwand und Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ein wirtschaftlicher Zusammenhang bestehen muss (Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das st.gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014, S. 72).

a) Die Frage der Anerkennung von Prämien für eine freiwillige Krankentaggeldversicherung als Geschäftsaufwand wird in Schrifttum und Praxis unterschiedlich behandelt. Das Bundesgericht hielt in einem Urteil aus dem Jahr 2008 fest, die Absetzbarkeit der Prämie lasse sich rechtfertigen, soweit ein Arbeitgeber für sich selbst eine freiwillige Krankentaggeldversicherung abschliesse, weil die Versicherungsleistung der Aufrechterhaltung des Betriebes diene. Die Praxis zu dieser Frage scheine in den Kantonen aber uneinheitlich zu sein (BGer 2C_681/2008 vom 12. Dezember 2008, E.3.5.5 mit Hinweisen).

Im Schrifttum zum st.gallischen Steuerrecht werden die Prämien für die persönliche Kranken- und Unfallversicherung des Unternehmungsinhabers grundsätzlich nicht als Geschäftsaufwand anerkannt, da sie in der Regel nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erzielung von Erwerbseinkommen stehen. Sie werden daher nur insoweit als Unternehmensaufwand behandelt, als die Versicherung durch ein besonderes Berufsrisiko begründet und auch für die Arbeitnehmer üblich, d. h. betrieblich bedingt ist. Auch beim Vorliegen eines solchen Berufsrisikos habe sich der Unternehmungsinhaber jedoch privat anrechnen zu lassen, was eine ähnlich gestellte Person ohne Geschäftstätigkeit für Kranken- und Unfallversicherung ausgebe (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., S. 73 mit Hinweis auf SGE 2004 Nr. 23 und 1993 Nr. 5). Die Praxis des Kantons St.Gallen anerkennt Versicherungsprämien als Geschäftsaufwand, soweit die Versicherung hilft, den Betrieb bei Ausfall oder Verhinderung des Inhabers durchzuhalten und die laufenden Kosten während einer gewissen Frist zu tragen. Damit sie diese Funktion erfüllt, muss die Versicherungsleistung bei einem Erwerbsausfall rasch beginnen und auf eine gewisse Dauer (höchstens zwei Jahre) befristet sein (GVP 2004 Nr. 28; vgl. auch VRKE I/1–2010/171 vom 20. Oktober 2011, E.4.b, in: www.gerichte.sg.ch). In den Richtlinien und Weisungen des kantonalen

Steueramts (Steuerbuch, StB) sind gemäss Darstellung der Vorinstanz im vorliegenden Fall keine Ausführungen zur Behandlung der Prämien für Kollektivkranken- und -unfallversicherungen enthalten. In StB 45 Nr. 3 Abs.1 findet sich lediglich ein Hinweis, wonach «geschäftliche» Versicherungsprämien, d. h. solche, welche der Selbständigerwerbende als Geschäftsaufwand geltend machen kann, nicht unter Art. 45 Abs. 1 lit. g StG fallen. Dazu wird auf StB 40 Nr. 5 verwiesen. Ein solcher Abschnitt findet sich im StB allerdings nicht, und welche Prämien als Geschäftsaufwand geltend gemacht werden können, wird nicht erwähnt.

In der neueren Kommentierung zum Bundesrecht wird die Abzugsfähigkeit solcher Versicherungsprämien bejaht (Reich/Züger, in: Zweifel/Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. Aufl. 2008, N 22 zu Art. 27 DBG). Begründet wird dies damit, dass Krankentaggelder beim Selbständigerwerbenden nicht nur Lohnfortzahlungscharakter hätten, sondern vornehmlich der Weiterführung des Betriebes dienten, weshalb es gerechtfertigt erscheine, die entsprechenden Prämienzahlungen als Geschäftsaufwand zu qualifizieren. Mitunter wird die Auffassung vertreten, dass der Selbständige die Prämien als Geschäftsaufwand von den Einkünften abziehen darf, soweit er als Arbeitgeber auch für die Prämien seiner Arbeitnehmer aufkommt (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 14 zu Art. 27 DBG mit Hinweisen). Dabei wird hinsichtlich der Krankentaggeldversicherungen auf die Praxis des Kantons St.Gallen (GVP 2004 Nr. 28) verwiesen. Der Umstand, dass der Pflichtige als Arbeitgeber auch für die Prämien seiner Arbeitnehmer aufkommt, war im entsprechenden Urteil allerdings nicht ausschlaggebend. Mitunter wird in der Literatur die Abzugsfähigkeit solcher Versicherungsprämien mit demselben Argument sowohl bejaht als auch verneint. So wird z.B. festgehalten, Selbständigerwerbende ohne eigenes Personal könnten die Prämien der Betriebs- und Nichtbetriebsunfallversicherung als Geschäftsaufwand geltend machen, soweit diese Versicherungen das Einkommen aus selbständigem Erwerb betragsmässig abdecken würden (vgl. M. Schweighauser, Kommentar zum Steuergesetz des Kantons Basel-Landschaft, Basel 2004, N 55 zu § 29). Demgegenüber wird im Kommentar zum Berner Steuergesetz ausgeführt, dass eine Risikoversicherung, die primär den ganzen oder teilweisen Ausfall des selbständigen Erwerbseinkommens im Falle einer ganzen oder teilweisen Erwerbsunfähigkeit kompensieren sollte, privaten Zwecken diene, weshalb sich ein Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit nicht erkennen lasse (Leuch/Nanzer, Praxiskommentar zum Berner Steuergesetz, Muri/Bern 2014, N 38 zu Art. 32). In älteren Kommentierungen wird die Nichtabzugsfähigkeit von Krankentaggeldversicherungsprämien damit begründet, dass hiefür auch bei Selbständigen ein betragsmässig limitierter anorganischer Abzug vorgesehen sei (P. Locher, Kommentar zum DBG, I. Teil, Therwil/Basel 2001, N 46 zu Art. 27 DBG). In der Kommentierung zum Aargauer Steuerrecht wird festgehalten, die Prämien für die freiwillige Unfallversicherung von Selbständigerwerbenden seien nach früherer Praxis nur abzugsfähig gewesen, wenn besondere Unfallrisiken der Berufsausübung ab-

zudecken gewesen seien; nach neuer Praxis würden diese Prämien generell als geschäftsmässig begründeter Aufwand zum Abzug zugelassen (P. Funk, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 3. Aufl. 2009, N 9 zu § 36). Krankentaggeldversicherungen werden in diesem Zusammenhang nicht besonders erwähnt, lediglich Unfallversicherungen. Da sich gemäss Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20, abgekürzt UVG) die in der Schweiz wohnhaften Selbständigerwerbenden und ihre nicht obligatorisch versicherten mitarbeitenden Familienmitglieder freiwillig versichern können, sind solche Prämien, obwohl freiwillig erbracht, nach der Praxis aber voll abziehbar (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., S. 161 mit Hinweis auf StB 45 Nr. 6).

b) Zusammenfassend gelangt die Verwaltungsrekurskommission zum Schluss, dass im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Abzugsfähigkeit der Prämie einer freiwilligen Krankentaggeldversicherung gerechtfertigt ist, weil die Versicherungsleistung vorwiegend der Aufrechterhaltung des Betriebes dient. Ausschlaggebend kann nicht sein, ob der Arbeitgeber einen Angestellten beschäftigt oder als Einmann-Betrieb tätig ist. Es erscheint glaubhaft, dass zur Existenzsicherung des Betriebes im Baugewerbe kurzfristige Massnahmen erforderlich sind, um die Ausführung von laufenden Aufträgen sicherzustellen. Vorliegend beträgt die Wartefrist für Taggelder 30 Tage für einen versicherten Jahreslohn von Fr. 48 000.– und 90 Tage für einen solchen von Fr. 36 000.–, jeweils mit einer Dauer von 730 Tagen abzüglich Wartefrist, was sachgerecht erscheint. Kürzere Wartefristen sind erfahrungsgemäss mit ausserordentlich hohen Prämien verbunden. Im Übrigen ist eine Krankentaggeldversicherung nicht Bestandteil der obligatorischen Krankenversicherung, weshalb die Abzugsfähigkeit der Taggeldversicherung eines Betriebsinhabers nicht mit dem Argument verweigert werden kann, für private Krankenversicherungsprämien sei ein Abzug nach Art. 45 Abs. 1 lit. g StG bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. g DBG vorgesehen, zumal der Abzug von Fr. 2400.– nach kantonalem Recht kaum die Prämie für die Kosten der obligatorischen Versicherung deckt, jedenfalls nicht auch jene für eine freiwillige Krankentaggeldversicherung.

18

Art. 45 Abs. 1 lit. d StG (sGS 811.1); Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG (SR 642.11). Die Eheleute verrechneten im Rahmen der Scheidung den vorsorgerechtlichen Anspruch der Ehefrau auf einen Teil der 2. Säule des Ehemanns mit einem güterrechtlichen Anspruch des Ehemannes gegen seine Ehefrau. Damit erfolgte weder ein Vorbezug von Leistungen der 2. Säule noch ein nachträglicher Einkauf in diese, weshalb der Betrag nicht vom Einkommen des Ehemannes abgerechnet werden kann.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 20. Mai 2014
(vgl. auch SGE 2014 Nr. 27)

X hatte bis zu seinem Wegzug im Verlauf des Jahres 2012 in St.Gallen Wohnsitz. Im Rahmen der im Jahre 2011 vollzogenen Scheidung vereinbarte er mit seiner ehemaligen Ehefrau, dass ein Teil des von seinem Vorsorgekonto der 2. Säule an ihr Vorsorgekonto zu überweisenden Betrages in der Höhe von Fr. 70 000.– mit seiner güterrechtlichen Forderung in derselben Höhe gegen sie verrechnet werde. In der Steuererklärung 2011 machte er einen Abzug von Fr. 70 000.– für den Einkauf in seine berufliche Vorsorge geltend. Die Veranlagungsbehörde liess den Abzug nicht zu. X. erhob Rekurs und Beschwerde und beantragte, die Übertragung von Fr. 70 000.– aus dem Miteigentumsanteil an der Liegenschaft im Zusammenhang mit der Scheidung sei als Einkauf in die berufliche Vorsorge anzuerkennen und vom steuerbaren Einkommen abzuziehen. Die Verwaltungsrekurskommission wies Rekurs und Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3. Umstritten ist die steuerrechtliche Behandlung der Vorsorgegelder in der Höhe von Fr. 70 000.–, die scheidungsrechtlich grundsätzlich vom Vorsorgekonto der 2. Säule des Rekurrenten und Beschwerdeführers auf das Vorsorgekonto der 2. Säule seiner ehemaligen Ehefrau zu bezahlen gewesen wären, jedoch mit einer güterrechtlichen Forderung des Rekurrenten und Beschwerdeführers gegen seine ehemalige Ehefrau verrechnet wurden und sich somit nach wie vor auf dem Vorsorgekonto der 2. Säule des Rekurrenten und Beschwerdeführers befinden.

a) Der Rekurrent und Beschwerdeführer brachte zusammengefasst vor, dass er davon ausgegangen sei, dass die Verrechnung von Pensionskassenanspruch und güterrechtlichem Anspruch eine Vereinfachung sei. Hätte man nicht verrechnet, so hätte zuerst eine Übertragung von Pensionskassengeldern im vollen Umfang des Anspruchs seiner ehemaligen Ehefrau an diese stattgefunden. Anschliessend wäre zur Auszahlung des Miteigentumsanteils an der ehelichen Liegenschaft eine Zahlung in der Höhe von Fr. 70 000.– von der ehemaligen Ehefrau an den Rekurrenten und Beschwerdeführer erfolgt. In einem dritten Schritt schliesslich hätte der Rekur-

rent und Beschwerdeführer einen Einkauf bei seiner Pensionskasse in der Höhe von Fr. 70 000.– vorgenommen. Er habe somit einen freiwilligen Einkauf in seine Pensionskasse getätigt, der als solcher steuerlich zu berücksichtigen sei.

Die Vorinstanz hingegen brachte in ihren Rekurs- und Beschwerdevernehmlassungen zusammengefasst vor, dass der Rekurrent und Beschwerdeführer gemäss der mit Scheidungsurteil vom 14. Dezember 2011 genehmigten Vereinbarung gegenüber seiner Ex-Frau aus der Übertragung des Miteigentumsanteils an der ehelichen Liegenschaft eine Forderung in der Höhe von Fr. 100 000.– gehabt habe. Im Betrag von Fr. 70 000.– wäre diese nach Übertragung des hälftigen Pensionskassenguthabens des Ehemannes auf die Ehefrau innert 60 Tagen als Wohneigentumsvorbezug dem Pensionskassenguthaben der Ehefrau zu entnehmen und dem Ehemann zu übertragen gewesen. Für die restlichen Fr. 30 000.– bestehe ein Darlehen. Gemäss Vorinstanz hätte der Rekurrent und Beschwerdeführer also aufgrund des Scheidungsurteils seiner Ex-Frau in einem ersten Schritt einen Ausgleich des Pensionskassenguthabens von Fr. 134 929.83 leisten müssen. Diese Schuld sei jedoch durch Verrechnung des Guthabens infolge Übertragung des Miteigentumsanteils der Liegenschaft um Fr. 70 000.– reduziert worden. Dementsprechend sei nur eine Übertragung des Pensionskassenguthabens in der Höhe von Fr. 64 929.83 von der Pensionskasse des Rekurrenten und Beschwerdeführers an seine Ex-Frau erfolgt. Die Übertragung des Vorsorgeguthabens von der Pensionskasse des Ehemannes an die Pensionskasse seiner ehemaligen Ehefrau löse keine Steuerfolgen aus. Die Vorsorgelücke, die aufgrund der Scheidung effektiv entstanden sei, betrage Fr. 64 929.83 und sei vom Rekurrenten und Beschwerdeführer in der Steuerperiode 2011 nicht gedeckt worden.

b) Gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. d StG und Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG werden von den Einkünften die gemäss Gesetz, Statut oder Reglement geleisteten Einlagen, Prämien und Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung und an Einrichtungen der beruflichen Vorsorge abgezogen. Die Bestimmungen richten sich nach Art. 81 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40, abgekürzt BVG). Danach sind die von den Arbeitnehmern und Selbständigerwerbenden an Vorsorgeeinrichtungen nach Gesetz oder reglementarischen Bestimmungen geleisteten Beiträge bei den direkten Steuern des Bundes, der Kantone und Gemeinden abziehbar. Diese Abzugsfähigkeit gilt für die periodischen Beiträge genauso wie grundsätzlich für einmalige Einkaufsbeiträge, und sie gilt gleichermassen für Beiträge an den obligatorischen und den überobligatorischen Bereich (Urteil des Bundesgerichts 2A.408/2002 vom 13. Februar 2004, E.2.1 mit Hinweisen; vgl. auch VRKE I/1–2009/196 vom 21. Oktober 2010, E.2.c, im Internet unter: www.gerichte.sg.ch).

Einkäufe dienen dem Versicherten zur Schliessung einer Beitragslücke in seiner Vorsorge. Er kann dadurch den Ausgleich schaffen zwischen dem effektiv vorhandenen Vorsorgekapital und dem maximalen Betrag, den er hätte ansparen können, falls er über seine ganze berufliche Laufbahn hinweg (ab Alter 25, in manchen Fäl-

len ab 18) bei seiner jetzigen Vorsorgeeinrichtung gemäss dem bestehenden Vorsorgeplan und aufgrund seines jetzigen versicherten Lohnes Beiträge einbezahlt hätte. Abzugsberechtigt sind gestützt auf Art. 45 Abs. 1 lit. d StG sowie Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG grundsätzlich auch Beiträge für den Einkauf von im Rahmen einer Scheidung übertragenen Austrittsleistungen, wobei auch freiwillige Beiträge abzugsberechtigt sind. Vorausgesetzt für die Abziehbarkeit der Beiträge für den Einkauf ist, dass der Einkauf in den Statuten oder dem Reglement vorgesehen ist, dass nicht mehr als die effektiv vorsorgerechtlich benötigte Einkaufssumme einbezahlt wird (Verhinderung einer Überversicherung) und dass die mit dem Einkauf gedeckte Vorsorgelücke reglementskonform entstanden ist (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 81 zu Art. 33 DBG). Gemäss Art. 22c des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.42, abgekürzt FZG) hat die Vorsorgeeinrichtung nach der Ehescheidung dem verpflichteten Ehegatten die Möglichkeit zu gewähren, sich im Rahmen der übertragenen Austrittsleistung wieder einzukaufen.

Die grundsätzliche Abziehbarkeit eines Einkaufs in die Pensionskasse nach einer durch eine Scheidung entstandenen Vorsorgelücke ist vorliegend nicht bestritten. Die Vorinstanz bringt jedoch vor, dass aufgrund der Verrechnung der Pensionskassengelder mit güterrechtlichen Forderungen gar kein Einkauf in die Pensionskasse stattgefunden habe. Die Schuld des Rekurrenten und Beschwerdeführers sei durch die Verrechnung reduziert worden. Eine Übertragung von Vorsorgegeldern an die ehemalige Ehefrau sei nur im Betrage von Fr. 64 929.83 erfolgt. Nur in dieser Höhe sei dem Rekurrenten und Beschwerdeführer eine Vorsorgelücke entstanden, die er jedoch nicht gedeckt habe.

Tatsächlich ist vorliegend der Umstand entscheidend, dass die Ehefrau nicht zuerst einen Vorbezug für Wohneigentum getätigt hat, dem Rekurrenten und Beschwerdeführer seine güterrechtliche Forderung ausbezahlt hat und dieser dann wiederum einen Einkauf in seine Pensionskasse tätigte. Wäre dies so geschehen, so wäre der Vorbezug durch die Ehefrau zu versteuern gewesen (Art. 35 StG; Art. 22 DBG). Ein formeller Einkauf durch den Steuerpflichtigen hätte dann grundsätzlich von den Einkünften abgezogen werden können (Art. 45 Abs. 1 lit. d StG; Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG). Vorliegend hat jedoch weder eine tatsächliche Auszahlung von Vorsorgegeldern aus der 2. Säule an die geschiedene Ehefrau noch ein Einkauf in eine entsprechende Vorsorgeeinrichtung des Rekurrenten und Beschwerdeführers stattgefunden, sondern es wurde lediglich ein bestimmter Betrag vom Vorsorgekonto des Ehemannes auf das Vorsorgekonto der Ehefrau verschoben, was steuerrechtlich nicht massgeblich ist. Die Pensionskassenbeiträge konnten bereits bei ihrer Einzahlung auf die Vorsorgekonti von den Einkünften abgezogen werden. Dementsprechend kann dafür nicht nochmals ein Abzug gewährt werden. Im Übrigen wird eine Verrechnung von Austrittsleistungen der 2. Säule mit güterrechtlichen Forderungen, wie sie in der zusätzlichen Scheidungsvereinbarung der Ehe-

gatten vom 2. bzw. 3. Dezember 2011 vereinbart wurde, als nicht möglich eingestuft (BSK ZGB-I Walser, N 31 zu Art. 122). Schliesslich handelt es sich dabei auf der einen Seite um einkommenssteuerrechtlich bereits versteuertes Vermögen und auf der anderen Seite um (noch) unversteuerte anwartschaftliche Leistungen der 2. Säule, die unterschiedlich zu behandeln sind. Der Rekurrent und Beschwerdeführer selbst brachte in seiner Eingabe vom 29. November 2013 vor, dass die hälftige Teilung der Pensionskassenguthaben von der im Scheidungsfall vorzunehmenden güterrechtlichen Auseinandersetzung strikte zu trennen sei. Eine solche Trennung wurde in der zusätzlichen Scheidungsvereinbarung der Ehegatten aber nicht gemacht. Während in der Vereinbarung vom 7./21. Juli 2011 noch vorgesehen war, dass die Ehefrau die güterrechtliche Schuld von Fr. 70 000.– nach der Übertragung der hälftigen Pensionskassenguthaben und einem Wohneigentumsvorbezug der Ehefrau begleicht, wurde in der Zusatzvereinbarung vom 2./3. Dezember 2012 diese Regelung geändert. Die Vermengung von vorsorgerechtlichen und güterrechtlichen Belangen kann nicht im Steuerverfahren korrigiert werden. Der Vollständigkeit halber sei – um kurz auf die entsprechenden Ausführungen des Steuerpflichtigen in seiner Eingabe vom 29. November 2013 einzugehen – erwähnt, dass die Ehegatten in der Scheidung wohl eine Lösung über Art. 123 Abs. 1 ZGB in Erwägung hätten ziehen können. Art. 123 Abs. 1 ZGB lässt grundsätzlich einen (teilweisen) Verzicht auf Austrittsleistungen zu, wenn eine Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise, worunter auch Wohneigentum fallen kann, gewährleistet ist (vgl. BSK ZGB I-Walser, N 6 zu Art. 123).

c) Zusammengefasst ergibt sich, dass vorliegend weder eine zu besteuernde Auszahlung von Vorsorgegeldern (Vorbezug) noch ein formeller, zum Abzug zuzulassender Einkauf in eine Vorsorgeeinrichtung stattgefunden hat. Es kam lediglich zu einer Verschiebung von Austrittsleistungen zwischen den Vorsorgekonti der 2. Säule der geschiedenen Ehegatten, welche keine steuerrechtlichen Auswirkungen hat. Dementsprechend ist die Aufrechnung gegenüber der Deklaration in der Höhe von Fr. 70 000.– durch die Vorinstanz zu Recht erfolgt. Rekurs und Beschwerde sind somit abzuweisen.

19

Art. 50 Abs. 3 und 4 StG (sGS 811.1); Art. 214 Abs. 2 und 2bis DBG (SR 642.11). Lebt das Kind unverheirateter Eltern zusammen mit der Mutter im Ausland, rechtfertigen gegenseitige Besuchsaufenthalte auch bei wesentlicher Unterstützung durch den Vater und gemeinsamer elterlicher Sorge die Anwendung des Verheiratetentarifs bei dem in der Schweiz lebenden Vater nicht.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 25. November 2014
(vgl. auch SGE 2014 Nr. 25)

Aus den Erwägungen:

3. Umstritten ist einzig noch, welcher Steuertarif anzuwenden ist.

a) Der Rekurrent und Beschwerdeführer macht geltend, er weile mehrere Monate im Jahr geschäftlich in Rumänien, wo er auch seine heutige Lebenspartnerin kennengelernt habe. Während der Aufenthalte in Rumänien wohne er zusammen mit ihr und der Tochter im gleichen Haus. Die Tochter sei von ihm anerkannt worden, wie aus dem Familiennamen und der schweizerischen Staatsbürgerschaft ersichtlich sei. Er und seine Lebenspartnerin hätten das gemeinsame Sorgerecht über die Tochter. Es seien gerichtlich keine Unterhaltszahlungen festgelegt worden. Die Lebenspartnerin verdiene ein bescheidenes Einkommen von ca. Fr. 12 500.–. Mit diesen Einkünften könnte sie ohne seine Finanzierung den eigenen Haushalt niemals bestreiten. Für die Tochter erhalte er Kinderzulagen von der SVA Zürich. Unter alternierender Obhut sei zu verstehen, dass das gemeinsame Vorsorgerecht vereinbart worden sei und das Kind zu gleichen Teilen von beiden Eltern betreut werde. Durch den Aufenthalt bei seiner Lebenspartnerin und der Tochter im gleichen Haus in Rumänien sei dies gegeben. Zugleich seien die beiden regelmässig bei ihm am Wohnsitz in der Schweiz.

Die Vorinstanz führt in den Einpracheentscheiden und der Vernehmlassung aus, die Lebenspartnerin und die Tochter wohnten in Rumänien. Sie kämen lediglich ferienhalber in die Schweiz und sie seien in der Schweiz nie angemeldet gewesen. Der Rekurrent und Beschwerdeführer und die Lebenspartnerin hätten über die Tochter das gemeinsame Sorgerecht; ein Unterhaltsvertrag sei nicht vorhanden. Da sein Reineinkommen höher sei als dasjenige seiner Lebenspartnerin, habe er Anspruch auf den Kinderabzug für die Tochter. Es könne jedoch nicht von alternierender Obhut gesprochen werden, weshalb der Vollsplitting-/Elterntarif nicht gewährt werde. Der Rekurrent und Beschwerdeführer habe den Wohnsitz und Lebensmittelpunkt in der Schweiz, seine Lebenspartnerin und die Tochter hingegen in Rumänien. Die Obhut sei bei der Mutter. Daran ändere die Tatsache nichts, dass sich der Rekurrent und Beschwerdeführer zeitweise bei seiner Lebenspartnerin und der gemeinsamen Tochter aufhalte. Gleich verhalte es sich, wenn sich die

Mutter und das Kind zu Besuch in der Schweiz aufhielten. Auch in diesem Fall verbleibe die Obhut bei der Mutter und es finde kein Obhutswechsel statt.

b) Von den Einkünften werden die Unterhaltsbeiträge an einen Elternteil für die unter dessen elterlicher Sorge oder Obhut stehenden Kinder abgezogen (Art. 45 Abs. 1 lit. c StG, Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG). Im Gegenzug sind die Unterhaltsbeiträge, die ein Elternteil für die unter seiner elterlichen Sorge stehenden Kinder erhält, steuerbar (Art. 36 lit. f StG, Art. 23 lit. f DBG). Nach Art. 48 Abs. 1 lit. a StG wird vom Reineinkommen für jedes unter der elterlichen Sorge oder Obhut des Steuerpflichtigen stehende Kind ein Kinderabzug abgezogen, wenn der Steuerpflichtige für dessen Unterhalt zur Hauptsache aufkommt und keinen Abzug nach Art. 45 Abs. 1 lit. c StG beansprucht. Die Höhe des Abzugs beträgt nach dem st.gallischen Steuergesetz Fr. 7200.–, falls das Kind noch nicht schulpflichtig ist (Ziff. 1). Art. 213 Abs. 1 lit. a DBG (in der für die Steuerperiode 2012 geltenden Fassung) sieht dagegen einen Abzug von Fr. 6500.– für jedes minderjährige oder in der beruflichen oder schulischen Ausbildung stehende Kind vor, für dessen Unterhalt die steuerpflichtige Person sorgt; 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.

Für gemeinsam steuerpflichtige Ehegatten sieht das Gesetz einen günstigeren Tarif vor (Art. 50 Abs. 3 StG, Art. 214 Abs. 2 DBG). Diese Bestimmung wird auch auf verwitwete, getrennt lebende, geschiedene und ledige Steuerpflichtige angewendet, die mit Kindern oder unterstützungspflichtigen Personen zusammenleben und deren Unterhalt zur Hauptsache bestreiten (Art. 50 Abs. 4 StG; Art. 214 Abs. 2bis DBG).

Nach dem Kreisschreiben Nr. 30 der Eidg. Steuerverwaltung vom 21. Dezember 2010 wird für die Gewährung des Elterntarifs vorausgesetzt, dass die steuerpflichtige Person mit dem Kind im gleichen Haushalt zusammenlebt und dessen Unterhalt zur Hauptsache bestreitet. Beide Voraussetzungen sind zwingend. Bei getrennten, geschiedenen oder unverheirateten Eltern mit zwei Haushalten, welche über ein minderjähriges Kind die gemeinsame elterliche Sorge haben und keine Unterhaltsleistungen geltend machen, erhält derjenige Elternteil den Elterntarif, der mit dem Kind zusammenlebt und zur Hauptsache für dessen Unterhalt aufkommt. Der andere Elternteil wird zum Grundtarif besteuert. Bei alternierender Obhut erhält derjenige Elternteil, der zur Hauptsache für den Unterhalt des Kindes aufkommt, den Elterntarif, d. h. in der Regel derjenige mit dem höheren Reineinkommen (Ziff. 13.4 und 14.4 des Kreisschreibens Nr. 30). Diese Grundsätze werden für das kantonale Recht auch von der Vorinstanz angewendet (vgl. Steuerbuch, StB 48 Nr. 1 und 2).

c) Unbestritten ist, dass der Rekurrent und Beschwerdeführer zur Hauptsache den Unterhalt der minderjährigen Tochter bestreitet. Die Vorinstanz gewährte ihm daher zu Recht bei der Kantons- und Gemeindesteuer den vollen bzw. bei der di-

rekten Bundessteuer den halben Kinderabzug. Weiter sind sich die Parteien einig, dass dem Rekurrenten und Beschwerdeführer unbestrittenermassen zusammen mit der Mutter des Kindes die gemeinsame elterliche Sorge über die minderjährige Tochter zusteht. Entgegen der Ansicht des Rekurrenten und Beschwerdeführers kann aber nicht von alternierender Obhut gesprochen werden. Hierfür wäre vorausgesetzt, dass sich die Tochter während der entsprechenden Zeiträume ohne die Mutter beim Vater aufhält. Gemäss seinen eigenen Angaben besucht sie ihn jedoch jeweils zusammen mit der Mutter bei ihm in der Schweiz. Aufgrund des Alters der Tochter ist ausserdem zu bezweifeln, dass sich diese jeweils alleine beim Rekurrent und Beschwerdeführer in der Schweiz aufhält, während sich ihre Mutter in Rumänien befindet. Auch in Rumänien verbringt die Tochter die Zeit nicht alleine bei ihm in einer separaten Wohnung, sondern er hält sich bei seiner Lebensgefährtin auf, wo auch die Tochter wohnt. Zudem ist die Länge der jeweiligen Aufenthalte nicht bekannt. Zwar ist es der Mutter zusammen mit der Tochter durchaus möglich, sich als Touristin länger in der Schweiz aufzuhalten. Es steht aufgrund der Akten jedoch fest, dass sie in Rumänien einen eigenen Haushalt führt und in ihrem Wohnsitzland berufstätig ist. Dies spricht klar gegen einen längeren Aufenthalt in der Schweiz. Es ist daher vielmehr davon auszugehen, dass es sich um gegenseitige Besuchsaufenthalte handelt. Die Vorinstanz verweigerte dem Rekurrenten und Beschwerdeführer daher zu Recht den Elterntarif und die Besteuerung zum Alleinstehendentarif ist nicht zu beanstanden.

20

Art. 50 Abs. 5 StG (sGS 811.1); Art. 20 Abs. 1bis DBG (SR 642.11). Teilbesteuerung von Gewinnen aus Beteiligungen, interkantonale Steuerausscheidung. Die im Kanton St.Gallen beschränkt Steuerpflichtigen unterliegen in ihrem Wohnsitzkanton Thurgau für eine bestimmte Dividende der Teileinkünftebesteuerung. Bei der Festlegung des satzbestimmenden Einkommens für die Besteuerung und für die Steuerausscheidung im Kanton St.Gallen ist diese Teilbesteuerung nicht massgebend, da nur die Dividendeneinkünfte im Kanton Thurgau entlastet werden sollen, nicht auch die Einkünfte am Spezialsteuerdomizil St.Gallen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 30. September 2014
(vgl. auch SGE 2014 Nr. 19)

Aus den Erwägungen:

2. Vorliegend ist umstritten, ob die Vorinstanz von der korrekten Bemessungsgrundlage ausgegangen ist. So halten die Rekurrenten dafür, dass nicht – wie aus der Veranlagung ersichtlich – das Gesamteinkommen die Bemessungsgrundlage bilde, sondern beim Dividendeneinkommen sei, wie am Hauptsteuerdomizil, nur ein Teil in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Zumindest aber sei das Halbsatzverfahren des Kantons St.Gallen anzuwenden.

a) Nach Art. 13 Abs. 1 StG sind natürliche Personen aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sie ihren steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt im Kanton haben. Vorliegend ist unbestritten, dass sich das Hauptsteuerdomizil der Rekurrenten im Kanton Thurgau befindet. Anknüpfungspunkt zum Kanton St.Gallen als Spezialsteuerdomizil ist ein auf dem Gebiet der Gemeinde C gelegenes Mehrfamilienhaus, welches den Rekurrenten gehört.

Art. 14 Abs. 1 lit. b StG i.V. m. Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14, abgekürzt StHG) bestimmen, dass bei wirtschaftlicher Zugehörigkeit die Steuerpflicht auf im Kanton St.Gallen gelegene Grundstücke beschränkt ist; das am Hauptsteuerdomizil besteuerte Einkommen oder andere ausserhalb des Kantons St.Gallen gelegene Grundstücke sind davon nicht erfasst. Dies kommt einer Ausweitung der Steuerhoheit auf Personen, welche im Ausland oder in einem anderen Kanton wohnen, jedoch in einer genau umschriebenen Beziehung zum Kanton St.Gallen stehen, gleich (vgl. Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das st. gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014, S. 22). Nach Art. 16 Abs. 1 StG erfolgt die Steuerausscheidung im Verhältnis zu anderen Kantonen und zum Ausland nach den Grundsätzen des Bundesrechts über das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung. Steuerpflichtige, die im Kanton für einen Teil ihres Einkommens und Vermögens steuerpflichtig sind, entrichten gemäss Art. 18 Abs. 1 StG die Steuern für die im Kanton steuerbaren Werte nach dem Steuersatz, der ihrem gesamten Einkommen und Vermögen entspricht. Unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Regeln zur interkantonalen Steuerausscheidung und zur Vermeidung der interkantonalen Doppelbesteuerung ermittelt jeder Kanton die für die kantonalen Steuern massgebenden Faktoren anhand seiner eigenen Steuerordnung (vgl. Art. 1 Abs. 3 StHG). Dabei ist eine Doppelbesteuerung anzunehmen, wenn eine steuerpflichtige Person für das gleiche Steuerobjekt während der gleichen Periode in zwei oder mehreren Kantonen besteuert wird (vgl. BGE 134 I 303 E. 2.1).

Für den Fall, dass eine Konkurrenz verschiedener Steuerdomizile vorliegt (Hauptsteuerdomizil und eines oder mehrere Spezialsteuerdomizile), wird zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung eine sogenannte Steuerausscheidung vorgenommen. Sind mehrere Kantone beteiligt, so findet das in Art. 127 Abs. 3 BV festgehaltene Doppelbesteuerungsverbot Anwendung.

Im Rahmen interkantonaler Verhältnisse wird eine Doppelbesteuerung mittels einer unbedingten Befreiung vermieden. Dies bedeutet, dass die Befreiung nicht

uneingeschränkt, sondern unter Progressionsvorbehalt erfolgt. Somit dürfen für die Ermittlung des jeweils anwendbaren Steuersatzes freigestellte Vermögens- und Einkommensteile berücksichtigt werden. Es wird folglich, im Rahmen der jeweils anwendbaren kantonalen Normen, vom Gesamteinkommen bzw. Gesamtvermögen ausgegangen (vgl. P. Locher, Einführung in das interkantonale Steuerrecht, 3. Aufl. 2009, S. 128). Die im Kanton St.Gallen anwendbare Bestimmung ist Art. 18 StG, wonach Steuerpflichtige, welche nur für einen Teil ihres Einkommens und Vermögens im Kanton steuerpflichtig sind, ihre Steuern für die in St.Gallen steuerbaren Werte nach dem Steuersatz, der dem gesamten Einkommen und Vermögen entspricht, entrichten. Dies folgt ohne Weiteres aus der grundsätzlichen Steuerhoheit der Kantone, welche ihrerseits aus der subsidiären kantonalen Generalkompetenz gemäss Art. 3 BV resultiert (vgl. BGer 2C_348/2010 vom 19. Oktober 2010 E. 3).

b) Die Rekurrenten sind Eigentümer von zwei Grundstücken im Kanton Thurgau und je einem in den Kantonen St.Gallen und Tessin. Im vorliegenden Fall ist daher für das Einkommen und das Vermögen eine Steuerausscheidung zwischen dem Hauptsteuerdomizil, dem Kanton Thurgau, und den Spezialsteuerdomizilen, den Liegenschaftskantonen, vorzunehmen. Bei der Vermögensausscheidung werden zunächst die Aktiven gemäss den Zuteilungsnormen auf die beteiligten Kantone verlegt, d. h. die Liegenschaften werden den Belegenheitskantonen, die beweglichen Aktiven dagegen dem Hauptsteuerdomizil zugewiesen. Die gesamten Schulden werden im Verhältnis der den einzelnen Kantonen zugewiesenen Aktiven zu den Gesamtaktiven verlegt (vgl. statt vieler Höhn/Mäusli, Interkantonales Steuerrecht, 4. Aufl. 2000, § 19 N10; BGE 119 Ia 46 E. 4a).

…

d) Zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung existieren zwei verschiedene Verfahren. Zunächst ist nach Art. 20 DBG das Teileinkünfteverfahren zu nennen. Danach wird eine Entlastung hinsichtlich Bemessungsgrundlage erreicht; es wird also nur ein bestimmter Prozentsatz der steuerbaren Dividende der Besteuerung unterworfen und in die Bemessungsgrundlage einbezogen (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N187 f. zu Art. 20 DBG). In den meisten Kantonen wird das sogenannte Teilsatzverfahren angewendet, wobei qualifizierte Beteiligungserträge vollständig – also zu 100 Prozent – für die Satzbestimmung des Gesamteinkommens berücksichtigt werden. Die Besteuerung der Beteiligungserträge erfolgt unter Berücksichtigung eines tieferen Steuersatzes als desjenigen, welcher für das restliche Einkommen zur Anwendung gelangt (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N187 zu Art. 20 DBG). Mit dem im Kanton St.Gallen angewendeten Halbsatzverfahren wird die wirtschaftliche Doppelbelastung von Personen gemildert, welche an Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften qualifiziert (über 10 Prozent des Aktien- oder Stammkapitals) beteiligt sind (vgl. Art. 50 StG). Davon sind nach Art. 35 StG offene und verdeckte Gewinnausschüttungen, so insb. auch Dividenden, erfasst (vgl. Locher, a. a. O., S. 128

und Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., N 179 ff. zu Art. 20 DBG). Die dabei ausgeschütteten Bruttogewinne werden ohne Abzüge zur Hälfte des für das steuerbare Gesamteinkommen anwendbaren Steuersatzes besteuert. Auf die Einkommensbemessung hat diese Methode hingegen keinen Einfluss (vgl. Zigerlig/Oertli/Hofmann, a. a. O., S. 184 und St.Galler Steuerbuch [StB] 50 Nr. 2). Das Halbsatzverfahren tangiert somit die Bemessungsgrundlage nicht und die interkantonalen Ausscheidungsregeln gelten weiterhin; einzig eine tarifarische Entlastung findet statt (StB 50 Nr. 2). Im Vergleich dazu wendet der Kanton Thurgau das auf kantonaler Ebene seltenere Teileinkünfteverfahren an (vgl. §§ 20b und 22 Abs. 2 des Gesetzes über die Staats- und Gemeindesteuern [Kanton Thurgau], RB 640.1).

e) Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung dafür, dass sich auch bei Anwendung des Halbsatzverfahrens nichts ändere, habe dieses doch nur eine tarifarische Entlastung zur Folge und tangiere nicht die Bemessungsgrundlage. Im Übrigen sei die qualifizierte Beteiligung dem Privatvermögen zuzurechnen, weshalb die Besteuerung ausgeschütteter Gewinne vollständig dem Wohnsitz überlassen sei. Der Wohnsitzkanton habe einen Teilbesteuerungsabzug von 40 Prozent bereits vollständig gewährt, eine Reduktion der Bemessungsgrundlage im Kanton St.Gallen sei nicht vorgesehen.

Die Rekurrenten führen in ihrer Stellungnahme aus, dass das st.gallische Steueramt das satzbestimmende Einkommen falsch berechnet habe. Im Kanton Thurgau sei die Dividende nur teilbesteuert worden und das gleiche Verfahren müsse ebenfalls im Kanton St.Gallen angewendet werden. Das satzbestimmende Einkommen liege so bei Fr. 55 800.– und nicht wie im Einspracheentscheid vom 22. April 2014 bei Fr. 115 800.–. Die Kantone Thurgau und Tessin hätten diesem Umstand korrekt Rechnung getragen, nicht hingegen der Kanton St.Gallen.

f) Vorliegend ist umstritten, ob die Vorinstanz von der korrekten Bemessungsgrundlage ausgegangen ist. Basierend auf dem Gesagten ist als Bemessungsgrundlage das Gesamteinkommen bzw. das Gesamtvermögen zu berücksichtigen. Die im Kanton Thurgau angewendete Teilbesteuerung der Dividende bezweckt eine Entlastung eines spezifischen Teils des Einkommens und entgegen der Ansicht der Rekurrenten nicht eine Entlastung des Gesamteinkommens. Die Entscheidung, ob eine Entlastung am Spezialsteuerdomizil erfolgen soll, ist durch den entsprechenden Kanton eigenständig zu treffen. Gemäss Art. 18 StG wird für im Kanton St.Gallen steuerpflichtiges Einkommen auf das Gesamteinkommen als Bemessungsgrundlage abgestellt. Dieser Einkommensteil steht in keinem Zusammenhang zu der im Kanton Thurgau teilbesteuerten Dividende. Aus den Akten ist ersichtlich, dass das steuerbare Einkommen bei Fr. 41 400.– (zum Satz von Fr. 115 800.–) liegt. Es setzt sich zusammen aus dem Liegenschaftsertrag des im Kanton St.Gallen befindlichen Grundstücks von Fr. 71 160.–, abzüglich geltend gemachter Unterhaltskosten von Fr. 5355.–. Die Schuldzinsen von total Fr. 79 735.– wurden basierend auf den im jeweiligen Kanton gelegenen Aktiven aufgeteilt. Im Kanton St.Gallen können so Fr. 19 910.–, was einer Quote von 24,97 Prozent ent-

spricht, abgezogen werden. Abzüglich einer Personenversicherungsprämie von Fr. 1716.– sowie des interkantonalen Schuldzinsausgleichs wurde ein steuerbares Einkommen (Liegenschaftsertrag) von Fr. 41 400.– veranlagt. Das im Kanton St.Gallen ermittelte satzbestimmende Einkommen setzt sich aus Einkünften aus beweglichem Vermögen von Fr. 150 139.–, Einkünften aus Liegenschaften Fr. 84 819.– (Fr. 155 272.– minus Fr. 240 091.–) und Einkünften aus selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit der Rekurrenten von total Fr. 180 428.– zusammen. Als Abzüge anerkannt wurden Berufskosten von Fr. 31 495.–, Vorsorgebeiträge von Fr. 13 364.–, ein Zweiverdienerabzug von Fr. 500.– sowie eine Personenversicherungsprämie von Fr. 4800.–, was ein satzbestimmendes Einkommen von Fr. 115 800.– ergibt. Eine fehlerhafte Berechnung ist nicht ersichtlich. Wie ausgeführt, wurde im Kanton Thurgau die Dividende bereits dem Teilbesteuerungsverfahren unterzogen. Diese Entlastung betrifft einen genau bezeichneten Teil des Einkommens und hat, wie von der Vorinstanz korrekt festgestellt, keinen Einfluss auf die Bemessungsgrundlage in einem anderen Kanton. Auch der Einwand der Rekurrenten, wonach der Kanton Tessin als Bemessungsgrundlage nicht das Gesamteinkommen hinzugezogen habe, führt zu keinem anderen Ergebnis, denn die Entscheidung, welche Einkommensteile in die Bemessungsgrundlage einfliessen, trifft jeder Kanton eigenständig.

Vorliegend erheben die Kantone Thurgau, welcher das Hauptsteuerdomizil begründet, sowie St.Gallen und Tessin (Spezialsteuerdomizile) Anspruch auf eine Besteuerung. Dadurch, dass mehrere Kantone beteiligt sind, hat eine Steuerausscheidung stattzufinden. In einem ersten Schritt werden die Einkünfte aus einer qualifizierten Beteiligung nach einem einheitlichen Massstab (Bruttoeinkünfte ohne Berücksichtigung der Bemessungsreduktion) in die Bemessungsgrundlage einbezogen. Nach erfolgter Zuweisung von Einkünften und Abzügen wird eine Bemessungskorrektur sowohl des steuerbaren wie auch des satzbestimmenden Einkommens vorgenommen, und zwar nur in demjenigen Kanton, welchem die Einkünfte aus Beteiligungen zugewiesen werden (vgl. Kreisschreiben Nr. 32 vom 1. Juli 2009, veröffentlicht auf: www.steuerkonferenz.ch, Kreisschreiben). Basierend auf dem Gesagten ist festzuhalten, dass sowohl Veranlagung als auch Ausscheidung im Kanton St.Gallen korrekt durchgeführt wurden. Ferner entspricht diese Betrachtungsweise dem Sinn und Zweck der teilweisen Besteuerung qualifizierter Beteiligungen und es verbleibt kein Raum für die Anwendung des st.gallischen Halbsatzverfahrens.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Festlegung der relevanten Bestandteile zur Ermittlung des satzbestimmenden Einkommens und des Vermögens durch die Kantone eigenständig erfolgt. Der Kanton St.Gallen hat sich dafür entschieden, dass – insofern eine steuerpflichtige Person ein Spezialsteuerdomizil begründet – als Bemessungsgrundlage sowohl das Gesamteinkommen als auch das Gesamtvermögen herangezogen werden. Die Rekurrenten gehen fehl in der Annahme, dass der Teilbesteuerungsabzug für qualifizierte Beteiligungen des Haupt-

steuerdomizils im Kanton St.Gallen als Spezialsteuerdomizil ebenfalls zu einer Reduktion der steuerlichen Belastung führt. Der Rekurs ist abzuweisen.

21

Art. 80 Abs. 1 Bst. e und 130 Abs. 2 Bst. c StG (sGS 811.1); Art. 10 Abs. 1 Bst. c und Art. 23 Abs. 4 StHG (SR 642.14). Der von einer Pensionskasse in der Rechtsform der Stiftung aus der Veräusserung eines Grundstücks im Kanton St.Gallen erzielte Gewinn unterliegt der Grundstückgewinnsteuer. Art. 80 Abs. 4 BVG sieht als im Verhältnis zu Art. 23 Abs. 4 StHG speziellere Norm keine Verlustabzüge vor. Auch wenn die Bewirtschaftung von Immobilien einen wesentlichen Bestandteil der Aufgaben der Pensionskasse in der Vermögensverwaltung darstellt und sie in diesem Bereich eine grosse Anzahl Mitarbeiter beschäftigt, kann ihre steuerliche Situation – insbesondere aufgrund ihrer Befreiung von Gewinn- und Kapitalsteuern – nicht mit jener interkantonaler Immobilienhändler beziehungsweise Immobiliengesellschaften verglichen werden.

Verwaltungsgericht, 21. Oktober 2014
-> Beim Bundesgericht ist eine Beschwerde gegen diesen Entscheid hängig (2C_1080/2014).

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Pensionskasse in der Rechtsform einer Stiftung mit Sitz in Zürich. Im Jahr 2009 verkaufte sie drei in A/SG gelegene Grundstück für insgesamt CHF 5 720 000. Im gleichen Jahr veräusserte sie auch eine Liegenschaft in B/SG mit Verlust. Das kantonale Steueramt veranlagte sie für die Veräusserung der drei in A gelegenen Grundstücke mit einem Grundstückgewinn von zusammen CHF 2 589 370, ohne den Verlust aus der Veräusserung der Liegenschaft in B zu berücksichtigen. Das kantonale Steueramt beschränkte das anschliessende Einspracheverfahren auf die Veranlagung einer der drei in A veräusserten Liegenschaften, verrechnete jedoch weiterhin den Verlust aus der Veräusserung der Liegenschaft in B nicht. Der bei der Verwaltungsrekurskommission erhobene Rekurs blieb erfolglos. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde in der Sache ab.

Aus den Erwägungen:

2./2.1. Die Beschwerdeführerin legt dar, es sei für sie nicht wirklich nachvollziehbar, warum nicht alle drei Grundstückgewinne Gegenstand des Einspracheentscheids vom 7. November 2012 gebildet hätten und für zwei Grundstückgewinne

neue Veranlagungsverfügungen erlassen worden seien. Die Zulassung der von ihr beantragten Verlustverrechnung im Jahr 2009 bedinge eine gemeinsame Betrachtung, zumal ein Verlust am besten im Verhältnis der erzielten Gewinne bei den übrigen Grundstücken zu verteilen sei. Die Vorinstanz hatte in diesem Zusammenhang festgehalten, die Beschwerdeführerin bringe zwar zu Recht vor, dass mit dem Einspracheentscheid vom 7. November 2012 drei Veranlagungsverfügungen hätten beurteilt werden sollen. Sie habe dies im Einspracheverfahren jedoch nicht geltend gemacht. Vielmehr habe sie das von der Steuerbehörde gewählte Vorgehen akzeptiert und gegen die beiden später ergangenen Veranlagungsverfügungen separat Einsprache erhoben. Die entsprechenden Entscheide des Steueramtes seien noch ausstehend und könnten deshalb nicht Gegenstand des Rekursverfahrens bilden. Dazu ist festzuhalten, dass sich der (nachträgliche) Entscheid des Beschwerdegegners, im Einspracheentscheid lediglich einen von drei Grundstückgewinnen zu behandeln und für die beiden anderen Grundstückgewinne separate Veranlagungsverfügungen zu erlassen, insofern sachlich rechtfertigen lässt, als es sich bei der Grundstückgewinnsteuer um eine Objektsteuer (vgl. dazu nachstehende E. 4.1) handelt, welche sich ausschliesslich auf den jeweiligen (einzelnen) Grundstückgewinn bezieht und keine Gesamtbetrachtung beinhaltet. In diesem Sinn erscheint auch das teilweise Nichteintreten im vorinstanzlichen Entscheid nachvollziehbar begründet. Zu prüfen ist vorliegend somit, ob der Gegenstand des angefochtenen Entscheids bildende Grundstückgewinn aus dem Verkauf der einen Liegenschaft in A im Jahr 2009 von CHF 815 900 zu Recht nicht zur Verrechnung mit dem im selben Jahr angefallenen Verlust aus dem Verkauf der Liegenschaft in B von CHF 721 580.75 zugelassen wurde. Falls dies zu verneinen ist, wäre zu klären, ob im Sinn des Antrags Ziff. 2 der Beschwerdeführerin anteilmässig zu verrechnen ist. Soweit die Beschwerdeführerin in ihren Darlegungen auf die weiteren Grundstückgewinne Bezug nimmt, kann darauf nicht eingetreten werden.

2.2. Nach Art. 80 Abs. 1 lit. e StG sind die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge von Unternehmen mit Sitz oder Betriebsstätte in der Schweiz und von ihnen nahestehenden Unternehmen sowie die Einrichtungen des öffentlichen Rechts, sofern deren Mittel dauernd und ausschliesslich der Personalvorsorge dienen, von der Steuerpflicht befreit (vgl. auch die entsprechende Regelung von Art. 23 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14; StHG). Die Steuerbefreiung gilt auch für die kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz, sofern deren Anleger ausschliesslich steuerbefreite Einrichtungen der beruflichen Vorsorge nach Art. 80 Abs. 1 lit. e StG sind (Art. 80 Abs. 1 lit. j StG). Im Kanton St.Gallen werden einerseits Gewinne auf Grundstücken des Privatvermögens sowie auf land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken mit der Grundstückgewinnsteuer erfasst. Anderseits sind Grundstückgewinne aus Geschäftsvermögen von natürlichen und juristischen Personen der ordentlichen Gewinnsteuer unterstellt, so dass der Kapitalgewinn zusammen mit dem übrigen Geschäftserfolg zur Besteuerung kommt bzw. (im Fall eines Kapi-

talverlustes) verrechnet wird. Zur Anwendung kommt damit das dualistische System. Andere Kantone kennen das monistische System, bei welchem sämtliche Grundstückgewinne mit der Grundstückgewinnsteuer erfasst werden (Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das St.Gallische Steuerrecht, 7. A. 2014, V. Rz 1–3).

Nach Art. 130 Abs. 2 lit. c StG unterliegen Gewinne aus Veräusserung von Grundstücken juristischer Personen, die nach Art. 80 Abs. 1 Bst. e und j dieses Gesetzes von der Steuerpflicht befreit sind, der Grundstückgewinnsteuer. Dies schreibt auch Art. 23 Abs. 4 StHG explizit vor und erklärt die Bestimmungen über den Verlustabzug (Art. 10 Abs. 1 lit. c StHG) als sinngemäss anwendbar.

3./3.1. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid unter anderem zum Schluss, der Entscheid des Beschwerdegegners, die Verrechnung von Gewinnen und Verlusten aus Grundstückgeschäften nicht zuzulassen, beruhe auf einer klaren gesetzlichen Grundlage. Nach Art. 23 Abs. 4 Satz 2 StHG fänden anderseits die Bestimmungen über den Verlustabzug (Art. 10 Abs. 1 lit. c StHG) sinngemäss Anwendung. Dies spreche dafür, dass der Gesetzgeber die steuerbefreite juristische Person in diesem Punkt nicht habe schlechterstellen wollen als die übrigen, nicht steuerbefreiten Gesellschaften. Dem stehe jedoch Art. 80 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40; BVG) entgegen, der die Kantone ermächtige, Mehrwerte aus der Veräusserung von Liegenschaften durch Vorsorgeeinrichtungen entweder mit der allgemeinen Gewinnsteuer oder mit einer speziellen Grundstückgewinnsteuer zu erfassen. Verlustabzüge seien aufgrund dieser Norm nicht zu berücksichtigen. Damit bestehe eine Differenz zu Art. 23 Abs. 4 StHG. In einem Fall, in welchem unter anderem die unterschiedliche Behandlung des Steueraufschubs bei Fusionen durch Art. 80 Abs. 4 BVG und Art. 23 Abs. 4 StHG zu beurteilen gewesen sei, habe das Bundesgericht erwogen, auch wenn die beiden Bundesgesetze nicht dieselbe Funktion hätten, gehe doch Art. 80 Abs. 4 BVG als lex specialis dem allgemeineren Art. 23 Abs. 4 StHG vor (mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 2C_340/2011 vom 1. Februar 2012, E. 2.4). Die st.gallische Lösung widerspreche demnach dem Bundesrecht nicht.

3.2. Die Beschwerdeführerin bestätigt im vorliegenden Verfahren ihren Standpunkt, wonach der Verlust aus der Veräusserung der Liegenschaft B in die Berechnung des steuerbaren Grundstückgewinns in A miteinbezogen werden müsse. Dies entspreche der vom Bundesgericht entwickelten Praxis des Überbesteuerungsverbotes bezüglich der Verlustverrechnung bei Liegenschaften im innerkantonalen und interkantonalen Verhältnis. Art. 23 Abs. 4 StHG schreibe eine Verlustverrechnung vor und sei für die Kantone verbindlich. Abgesehen davon sei sie der Meinung, dass die Verkaufserlöse und die Anlagekosten bei den drei Liegenschaften in A korrekt ermittelt worden seien. Sie (die Beschwerdeführerin) agiere im Bereich ihres Immobilienportfolios im Prinzip wie ein Liegenschaftenhändler oder wie eine Immobiliengesellschaft. Es sei nicht ihr Hauptzweck, Liegenschaften zu veräussern, aber es kämen jährlich mehrere solche Geschäfte vor, wobei ständig wie-

der in Immobilien investiert werde. Die Bewirtschaftung ihrer Immobilien sei ein wesentlicher Bestandteil ihrer Aufgaben in der Vermögensverwaltung. In dieser Sparte beschäftige sie eine grosse Anzahl Mitarbeiter; es gebe kein Outsourcing. Der Anteil der Immobilien Schweiz am gesamten Vermögen der Beschwerdeführerin (4,7 Mia Franken im Jahr 2012) mache über 25 Prozent aus. Der Schluss der Vorinstanz betreffend fehlende Vergleichbarkeit mit der Immobilien-AG bzw. dem Immobilienhändler sei offensichtlich falsch. In beiden Fällen würden identische wirtschaftliche Vorgänge im Bereich des Verkaufs von Immobilien voll und ganz besteuert. Im einen Fall mit einer Gewinnsteuer (Immobilien-AG), im anderen Fall mit der Grundstückgewinnsteuer. Diese Sachverhalte seien optimal miteinander vergleichbar. Dass sie (die Beschwerdeführerin) in anderen Belangen von der Steuer befreit sei, ändere daran nichts. Dabei wolle der Gesetzgeber mit Art. 80 Abs. 4 BVG einen Netto-Mehrwert besteuern, nicht allein die Gewinne ohne Berücksichtigung der Verluste aus diesem Geschäft. Ein Sachverhalt wie der vorliegende habe immer auch eine interkantonale Dimension, auch wenn es im konkreten Fall in Bezug auf A nicht um die Verrechnung ausserkantonaler Verluste gehe, da solche 2009 nicht vorhanden gewesen seien. Im Fall einer Überbesteuerung wegen Verweigerung von Verlustabzügen sei das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung verletzt. Auch bei der Beschwerdeführerin befänden sich die Liegenschaften, wie beim Liegenschaftenhändler und der Immobiliengesellschaft, im Geschäftsvermögen. Sie sei darum als Pensionskasse gerade in den Kantonen mit dualistischem System ein Sonderfall bei der Grundstückgewinnsteuer. Denn im Prinzip besteuere der Kanton St.Gallen (mit der Objektsteuer) nur die Gewinne aus Verkäufen im Privatvermögen. Deshalb könne aus ihrer Sicht die Situation von natürlichen Personen mit Immobilien im Privatvermögen nicht mit derjenigen einer rechnungslegungspflichtigen Pensionskasse verglichen werden. Vielmehr sei ihrem Sonderstatus als Pensionskasse bei der Grundstückgewinnsteuer Rechnung zu tragen. Sie bezahle bei Grundstückgewinnen Steuern wie z. B. eine Immobiliengesellschaft. Darum sollte es ihr auch möglich sein, allfällige Veräusserungsverluste zu berücksichtigen. Art. 80 Abs. 4 BVG stehe den Bestimmungen des StHG (Art. 23 Abs. 4) nicht als lex specialis im Wege. Das st.gallische Recht entspreche hier nicht dem StHG. Dieses sei folglich direkt anzuwenden und inner- und interkantonale Verluste zum Abzug zuzulassen.

4./4.1. Fest steht, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine steuerbefreite Vorsorgeeinrichtung handelt, so dass der hier streitige Grundstücksgewinn gestützt auf Art. 130 Abs. 2 lit. c StG und Art. 23 Abs. 4 StHG in jedem Fall der Grundstückgewinnsteuer unterliegt (vgl. dazu Maute/Steiner/Rufener/Lang, Steuern und Versicherungen, 3. A. 2011, S. 135 Fn. 28; Linder/Lamprecht, Investitionen von Vorsorgeeinrichtungen in Anlagestiftungen mittels Immobilienanlage, StR 62 [2007], S. 2 ff., 6). Das. st.gallische Steuerrecht lässt im Fall, in welchem von einem als Ganzes erworbenen Grundstück einzelne Teile mit Gewinn, andere mit Verlust veräussert werden, den Abzug früherer Verluste von Gewinnen aus Teilveräusse-

rungen zu (Art. 137 Abs. 1 lit. g StG). Dagegen ist eine Verrechnung von Verlusten anderer Grundstücke mit Grundstückgewinnen nicht vorgesehen. Weil die st. gallische Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer ausgestaltet ist, wird die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen nicht berücksichtigt (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a. a. O., V. Rz 102; vgl. auch Botschaft zur Totalrevision des Steuergesetzes vom 13. Mai 1997, ABl 1997, 1038). Dies im Gegensatz zur Regelung anderer Kantone (vgl. z. B. Urteil des Bundesgerichts 2C_799/2008 vom 9. April 2009, E. 5). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestimmt das kantonale Recht, ob Verluste verrechnet werden können. Bei der Grundstückgewinnsteuer gemäss Art. 12 StHG handelt es sich grundsätzlich ebenfalls um eine Objektsteuer, welche das Steuerobjekt ohne Rücksicht auf die gesamte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuersubjekts belastet. Die Grundsätze der rechtsgleichen Besteuerung und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verbieten es rechtsprechungsgemäss nicht, dass ein Kanton nach dem monistischen System alle Grundstückgewinne einer als Objektsteuer ausgestalteten Grundstückgewinnsteuer unterwirft. Er ist nicht verpflichtet, Verluste anzurechnen. Dem Liegenschaftskanton steht grundsätzlich die Gesamtheit der Liegenschaftserträge und -gewinne zur ausschliesslichen Besteuerung zu. Das Bundesgericht hat es lediglich als unzulässig bezeichnet, dass ein Kanton die Gewinne ausserkantonaler Liegenschaftenhändler anders besteuert als die Gewinne von Liegenschaftenhändlern mit Sitz oder Betriebsstätte im Kanton, da eine derartige Besteuerung gegen das doppelbesteuerungsrechtliche Schlechterstellungsverbot verstossen würde (Urteil des Bundesgerichts 2C_375/2010 vom 22. März 2011, E. 5 mit Hinweisen).

4.2. Ausgehend von der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach Art. 80 Abs. 4 BVG als speziellere Norm dem Art. 23 Abs. 4 StHG vorgeht (Urteil 2C_340/2011, a. a. O., E. 2.4), erscheint die vorinstanzliche Schlussfolgerung grundsätzlich vertretbar, dass Verlustabzüge in Art. 80 Abs. 4 BVG nicht vorgesehen und somit auch konkret nicht zu berücksichtigen sind. Eine abschliessende Prüfung dieser Frage kann jedoch unterbleiben. Denn selbst wenn – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – davon auszugehen wäre, dass der Verweis in Art. 23 Abs. 4 StHG auf Art. 10 Abs. 1 lit. c StHG vorliegend zur Anwendung zu bringen wäre, müsste geprüft werden, in welcher Weise beziehungsweise in welchem Umfang dies zu geschehen hat. Vorab ist hier zu beachten, dass Art. 10 Abs. 1 lit. c StHG gesetzessystematisch im 2. Kapitel des zweiten Titels (Einkommenssteuern der natürlichen Personen) des StHG bei den Abzügen der Selbständigerwerbstätigen eingeordnet ist. Der Verweis in Art. 23 Abs. 4 StHG ist denn auch nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ausdrücklich als sinngemässer Verweis zu verstehen. Dies bedeutet, dass die Anwendung von Art. 10 Abs. 1 lit. c StHG in einem den Verhältnissen bei der Grundstückgewinnsteuer angepassten Sinn zu erfolgen hat. Von Bedeutung ist dabei, dass es sich bei den Einkommenssteuern der natürlichen Personen um allgemeine direkte Steuern handelt, währenddem es bei der Grundstückgewinnsteuer wie dargelegt um eine Objektsteuer geht. Der Verweis auf

Art. 10 Abs. 1 lit. c StHG in Art. 23 Abs. 4 StHG kann deshalb nicht so verstanden werden, dass auch Verluste angerechnet werden dürfen, welche ausserhalb des in Frage stehenden Objekts (Liegenschaft) bzw. bei anderen Liegenschaftsverkäufen angefallen sind. In der Lehre wird denn auch überwiegend die Auffassung vertreten, dass eine Verlustanrechnung im Rahmen einer Objektsteuer systemwidrig sei und demensprechend bei der Grundstückgewinnsteuer Verluste aus anderen Grundstückveräusserungen nicht berücksichtigt werden dürften (Höhn/Waldburger, Steuerrecht, Band 1, 9. A. 2001, § 22 Rz 8; Klöti-Weber/Baur, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Band 2, 3. A. 2009, Rz. 3 zu § 95 StG/AG; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A. 2013, Rz 27 zu § 224 StG/ZH, mit zahlreichen Hinweisen; anderer Meinung noch: B. Zwahlen, in: Zweifel/Athanas Hrsg., Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/1, StHG, 2. A. 2002, Rz 8 zu Art. 12 StHG). In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde überdies festgehalten, dass die im Jahr 2001 vorgenommene Änderung von Art. 12 Abs. 4 StHG nicht anders verstanden werden könne, als dass die zwingende Berücksichtigung des Verlustabzugs gestrichen werden sollte. Es bestehe kein Raum für eine verfassungsgestützte Auslegung des kantonalen Rechts mit dem Schluss, die Kantone seien verpflichtet, den Verlustabzug zu gewähren (Urteil des Bundesgerichts 2C_747/2010 vom 7. Oktober 2011, E. 5.3; vgl. dazu nachstehende E. 4.3).

4.3. /4.3.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei einem interkantonalen Liegenschaftenhändler die Verluste aus Grundstückverkäufen mit den im gleichen Jahr und im selben Kanton erzielten Gewinnen zu verrechnen, und es ist diese Verrechnung selbst dann möglich, wenn sie im kantonalen Recht nicht vorgesehen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_689/2010 vom 4. April 2011, E. 3; BGE 131 I 249 E. 6; BGE 131 I 285; BGE 140 I 114). Im Zuge dieser Rechtsprechung wurde Art. 130 Abs. 2 lit. b StG, wonach Gewinne aus dem Handel mit Grundstücken natürlicher Personen der Grundstückgewinnsteuer unterlagen, wenn im Kanton lediglich eine Steuerpflicht aus Grundeigentum bestand, per Ende Dezember 2012 aufgehoben. Selbständig erwerbende ausserkantonale Liegenschaftenhändler unterliegen seither für ihre im Kanton erzielten Grundstückgewinne der beschränkten Steuerpflicht für ihr Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (vgl. Botschaft zum IX. Nachtrag zum Steuergesetz, 2. November 2012, ABl 2011, 3362). Im Weiteren ist festzuhalten, dass es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Kantonen mit monistischem System ausdrücklich freigestellt ist, die Verrechnung von Grundstückgewinnen auf Geschäftsliegenschaften mit Geschäftsverlusten zuzulassen oder nicht (Urteil des Bundesgerichts 2C_747/2010, E. 5.2 und 5.3). Hieran vermögen die BGE 131 I 249 und 131 I 285 sowie 140 I 114, welche sich nur auf die Besteuerung im interkantonalen Verhältnis beziehen, nichts zu ändern, zumal das Bundesgericht ausdrücklich bestätigte, es könne daraus nicht abgeleitet werden, dass die Verlustverrechnung im monistischen System von Bundesrechts wegen zuzulassen sei. Die Kantone seien frei bzw. nicht verpflichtet,

mit Blick auf die interkantonal geltenden Grundsätze in ihr monistisches System die Möglichkeit der Verrechnung von Grundstückgewinnen mit Geschäftsverlusten einzuführen (Urteil 2C_747/2010, E. 5.4; vgl. auch Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a. a. O., § 225 Rz 30).

4.3.2. Die Vorinstanz legte im angefochtenen Entscheid zum Einwand der Beschwerdeführerin, sie werde zu Unrecht anders behandelt als Liegenschaftenhändler bzw. Immobiliengesellschaften (Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots), dar, die Beschwerdeführerin sei als steuerbefreite Stiftung nicht mit einer Immobiliengesellschaft vergleichbar. Letztere unterstehe mit all ihren Einkünften und dem gesamten Geschäftsvermögen der Gewinn- und Kapitalsteuer. Der Bundesgesetzgeber habe die Vorsorgestiftungen nicht von allen Steuern befreien wollen. In der Botschaft zum BVG habe er ausgeführt, die steuerliche Erfassung der Liegenschaftsgewinne bleibe den Kantonen vorbehalten. Einschränkungen ergäben sich (im Interesse der vollen Zweckerhaltung des Vermögens) bloss für die Grundstückgewinnsteuer bei Zusammenlegung oder Aufteilung von Vorsorgeeinrichtungen (mit Hinweis auf BBl 1976, 214). Damit habe der Bundesgesetzgeber den Kantonen offensichtlich ein gewisses Steuersubstrat erhalten wollen und die entsprechende steuerliche Belastung der im Übrigen steuerbefreiten juristischen Personen in Kauf genommen. Es handle sich folglich um zwei unterschiedliche Tatbestände, die unterschiedlich zu behandeln seien.

4.3.3. Diese Darlegungen erscheinen nachvollziehbar und überzeugend. An der – insbesondere aufgrund der Befreiung der Beschwerdeführerin von Gewinn- und Kapitalsteuern – fehlenden Vergleichbarkeit mit der steuerlichen Situation bei interkantonalen Immobilienhändlern bzw. Immobiliengesellschaften vermag die von ihr geltend gemachte Tatsache nichts zu ändern, dass die Bewirtschaftung von Immobilien einen wesentlichen Bestandteil ihrer Aufgaben in der Vermögensverwaltung darstellt und sie in diesem Bereich eine grosse Anzahl Mitarbeiter beschäftigt. Die fehlende Besteuerung des allgemeinen Ertrages und des Kapitals wird entgegen ihrer Auffassung nicht dadurch (vollständig) ausgeglichen, dass sie für alle Veräusserungsgewinne der Grundstückgewinnsteuer unterliegt. Eine «Überbesteuerung» der Beschwerdeführerin im Vergleich zu Liegenschaftenhändlern und Immobiliengesellschaften ergibt sich m. a. W. aus der Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer insofern nicht, als selbständig erwerbende ausserkantonale Liegenschaftenhändler für ihre im Kanton erzielten Grundstückgewinne der beschränkten Steuerpflicht für ihr Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit unterliegen (vorstehende E. 4.3.1), im Übrigen aber in ihrem Wohnsitzkanton auch für das Vermögen bzw. das Kapital und die Liegenschaftserträge (Mieterträge) besteuert werden; Letzteres im Unterschied zur Beschwerdeführerin. Das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung kann schon deshalb nicht verletzt sein, weil die Beschwerdeführerin in ihrem Sitzkanton von den direkten Steuern befreit ist. In diesem Sinn trifft ihr Standpunkt, wonach die von ihr erzielten Liegenschaftsgewinne unter ökonomisch schlechteren Bedingungen besteuert würden als bei den übrigen (juristi-

schen) Personen, nicht zu. Die vorinstanzlichen Ausführungen bedürfen insofern keiner weiteren Ergänzung, als Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit der Feststellung des Sachverhalts sich den Akten nicht entnehmen lassen.

8. Öffentliches Beschaffungswesen

22

Art. 34 Abs. 2 Bst. b VöB (sGS 841.11). Wird die Preiskurve so flach gelegt, dass beim Preis die Bewertung mit weniger als der Hälfte der Punkte nur theoretisch in Betracht fällt, wird die Gewichtung des Kriteriums unterlaufen.

Verwaltungsgericht, 16. September 2014

Bei der Ausschreibung der Baumeisterarbeiten zum Bau einer Mehrzweckhalle wurden als Zuschlagskriterien Preis (50 Prozent), Qualität (25 Prozent), Erfahrung (15 Prozent), Termin und Ausbildung Berufsnachwuchs (je 5 Prozent) genannt.

Aus den Erwägungen:

3.1.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Preiskurve müsse die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte, das heisst den erwarteten prozentualen Abstand zwischen dem tiefsten und einem sehr hohen Preis, berücksichtigen. Die Vorinstanz macht geltend, selbst wenn vom offerierten Preis ausgegangen würde, bliebe die Beschwerdeführerin mit 96 hinter dem mit 98 Punkten bewerteten Angebot der Beschwerdegegnerin zurück.

Ein Kriterium für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ist gemäss Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. a VöB der Preis. Jedes Preisbewertungssystem muss dafür sorgen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht des Kriteriums bei der konkreten Benotung auch tatsächlich zum Tragen kommt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt. Die Abstufung in der Benotung teurerer Objekte darf also nicht so gewählt werden, dass sich die Preisunterschiede nicht oder nur wenig auswirken würden, weil damit das Preiskriterium praktisch selbst dann umgangen würde, wenn ihm innerhalb der Zuschlagskriterien ein hohes Gewicht zugemessen wurde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 896 und 898). Eine flache Preiskurve ist nicht von vornherein unzulässig; sie kann aber in Kumulation mit einer äusserst schwachen

Gewichtung des Preises zu unhaltbaren Ergebnissen führen (vgl. BGer 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4). Ob eine Punkteskala zweckmässig sei, bei welcher ein Angebot, das anderthalb Mal so teuer wie das billigste ist, immer noch die Hälfte der zu verteilenden Punkte erhält, hat das Bundesgericht offen gelassen (vgl. BGer 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3). Bei der Festsetzung der Preiskurve besteht ein Beurteilungsspielraum, welcher der Rechtskontrolle unterliegt, bei dessen Überprüfung sich das Verwaltungsgericht aber eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (vgl. BGer 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 3.2).

Mit Blick auf die tatsächlich eingereichten Angebote erscheint die Preiskurve als unrealistisch flach (vgl. dazu bereits die Zwischenverfügung vom 25. April 2014). Selbst das teuerste Angebot wurde beim Kriterium des Preises noch mit 32 von 50 Punkten bewertet. Wird die Preiskurve so flach gelegt, dass beim Preis die Bewertung mit weniger als der Hälfte der Punkte nur theoretisch in Betracht fällt, wird die Gewichtung des Kriteriums unterlaufen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WBE. 2012.237 vom 18. Dezember 2012 E. 3.4). Bei einer Differenz von CHF 15 533.10 zwischen dem Angebot der berücksichtigten Bewerberin von CHF 808 014.60 und jenem der Beschwerdeführerin von CHF 792 481.50, entsprechend 1,96 Prozent des tieferen Angebots, führte die von der Vorinstanz gewählte Preiskurve zu einer Bewertungsdifferenz von einem von insgesamt maximal 50 Punkten beim Preiskriterium (zwei Prozent) beziehungsweise maximal 100 Punkten bei der Gesamtbewertung (ein Prozent; vgl. act. 6/18). Werden die 50 Punkte, welche für das Preiskriterium vergeben werden können, zwischen dem tiefsten Angebot von CHF 792 481.50 und dem höchsten von CHF 1 073 305.80 linear verteilt, ergäben sich für das Angebot der Beschwerdegegnerin 47,3 oder – gerundet – 47 Punkte. Die Bewertungsdifferenz hinsichtlich des Preiskriteriums würde sich deshalb von einem Punkt auf drei Punkte erhöhen. Auch wenn das Kriterium des Preises mit 50 Prozent nicht sehr schwach gewichtet ist, fällt diese Differenz ins Gewicht, wenn – wie die Vorinstanz dies getan hat – die Zuschlagskriterien «Qualität», «Erfahrung» und «Termin» faktisch als Eignungskriterien gehandhabt werden, indem sämtlichen Bewerbern trotz Unterschieden in den Angeboten jeweils das Maximum von 25, 15 und fünf Punkten vergeben wurden.

23

Art. 17 Abs. 2 IVöB (sGS 841.32); Art. 5 EGöB (sGS 841.1). In tatsächlicher Hinsicht ist unklar, von welchem Preis beim Angebot der Beschwerdeführerin auszugehen ist. Bei einer unrealistisch breiten Preisspanne und einer entsprechend flachen Preiskurve wurde das – ausschlaggebende – vergabefremde Kriterium «Ausbildung Berufsnachwuchs» zwar mit lediglich fünf Prozent gewichtet, jedoch in einer – nachträglich angepassten – Weise gehandhabt, die nicht offenkundig dem Aspekt der Qualität der Ausbildung Rechnung trägt. Unter diesen Umständen erscheint die Beschwerde ausreichend begründet, so dass mangels entgegenstehender überwiegender öffentlicher oder privater Interessen dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen ist.

Verwaltungsgericht, Präsidialverfügung, 25. April 2014

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 5 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) kann die aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn die Beschwerde ausreichend begründet erscheint (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2) und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (vgl. dazu nachfolgend E. 3.1). Die summarisch zu beurteilende Prozessprognose muss für die Gesuchstellerin umso besser sein, je dringlicher das Projekt ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1349).

3.1. Die Gesuchsgegnerin möchte mit dem Bau der Mehrzweckhalle am 28. April 2014 beginnen und macht geltend, die Gewährung der aufschiebenden Wirkung und das «Durchspielen» eines gesamten Beschwerdeverfahrens führe zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen und stehe deshalb dem Gebot des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln entgegen. Inwieweit die Verzögerung des Baubeginns – abgesehen von den mit einem Rechtsmittelverfahren verbundenen Aufwendungen – mit zusätzlichen Kosten, wie beispielsweise Mieten oder Unterhaltskosten für Ersatzräumlichkeiten, verbunden ist, legt die Gesuchsgegnerin nicht konkret dar. Zudem hat sie selbst das Terminkriterium in der Ausschreibung lediglich mit fünf Prozent gewichtet. Die der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen, soweit solche von der Gesuchsgegnerin überhaupt konkret geltend gemacht werden, wiegen dementsprechend nicht besonders schwer.

3.2. Mit der Beschwerde können die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.1) sowie Rechtsverletzungen

einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.2), nicht aber die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB).

3.2.1. In tatsächlicher Hinsicht ist umstritten, mit welchem Preis das Angebot der Gesuchstellerin zu berücksichtigen ist. Sie hat für die Baumeisterarbeiten (BKP 211) einen Preis von CHF 792 481.50 offeriert. Darin wurden Bewehrungen, nämlich je acht Tonnen Stabstähle mit Durchmessern von zehn und zwölf Millimetern (Positionen 511.253 und 254), lediglich mit zehn Rappen pro Kilogramm erfasst. Die Gesuchstellerin behauptet, auf telefonische Nachfrage der Gesuchsgegnerin habe sie die Richtigkeit dieses offerierten Einheitspreises bestätigt und ausdrücklich erklärt, dieser sei auch verbindlich. Ihr Angebot weise somit einen Werklohn von CHF 792 481.50 aus.

Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, die telefonische Rücksprache der Ingenieure K und N von der N AG vom 14. März 2014 mit T habe ergeben, dass die Gesuchstellerin den Preis bewusst eingesetzt habe und bei der Eingabe davon ausgegangen sei, diese Bewehrungspositionen würden gar nicht verwendet. Man habe somit spekuliert. Damit die Offerte weiterhin berücksichtigt werden konnte, habe Cornel Thür die Ingenieure ersucht, bei den beiden Positionen den Einheitspreis von CHF 1.40 pro Kilogramm einzusetzen (Vernehmlassung vom 22. April 2014 S. 3 f.). Die Vorinstanz ging in der Folge von einem Angebotspreis von CHF 814 309.56 (Differenz CHF 21 828.06) aus.

Bei der jetzigen Aktenlage ist unklar, ob die Gesuchstellerin spekulierte und sie – bei einer Berücksichtigung – höhere Kosten der Gesuchsgegnerin in Rechnung stellen oder aber selbst übernehmen würde. Die Ausführungen der Gesuchsgegnerin stehen zudem in einem gewissen Widerspruch zur Berechnung der Schalungspreise beziehungsweise der Bewehrungen, bei denen bei den beiden Positionen im Angebot der Gesuchstellerin mit einer Erhöhung um – und nicht mit einem Preis von – CHF 1.40 je Kilogramm gerechnet wurde (act. 6/13b). Insgesamt ist damit in tatsächlicher Hinsicht unklar, von welchem Preis beim Angebot der Beschwerdeführerin auszugehen ist.

3.2.2. In rechtlicher Hinsicht fällt bei der konkreten Handhabung der Auswahlkriterien auf, dass schliesslich weder das mit 50 Prozent gewichtete Kriterium «Preis» noch die Kriterien «Qualität» (25 Prozent), «Erfahrung» (15 Prozent) und «Termin» (fünf Prozent), sondern das mit lediglich fünf Prozent gewichtete, an sich vergabefremde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 931) Kriterium «Ausbildung Berufsnachwuchs» für den Zuschlag entscheidend war. Damit fragt sich, ob die Handhabung insbesondere der Kriterien des Preises und der Ausbildung vor den vergaberechtlichen Grundsätzen standhält.

3.2.2.1. Beim Kriterium des Preises wurde das tiefste Angebot – nämlich CHF 798 548.75 – mit 50 Punkten bewertet. Das korrigierte Angebot der Gesuchstellerin wich um 1,97 Prozent ab und wurde mit 49 Punkten bewertet. Das Angebot der berücksichtigten Bewerberin belief sich auf CHF 808 014.60, lag 1,19 Prozent über

dem tiefsten Angebot und wurde ebenfalls mit 49 Punkten bewertet. Die mit CHF 1 073 305.80 teuerste, 35,44 Prozent über dem billigsten Angebot liegende Offerte erzielte noch 32 Punkte (act. 6/15). Aus der Benotung des Preiskriteriums sämtlicher Angebote ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerin eine Preiskurve auf der Basis einer Preisspanne von 100 Prozent wählte. Mit anderen Worten wäre ein im Vergleich mit dem billigsten doppelt so teures Angebot beim Kriterium des Preises leer ausgegangen.

Jedes Preisbewertungssystem muss dafür sorgen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht des Kriteriums bei der konkreten Benotung auch tatsächlich zum Tragen kommt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt. Die Abstufung in der Benotung teurerer Objekte darf also nicht so gewählt werden, dass sich die Preisunterschiede nicht oder nur wenig auswirken würden, weil damit das Preiskriterium praktisch selbst dann umgangen würde, wenn ihm bei der Gesamtgewichtung der Kriterien ein hohes Gewicht zugemessen wurde (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 896 und 898).

Die von der Gesuchsgegnerin gewählte Preiskurve geht von einer eher unrealistisch breiten Preisspanne aus und verläuft dementsprechend flach. Das Kriterium des Preises wurde mit 50 Prozent zwar ausreichend gewichtet (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 879 f.), jedoch wirken sich die Preisdifferenzen – insbesondere zusammen mit der konkreten faktischen Handhabung von Qualität, Erfahrung und Termin als Eignungskriterien – nur wenig aus. Umso mehr als die Gesuchsgegnerin zusammen mit der Ausschreibung keine Preiskurve bekannt gab, hätte sie sich bei deren Festlegung an die Preisspanne der eingereichten Angebote halten können (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 901). Dann wäre das teuerste Angebot mit CHF 1 073 305.80 leer ausgegangen. Die Differenz zum billigsten Angebot mit CHF 798 548.75, das heisst CHF 274 757.05 hätte sich auf 50 Punkte verteilt, was rund CHF 5500.– pro Punkt ausgemacht hätte. Das hätte für die Gesuchstellerin zu einer Bewertung ihres – bereinigten – Angebots von CHF 814 309.56 mit 47,2 Punkten (Abzug von rund 2,8 Punkten) geführt. Für die berücksichtigte Bewerberin hätte sich bei ihrem Angebot von CHF 808 014.60 eine Bewertung von 48,3 Punkten (Abzug von rund 1,7 Punkten) ergeben. Damit wäre immerhin vermieden worden, dass sich die drei billigsten Angebote lediglich um einen einzigen Punkt unterschieden hätten.

3.2.2.2. Beim Kriterium «Ausbildung Berufsnachwuchs» ist die Gesuchsgegnerin davon ausgegangen, dass die Gesuchstellerin bei 51 beschäftigten Personen vier Lehrlinge (neun Prozent) und die Beschwerdegegnerin bei 12 beschäftigten Personen drei Lehrlinge (33 Prozent) ausbildet. Sie hat sich dabei an die Angaben der Gesuchstellerin (act. 6/4 S. 91) und der Beschwerdegegnerin (act. 6/6 S. 66) gehalten. Der Beizug von Subunternehmern, von denen nicht bekannt ist, inwieweit sie Berufsnachwuchs ausbilden, wurde nicht berücksichtigt (act. 6/4 S. 84, 6/6 S. 68). Bei der Bewertung der Angebote unter dem Kriterium «Berufsausbildung

Nachwuchs» hat die Gesuchsgegnerin eine Abstufung vorgenommen, indem sie für einen Lehrlingsanteil von mehr als 40 Prozent fünf, für einen Anteil zwischen 30 und 40 Prozent vier, für einen Anteil zwischen 20 und 30 Prozent drei, für einen Anteil zwischen 10 und 20 Prozent zwei Punkte und für einen Anteil unter zehn Prozent einen Punkt vergab. Dies hat dazu geführt, dass das Angebot der Gesuchstellerin mit einem Punkt, jenes der Beschwerdegegnerin mit vier Punkten bewertet wurde.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 Ingress und lit. l VöB darf für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots unter anderem auch die Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung, insbesondere durch Lehrlingsausbildung, berücksichtigt werden. Die Gesuchsgegnerin hat dieses – zulässige – Kriterium mit sozialpolitischer Bedeutung mit fünf Prozent in einem zulässigen Rahmen gewichtet (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 929 ff.) und bei der konkreten Handhabung zu Recht nicht auf die absolute Zahl der Lehrlinge, sondern auf das Verhältnis zur Gesamtzahl der vom Anbieter beschäftigten Personen abgestellt (vgl. VerwGE B 2012/27 vom 3. Juli 2012 E. 3.2). Mit Blick auf die Qualität der Ausbildung hat das Verwaltungsgericht aber auch eine Skala, welche einem Verhältnis zwischen der Zahl der Lernenden und der Zahl der Fachkräfte von zehn bis vierzig Prozent die maximale Punktzahl und davon abweichenden Verhältnissen tiefere Punktzahlen zuordnete, als sachgerecht beurteilt (vgl. VerwGE B 2012/54 vom 3. Juli 2012 E. 3.3.2).

Unter dem Aspekt der Qualität fragt sich, ob das mit vier Punkten bewertete Verhältnis von drei Lehrlingen auf fünf ausgebildete Mitarbeiter und vier Hilfskräfte so viel besser ist als das mit einem Punkt bewertete Verhältnis von vier Lehrlingen – ohne Berücksichtigung von Praktikanten – auf 33 ausgebildete Mitarbeiter und 14 Hilfskräfte. Beim Kriterium «Ausbildung Berufsnachwuchs» handelt es sich zudem neben dem mit einer flachen Kurve erfassten Preis um das einzige bedeutsame und zudem ausschlaggebende Leistungskriterium. Zudem passte die Gesuchsgegnerin dessen Handhabung nach der vorläufigen Bewertung der Angebote durch ein Architekturbüro an (act. 6/14). Die Bewertung der Angebote hält damit vor den zentralen vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz nicht offenkundig stand.

4. Zusammenfassend erscheint die Beschwerde deshalb mit Blick auf die nicht besonders schwergewichtigen öffentlichen und privaten Interessen am sofortigen Vertragsabschluss und der unmittelbaren Arbeitsaufnahme als ausreichend begründet. Dem Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ist deshalb zu entsprechen. Die aufschiebende Wirkung kann wieder entzogen werden, wenn während des Verfahrens festgestellt wird, dass sich die Beschwerde als unbegründet erweist oder die Interessenabwägung insbesondere bezüglich der Dringlichkeit des Vorhabens neu vorzunehmen ist.

II. Zivilrecht

1. Personen-, Familien- und Erbrecht

24

Art. 133 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 80 SchKG (SR 281.1). Die gerichtlich genehmigte Scheidungskonvention stellt in einer vom Kind eingeleiteten Betreibung für den darin vereinbarten Mündigenunterhalt einen Rechtsöffnungstitel dar.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 19. Mai 2014

Aus den Erwägungen:

Der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge steht dem Kind zu; solange es minderjährig ist, wird der Unterhalt (allerdings) durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter oder Inhaber der Obhut erfüllt (Art. 289 Abs. 1 ZGB). Aus dieser Regelung schliessen Lehre und Rechtsprechung vorab, dass der Unterhaltsbeitrag des Kindes bis zur Mündigkeit vom Inhaber der elterlichen Sorge im eigenen Namen in Betreibung gesetzt werden kann und danach – vorbehaltlich einer entsprechenden Vollmacht oder einer Abtretung – vom Kind selber geltend gemacht werden muss (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N 36, mit Hinweisen; vgl. auch BGer 5A_661/2012 E. 4.2.1). Für die Frage der Titelqualität ist mit letzterer Schlussfolgerung insofern nichts gewonnen, als diese Frage von derjenigen nach den Wirkungen eines Scheidungsurteils in Bezug auf Kinderunterhaltsbeiträge zu unterscheiden ist. Allerdings ist allein schon der Umstand, dass sich der zitierte Kommentator im Zusammenhang mit der Frage der Titelqualität eines (Scheidungs-)Urteils mit der Aktivlegitimation im Betreibungsverfahren auseinandersetzt, ein deutlicher Hinweis dafür, dass er von der Titelqualität des Scheidungsurteils zu Gunsten auch des volljährigen Kindes ausgeht. Dies zu Recht: War nach früherem Scheidungsrecht unzulässig bzw. zumindest strittig, ob der Unterhalt überhaupt über die Unmündigkeit hinaus festgelegt bzw. vereinbart werden könnte (vgl. BGE 109 II 371), ist diese Möglichkeit heute gesetzlich vorgesehen (Art. 133 Abs. 1 Satz 2 ZGB) und hält das Bundesgericht dafür, dass von ihr selbst bei Kleinkindern Gebrauch gemacht werden kann (BGE 139 III 401 E. 3.2.2 = Pra 103, 2014, Nr. 26). Bemerkenswert ist dabei das Motiv für Art. 133 Abs. 1 Satz 2 ZGB bzw. die betreffende Rechtsprechung: Es sollte vermieden werden, dass das volljährig werdende Kind zur Vermeidung der Gefährdung seiner Ausbildung gezwungen ist, ein eigenes Verfahren gegen den betreffenden Elternteil zu eröffnen (BGE 129 III 55 E. 3.1.4 = Pra 92, 2013, Nr. 101), wobei dem unterhaltspflichtigen Elternteil unbenommen bleibt, seinerseits im Rahmen einer Abänderungsklage nach Art. 286 Abs. 2 ZGB bei Eintritt der Volljährigkeit überprüfen zu lassen, ob und in welchem Umfang die Voraussetzungen gemäss

Art. 277 Abs. 2 ZGB – danach haben die Eltern, wenn das Kind bei Volljährigkeit noch keine angemessene Ausbildung hat, für seinen Unterhalt aufzukommen, bis eine entsprechende Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann, soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf – noch erfüllt sind (BGer 5A_18/2011 E. 5.1.4). Dieser Zweck würde nun allerdings vereitelt und es wäre nicht der unterhaltspflichtige Elternteil (hier der Schuldner), der eine Abänderung erwirken, sondern das Kind (hier der Gläubiger), das gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB klagen müsste, würde man die Titelqualität einer genehmigten Scheidungskonvention, in welcher Kinderunterhalt über die Unmündigkeit hinaus vereinbart ist, zu Gunsten des volljährigen Kindes verneinen. Einem solchen Genehmigungsentscheid ist diese Titelqualität vielmehr im Sinn einer Art Entscheid zu Gunsten eines Dritten zuzuerkennen. An dieser Schlussfolgerung ändert der Hinweis des Schuldners auf Wullschleger (FamKomm, Scheidung, Allg. Bem. zu Art. 276–293, N 17b) nichts. Im Gegenteil, der Kommentator bestätigt an der fraglichen Stelle ausdrücklich, dass die über die Unmündigkeit hinaus getroffene Unterhaltsregelung zwar nicht das Kind, wohl aber die Eltern (untereinander) binde, was im Zusammenhang mit dem Hinweis auf die (eingeschränkte) Möglichkeit der Abänderung (durch das Kind) nichts anderes heissen kann, als dass auch er von der Verbindlichkeit für den Unterhaltsverpflichteten ausgeht, womit zwingend die Titelqualität verknüpft ist.

…

Im Sinn eines Zwischenergebnisses ist damit festzuhalten, dass das Scheidungsurteil vom 15. März 2011 auch zu Gunsten des in der Zwischenzeit volljährigen Gläubigers einen Rechtsöffnungstitel i. S. v. Art. 80 SchKG darstellt, der ihn berechtigt, für den darin mit Fr. 1000.–/Monat festgehaltenen Unterhaltsbeitrag definitive Rechtsöffnung zu erwirken.

25

Art. 176 und Art. 205 Abs. 3 ZGB (SR 210); Art. 81 Abs. 1 SchKG (SR 281.1). Behandlung offener Unterhaltsbeiträge aus einer Trennungsregelung im Rechtsöffnungsverfahren, wenn deren Behandlung im Scheidungsurteil unklar ist.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 27. August 2014

Gegenstand einer Betreibung bzw. eines Rechtsöffnungsbegehrens bilden offene Kinderunterhaltsbeiträge und als persönlicher Unterhalt geschuldete Ausgleichsansprüche einer Ehefrau, welche diese gestützt auf eine Trennungsvereinbarung aus

dem Jahr 2007 geltend macht. Die Forderungen betreffen mit den Monaten Januar 2009 bis Februar 2010 bzw. die Jahre 2008 und 2009 eine Zeitspanne, welche vor dem Scheidungsurteil vom 27. Oktober 2011 liegt. Zu prüfen ist die Frage, ob die Forderungen im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung erledigt worden sind.

Aus den Erwägungen:

In BGer 5A_803/2010 E. 3 verweigerte das Bundesgericht einer unterhaltsberechtigten Ehefrau die Geltendmachung von gerichtlich zugesprochenen, aber unbezahlt gebliebenen, in einem Pfändungsverlustschein verurkundeten Unterhaltsforderungen mit der Begründung, die Ehefrau hätte diesen Unterhalt im Scheidungsverfahren geltend machen müssen. Da sie dies nicht getan und das Gericht im Scheidungsurteil in Anlehnung an die entsprechenden Erklärungen der Parteien festgehalten habe, die Ehegatten seien güterrechtlich auseinandergesetzt, bedeute dies, dass – abgesehen vom gerichtlich festgelegten Ausgleichsanspruch – keiner vom anderen mehr etwas zu fordern habe. Dass sich die Parteien nicht «per Saldo» als auseinandergesetzt erklärt hätten, ändere daran nichts, da nicht ersichtlich sei und näher begründet werde, weshalb es im gegebenen Fall einer Saldoerklärung bedurft hätte, um die Forderung aus Unterhaltsschuld im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung untergehen zu lassen. In BGer 5A_608/2010 E. 3 bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung insofern, als es «eherechtliche Unterhaltsleistungen, die gestützt auf Art. 137 Abs. 2 ZGB zugesprochen worden waren, im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes aber noch unbezahlt und (…) bestritten waren», ebenfalls als Schulden qualifizierte, über die anlässlich der Beendigung des Güterstandes abgerechnet werden müsse (E. 3.2.2). Gestützt auf diese allgemeine Erwägung hielt es dafür, dass die Feststellung des Scheidungsrichters, die Parteien seien «per Saldo aller ehe- und güterrechtlichen Ansprüche auseinandergesetzt», nach allgemeinem Verständnis nichts anderes bedeute, als dass eine umfassende Abrechnung stattgefunden habe und demzufolge keine Partei von der anderen mehr etwas fordern könne, mit der Folge, dass auch der vor Bundesgericht hängige Rechtsstreit, in welchem es um Unterhaltsbeiträge während bestimmter Zeitabschnitte gehe, als erledigt abzuschreiben sei. In BGer 5A_869/2011 schliesslich stellte das Bundesgericht fest, die definitive Rechtsöffnung für rechtskräftig zugesprochenen Ehegattenunterhalt (und eine Parteientschädigung) dürfe nur dann verweigert werden, wenn die vom Schuldner erhobene Einwendung des Untergangs aus einer völlig eindeutigen Urkunde hervorgehe, was beim in Frage stehenden, mit einer Saldoklausel betreffend das Güterrecht versehenen Scheidungsurteil und der dagegen erhobenen, pendenten Berufung nicht der Fall sei, da weitere Abklärungen insbesondere zum Umfang der Saldoklausel und der güterrechtlichen Ausgleichszahlung erforderlich seien.

BGer 5A_608/2010 spricht zwar von «im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstands» noch nicht bezahlten Unterhaltsleistungen, was an sich darauf schliessen

liesse, die Annahme des Verzichts gelte nur für Unterhaltsschulden, welche vor Einleitung des Scheidungsverfahrens – gemäss Art. 204 Abs. 2 ZGB wird die Auflösung des Güterstands bei der Scheidung auf den Tag zurückbezogen, an dem das (Scheidungs-)Begehren eingereicht worden ist – entstanden und fällig geworden sind. Aus dem Umstand, dass der Entscheid die gestützt auf Art. 137 Abs. 2 ZGB, also die für die Dauer des Scheidungsverfahrens (und allenfalls für ein Jahr davor) verfügten Unterhaltsbeiträge nennt und es im vom Bundesgericht beurteilten Fall um Unterhaltsbeiträge ging, welche die Zeit nach Einleitung des Scheidungsverfahrens betrafen, kann allerdings geschlossen werden, dass das Bundesgericht tatsächlich auch die nach Auflösung des Güterstands bis zum Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung fällig gewordenen Unterhaltsbeiträge meint, mit der Konsequenz, dass, wendet man die bundesgerichtliche Rechtsprechung im vorliegenden Fall an, über die nach der per 30. November 2007 vereinbarten Gütertrennung fällig gewordenen Unterhaltsansprüche im Scheidungsverfahren hätte abgerechnet werden müssen. Hier scheitert die Annahme, die fehlende Auseinandersetzung über die offenen Unterhaltsbeiträge gemäss Eheschutzvereinbarung rechtfertige die Annahme eines Forderungsverzichts, aber an Folgendem: Die offenen Kinderunterhaltsansprüche hätte A. A. zwar in eigenem Namen geltend machen können; Gläubiger der Forderung waren und blieben aber die Kinder. Damit fehlte es im Sinn der Rechtsprechung an der gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG erforderlichen Liquidität für die Annahme, es habe sich (auch) bei den Kinderunterhaltsbeiträgen um eine eheliche Forderung gehandelt, über welche im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung hätte abgerechnet werden müssen. In Bezug auf beide Positionen, also Kinderunterhalt und persönliche Ausgleichsansprüche, sodann ist ebenfalls im Sinn der eingangs aufgeführten Rechtsprechung von der relativen Unklarheit des Scheidungsurteils vom 27. Oktober 2011 auszugehen. Vorab fällt in diesem Zusammenhang auf, dass das Gericht nur in den Erwägungen, nicht aber im Dispositiv festhält, mit dem Ausgleichsanspruch von B. A. über Fr. 163 663.45 seien die Ehegatten «im Übrigen (…) in güterrechtlicher Hinsicht auseinandergesetzt». Sodann beschränkt sich die Feststellung des Gerichts auf das Eigengut und die Errungenschaft, während es sich bei den hier zur Diskussion stehenden Ansprüchen gerade nicht um im Eigengut bzw. in der Errungenschaft begründete Forderungen handelt. Unter dem gegebenen Umständen wäre es daher Sache des Sachgerichts, d. h. des Kreisgerichts, Klarheit über die Bedeutung seiner Regelung zu schaffen, und kann im vorliegenden Verfahren nicht mit ausreichender Sicherheit vom Untergang der noch offenen Forderungen aus der Trennungsvereinbarung vom 7./12. Dezember 2007 ausgegangen werden.

26

Art. 301a ZGB (SR 210). Bei gemeinsamem Sorgerecht bzw. im Massnahmeverfahren ist ein Rechtschutzinteresse des Vaters an einer Weisung, der Mutter sei es zu verbieten, mit den Kindern umzuziehen, in der Regel nicht gegeben. An das behördliche Verbot eines Aufenthaltsortswechsels des Kindes, welches auch den Umzug des hauptsächlich betreuenden Elters verunmöglicht, sind sehr hohe Anforderungen zu stellen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 21. November 2014

Zwischen den Eheleuten ist ein Scheidungsverfahren hängig. Die Ehefrau beabsichtigt, mit den zwei gemeinsamen, minderjährigen Kindern so bald als möglich nach Österreich umzuziehen. Der Ehemann verlangt daraufhin, dieser sei unter Strafandrohung die Weisung zu erteilen, den Wohnsitz der Kinder während des Scheidungsverfahrens nicht ins Ausland zu verlegen.

Aus den Erwägungen:

II.7. Seit der Sorgerechtsreform liegt das Aufenthaltsbestimmungsrecht von Gesetzes wegen bei beiden Eltern. Die Vorinstanz stellte daher zu Recht fest, ein Wegzugsverbot sei nicht nötig (…). Ist schon gesetzlich vorgesehen, dass Eltern gemeinsam über den Aufenthaltsort der Kinder entscheiden müssen und nicht einfach ein Elternteil mit diesen wegziehen darf, ist nämlich ein Rechtschutzinteresse des Vaters an einer Weisung mit Umzugsverbot nicht gegeben. Vielmehr hätte es der Mutter oblegen, zu beantragen, mit den Kindern wegziehen zu dürfen. Das hat sie im Massnahmeverfahren aber nicht getan. Weisungen, welche ein Umzugsverbot beinhalten, sind entsprechend für Eltern ohne Sorgerecht gedacht. Hier ist der Vater aber ebenfalls Inhaber des Sorgerechts. Auf das Begehren des Vaters, der Mutter sei unter Strafandrohung zu verbieten, den Wohnsitz der Kinder während des Scheidungsverfahren ins Ausland zu verlegen, ist daher nicht einzutreten.

8. Weisungen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB gehören zu den Kindesschutzmassnahmen. Sie umfassen sämtliche Bereiche elterlichen Handelns (BaslerKomm/Breitschmid, Art. 307 ZGB, N 19) und sind an drei Voraussetzungen geknüpft: Die Behörde soll erst eingreifen, wenn die Kompetenzen der Eltern nicht mehr genügen (Subsidiarität), und nur das tun, was es braucht, um dieses Defizit auszugleichen (Komplementarität). Die Intervention soll so mild als möglich, aber auch so stark wie nötig ausfallen (Proportionalität; vgl. dazu Büchler/Vetterli, Ehe Partnerschaft Kinder, 245; BaslerKomm/ Breitschmid, Art. 307 ZGB, N 8; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, Rz. 27.09 ff.).

Hier ist eine Weisung nicht notwendig, weil die Mutter vorläufig in der Schweiz bleibt und dazu auch gesetzlich verpflichtet ist. Besteht für eine Weisung aber keine Notwendigkeit, ist eine solche unzulässig.

9. Ohnehin bleibt zu bemerken, dass eine Weisung an die Eltern, ihr Kind nicht ins Ausland zu verbringen, ein schwerwiegender Eingriff in die persönliche Freiheit der Eltern und des Kindes bedeutet (Cottier, Weibliche Genitalverstümmelung, zivilrechtlicher Kindesschutz und interkulturelle Verständigung, FamPra.ch 2005, 698, 711). In der Literatur wird folglich, soweit ersichtlich, überwiegend die Meinung vertreten, an das behördliche Verbot eines Aufenthaltsortswechsels des Kindes, welches faktisch auch den Umzug des hauptsächlich betreuenden Elternteils verunmöglicht, seien sehr hohe Anforderungen zu stellen; ein Verbot solle nur in Extremfällen ausgesprochen werden, wenn das Kindeswohl in Anlehnung an Art. 310 ZGB schwerwiegend gefährdet werde (Fassbind, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, AJP 2014 692, 697 f.). Begründet wird das damit, dass der Versuch der Perpetuierung des Ist-Zustandes jeglicher Alltagserfahrung und Vernunft widerspreche. Motive des Aufenthaltswechsels seien demnach nicht zu ergründen (Fassbind, a.a.O., AJP 2014 692, 699). Ein solcher ist auch nach Meinung von Bucher (Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehung, 7. Symposium zum Familienrecht 2013, 37, N. 129) in der Regel gutzuheissen. Nach Büchler/Maranta (Das neue Recht der elterlichen Sorge, Jusletter vom 11. August 2014, Rz. 84) entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, einen Umzug nur ausnahmsweise – wie bei einem offenbaren Rechtsmissbrauch – zu untersagen. Entsprechend heisst es im Bericht des Bundesamtes für Justiz vom Mai 2014, der «Zügelartikel» habe nicht die Absicht, einem umzugswilligen Elternteil den Umzug zu verbieten, sondern es gehe vielmehr darum, bei Bedarf den persönlichen Verkehr und den Unterhalt anzupassen (S. 15, mit Verweisung auf das Votum von Bundesrätin Simonetta Sommaruga). Gloor/Schweighauser (Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014 1, 4) verweisen ebenfalls auf das entsprechende Votum von Bundesrätin Simonetta Sommaruga und auf die vorrangige Orientierung am Kindeswohl (so auch OGer ZH in ZR 2013 157, E. 4.5).

10. Die Mutter hat ihren Umzugswunsch hier begründet; ihre Überlegungen sind nachvollziehbar (…). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ist nicht ersichtlich. Eine Kindeswohlgefährdung bestünde bei einem Wegzug offensichtlich nicht, da die Kinder bei ihrer Hauptbezugsperson blieben, was gerade bei kleinen Kindern die notwendige Stabilität und Kontinuität garantiert. Ausserdem kann das Besuchsrecht des Vaters geregelt werden, auch wenn die Kinder in (…) leben, zumal der öffentliche Verkehr ein gutes Angebot bereithält. Ohnehin kann es nicht Sache des Gerichts sein, im Einzelnen zu prüfen, wo die Voraussetzungen für ein gutes Gedeihen der Kinder besser sind, zumal auch das – nicht überprüfbare – subjektive Wohlbefinden der Bezugsperson die Gesundheit der Kinder wesentlich beeinflusst. Vielmehr muss sich das Gericht vor allem darauf beschränken können, zu überprü-

fen, ob, basierend auf dem Kindeswohl, ein Umzug sorgfältig überlegt und nicht rechtsmissbräuchlich ist.

Dass ein Umzug – nach im Massnahmeverfahren naturgemäss vorläufiger Überprüfung – im Kindeswohl liegt, gilt umso mehr, als der Vater hier wiederholt und schon im Eheschutz seinen Wegzug (in sein Heimatland) angekündigt hatte (…), ohne Rückkehr in die Schweiz (…). Erst an der Hauptverhandlung gab er an, er gehe nicht (in sein Heimatland) zurück (…). Es erscheint als nahezu rechtsmissbräuchlich, wenn der Vater einen Wegzug aus der Schweiz für sich immer wieder als Option offen hält, dasselbe der Mutter aber verbieten will. Das gilt umso mehr, als die Eltern hier wissentlich eine binationale Ehe eingegangen sind und die Mutter selbst nach Wahrnehmung des Vaters in der Schweiz keine Wurzeln und keine Zukunft mehr hat (…).

11. Der Vater stellt sodann den Eventualantrag, es sei vorzumerken, dass sich die Ehefrau mit einer allfälligen Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland vor rechtskräftigem Abschluss des Scheidungsverfahrens des Entziehens Minderjähriger gemäss Art. 220 StGB strafbar machen würde. Ein Feststellunginteresse (vgl. dazu Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 6.1. ff.) besteht hier offensichtlich nicht und auf die Berufung kann daher auch diesbezüglich nicht eingetreten werden. Im Übrigen wird auf die eingehenden Erwägungen im vi Entscheid (…) verwiesen.

27

Art. 482 ZGB (SR 210). Qualifikation einer letztwilligen Verfügung als Auflage (E. III 2.b). Keine lästige oder unsinnige Auflage nach Art. 482 Abs. 3 ZGB (E. III 2.c). Durchsetzung der Auflage durch den Willensvollstrecker auch gegen den übereinstimmenden Willen der Erben (E. III 2.d).

Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 20. Juni 2014

Aus den Erwägungen:

I.

1. Am XX. Juni 19XX errichtete E. eine eigenhändige letztwillige Verfügung mit folgendem Inhalt:

> Ich, der unterzeichnete E., geb. XX von O.SG, wohnhaft A., verfüge als meinen letzten Willen was folgt:

1) Sämtliche bisherigen letztwilligen Verfügungen werden hiermit widerrufen und durch diese neue Verfügung ersetzt.
2) Ich unterstelle meinen Nachlass dem schweizerischen Recht.
3) Vorab ist von meinem Nachlass folgendes Barvermächtnis auszurichten:
(…)
4) Für den nach Ausrichtung des genannten Vermächtnisses vorhandenen Nachlass verfüge ich als Änderung zur gesetzlichen Erbfolge was folgt:
Meine Ehefrau F. erhält 3/8 meines Nachlasses. Meine Tochter T., geb. XX, erhält 5/8 meines Nachlasses. Sollte ich gleichzeitig mit oder nach meiner Ehefrau sterben, ist T. Alleinerbin meines ganzen Nachlasses.
5) Als Teilungsvorschrift bestimme ich, dass meine Ehefrau das Recht hat, frei zu wählen, welche Vermögenswerte sie in Anrechnung an ihre güter- und erbrechtlichen Ansprüche aus dem Nachlass zu Eigentum übernehmen will. Insbesondere ist sie berechtigt, sämtliches Grundeigentum zu Alleineigentum zu übernehmen, und die Erbansprüche von T. in bar oder durch Abgeltung mit Sachwerten abzufinden.
6) Den Erbanspruch von T. verbinde ich mit folgender Auflage:
Der Pflichtteil (3/8) ist T. gemäss Ziff. 5 auszurichten. Für die Quote von 2/8 des Nachlasses beauftrage ich meine Willensvollstrecker mit der gemeinsamen Vermögensverwaltung. Das Kapital ist gemäss Anlagestrategie «Ausgewogen» der Bank B.AG Zürich, zu investieren. Spekulative Anlagen insbesondere Investitionen in derivative Produkte sind ausdrücklich ausgeschlossen. Bei der Bank B.AG ist ein entsprechendes Depot zu eröffnen. Das Kapital und die Erträge sind meiner Tochter T. in 15 Jahresraten beginnend ab dem 40. Lebensjahr, jeweils an ihrem Geburtstag, auszuzahlen. Das Restkapital ist ihr spätestens mit Vollendung ihres 55. Lebensjahres vollständig auszuzahlen.
7) Es ist mein Wunsch, kremiert und in M. beigesetzt zu werden.
8) (…)
9) Mit der Liquidation und Teilung meines Nachlasses beauftrage ich als meine gemeinsamen Willensvollstrecker die Bank B.AG (…) Zürich und Herrn W. (…).

E. verstarb am XX. September 19XX und hinterliess als Erbinnen seine Tochter T. (Klägerin 1) und seine Ehefrau F. (Klägerin 2). Das genannte Testament wurde am XX. Oktober 19XX amtlich eröffnet. Die vom Verstorbenen als Willensvollstreckerin eingesetzte Bank B.AG legte das Mandat kurze Zeit nach der Übernahme wieder nieder. Es verblieb der vom Verstorbenen ebenfalls zum Willensvollstrecker ernannte W. (Beklagter), der das Mandat annahm und weiterführte.

Im Jahr 2002 legte der Beklagte den Klägerinnen den Entwurf einer Vereinbarung für eine partielle Erbteilung vor, welche in der Folge jedoch nicht zustande kam. Am XX. Januar 2011 unterzeichneten die Parteien einen Erbteilungsvertrag (…). Darin erklärte sich der Beklagte damit einverstanden, dass die Klägerin 1 ihre von der Auflage betroffenen 2/8 des Nachlasses sofort ausbezahlt erhalten solle. Zur Absicherung sollte ein Inhaberschuldbrief über 3 Mio. Franken, lastend auf einem Grundstück der Klägerin 1, erstellt und an einem noch zu bestimmenden Ort deponiert werden. Mit Vereinbarung vom XX. Juni 2011 ergänzten bzw. änderten die Klägerinnen den Teilungsvertrag. Sie hielten insbesondere fest, sie würden darauf verzichten, einen Inhaberschuldbrief zu erstellen und dem Willensvollstrecker auszuhändigen; den Willensvollstrecker befreiten sie gleichzeitig von jeglicher Haftung in Bezug auf die Nichtbeachtung der Auflage gemäss Ziff. 6 der letztwilligen

Verfügung. Schliesslich wiesen sie den Beklagten an, die Teilung gemäss dieser Vereinbarung umgehend zu vollziehen und danach sein Mandat abzuschliessen. Dieser liess jedoch am XX. August 2011 den Klägerinnen mitteilen, dass er an der Auflage gemäss Ziff. 6 der letztwilligen Verfügung festhalten und daher die mit Schreiben vom XX. Juli 2011 erhaltene Ergänzung bzw. Abänderung des Erbteilungsvertrages nicht akzeptieren werde.

(…)

II.

(…)

III.

(…)

2. Die Klägerinnen beantragen im Rahmen ihrer Leistungsklage, der Beklagte sei zu verpflichten, den Erbteilungsvertrag (…) und dessen Ergänzung bzw. Abänderung (…) zu vollziehen, die Erbschaft herauszugeben und hernach das Mandat zu beenden.

Einig sind sich die Parteien, dass der nicht mit einer testamentarischen Auflage belastete Teil des Nachlasses mittlerweile vereinbarungsgemäss verteilt worden ist. Nachdem die Klägerinnen nicht bereit sind, den vom Willensvollstrecker mitunterzeichneten Erbteilungsvertrag (…) ohne Ergänzung zu vollziehen, und der Beklagte seinerseits dessen Vollzug nicht geltend macht, bleiben damit einzig der Auszahlungszeitpunkt des noch nicht ausgelieferten Nachlasses an die Klägerin 1 und insbesondere die Frage umstritten, ob der Willensvollstrecker befugt bzw. verpflichtet ist, den in Ziff. 6 der letztwilligen Verfügung festgehaltenen erblasserischen Willen bezüglich der Vermögensverwaltung und der Auszahlungsmodalitäten der der Tochter über den Pflichtteil hinaus zukommenden verfügbaren Quote gegen den übereinstimmenden Willen der Erbinnen durchzusetzen. Die Klägerinnen unterstreichen ihre vor Vorinstanz vertretene Rechtsauffassung in der Berufung mit einem in die Berufungsschrift eingefügten Kurzgutachten von Prof. Dr. P., welcher eingangs zusammenfassend festhält, dass ohne besonders qualifizierende Anordnungen der erblasserische und damit auch der willensvollstreckerliche Herrschaftsbereich mit umfassender Einigung der Erben ende. Der Beklagte qualifiziert das Kurzgutachten als Gefälligkeitsgutachten, dessen Titel «Kurzgutachten zur Vorgehensweise des Willensvollstreckers nach umfassender Einigung der Erben über die Erbteilung bei gegenstandslos gewordener Auflage» das Ergebnis schon vorwegnehme. Die unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien werden im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen nachfolgend zu beurteilen sein.

(…)

b) Vorerst gilt es zu prüfen, ob es sich bei der in Ziff. 6 des Testamentes festgehaltenen erblasserischen Anordnung um eine Auflage handelt.

aa) Eine Auflage im Sinne von Art. 482 ZGB ist die aus einer Verfügung von Todes wegen für einen gesetzlichen oder eingesetzten Erben oder einen Vermächtnisnehmer entspringende Verpflichtung, etwas zu tun oder zu unterlassen, ohne

dass jemand ein Forderungsrecht erhält. Im Unterschied zum unverbindlichen Wunsch oder Rat begründet die Auflage jedoch einen klagbaren Anspruch der interessierten Personen auf Vollziehung (PraxKomm Erbrecht-Schürmann, Art. 482 N 15; BSK ZGB II-Staehelin, Art. 482 N 14 und 19; BK-Weimar, N 2 zu Art. 482 ZGB; BGE 99 II 375 E.7.a). Abgrenzen lässt sich die Auflage von der Teilungsvorschrift im Sinne von Art. 608 ZGB, mit welcher der Erblasser ein bestimmtes Teilungsverfahren festlegen oder Vorschriften über die Verteilung der Erbschaftsgegenstände machen kann und welche einen obligatorischen Anspruch gegen die Miterben begründet (BSK ZGB II-Schaufelberger/Lüscher, Art. 608 N 1; BSK ZGB II-Staehelin, Art. 482 N 20; PraxKomm Erbrecht-Schürmann, Art. 482 N 18; BK-Weimar, N 3 zu Art. 482 ZGB; Stein-Wigger, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, in: AJP 10/2001, S. 1135 ff., S. 1137 f.). Ein Teil der Lehre qualifiziert die Teilungsvorschrift allerdings auch als eine Art der Auflage, mittels welcher der Erblasser die Erben zur Vornahme einer bestimmten Teilung anhalten will (Druey, Grundriss des Erbrechts, § 11 N 24; Uffer-Tobler, Die erbrechtliche Auflage, S. 68 ff.).

Mit einer Auflage kann der Erblasser entweder eigene Interessen, Interessen Dritter oder Interessen des Auflagebeschwerten selbst verfolgen (BK-Weimar, N 23 zu Art. 482 ZGB; Uffer-Tobler, a.a.O., S. 10 ff.). Im Rahmen seiner Verfügungsfreiheit kann der Erblasser von Todes wegen u. a. auch mittels Auflage verfügen; entgegen der Auffassung der Klägerinnen findet diese Verfügungsfreiheit nicht an der Universalsukzession der Erben ihre Grenze. Allerdings darf der Pflichtteil nicht durch eine Auflage einschränkt werden (Art. 470 Abs. 1 ZGB; BSK ZGB II-Staehelin, Art. 482 N 22; PraxKomm Erbrecht-Schürmann, Art. 482 N 25). Unsittliche oder rechtswidrige Auflagen führen nach dispositiver gesetzlicher Regelung zur Ungültigkeit der damit verbundenen Verfügung (Art. 482 Abs. 2 ZGB; PraxKomm Erbrecht-Schürmann, Art. 482 N 41); unsinnige oder für andere Personen lästige Auflagen werden als nicht vorhanden betrachtet (Art. 482 Abs. 3 ZGB).

bb) Der Erblasser leitete Ziff. 6 seines Testamentes wie folgt ein: «Den Erbanspruch von T. verbinde ich mit folgender Auflage». Anschliessend beauftragte er die Willensvollstrecker, die über den Pflichtteil seiner Tochter hinausgehende Quote von 2/8 des Nachlasses zu verwalten. Das Kapital sei gemäss der Anlagestrategie «Ausgewogen» und keinesfalls spekulativ anzulegen; ausdrücklich ausgeschlossen wurden derivative Produkte. Weiter seien der Tochter das Kapital und die Erträge in 15 Jahresraten, beginnend ab dem 40. Lebensjahr, auszuzahlen. Das Restkapital sei spätestens mit Vollendung ihres 55. Lebensjahrs vollständig auszuzahlen.

Inhaltlich ist die Klausel – wie das gesamte Testament – gut verständlich und eindeutig und damit nicht auslegungsbedürftig (vgl. BGer 5A_914/2013 E.2.1). Der individuelle und spezifizierte Wille des Erblassers tritt klar zu Tage und es handelt sich keineswegs um eine «übliche Floskel» oder «diffus umrissene» Verwaltungsanordnung (Berufung, S. 10 und 13). Ebenso wenig handelt es sich (anders als Ziff. 5 des Testamentes) um Vorschriften über die Verteilung der Erbschaftsgegen-

stände unter den Erben oder über ein bestimmtes Teilungsverfahren und damit nicht um eine Teilungsvorschrift im Sinne von Art. 608 ZGB. Denn die Aufteilung des Nachlasses zwischen den Erbinnen ist von der Anordnung in Ziff. 6 des Testaments nicht betroffen. Es handelt sich hier lediglich um eine Anordnung des Erblassers, welche den über den Pflichtteil der Klägerin 1 hinausgehenden Teil ihres Erbteils betrifft; dieser soll entsprechend den Vorgaben des Erblassers angelegt, verwaltet und der Klägerin 1 sukzessive ausgeliefert werden, wobei der Erblasser mit der Durchführung die Willensvollstrecker beauftragte. Dies entspricht dem möglichen Inhalt sowie dem Wesen einer Auflage. Es geht entgegen der Auffassung der Klägerinnen weder um eine Teilungsvorschrift bzw. um ein zeitweiliges Teilungsverbot – hat doch die Klägerin 2 ihren ganzen Anteil unbelastet entgegennehmen können – noch um eine blosse Verwaltungsanordnung gegenüber den Willensvollstreckern.

Der Erblasser unterschied in seiner letztwilligen Verfügung denn auch begrifflich präzis zwischen Vermächtnis (Ziff. 3), Teilungsvorschrift (Ziff. 5), Auflage (Ziff. 6) und Wunsch (Ziff. 7). Dabei hat er – neben dem Begriff der Auflage – auch sämtliche anderen Begriffe entsprechend ihrer rechtlichen Bedeutung verwendet. Dies spricht ebenfalls dafür, dass es sich bei Ziff. 6 des Testamentes um eine Auflage handelt, die im Übrigen den Pflichtteil der beschwerten Klägerin 1 nicht einschränkt.

Schliesslich gehen wohl auch die Klägerinnen von einer Auflage aus, bezeichnen sie diese doch jeweils in den Schreiben vor Klageeinreichung sowie in den Rechtschriften danach grundsätzlich als solche.

Dass die Auflage unsittlich oder rechtswidrig und daher ungültig wäre, ohne die Zuweisung der verfügbaren Quote an die Klägerin 1 dahinfallen zu lassen (vgl. Art. 482 Abs. 2 ZGB), machen die Klägerinnen nicht geltend.

c) Nachdem feststeht, dass es sich bei der fraglichen erblasserischen Anordnung um eine Auflage handelt, ist zu prüfen, ob diese – wie von den Klägerinnen in der Berufung neu geltend gemacht – gemäss Art. 482 Abs. 3 ZGB lästig oder unsinnig und damit nichtig ist.

aa) Gemäss Art. 482 Abs. 3 ZGB werden Auflagen, die lediglich für andere Personen lästig oder unsinnig sind, als nicht vorhanden betrachtet. Lästig sind Auflagen, an deren Erfüllung niemand ein Interesse hat und die überdies eine andere Person als den Beschwerten belästigen. Dies kann z.B. der Fall sein bei Auflagen, die vom Beschwerten ein Verhalten verlangen, das – ohne nützlich zu sein – Dritte nur belästigt. Als unsinnig werden Auflagen bezeichnet, denen auch im Wege der Auslegung kein objektiv nachvollziehbarer Zweck abzugewinnen ist, die im Widerspruch zu einer anderen Verfügung stehen oder die den Beschwerten selber lächerlich machen (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 482 N 42 f.; BK-Weimar, N 112 f. zu Art. 482 ZGB; PraxKomm Erbrecht-Schürmann, Art. 482 N 51 ff.; Wolf/Genna, Schweizerisches Privatrecht IV/1, S. 321; Uffer-Tobler, a.a.O., S. 123 f.).

bb) Ob der Erblasser mit seiner Auflage spekulative Vermögensanlagen verhindern wollte, um das Verlustrisiko zu minimieren, oder ob ihm spekulative Anlagen aus anderen Gründen zuwider waren, ob er dabei die Interessen der Auflagebeschwerten oder andere Motive im Blick hatte, kann dahingestellt bleiben. Dass das betroffene Kapital gemäss der Anlagestrategie «Ausgewogen» und keinesfalls spekulativ angelegt werden sollte, erscheint jedenfalls nicht als unvernünftig und damit unsinnig. Indem der Erblasser die Auszahlung des Kapitals und der Erträge in 15 Jahresraten an die Erbin anordnete, überlässt er ihr stückweise die Verfügungsfreiheit darüber und befristet gleichzeitig die Auflage bis zu ihrem 55. Geburtstag. Auch diese Anordnung im Rahmen einer Auflage kann nicht als unsinnig im umschriebenen Sinn bezeichnet werden, zumal die Klägerin 1 mit dem Pflichtteil bereits einen beträchtlichen Betrag zur freien Verfügung erhalten hat und ihr so ein Teil des nach Anordnung des Erblassers konservativ verwalteten Vermögens für später erhalten bleibt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Willensvollstrecker einen Schutzbedarf nachzuweisen hätte (vgl. Berufung, S. 8 und 13), um die Auflage gemäss erblasserischem Willen zu vollziehen. Wenn von Seiten der Klägerinnen nun ins Spiel gebracht wird, die zugestandenermassen im Ansatz durchaus nicht unvernünftige «erzieherische Auflage» habe sich biografisch überlebt (was die Klägerinnen ohnehin erst in der Berufung und damit verspätet mit einem Curriculum vitae der Klägerin 1 belegen), sie sei «zwecklosleerlaufend» und gegenstandslos geworden, so macht dies die Auflage noch nicht zu einer unsinnigen im genannten Sinn (vgl. vorstehend aa), die nun ohne Weiteres als nicht vorhanden zu betrachten wäre. Die übereinstimmende Sicht der Erbinnen darüber, dass sie die Auflage nicht beachten wollen, ist ohnehin nicht entscheidend, um die Auflage zu einer unsinnigen gemäss Art. 482 Abs. 3 ZGB zu machen. Weshalb die Auflage ihren Zweck durch die umfassende Einigung der Erbinnen verloren haben soll (Berufung, S. 10), ist nicht nachvollziehbar. Folglich ist die fragliche Auflage – unabhängig vom Schutzbedarf der Beschwerten, der sich im Übrigen seit der Testamentserrichtung, als die Klägerin bereits 27-jährig war, objektiv gesehen kaum wesentlich geändert haben dürfte – nicht unsinnig im Sinne von Art. 482 Abs. 3 ZGB.

Die Auflage erweist sich auch nicht im Sinne von Art. 482 Abs. 3 ZGB als lästig und damit unbeachtlich. Die Klägerinnen argumentieren, dass sich die Auflage wegen des (behaupteten) Wegfalls der Schutzbedürftigkeit der Klägerin 1 (seit der Testamentserrichtung) und weil kein schützenswertes Interesse eines Dritten an der Auflage ersichtlich sei, bloss noch als lästig erweise. Im Sinne von Art. 482 Abs. 3 ZGB ist die umstrittene Auflage schon deshalb nicht lästig, weil dadurch jedenfalls keine andere Person als die Beschwerte belästigt wird.

d) Nachdem die Auflage weder lästig noch unsinnig im Sinne von Art. 482 Abs. 3 ZGB ist, bleibt die Frage zu klären, ob der Willensvollstrecker die Auflage gegen den übereinstimmenden Willen der Erbinnen durchsetzen kann.

aa) Zur Vollziehung von Auflagen verpflichtet sind die beschwerten Erben oder Vermächtnisnehmer und – wenn vorhanden – auch Willensvollstrecker und Erb-

schaftsverwalter (BK-Künzle, N 11 zu Vorbemerkungen zu Art. 517–518 ZGB; BSK ZGB II-Staehelin, Art. 482 N 27; BK-Weimar, N 37 zu Art. 482 ZGB; PraxKomm Erbrecht-Schürmann, Art. 482 N 32; Uffer-Tobler, a.a.O., S. 82; Brückner/Weibel, Die erbrechtlichen Klagen, N 277; Künzle, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, S. 66; Piotet, Schweizerisches Privatrecht IV/1, S. 149; Chevalier/Sutter-Somm, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, in: Successio 2007, S. 20 ff., S. 36; Iten, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers – Sorgfaltspflichten und andere ausgewählte Rechtsprobleme, N 299; BGer 5C_311/2001 E.2.b). Zum Vollzug von Auflagen kann eine Willensvollstreckung auf Dauer angelegt werden (BK-Künzle, N 11 zu Vorbemerkungen zu Art. 517–518 ZGB; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 9; vgl. auch BGer 5A_914/2013 E.3.4).

Weiter kann jeder, der an der Vollziehung einer Auflage ein Interesse hat, dies in einer entsprechenden Zivilklage verlangen (Art. 482 Abs. 1 ZGB), wobei das Interesse rechtlicher, tatsächlicher, materieller oder ideeller Natur sein kann. Legitimiert sind neben allfälligen Begünstigten, Erben und Vermächtnisnehmern insbesondere auch der Willensvollstrecker und der Erbschaftsverwalter (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 482 N 25; BK-Weimar, N 32 zu Art. 482 ZGB; Druey, a.a.O., § 11 N 26 f.; PraxKomm Erbrecht-Schürmann, Art. 482 N 31; Uffer-Tobler, a.a.O., S. 78 ff.; Brückner/Weibel, a.a.O., N 276; Künzle, a.a.O., S. 374; Bornhauser, Der Ehe- und Erbvertrag – Dogmatische Grundlage für die Praxis, N 565; Wolf/Genna, a.a.O., S. 326; Breitschmid/Eitel/ Fankhauser/Geiser/Rumo-Jungo, Erbrecht, § 2 N 25).

Die Befugnis und die Verpflichtung des Willensvollstreckers, für den Vollzug der Auflage zu sorgen, folgt aus seiner Aufgabe, den Willen des Erblassers zu vollstrecken (BGE 108 II 535 E.2a; BGer 5A_185/2008 = successio 2010, S. 45 ff., S. 47; BGer 5C_311/2001 E.2b; vgl. auch BGer 5A_29/2005; BK-Künzle, N 11 und 31 zu Vorbemerkungen zu Art. 517–518 ZGB; Piotet, a.a.O., S. 149 f.; Uffer-Tobler, a.a.O., S. 82; Wetzel, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, N 56 und 214).

bb) Auch wenn sich aus dem Testament keine Anhaltspunkte ergeben, dass eine «umfassende Einigung der Erbinnen ausgeschlossen werden sollte», so gibt es auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Erblasser bei einer umfassenden Einigung der Erbinnen (die Auflage nicht respektieren zu wollen oder diese als unnötig anzusehen) auf den Vollzug der Auflage verzichten wollte. Der erblasserische Wille geht aus der letztwilligen Verfügung – wie bereits erläutert – klar und deutlich hervor. Fraglich ist hier einzig, ob die Erbinnen bei Einigkeit diesen missachten können, obwohl der Erblasser zur Vollziehung seines Testaments einen Willensvollstrecker eingesetzt hat.

Wie gesagt – und auch von den Parteien nicht bestritten – gehört es grundsätzlich zu den Aufgaben eines eingesetzten Willensvollstreckers, dem erblasserischen Willen Nachachtung zu verschaffen und für die Vollziehung von Auflagen zu sorgen. Weil der Willensvollstrecker sein Interesse an der Vollziehung aus seiner Funktion ableitet, spielt es auch keine Rolle, dass sein Vergütungsanspruch ledig-

lich ein indirektes Interesse an der Vollziehung der Auflage und damit kein solches im Sinne von Art. 482 Abs. 1 ZGB begründen würde, wie die Klägerinnen zu Recht festhalten (vgl. BSK ZGB II-Staehelin, Art. 482 N 25). Diesbezüglich ist ohnehin anzumerken, dass der Willensvollstrecker lediglich Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat (Art. 517 Abs. 3 ZGB) und sich diese in erster Linie nach dem notwendigen Zeitaufwand richtet (Künzle, a.a.O., S. 323 f.; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 517 N 29). Entsprechend dürften bei der Umsetzung der fraglichen Auflage keine erheblichen Honorarkosten des Willensvollstreckers mehr anfallen, insbesondere auch deshalb nicht, weil der Nachlass nicht von ihm selbst verwaltet wird.

Während das Bundesgericht in BGE 108 II 535 noch ausführte, der Willensvollstrecker habe bei der Teilung des Nachlasses die Wünsche und Bedürfnisse der Erben unbeachtet zu lassen, wenn diese im Widerspruch zu Anordnungen des Erblassers stehen (E.2.b), wird heute in der Lehre zunehmend postuliert, dass sich der Willensvollstrecker zu beugen hat, wenn unter den Erben Einigkeit besteht, von einer erblasserischen Teilungsvorschrift abzuweichen (Künzle, a.a.O., S. 65; Druey, a.a.O., § 16 N 61; Pfammatter, Erblasserische Teilungsvorschriften, S. 16 f.; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 57; PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner, Art. 518 N 77; Wolf/Genna, a.a.O., S. 339; a.M. noch: BK-Tuor, N 1 und 16 zu Art. 518 ZGB; ZK-Escher, N 17 zu Art. 518 ZGB; differenzierend: Wetzel, a.a.O., N 62 ff.). Argumentiert wird einerseits mit dem Prinzip der freien Erbteilung und nachvollziehbar damit, dass – selbst wenn die Erbteilung nach dem letzten Willen des Erblassers durchgesetzt würde – die Erben direkt im Anschluss die von ihnen gewünschte Änderung durch Geschäfte unter Lebenden herbeiführen könnten, dadurch jedoch unnötige Kosten und Umtriebe auf sich nehmen müssten (vgl. Stein-Wigger, a.a.O., S. 1139 f.).

Im Gegensatz zur Erbteilung fällt jedoch die Befolgung von Auflagen als eigenständige Verfügung von Todes wegen nicht in die Verfügungsgewalt der (einigen) Erben. Entgegen der Auffassung der Klägerinnen ist eine Auflage ohne zusätzliche Absicherung (z.B. privatorische Klausel) nicht etwa eine minderwertige Verfügung von Todes wegen, deren Vollziehung den Erben völlig anheimgestellt ist. Ein eingesetzter Willensvollstrecker ist vielmehr kraft seines Amtes berechtigt und verpflichtet, über die Erfüllung der erblasserischen Auflagen zu wachen (vgl. vorstehend aa). Der Erblasser hat ein Interesse, dass die von ihm angeordneten Auflagen durchgesetzt werden. Da das Risiko besteht, dass niemand den Vollzug der Auflagen verlangt, kann er u. a. zu diesem Zweck einen Willensvollstrecker einsetzen, was der Erblasser vorliegend getan hat. Willensvollstrecker haben «die Pflicht, kraft ihres Amtes, ihrer Aufgabe und nicht als persönlich Interessierte, die Erfüllung zu verlangen. Sie handeln […] einzig, um den Willen des Erblassers zu befolgen, um das gesetzte Ziel zu erreichen» (Piotet, a.a.O., S. 149 f.; vgl. auch BGer 5C_311/2001 E.2.b und BGer 5A_914/2013 E.3.4). Über Auflagen können sich die Erben daher nicht hinwegsetzen, auch nicht einstimmig (Pfammatter, Erblasserische Teilungsvorschriften, S. 29; Breitschmid, Die Stellung des Willensvollstre-

ckers in der Erbteilung, in: Druey/Breitschmid, Praktische Probleme der Erbteilung, S. 109 ff., S. 146; Künzle, a.a.O., S. 284; vgl. auch BGer 5A_185/2008 = successio 2010, S.45ff., wo die Befugnis des Willensvollstreckers, die Umsetzung der Auflagen zu überwachen und nötigenfalls einzugreifen, grundsätzlich bejaht wurde, obwohl Einigkeit unter den Erben – es handelte sich um eine Alleinerbin – herrschte).

Daraus ergibt sich, dass der Beklagte als Willensvollstrecker die umstrittene Auflage auch gegen den übereinstimmenden Willen der Klägerinnen durchzusetzen hat. Sie steht – wie die bereits vollzogene Erbteilung zeigt – auch dem jederzeitigen Teilungsanspruch der Erbinnen nicht entgegen.

28

Art. 518 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB (SR 210). Beschwerde gegen den Willensvollstrecker. Verfahrensrechtliche Einordnung und inhaltliche Eingrenzung der Willensvollstreckerbeschwerde (E. II.1, III.4). Eine Nacherbeneinsetzung (Art. 488 ff. ZGB) hat zur Folge, dass zwei zeitlich voneinander abgegrenzte Erbgänge stattfinden. Nach Abschluss des ersten Erbganges ist das Mandat des Willensvollstreckers vorerst beendet und es können keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen mehr gegen ihn ergriffen werden (E. III.5.b, III.6.a).

Der Nacherbe (insb. auf den Überrest) hat keine Beschwerdebefugnis bezüglich der Tätigkeit des Willensvollstreckers im ersten Erbgang (E. III.5.b, III.6.b.aa).

Vollständig übergangene Pflichtteilserben als virtuelle Erben, Erbeneigenschaft erst mit Gestaltungsurteil (Ungültigkeits- oder Herabsetzungsverfahren). Verzichtet der übergangene Pflichtteilserbe auf Anfechtung, verliert er seine Erbeneigenschaft endgültig; seine Mitwirkungsrechte, inkl. der Befugnis, die Willensvollstreckerbeschwerde zu erheben, gehen verloren (E. III.6.b.bb).

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 12. Juni 2014

Aus den Erwägungen:

II.

1. Der Willensvollstrecker untersteht einer Behördenaufsicht analog dem Erbschaftsverwalter (Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, N 97 zu Art. 518). Die Behörde wird in aller Regel auf Beschwerde hin tätig (PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner, N 90 zu Art. 518 ZGB). Das so ausgelöste Beschwerdeverfahren ist eine quasiadministrative Untersuchung kraft Aufsichts- und Disziplinarrecht. Es gehört zum Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, N 33 zu Art. 595). Die Behördenorganisation bestimmt sich nach

kantonalem Recht. […] Nach Art. 6 Abs. 1 Bst. d EG-ZPO entscheidet die Einzelrichterin oder der Einzelrichter des Kreisgerichts über Beschwerden gegen den Willensvollstecker; das summarische Verfahren ist anwendbar […]. Die «Beschwerde» i. S. v. Art. 595 Abs. 3 ZGB versteht sich als «Gesuch» i. S. v. Art. 252 ZPO. Beim eingelegten Rechtsmittel handelt es sich um eine «Beschwerde» i. S. v. Art. 319 ff. ZPO.

[…]

III.

[…]

4. […] Die Aufsichtsbehörde kann im Rahmen einer Willensvollstreckerbeschwerde das formelle Vorgehen des Willensvollstreckers prüfen, jedoch keine materiellen Fragen beurteilen. Sie hat die Möglichkeit, präventive oder disziplinarische Massnahmen gegen den vom Erblasser eingesetzten Willensvollstrecker (bis zu dessen Suspendierung oder Absetzung, bzw. zur Niederlegung oder zum Abschluss des Mandats) zu ergreifen; bereits vorgenommene Handlungen des Willensvollstreckers können jedoch von der Aufsichtsbehörde nicht geändert werden (BK-Künzle, N 535 ff. insbesondere N 541 zu Art. 517–518). Die Einsetzung eines neuen Willensvollstreckers durch die Aufsichtsbehörde ist nicht vorgesehen (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, N 103 zu Art. 518). Die Willensvollstreckerbeschwerde ist nicht das Verfahren zur rechtskräftigen Beurteilung zivilrechtlicher Fragen, wie etwa der Auslegung letztwilliger Verfügungen (BGer 5A_672/2013 E. 3.1 m. w. H.); ebenso wenig kann es in diesem summarischen Verfahren um Verantwortlichkeitsansprüche eines Erben gegen den Willensvollstrecker gehen. Ob das verlangte aufsichtsrechtliche Eingreifen – allem voran die beantragte Absetzung des Willensvollstreckers – vorliegend überhaupt noch in Frage kommt und im Einzelnen zu prüfen wäre, hängt vorerst davon ab, ob die – von der Vorinstanz verneinte – Passivlegitimation des Beschwerdegegners (noch) gegeben ist. Auch die zwar nicht angesprochene, aber im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes und der Rechtsanwendung von Amtes wegen ebenfalls zu prüfende Frage der Aktivlegitimation des Beschwerdeführers liegt nicht auf der Hand. Die Parteien gehen von zwei völlig verschiedenen durch die verschiedenen Verträge vorgegebenen Konzepten der Abwicklung der Erbschaft der Ehegatten X. aus, was auch Auswirkungen auf die Legitimationsfrage hat. Es sind daher in gewissem Umfang gestützt auf die vorliegenden Unterlagen vorfrageweise materiellrechtliche Fragen für die Belange des vorliegenden Verfahrens zu klären.

5. Der Willensvollstrecker hat die Aufgabe, den letzten Willen des Erblassers, wie er sich nach Wortlaut und Auslegung aus den Verfügungen von Todes wegen ergibt, auszuführen (Art. 518 Abs. 2 ZGB).

[…]

Mit der Nacherbeneinsetzung i. S. v. Art. 488 ff. ZGB wird der Nachlass einer Person (Vorerbe) zugewiesen, belastet mit der Auslieferungspflicht an eine weitere Person (Nacherbe) zu einem bestimmten Zeitpunkt, vermutungsweise beim Tod des Vorerben (Art. 489 Abs. 1 ZGB). Der Vorerbe soll das Erbe grundsätzlich ge-

brauchen, nicht aber verbrauchen, erhält es aber – dies als Unterscheidung gegenüber der Nutzniessung – zu Eigentum übertragen (Art. 491 Abs. 2 ZGB; PraxKomm Erbrecht-Schürmann, N 1 und 5 zu Art. 488 ZGB). Völlig Abstand vom – auch nur sinngemässen – Konzept der Nutzniessung nimmt der Sonderfall der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest; mit dieser wird dem Vorerben der Nachlass zu Eigentum übergeben, mit der Befugnis, ihn auch zu verbrauchen. Der so eingesetzte Vorerbe darf die Substanz des Nachlasses nutzen und verbrauchen und hat im Nacherbfall nur das auszuliefern, was (inkl. allfälliger Surrogate) noch vorhanden ist (PraxKomm-Erbrecht-Schürmann, N 2 zu Art. 488 und 21 ff. zu Art. 491 ZGB; BK-Weimar, N 20 ff. zu Art. 491 ZGB). Die Nacherbeneinsetzung regelt – entgegen der These des Beschwerdeführers – nicht einen Erbgang, sondern zwei aufeinanderfolgende. Der Nacherbe ist ein Rechtsnachfolger unter aufschiebender Bedingung. Vor dem Zeitpunkt, den der Erblasser für die Eröffnung der Nachfolge gesetzt hat, verfügt er nur über eine erbrechtliche Anwartschaft. Dies gilt umso mehr in Fällen der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest (BGer 5A_713/2011 E. 4.2; vgl. BGer 2P.31/2004 E. 3.2.).

c) Die Ehegatten X. sind nach dem Gesagten mit dem 1991 vereinbarten Ehe-/Erbvertrag von der im Jahr 1981 vor dem Hintergrund der damals geltenden Rechtslage getroffenen Regelung mit der teilweisen Nutzniessung des überlebenden Ehegatten vollständig abgekommen. Der überlebende Ehegatte soll das Gesamtgut als Vorerbe zur freien Verfügung erhalten und der nachfolgenden Generation nur das bei seinem Ableben noch Vorhandene weitergeben müssen, ohne dieser gegenüber auch nur sicherstellungspflichtig zu sein; dies trotz des Vorbehalts der (erbrechtlichen) Pflichtteilsansprüche der Nachkommen gemäss Art. 241 Abs. 3 ZGB.

Diese Begünstigungslösung mag unter dem Aspekt des Pflichtteilsschutzes problematisch sein. Mit der Zuweisung des Gesamtgutes (unter Vernachlässigung der Möglichkeit, dass noch etwas an Eigengut vorhanden sein könnte) in das alleinige Eigentum des überlebenden Ehegatten mit – angesichts der Nacherbschaft auf den Überrest – faktisch freier Verfügbarkeit steht die hier getroffene Vereinbarung zum Pflichtteilsschutz in offenem Konflikt. Die vertraglichen Vereinbarungen zu Fragen der Anfechtung weisen darauf hin, dass dies den Beteiligten bewusst war. Anordnungen des Erblassers – oder im Fall von Art. 241 ZGB Vereinbarungen im Ehevertrag –, welche die Pflichtteile verletzen, sind jedoch weder nichtig noch unverbindlich; der Pflichtteil muss durch Erheben einer Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB) geltend gemacht werden; tut der Erbe dies nicht, so bleibt die Anordnung des Erblassers bestehen (PraxKomm Erbrecht-Nertz, N 22 und 24 zu Art. 470 ZGB; BK-Weimar, N 12 zu Art. 470 ZGB; vgl. auch BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 43 zu Art. 241 ZGB; BSK-ZGB II-Staehelin, N 20 f. zu Art. 470 ZGB). Der Willensvollstrecker ist zur Erhebung einer Herabsetzungsklage nicht legitimiert (BSK ZGB II-Forni/Piatti, N 4 vor Art. 522–533 m. w. H.) und ist auch nicht verpflichtet, selbst für die Respektierung der Pflichtteile zu sorgen (vgl. Druey, Erbrecht, § 14, N 69). Die Er-

ben können auf die Geltendmachung ihrer Pflichtteile verzichten; entweder, indem sie eine den Pflichtteil verletzende Anordnung nicht anfechten, oder, indem sie noch zu Lebzeiten des Erblassers in den Formen des Erbvertrages auf den Pflichtteil verzichten (PraxKomm Erbrecht-Nertz, N 24 f. zu Art. 470 ZGB). Der verzichtende Erbe fällt gemäss Art. 495 Abs. 2 ZGB beim Erbgang ausser Betracht; er wird nicht als Erbe behandelt, sondern wie wenn er vor dem Erbgang verstorben wäre, und verliert insbesondere die Mitwirkungsrechte, kurz: er nimmt am Erbgang nicht teil (BK-Weimar, N 11 zu Art. 495 ZGB; PraxKomm Erbrecht-Grundmann, N 17 zu Art. 495 ZGB; BSK ZGB II-Breitschmid, N 10 zu Art. 495 ZGB).

6. Vor diesem gesamten Hintergrund ist nun nicht nur die von der Vorinstanz verneinte Passivlegitimation des Beschwerdegegners zu verneinen, sondern es erscheint auch die Aktivlegitimation des Beschwerdeführers zur Erhebung der vorliegenden Willensvollstreckerbeschwerde als problematisch.

a) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist die Abweisung der Beschwerde durch die Vorinstanz infolge fehlender Passivlegitimation des Beschwerdegegners korrekt; dies zusammenfassend aus folgenden Gründen:

[…] Die Nacherbeneinsetzung erzeugt – wie aufgezeigt – zwei voneinander abgegrenzte Erbgänge (vgl. vorne E. 5.b), für welche die Legitimation gesondert zu entscheiden ist. Mit Abschluss der gesonderten Erbteilung des Erstversterbenden (1. Erbgang) durch auch vom Beschwerdeführer nicht bestrittene Übergabe «der ganzen Erbschaft» an B. X. zu Eigentum endete das Amt des Willensvollstreckers vorerst. Damit können keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen gegen ihn mehr ergriffen werden (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, N 100 zu Art. 518 ZGB u. Breitschmid, Behördliche Aufsicht über den Willensvollstrecker, in Druey/Breitschmid (Hrsg.), Willensvollstreckung, S. 158; vgl. auch vorne E. 4.). Es handelt sich bei der vorliegenden Konstellation auch nicht etwa um eine angeordnete Dauerwillensvollstreckung (vgl. dazu BK-Künzle, N 51 ff., insb. N 56 zu Art. 517–518 ZGB); im Vertrag von 1991 wurde ausdrücklich festgehalten, die Willensvollstreckung umfasse die Erbteilung sowohl des Erst- wie auch des Zweitversterbenden, also die Vor- und die Nacherbschaft, jedoch keine klar umschriebene Daueraufgabe des Willensvollstreckers. Nach Abwicklung der ersten Erbteilung mit der Erstellung des Nachlassinventars und des Erbteilaktes zuhanden der Steuerbehörden sowie der Übertragung aller Vermögenswerte auf die überlebende Ehegattin zu Eigentum und Abschluss mit der Abrechnung bereits 2007 hatte der Willensvollstrecker im Nachlass von A. X. bis heute keine Aufgabe mehr. Insbesondere sind vorliegend bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest gegenüber der Vorerbin keinerlei Aufgaben des Willensvollstreckers verbunden. Aufsichtsrechtliche Massnahmen können nicht mehr getroffen werden. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass allfällige Verantwortlichkeitsansprüche für bereits erfolgtes Handeln des Willensvollstreckers in einem ordentlichen Zivilprozess abzuhandeln wären.

b) Aktiv zur Willensvollstreckerbeschwerde legitimiert sind die «materiell an der Erbschaft Beteiligten» (BGE 90 II 376 E. 3), vorab die Erben.

aa) Dem Nacherben geht als blossem Anwärter die Beschwerdelegitimation für die Willensvollstreckerbeschwerde in der in sich geschlossenen Erbteilung des Erstverstorbenen ab (BGer 5A_713/2011 E. 4.3; kritisch Künzle, Aktuelle Praxis der Willensvollstreckung (2011–2012), successio 2013, 23 ff., insb. 26 f.).

bb) Vollständig übergangene Pflichtteilsberechtigte sind vor der Durchsetzung eines Herabsetzungs- oder Ungültigkeitsanspruchs lediglich virtuelle Erben. Ihnen kommt die Erbeneigenschaft nach neuerer Lehre erst mit Gestaltungsurteil (im Ungültigkeits- oder Herabsetzungsverfahren) zu (PraxKomm Erbrecht-Hrubesch-Millauer, N 3 vor Art. 522 ff. ZGB; PraxKomm Erbrecht-Weibel, N 11 zu Art. 602 ZGB; BSK ZGB II-Forni/Piatti, N 2 vor Art. 522–533 ZGB; BSK ZGB II-Schaufelberger/Keller Lüscher, N 5 zu Art. 602 ZGB; demgegenüber noch Tuor, Berner Kommentar, N 19 zu Art. 522 ZGB). Teile der Lehre zeigen sich jedoch bereit, solche virtuelle Erben zu den «materiell an der Erbschaft Beteiligten» zu zählen und ihnen bei der Willensvollstreckerbeschwerde eine Beschwerdelegitimation zuzuerkennen (PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner N 91 zu Art. 518 ZGB; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, N 99 zu Art. 518, mit eher schwachen Nachweisen, die zitierte Rechtsprechung nimmt nicht auf die Legitimationsfrage des virtuellen Erben Bezug; keine Erwähnung bei Künzle, Berner Kommentar, N 519 zu Art. 517–518 ZGB). Jedoch verliert der Status als virtueller Erbe seine Berechtigung, wenn der übergangene Pflichtteilserbe auf die Geltendmachung seiner Ansprüche verzichtet. Unterlässt es der übergangene Pflichtteilserbe, innert der Verwirkungsfristen von Art. 521 resp. Art. 533 ZGB die entsprechende Klage einzureichen, so verliert er seine Eigenschaft als Erbe endgültig (BGE 138 III 354 [Pra 2012 Nr 130] E. 5 m. w. H.). Der Pflichtteilserbe, der die Pflichtteilsverletzung nicht innert Frist angefochten hat, begibt sich (gleich demjenigen, der in der gesetzlich erforderlichen Form auf den Pflichtteil verzichtet hat), seiner Erbenrechte inkl. der Mitwirkungsrechte. Es ist nicht erkennbar, weshalb ihm doch durch die Einräumung der Beschwerdelegitimation ein Kontrollrecht über diese Erbteilung, bezüglich welcher er auf die Mitwirkungsrechte verzichtet hat, zustehen sollte.

Vorliegend wurde seitens des Beschwerdeführers weder ein Herabsetzungsnoch ein Ungültigkeitsverfahren nach dem Tod von A. X. behauptet. Es fehlt zwar an einem einheitlichen Erbvertrag zwischen den Eltern und den Söhnen, der einen ausdrücklichen Verzicht auf den Pflichtteil im Erbgang des erstversterbenden Elternteils vorsähe. Die unter den Brüdern mit unterschriftlicher Zustimmung der Ehegatten X. geschlossenen Verträge können ohne die Ehe-/Erbverträge zwischen den Eltern nicht verstanden werden. In Ziff. 3 des öffentlich beurkundeten Vertrages vom 29. Juni 1991 erklären beide Brüder, den gemäss Beurkundungszeitpunkt unmittelbar zuvor abgeschlossenen Ehe- und Erbvertrag der Eltern vollumfänglich zu Kenntnis genommen zu haben, diesem vorbehaltslos zuzustimmen und ausdrücklich für alle Zeiten auf eine Anfechtung zu verzichten, ohne dass die von den Eltern getroffene Zuweisung des Gesamtgutes auf den überlebenden Ehegatten als Vorerben und die von der Sicherstellungspflicht befreite Nacherbeneinsetzung

auf den Überrest ausdrücklich erwähnt wäre. Diese nicht angefochtene Nacherbenregelung, verstärkt durch den ausdrücklich erklärten Verzicht auf eine Anfechtung, schliesst die Brüder beim Erbgang des Erstverstorbenen vollständig aus und entkleidet sie in der ersten Erbteilung der Erbenstellung, inkl. aller Mitwirkungsrechte.

Unter den gegebenen Umständen erscheint nebst der Passivlegitimation des Beschwerdegegners auch die Aktivlegitimation des Beschwerdeführers zur Erhebung einer Willensvollstreckerbeschwerde im Erbgang des 2006 verstorbenen A. X. nicht gegeben.

2. Sachenrecht und Grundbuch

29

Art. 684 f. ZGB (SR 210); Art. 86 BauG (sGS 731.1); Art. 75 BGG (SR 173.110). Art. 685 ZGB ist eine Spezialvorschrift, welche die allgemeinen nachbarrechtlichen Grundsätze des Art. 684 ZGB konkretisiert. Über privatrechtliche Einsprachen, die sich auf Art. 685 ZGB stützen, ist damit – gleich wie über auf Art. 684 ZGB gestützte – im öffentlich-rechtlichen Verfahren zu entscheiden (Art. 86 Abs. 1 BauG). Weist die Baubewilligungsbehörde privatrechtliche Einsprachen ab, welche sich auf Art. 684 ZGB stützen, und verweist sie anderweitige privatrechtliche Einsprachegründe auf den Zivilweg, so sind auf Art. 685 ZGB gestützte Ansprüche von der Abweisung mit umfasst (E. III.2.b).

Das Bundesrecht erfordert nach dem Prinzip der «double instance« als letzte kantonale Instanz resp. als Vorinstanz des Bundesgerichts ein oberes Gericht. Die erstinstanzliche Beurteilung durch ein Gericht ist nicht vorgeschrieben. Der im kantonalen Recht vorgesehene Instanzenzug, gemäss welchem auf Art. 684 f. ZGB gestützte privatrechtliche Einsprachen unterinstanzlich durch Verwaltungsbehörden und kantonal letztinstanzlich durch das Verwaltungsgericht beurteilt werden, ist bundesrechtskonform (E. III.2.b).

Kantonsgericht, Einzelrichter im Personen-, Erb- und Sachenrecht,
9. September 2014
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 5A_814/2014 vom 12.Dezember 2014)

Aus den Erwägungen:

III.

2. Voraussetzung einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ZPO bei einer Unterlassungsklage (Bauverbot) ist die Glaubhaftmachung, dass die Verletzung eines dem Gesuchsteller zustehenden Anspruchs zu befürchten ist (Abs. 1). Dabei ist im Rahmen einer Hauptsachenprognose vorab zu prüfen, ob aufgrund der tatsächlichen Behauptungen des Gesuchstellers dessen Rechtsbegehren in Ansprüchen eine Stütze finden könnten, deren Beurteilung in die Zuständigkeit des Gerichtes fallen, welches in der Hauptsache zu entscheiden hat; denn der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist nicht gerechtfertigt, wenn das Hauptbegehren des Klägers unbegründet oder wenig aussichtsreich ist (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., S. 355 f. N 211 und N 213).

a) Als Anspruchstitel für ein Bauverbot kommen grundsätzlich Art. 679 sowie die Art. 684 und Art. 685 ZGB in Frage (zum Zusammenhang der Rechtsbehelfe im Bereich des Nachbarrechts vgl. BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 679 N 1 ff.).

Die von den Gesuchstellern vorgebrachten Befürchtungen beschränken sich nun aber auf mit dem Bauvorhaben im Zusammenhang stehende Einwirkungen, deren Zulässigkeit umfassend aufgrund von Art. 684 und Art. 685 ZGB beurteilt werden kann; weitere – aus Art. 667 ff. ZGB, insbesondere aus Art. 679 ZGB sich ergebende – Abwehransprüche sind nicht ersichtlich und werden von den Gesuchstellern auch nicht substantiiert geltend gemacht.

b) Soweit die privatrechtlichen Einsprachen gestützt auf Art. 684 ZGB erhoben wurden, hat der Gemeinderat sie abgewiesen, wogegen gemäss Art. 86 BauG Rekurs beim Baudepartement erhoben werden konnte und denn auch erhoben wurde. Streitig ist in diesem Zusammenhang, ob der Gemeinderat zugleich auch über den Abwehranspruch von Art. 685 ZGB entschieden habe, und wenn ja, ob zu Recht oder nicht. Die Gesuchsteller halten dafür, dass der Gemeinderat nach dem Wortlaut von Art. 86 BauG nur für die Beurteilung von Ansprüchen aus Art. 684 ZGB, nicht aber von solchen aus Art. 685 ZGB zuständig sei. Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, dass der nachbarrechtliche Abwehranspruch gemäss Art. 685 ZGB gegen schädigende Einwirkungen durch Grabungen und Bauten ebenfalls im öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverfahren geltend zu machen war und vom Gemeinderat denn auch geprüft und materiell abgewiesen – und nicht etwa auf den Weg des Zivilprozessen verwiesen – worden sei.

Der Gesuchsgegnerin ist beizupflichten. Zum einen hat der Gemeinderat U. die nach zutreffender Auffassung der Kläger (vgl. dazu auch Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 72 zu Art. 685 ZGB) unter Art. 685 ZGB fallenden Einwände betreffend Gefährdung der bestehenden Bauten durch die Grundwasserabsenkung sehr wohl geprüft, aber verworfen, d. h. der Gemeinderat hat in der Sache die in diesem Zusammenhang geltend gemachten materiellen Abwehransprüche als unbegründet erachtet und die privatrechtliche Einsprache demgemäss, «soweit sie Immissionsrecht nach Art. 684 ZGB betrifft, abgewiesen». Zum andern gibt es keinen Grund,

von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, wonach Art. 685 ZGB keinen eigenständigen nachbarrechtlichen Sachverhalt regelt, sondern als Spezialvorschrift vielmehr die in Art. 684 ZGB enthaltenen allgemeinen nachbarrechtlichen Grundsätze konkretisiert (BGer 5A_285/2011 E. 3.1 vom 14. November 2011 und Rey/Strebel, a. a. O., Art. 685/686 N 4; vgl. schon Leemann, Berner Kommentar, N 1 zu Art. 685 ZGB, und Meier-Hayoz, a. a. O., N 27 zu Art. 685/686 ZGB). Dementsprechend ist – über den blossen Wortlaut hinaus – auch Art. 86 BauG auszulegen, zumal nur so Sinn und Zweck dieser Bestimmung, Doppelspurigkeiten soweit möglich zu vermeiden und deshalb Streitigkeiten sowohl betreffend den öffentlich-rechtlichen als auch den privatrechtlichen präventiven Immissionsschutz auf den Weg des öffentlich-rechtlichen Verfahrens zu verweisen (vgl. dazu auch Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, S. 287 ff., insbesondere Rz. 959) Rechnung getragen werden kann.

Mithin ist der privatrechtlichen Einsprache der Kläger trotz fristgerechter Anhängigmachung der Klage beim Vermittleramt keine bauhindernde bzw. aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 89 Satz 2 BauG zuzuerkennen.

c) Die Gesuchsteller wenden schliesslich ein, auch im Zivilprozess gelte der Grundsatz der «double instance». Davon könne nur abgewichen werden, wenn das Zivilprozessgesetz eine Ausnahme vorsehe. Diese seien in Art. 5, 6 und 7 ZPO aufgeführt, in deren abschliessender Aufzählung Art. 684 ZGB nicht figuriere. Die st.gallische Regelung verstosse gegen den genannten Grundsatz, weil es sich beim Gemeinderat und beim Baudepartement um Verwaltungsbehörden und nicht um Gerichte handle.

Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, dass sich der Grundsatz der «double instance» nicht aus der Zivilprozessordnung, sondern aus Art. 75 BGG herleite. Dabei sei nicht erforderlich, dass auf der kantonalen Ebene die Sache erstinstanzlich von einem Gericht entschieden werden müsse. Es genüge, wenn gewährleistet sei, dass als letzte kantonale Instanz ein Gericht den Sachverhalt frei prüfen und das massgebende Recht vom Amtes wegen anwenden könne.

Der Gesuchsgegnerin ist auch hier beizupflichten. Nach Art. 75 Abs. 2 BGG setzen die Kantone als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte ein, welche – von hier nicht zutreffenden Ausnahmen (lit. a, b und c) abgesehen – aber nicht als einzige Instanzen entscheiden dürfen, sondern als Rechtsmittelinstanzen entscheiden müssen. Als erste kantonale Instanz kommt dabei nicht nur ein unteres Gericht, sondern kommt auch eine Verwaltungsbehörde in Betracht. Die von der erstinstanzlichen Behörde erlassenen Entscheide müssen daher nicht ihrerseits Gerichtsurteile, sondern können auch Verfügungen sein (BSK BGG-Klett, Art. 75 N 3 mit Hinweis auf die Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege; BBl 2001, 4202 ff., 4311). Im Kanton St.Gallen entscheidet als erste Instanz der Gemeinderat über privatrechtliche Abwehransprüche nach Art. 684 ZGB (und, wie ausgeführt, Art. 685 ZGB). Solche Entscheide können mit Rekurs beim Baudepartement als zweiter Instanz angefochten werden (Art. 43bis

lit. a VRP) mit Weiterzugsmöglichkeit an das Verwaltungsgericht (Art. 59bis Abs. 1 VRP; vgl. GVP 1992 Nr. 29) und von dort mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (Art. 86 Abs. 4 BauG; Art. 72 ff. BGG). Dass es sich beim Verwaltungsgericht um ein oberes kantonales Gericht handelt, das den Sachverhalt frei prüfen und das massgebende Recht von Amtes wegen anwenden kann (zur Kognition vgl. Art. 61 VRP), ist unbestritten, womit die Bundesrechtskonformität dieses Instanzenzugs nicht zweifelhaft sein kann.

d) Nach dem Gesagten bleibt es dabei, dass der vor Kreisgericht V. anhängigen Klage aufgrund des von den Klägern bisher geltend Gemachten keine bauhindernde bzw. aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 89 Satz 2 BauG zuerkannt werden kann.

Das Massnahmegesuch ist daher abzuweisen.

30

Art. 839 Abs. 4 ZGB (SR 210). Ob es sich bei einem Baugrundstück um Verwaltungsvermögen handelt, kann im summarischen Verfahren betreffend vorsorgliche Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht (abschliessend) geklärt werden, sofern sich die Parteien darüber uneinig sind. Stimmte die Gesuchstellerin einer Löschung des superprovisorisch vorgemerkten Bauhandwerkerpfandrechts nur unter der Bedingung zu, dass das Gericht zu dieser Frage einen «eindeutigen Entscheid» fälle, bleibt die rechtliche Qualifikation des Baugrundstücks im Massnahmeverfahren ungeklärt.

Handelsgerichtspräsident, 19. September 2014
-> Das Bundesgericht ist auf eine Beschwerde gegen diesen Entscheid nicht eingetreten (Urteil 5A_831/2014 vom 28. Oktober 2014).

Aus den Erwägungen:

III.

[…]

a) Handelt es sich beim Grundstück unbestrittenermassen um Verwaltungsvermögen und ergibt sich die Schuldpflicht des Eigentümers nicht aus vertraglichen Verpflichtungen, so haftet er den Handwerkern oder Unternehmern für die anerkannten oder gerichtlich festgestellten Forderungen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft, sofern die Forderung ihm gegenüber spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit schriftlich unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft geltend gemacht worden war (Art. 839 Abs. 4 ZGB).

b) Die Gesuchsgegnerin ist der Ansicht, es handle sich um Verwaltungsvermögen, da das Grundstück der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe diene. Die Gesuchstellerin führte in der Replik (S. 3) aus, sie widersetze sich der Argumentation der Gesuchsgegnerin bezüglich Verwaltungsvermögen nicht – sie erwarte aber einen eindeutigen Entscheid des angerufenen Gerichts.

aa) Die Gesuchstellerin macht ihre Zustimmung zu einem Verzicht auf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts demnach von einem Entscheid des Handelsgerichts St.Gallen über die rechtliche Qualifikation des streitbetroffenen Grundstücks abhängig. Die Gültigkeit einer gerichtliche Feststellung zu diesem Punkt im Massnahmeverfahren wäre allerdings zeitlich beschränkt. Eine endgültige Klärung kann erst mit der Prosequierung im Hauptverfahren erreicht werden. Insbesondere da im summarisch geführten Massnahmeverfahren gemäss Art. 254 ZPO eine Beweismittelbeschränkung gilt, besteht die Möglichkeit, dass das mit der Hauptsache befasste Gericht zu einem vom Massnahmeentscheid abweichenden Resultat gelangen könnte. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, die Gesuchstellerin verzichte auf die vorläufige Eintragung des Pfandrechts.

bb) [...] Eine übereinstimmende Qualifikation des streitbetroffenen Grundstücks als Verwaltungsvermögen i.S. v. Art. 839 Abs. 4 ZGB durch beide Parteien liegt folglich nicht vor.

31

Art. 839 Abs. 4 ZGB (SR 210); Art. 261 ZPO (SR 272). Die Subunternehmerin kann die eine Haftung der Grundeigentümerin nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft bewirkende rechtzeitige schriftliche Geltendmachung ihrer Werklohnforderung nicht im Massnahmeverfahren vorsorglich feststellen lassen. Sind sich die Parteien einig, dass es sich beim Baugrundstück um Verwaltungsvermögen handelt, hat die Grundeigentümerin kein schützenswertes Interesse an der vorsorglichen Feststellung, dass sie eine hinreichende Sicherheit geleistet hat.

Handelsgerichtspräsident, 17. September 2014

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

a) Die Gesuchstellerin stellte mit ihrer als «Gesuch» bezeichneten Eingabe vom 8. Juli 2013 den Antrag, es sei «festzustellen, dass die Gesuchstellerin fristgerecht

gegenüber der Gesuchsgegnerin eine gesetzliche Bürgschaft nach Massgabe von Art. 839 Abs. 4 ZGB geltend gemacht hat». In ihrer Gesuchsschrift hielt sie fest, es gelte gemäss Art. 249 Bst. d Ziff. 5 ZPO das summarische Verfahren. Demnach kann davon ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerin auch mit der Ziff. 1 ihrer Rechtsbegehren eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 261 ff. ZPO beantragt.

b) Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen hat die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Ein Verfügungsgrund ist erst dann gegeben, wenn die inskünftige Vollstreckung des zu sichernden Rechts ohne den Erlass einer Massnahme zumindest als gefährdet erscheint oder – speziell bei Gestaltungs- oder Feststellungsansprüchen – die Veränderung des bestehenden Zustandes zu einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil für den Gesuchsteller führen würde (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 18 zu Art. 261, m. w. H.).

c) Eine Gefährdung oder drohende Verletzung eines ihr zustehenden Anspruchs hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht. Die Gesuchstellerin hat es selber in der Hand, die drohende Verwirkung eines möglichen Anspruchs nach Art. 839 Abs. 4 ZGB durch die rechtzeitige schriftliche Geltendmachung ihrer Forderung abzuwenden. Eine gerichtliche Feststellung bereits im jetzigen Verfahrensstadium ist für die Wahrung der viermonatigen Verwirkungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 4 ZGB nicht erforderlich. Es ist zudem auch nicht ersichtlich, inwiefern in einem Klageverfahren betreffend eine Haftung der Gesuchsgegnerin nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft nicht (mehr) festgestellt werden könnte, dass die Gesuchstellerin ihre Forderung fristgerecht geltend gemacht hat. Somit fehlt es auch am Nachweis eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, der durch eine vorsorgliche Feststellungsmassnahme abgewendet werden könnte. In diesem Punkt unterscheidet sich der Anspruch auf eine Bürgschaft nach Art. 839 Abs. 4 ZGB wesentlich vom Bauhandwerkerpfandrecht. Das Bauhandwerkerpfandrecht bedarf innert Frist zumindest einer Vormerkung im Grundbuch, ansonsten es verwirkt. Da der Berechtigte die Eintragung nicht durch einseitige Willenserklärung bewirken kann, droht die Verwirkung des Anspruchs, wenn sich die Gegenpartei gegen die Eintragung wehrt. Diesen drohende Nachteil gilt es durch eine vorsorgliche Massnahme abzuwenden. Die Bürgschaft bedarf hingegen keines solchen Eintrags. Vielmehr genügt es, wenn der Berechtigte die Forderung gegenüber dem Eigentümer spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit schriftlich unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft geltend macht. Der Berechtigte kann somit die Frist durch eine einseitige Erklärung wahren. Dafür bedarf er keiner vorsorglichen Feststellung.

Folglich fehlt es der Gesuchstellerin am erforderlichen Rechtsschutzinteresse gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO, womit auf die Ziff. 1 und demzufolge auch auf die

Ziff. 3 der gesuchstellerischen Rechtsbegehren nicht eingetreten werden kann. Dies gilt umso mehr, als nicht ersichtlich ist, welchen Nutzen eine vorsorgliche Feststellung des Einzelrichters für die Gesuchstellerin hätte. Der Einzelrichter kann im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen nicht definitiv entscheiden. Eine vorläufige Feststellung stünde damit zum vornherein unter dem Vorbehalt einer anderslautenden Entscheidung des Gerichts.

a) Mit der Ziff. 4 ihrer Rechtbegehren will die Gesuchsgegnerin feststellen lassen, dass der von ihr beim Bezirksgericht A (Österreich) hinterlegte Betrag von EUR 1 409 222.89 Mio. bzw. EUR 811 541.56 eine ausreichende Sicherheit bildet. Es muss sich dabei ebenfalls um einen Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme handeln. Denn andernfalls könnte das von der Gesuchsgegnerin widerklageweise geltend gemachte Feststellungbegehren in diesem summarisch geführten Verfahren nicht behandelt werden (Art. 224 Abs. 1 ZPO).

[…]

c) [Es] fehlt […] der Gesuchsgegnerin ebenfalls am erforderlichen Rechtsschutzinteresse (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Auch die Gesuchsgegnerin hat in Bezug auf ihr Feststellungsbegehren nicht dargelegt, weshalb eine solche Feststellung im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme erforderlich wäre. Inwiefern der Nachweis einer hinreichenden Sicherheit in einem Klageverfahren nicht mehr erbracht werden könnte, ist nicht ersichtlich. Zudem gilt auch hier, dass der Einzelrichter im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen nicht definitiv entscheiden kann, womit eine vorläufige Feststellung des Einzelrichter kaum jemals sinnvoll sein dürfte, da sie stets unter dem Vorbehalt eines anderslautenden Entscheids des Gerichts steht. Auch aus diesem Grund kann auf das Feststellungsbegehren der Klägerin nicht eingetreten werden.

3. Obligationenrecht

32

Art. 1 Abs. 2 ZGB (SR 210); Art. 18 OR (SR 220). Das schweizerische gesetzte Recht kennt die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht. Gegenüber einer Herleitung mittels Gesetzesergänzung oder – im Einzelfall – aufgrund einer Vertragsauslegung oder -ergänzung ist Zurückhaltung angebracht. Im zu beurteilenden Fall wird eine diesbezügliche Haftungsgrundlage verneint.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 13. Oktober 2014

Aus den Erwägungen:

Soweit sich der Kläger gegenüber der Beklagten 2 schliesslich auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter beruft, ist vorab klarzustellen, dass einer Prüfung dieser Haftungsgrundlage – entgegen der Ansicht der Beklagten 2 – nicht entgegensteht, dass der Kläger sie erstmals – nach dem Rückweisungsentscheid des Kantonsgerichts vom 19. August 2011 – mit seiner Eingabe an die Vorinstanz vom 5. September 2012 angerufen hat. Denn insoweit liegt eine Rechtsfrage vor, die Art. 229 ZPO nicht untersteht; zudem ist das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO). Hingegen ist der Beklagten 2 beizupflichten, dass das schweizerische gesetzte Recht die – in der deutschen Rechtspraxis entwickelte – Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht kennt und das Bundesgericht dieses Institut zwar schon vereinzelt erwähnt, soweit ersichtlich bislang aber nie als Haftungsgrundlage beigezogen und anerkannt hat (s. insbes. BGE 117 II 315 E. 5/c/bb, 120 II 112 E. 3/a/cc/ccc, 121 III 310 E. 4/a und 130 III 345 E. 1 sowie BGer 4C.296/1999 E. 3/b). Die schweizerische Lehre steht dem Institut teils wohlwollend, teils kritisch bis ablehnend gegenüber (wohlwollend: Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 3910 ff.; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, S. 484 f.; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, S. 113; BSK OR I-Wiegand, N 9 Einl. zu Art. 97–109 OR; BSK OR I-Gonzenbach/Zellweger, N 22 ff. zu Art. 112 OR; Kramer/Schmidlin, Berner Kommentar, N 144 ff. Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht; Armbrüster, Vertragliche Haftung für Drittschäden – quo vadis Helvetia? in: Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, S. 71 ff.; Loser-Krogh, Schutzwirkungen zugunsten Dritter, in: Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst Kramer, S. 579 ff.; kritisch bis ablehnend: Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 87.01 ff.; Honsell, Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, S. 939 ff.; Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, S. 1012 f.; ders., Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, in: Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, Hrsg. A. Koller, S. 1 ff., insbes. N 23 ff.; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, N 537 zu Art. 18 OR; Gauch, Der Werkvertrag, N 860 ff.; Flühmann, Haftung aus Prüfung und Berichterstattung gegenüber Dritten, S. 145 ff.). Dabei wird als mögliche Rechtsgrundlage eine Gesetzesergänzung oder eine – im Einzelfall vorzunehmende – Vertragsauslegung oder Vertragsergänzung genannt (s. dazu insbes. Armbrüster, a. a. O., S. 76 f.; ZK-Jäggi/Gauch, N 537 zu Art. 18 OR; Gauch, a. a. O., N 862; BSK OR I-Gonzenbach/Zellweger, N 24a zu Art. 112 OR; Bucher, a. a. O., S. 485, und Honsell, a. a. O., S. 949). Dazu fällt mit Blick auf den vorliegenden Fall Folgendes in Betracht:

Eine Gesetzesergänzung setzt eine Gesetzeslücke voraus, und eine solche wiederum darf mit Rücksicht auf die Gewaltenteilung nur zurückhaltend und bei

Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden. Im Vordergrund steht dabei das Verbot der Rechtsverweigerung; nur ausnahmsweise vermögen daneben allgemeine Rechtsgrundsätze (wie etwa Art. 2 ZGB) oder Zweckmässigkeitsaspekte eine Gesetzesergänzung zu rechtfertigen (Hausheer/Jaun, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, N 219 ff. zu Art. 1 ZGB). Im vorliegenden Zusammenhang liegt offensichtlich keine Gesetzeslücke vor, die unter dem Aspekt des Verbots der Rechtsverweigerung eine Gesetzesergänzung erheischen würde; denn abgesehen davon, dass der Kläger – gegebenenfalls – auch die Beklagte 1 haftbar machen und diese sich ihrerseits aus Vertrag an die Beklagte 2 halten könnte (s. dazu auch Koller, OR AT, S. 1013), sieht die Gesetzesordnung namentlich mit den Bestimmungen über die Entstehung der Obligation durch unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR) durchaus eine umfassende Haftungsgrundlage für allfällige direkte Ansprüche des Klägers gegenüber der Beklagten 2 vor. Im Übrigen fällt zwar in Betracht, dass die Delikts- im Vergleich zur Vertragshaftung für den Geschädigten hinsichtlich der Durchsetzung ungünstiger ausgestaltet ist (Verschuldensnachweis, Haftung für Hilfspersonen, Verjährung). Dies vermag jedoch weder unter dem Aspekt eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes (wie etwa des Grundsatzes von Treu und Glauben) noch im Hinblick auf ein allfälliges unabdingbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs – und damit unter Zweckmässigkeitsaspekten (s. dazu Hausheer/Jaun, a. a. O., N 229 zu Art. 1 ZGB) – eine Gesetzesergänzung im Sinne der Vorbringen des Klägers zu rechtfertigen. Vielmehr ist in dieser Hinsicht Schwenzer (a. a. O., N 87.05) beizupflichten, dass dem nicht durch (gerichtliche) Ausdehnung der Vertragshaftung auf vertragsfremde Dritte, sondern – allenfalls – durch eine (gesetzgeberische) Weiterentwicklung des Deliktsrechts zu begegnen wäre.

Vorliegend fällt sodann als Rechtsgrundlage für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch eine Vertragsauslegung oder Vertragsergänzung ausser Betracht: Anhaltspunkte für einen dahingehenden übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Beklagten 1 und 2 sind nicht ersichtlich, und ein solcher wird vom Kläger denn auch nicht behauptet. Im Übrigen kann eine solche Abrede hier auch nicht – mittels normativer Auslegung – aus dem Vertrauensprinzip hergeleitet werden; ebenso ginge eine dahingehende Vertragsergänzung – welche eine Vertragslücke sowie die Annahme eines entsprechenden hypothetischen Parteiwillens der Beklagten 1 und 2 voraussetzen würde (s. dazu Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, N 1256 ff.) – zu weit. Vielmehr ist mit Koller (OR AT, S. 1012 f.) davon auszugehen, dass eine diesbezügliche Vertragsauslegung oder -ergänzung von vornherein nur in seltenen Ausnahmefällen überhaupt in Frage kommen kann. Dabei fällt hier zwar in Betracht, dass die Beklagte 2 im Sinne einer Nebenpflicht gehalten war, die gebotenen Vorsichtsmassnahmen einzuhalten, wobei auf der Hand liegt, dass diese Massnahmen (auch) dem Schutz der Mitarbeiter der Beklagten 1 dienen sollten. Die Annahme einer über diese blosse Nebenpflicht gegenüber dem Besteller hinausgehenden Drittver-

pflichtung der Beklagten 2 gegenüber dem Kläger in dem Sinn, dass sie diesem gegenüber direkt aus Vertrag ersatzpflichtig würde und dieser seinerseits ihr gegenüber – wie bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter – bei Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung einen eigenen Anspruch auf Schadenersatz hätte (s. zur – richtigen – Abgrenzung zwischen Drittschutzabrede als solcher und selbständigem Erfüllungsanspruch des Dritten: Gauch, a. a. O., N 862; vgl. dazu auch BGer 4C.139/2005, der in E. 3.3 eine Drittschutzwirkung bejaht, allerdings auf der Basis der Annahme eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter gemäss Art. 112 Abs. 2 OR), rechtfertigt sich hingegen vorliegend weder unter dem Aspekt des Vertrauensprinzips noch des hypothetischen Parteiwillens. Insbesondere liesse sich eine solche Vertragsauslegung oder -ergänzung nicht mit einer allgemeinen Verkehrsauffassung oder -übung begründen; auch lässt sich kein diesbezügliches hinreichendes Interesse der Beklagten 1 ausmachen, und zwar – nachdem es wie vorn dargelegt nicht an anderen Haftungsgrundlagen fehlt – auch dann nicht, wenn man bedenkt, dass sie als Arbeitgeberin gegenüber dem Kläger eine Fürsorgepflicht trifft.

Daraus folgt, dass sich der Kläger gegenüber der Beklagten 2 nicht auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter berufen kann (womit auch offen bleiben kann, ob allfällige Ansprüche daraus verjährt wären).

33

Art. 717 OR (SR 220). Hat eine Aktiengesellschaft mehrere Verwaltungsräte und schliesst ein Verwaltungsratsmitglied als Privatperson einen Vertrag mit dieser ab, so hat er als Verwaltungsrat in den Ausstand zu treten. Die Verantwortung für die Interessenwahrung der Aktiengesellschaft bezüglich Ausgestaltung des Vertrages obliegt damit den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern. Sie verhandeln wie mit einem Dritten. Werden dem Verwaltungsratsmitglied mit dem Vertragsschluss vertragliche oder gesetzliche Rechte eingeräumt, so stellt die Ausübung dieser Rechte regelmässig keine Treuepflichtverletzung dar. Die Gesellschaft handelt vielmehr im konkreten Fall widersprüchlich, wenn sie mit ihrem Verwaltungsrat keine Mindestpachtdauer vereinbart, ihm aber die Kündigung auf den nächsten gesetzlich möglichen Termin als Pflichtverletzung vorwirft.

Handelsgericht, 14. Januar 2014
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 4A_298/2014 vom 4. Dezember 2014

Aus den Erwägungen:

III.

3. Die Klägerin leitet ihre Schadenersatzansprüche gegenüber dem Beklagten aus diversen Pflichtverletzungen ab, die sie dem Beklagten in seiner Funktion als Verwaltungsratsmitglied und Geschäftsführer vorwirft. Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind u. a. die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

[…]

3.3. Vorliegend macht die Klägerin insbesondere eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 OR geltend. Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates ihr Verhalten am Geschäftsinteresse ausrichten und das Eigeninteresse gegebenenfalls zurückstellen. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat der Verwaltungsrat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden (BGE 130 III 213, E. 2.2.2. mit Hinweisen). Im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten hat das Bundesgericht festgehalten, dass strenge Massstäbe anzulegen sind, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern in eigenem, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handelt (BGE 113 II 52, E. 3a).

[…]

3.8.3 […]

Aufgrund des Selbstkontrahierungsverbotes (vgl. BGer 4C.25/2005 E. 3a; Böckli, Schweizer Aktienrecht, Auflage 4, § 13 N 602) war der Beklagte als Verwaltungsrat der Klägerin nicht für die Ausgestaltung des Unterpachtvertrages betreffend seiner Pachtparzelle 1158 B zuständig. Die Klägerin behauptet auch nicht, sie habe dem Beklagten den Auftrag oder die Ermächtigung zur Ausgestaltung dieses Unterpachtverhältnisses erteilt. Die Verantwortung für die Interessenwahrung der Klägerin bezüglich der Ausgestaltung dieses Unterpachtvertrages lag somit bei den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern und nicht beim Beklagten. […]

[…]

3.9.2. Vorliegend hat der Beklagte in seiner Funktion als Unterverpächter den Unterpachtvertrag gekündigt. Die Kündigung ist ein einseitiges Gestaltungsrecht aus einem Vertragsverhältnis, das ohne Mitwirkung der Gegenpartei ausgeübt werden kann bzw. wirksam wird, sobald sie in den Machtbereich der Gegenpartei gelangt. Bei der Kündigung des Unterpachtverhältnisses betreffend Parzelle Nr. 1158 B hat demnach der Beklagte in seiner Funktion als Verwaltungsrat keine Handlungen vorgenommen bzw. unterlassen, bei der er die Klägerin in irgendeiner Form zu

deren Nachteil vertreten oder für sie als Verwaltungsrat zu deren Nachteil gehandelt hätte.

3.9.3. Es stellt sich nun die Frage, ob gegenüber dem Beklagten als Unterverpächter die aktienrechtliche Verpflichtung, die einen Verwaltungsrat trifft, nicht gegen die Interessen der Gesellschaft zu handeln, ebenfalls Geltung beanspruchen kann. Oder anders gesagt: Ist es einem Verpächter, der gleichzeitig im Verwaltungsrat der Pächterin Einsitz hat, verwehrt, eine pachtrechtlich erlaubte Kündigung auszusprechen. Es liegt demnach eine andere Ausgangslage vor, als wenn ein Verwaltungsrat für die Aktiengesellschaft handelt, indem er mit sich selbst einen Vertrag eingeht (Selbstkontrahieren) oder einen für die Aktiengesellschaft unvorteilhaften Vertrag, den er als Verwaltungsrat mit sich selber geschlossen hat, nicht kündigt, obwohl eine entsprechende Möglichkeit bestünde. Beiden Fallkonstellationen ist indes gemeinsam, dass eine Kollision zwischen den Interessen der Gesellschaft und den eigenen Interessen des Verwaltungsrates vorliegt. Allerdings ist zu beachten, dass in den Fällen, bei denen der Verwaltungsrat für die Aktiengesellschaft handelt oder im Sinne der Interessenwahrung zu handeln hätte, weil Eigeninteressen vorhanden sind bzw. einem Handeln entgegenstehen, der Rest-Verwaltungsrat im Sinne von Art. 717 OR verpflichtet ist, entsprechende Massnahmen zu ergreifen, um die Interessen der Gesellschaft zu wahren (Gericke/Waller, a. a. O., N 6a sowie N17 und 17a zu Art. 717 OR; N 29 zu Art. 754 OR).

3.9.3.1. Vorliegend musste dem Verwaltungsrat der Klägerin bewusst sein, dass sowohl zum Beklagten als auch zum Verwaltungsrat F in Bezug auf die Unterpachtverhältnisse Interessenkonflikte bestanden. Beide waren gegenüber der Klägerin Verpächter. In beiden Fällen unterliess es der Verwaltungsrat offenbar, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um diese Doppelrollen von zwei ihrer Verwaltungsräte zu entschärfen bzw. um die Interessen der Gesellschaft trotzdem zu wahren. Solche Massnahmen wurden nicht ergriffen. Es geht nicht an, solche Interessenkollisionen «offenen Auges», d. h. bewusst in Kauf zu nehmen, um dann im Nachhinein dem einen Verwaltungsrat pflichtwidriges Verhalten vorzuwerfen, wenn dieser Verwaltungsrat ein ihm zustehendes Rechte aus einem Vertrag mit der Gesellschaft (vorliegend das Kündigungsrecht aus dem Unterpachtvertrag) ausübt.

3.9.3.2. Massgebend ist vorliegend der Umstand, dass die Pachtverhältnisse mit den Verwaltungsräten nicht im Interesse der Gesellschaft, wonach diese Verträge die zum Schutz ihrer Investitionen nach Meinung der Klägerin eine Mindestdauer von 25 Jahren hätten aufweisen müssen, geregelt wurden. Pflichtwidrig war somit – wenn überhaupt – das Verhalten des gesamten Verwaltungsrates, indem er bei Abschluss der Unterpachtverträge keine entsprechenden Kündigungsbeschränkungen vereinbarte, nicht aber die Kündigung des Beklagten in seiner Funktion als Verpächter. Der gesamte Verwaltungsrat hat es unterlassen, im Namen der Klägerin mit dem Beklagten und dem Ehepaar F langfristige Unterpachtverträge schriftlich abzuschliessen.

3.9.4. Das Recht, die Unterpachtverhältnisse nach Ablauf der gesetzlichen Mindestpachtdauer aufzulösen, wurde dem Beklagten – wie auch dem Verwaltungsrat F – bei Abschluss der entsprechenden Verträge aufgrund des dispositiven Gesetzesrechts von der Klägerin zugestanden. Die Klägerin bzw. deren Verwaltungsrat unterliess es, in Kenntnis der Doppelfunktion der beiden Verwaltungsräte […], entsprechende Vorkehren dafür zu treffen, dass eine Kündigung der Pacht zu diesem aus ihrer Sicht zu frühen Zeitpunkt nicht möglich gewesen wäre. Die Klägerin hätte vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen und längere Mindestpachtdauern vertraglich vereinbaren können. Hat sie dies unterlassen, so hat sie die dispositive gesetzliche Mindestpachtdauer und die damit in Zusammenhang stehenden Kündigungsmöglichkeit als Bestandteil des Pachtvertrages akzeptiert.

Mit der Kündigung des Unterpachtvertrages hat der Beklagte nur ein ihm aufgrund des dispositiven Gesetzes zugestandenes Recht wahrgenommen. Die Ausübung eines solchen Kündigungsrechts stellt regelmässig keine Treuepflichtverletzung dar, da es ein widersprüchliches Verhalten wäre, wenn die Gesellschaft ein solches Kündigungsrecht als Bestandteil des Unterpachtvertrages akzeptiert, andererseits dem Beklagten als Verwaltungsrat jedoch dessen Ausübung als Pflichtverletzung vorwerfen will. Es liegt demnach keine Treuwidrigkeit seitens des Beklagten vor.

III. Strafrecht (einschliesslich Opferhilfe)

34

Art. 25 StGB (SR 311.0) i.V.m. Art. 15 Abs. 5 Satz 1 und Art. 37 Ziff. 1 Satz 1 SprstG (SR 941.41). Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz: Wer sich an Fussballspielen (eventual-)vorsätzlich daran beteiligt, eine Fanblockfahne über eine Gruppe von Fussballanhängern aufzuziehen und gespannt zu halten, damit diese in der Folge vermummt pyrotechnische Gegenstände («Pyros») abbrennen können, macht sich der Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz schuldig.

Kantonsgericht, Strafkammer, 1. September 2014

X wird vorgeworfen, dass er sich am 3. August 2013 als Gehilfe an einer Pyro-Aktion in der AFG Arena St.Gallen beteiligt habe. Im Wissen darum, dass nach der Pause bis-

weilen Pyros abgebrannt würden, habe er sich mit drei anderen Personen daran beteiligt, eine ca. 5 mal 4 Meter grosse Fahne auszubreiten und derart über eine Gruppe von Fussball-Ultras zu ziehen, dass die Fahne auf einer Breite von etwa zwei Metern über die Köpfe der Fans gezogen, seitlich dann aber bis fast auf den Boden heruntergezogen worden sei. Aufgrund dieses Vorgehens habe er erkennen müssen, dass es um das Abdecken von Leuten gegangen sei, die sich unter der Fahne vermummt hätten, um Pyros zu zünden. Obwohl in der Folge fünf Vermummte unter der Fahne hervorgekommen seien und Pyros gezündet hätten, danach wieder unter der Fahne verschwunden seien und sich entmummt hätten, habe er sich daran beteiligt, die Fahne gespannt zu halten. Er habe eingeräumt, dass man halt auch an solchen Aktionen beteiligt sei, wenn man immer an Choreos beteiligt sei.

Aus den Erwägungen:

III.

1. X bestätigte im Strafverfahren, dass er beim Fussballspiel FC St.Gallen gegen den FC Basel in der AFG Arena St.Gallen vom 3. August 2013 unter anderem zusammen mit A und B ca. zehn Minuten vor Beginn der zweiten Halbzeit eine 5 mal 4 Meter grosse, braune Blockfahne mit dem Schriftzug «Espenmoos» über einen Teil der Stehrampe gezogen habe bzw. dass er auf den Videobildern zu sehen sei. Auch steht fest, dass sich nach Aufspannen der Fahne mehrere Fans unter diese begaben, alsdann mehrere vermummte, nicht identifizierbare Personen mit pyrotechnischen Fackeln in den Händen unter der Blockfahne hervorkamen, anschliessend verteilt im Fanblock beim Einmarsch der Fussballspieler Pyros zündeten und sich danach unter der Fahne offensichtlich wieder «entmummten».

2. a) Zwar machte die Verteidigung im Berufungsverfahren geltend, X sei nur an einer Choreografie beteiligt gewesen. Es könne nicht davon ausgegangen werden, er habe gewusst, dass sich Leute unter der Fahne vermummten und anschliessend Pyros zündeten. Dies trifft jedoch nicht zu.

Denn X war für das (Auf-)Spannen der Blockfahne bzw. die Choreografie hauptverantwortlich und erteilte entsprechende Weisungen an seine Kollegen (Zugaben an der Berufungsverhandlung). Dabei wurde die Fahne an den Seiten heruntergezogen und nahm auf diese Weise (vgl. die Videoaufnahmen) eine Form ähnlich einer «Hütte» an, was offenkundig als Sichtschutz diente. X wusste auch um Pyros bzw. um deren Einsatz an Fussballspielen. So wurden bei ihm zu Hause anlässlich der Hausdurchsuchung pyrotechnische Gegenstände gefunden. Darüber hinaus hat die Vereinigung V, welcher X angehört, gerade zum Ziel, die Mannschaft mit Fangesängen, Hüpfen, Klatschen, Fahnen/Choreografien und eben auch mit Pyros zu unterstützen (ausdrückliche Zugabe von X an Schranken des Berufungsgerichts). Er selbst räumte ein, er habe bald einmal mitbekommen, dass sich Leute maskierten. Dies musste ihm spätestens bewusst gewesen sein, als er zugegebenermassen selbst unter der Fahne war, zumal er auch dann noch für das Spannen der Blockfahne verantwortlich war. Indem X die Blockfahne aufzog und auch

nicht wieder einrollte, als er die Maskierungen bemerkte, erleichterte er anderen Fussballanhängern die Vornahme einer Straftat, d. h. das Vermummen unter der Fahne zum Zwecke des anschliessenden Zündens von Pyros. Er nahm dabei zumindest im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf, dass seine Unterstützung die geschilderte Straftat förderte.

b) Im Weiteren hat die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass das Halten bzw. Aufziehen der Fahne nicht nur den Zweck hatte, das Vermummen, sondern auch das Abbrennen von Pyros zu ermöglichen, worauf auch der (Eventual-)Vorsatz von X gerichtet war. Daher ist nicht bloss von einer (vorliegend straflosen) Gehilfenschaft zu einer Übertretung auszugehen.

c) Schliesslich kann sich X auch nicht auf die Bestimmung von Art. 21 StGB (Irrtum über die Rechtswidrigkeit) stützen (so die Verteidigung). Ein Rechts-/Verbotsirrtum liegt nur vor, wenn der Täter meint, (überhaupt) kein Unrecht zu tun (Trechsel/Jean-Richard, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 21 N 4 mit Hinweisen). Dies war vorliegend nicht der Fall, zumal gegen X bereits früher ein Stadionverbot wegen des Missbrauchs von pyrotechnischen Gegenständen ausgesprochen werden musste.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Einzelrichter des Kreisgerichts X zu Recht der (vorsätzlichen) Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz schuldig gesprochen hat (Art. 25 StGB i.V.m. Art. 15 Abs. 5 Satz 1 und Art. 37 Ziff. 1 Satz 1 SprstG [SR 941.41]).

3. Damit ist die Berufung von X gegen den vorinstanzlichen Schuldspruch abzuweisen und der Entscheid des Einzelrichters des Kreisgerichts diesbezüglich zu bestätigen.

35

Art. 31 i.V.m. Art. 217 StGB (SR 311). Strafantragsfrist bei Vernachlässigung der Unterhaltspflicht: Der Strafantrag wirkt rückwirkend für die Zeitspanne, während der die geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt wurden. Eine Erstreckung auf Unterlassungen, die nach dem Tag erfolgten, an welchem der Strafantrag gestellt wurde, findet nicht statt. Vielmehr ist ein neuer Strafantrag erforderlich.

Kantonsgericht, Strafkammer, 18. Juni 2014

Aus den Erwägungen:

II.

2. Das Sozialamt A reichte am 15. Januar 2010 Strafantrag gegen den Beschuldigten ein (für die Periode vom 1. September 2008 bis 1. Januar 2010) und ersuchte am 27. Januar 2011 um «Erweiterung der Strafklage».

a/aa) Vernachlässigung der Unterhaltspflicht i. S. v. Art. 217 Abs. 1 StGB ist nur auf Antrag strafbar. Die Tathandlung besteht im Unterlassen, bei Fälligkeit die geschuldete Leistung zu erbringen. Das Antragsrecht erlischt nach Ablauf von drei Monaten (Art. 31 StGB). Die Antragsfrist beginnt, sobald dem Antragsberechtigten Täter und Tat, d. h. deren Tatbestandselemente, bekannt sind. Erforderlich ist dabei eine sichere, zuverlässige Kenntnis, die ein Vorgehen gegen den Täter als aussichtsreich erscheinen lässt. Wenn der Pflichtige während einer gewissen Zeit ohne Unterbrechung schuldhaft die Zahlung der Unterhaltsbeiträge unterlässt, beginnt nach der Rechtsprechung die Antragsfrist erst mit der letzten schuldhaften Unterlassung zu laufen (BGE 132 IV 49 E.3.1). Der Antrag ist gültig für den Zeitraum, in dem der Täter ohne Unterbrechung den Tatbestand erfüllt hat. Der Strafantragsberechtigte darf daher mit der Stellung des Strafantrages – auch wenn er ihn schon vor Beginn des Fristenlaufs stellen kann – solange unbeschadet zuwarten, als der Unterhaltspflichtige schuldhaft die geschuldeten Beiträge nicht bezahlt. Bei mehreren monatlich geschuldeten Unterhaltsbeiträgen, die während einer bestimmten Zeitspanne nicht geleistet wurden, beginnt daher die Strafantragsfrist beispielsweise erst, wenn der Pflichtige wieder mit Zahlungen beginnt oder wenn er mangels Leistungsfähigkeit seiner Zahlungspflicht nicht nachkommen kann (BGer 6B_72/2011 E.3.3 mit Hinweis auf BGE 121 IV 272 E.2a).

Der Strafantrag wirkt rückwirkend für die Zeitspanne, während der die geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt wurden. Eine Erstreckung auf Unterlassungen, die nach dem Tag erfolgten, an welchem der Strafantrag gestellt wurde, findet nicht statt. Vielmehr ist ein neuer Strafantrag erforderlich (Trechsel/Christener-Trechsel, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 217 N 18 mit Hinweisen; Weder, in: Donatsch et al. [Hrsg.], StGB Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 217 N 22; Neves/Pereira, La violation d'une obligation d'entretien, art. 217 CP, in: FamPra.ch 2013, S. 361; a. A. BSK Strafrecht II-Bosshard, Art. 217 N 27 sowie Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, S. 19 f. mit Hinweis, wonach der Strafantrag durch eine «entsprechende Erklärung» des Antragsberechtigten während des Verfahrens auf den inzwischen vergangenen Zeitraum ausgedehnt werden kann). Die vorgenannte Antragsfrist ist folglich auch bei einem erneuten Strafantrag zu berücksichtigen.

bb) Der Beschuldigte kam seiner Unterhaltspflicht unbestrittenermassen nicht rechtzeitig nach. Im Zeitraum vom 1. September 2008 bis 30. September 2010 leistete er insgesamt Unterhaltszahlungen im Umfang von Fr. 4000.– (Fr. 1500.– am 27. Februar 2009, Fr. 1000.– am 9. April 2009, Fr. 500.– am 26. November 2009 und Fr. 1000.– am 20. Januar 2010). Die Strafantragsfrist gemäss Art. 31 StGB von drei Monaten für die vor dem 31. Dezember 2009 bzw. 30. September 2010 jeweils nicht bzw. zu spät erfolgten Zahlungen begann am 1. Januar 2010 bzw. 1. Oktober 2010 zu laufen und endete am 1. April 2010 bzw. 1. Januar 2011. Der Strafantrag vom 15. Januar 2010 (Periode vom 1. September 2008 bis 1. Januar 2010) erfolgte daher rechtzeitig. Jener vom 27. Januar 2011 erweist sich jedoch als verspätet. Da-

mit erfasst die Anklage nur die nicht bezahlten Unterhaltsbeiträge für die Zeitspanne vom 1. September 2008 bis 1. Januar 2010.

cc) Das Strafverfahren wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten ist folglich betreffend Unterhaltsfälligkeiten für die Zeit nach dem 1. Januar 2010 einzustellen (Art. 319 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 379 StPO; vgl. BSK StPO-Grädel/Heiniger, Art. 319 N 13; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 319 N 8; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 586 und 1399).

36

Art. 111 StGB (SR 311.0) Mordqualifikation: Besonders verwerfliche Art der Tatausführung bei Überfahren der Ehefrau mit einem Personenwagen und anschliessenden Schlägen gegen den Kopf mit einem Radmutterschlüssel. Zudem besonders verwerflicher Beweggrund, da die Tötung aufgrund der Weigerung der Ehefrau erfolgte, zum Täter zurückzukehren, und weil sie bereits eine neue Beziehung mit einem anderen Mann eingegangen war. Keine Berechtigung der Tat aufgrund der Bestimmungen des Kanuns (albanisches Gewohnheitsrecht).

Kantonsgericht, Strafkammer, 4. März 2014
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_592/2014 vom 25. September 2014)

Aus den Erwägungen:

III.

B.

1. a) Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, ohne dass eine der besonderen Voraussetzungen der Art. 112–116 StGB zutrifft, macht sich nach Art. 111 StGB strafbar.

b/aa) Vom Beschuldigten ist nicht bestritten, dass er seinen Personenwagen am 8. November 2011 mit einer Geschwindigkeit von 80–90 km/h gezielt in die auf dem Trottoir der S-strasse abwärts gehende B gelenkt hat und sie von hinten erfasste. Durch die Kollision wurde B in die Windschutzscheibe des Personenwagens geschleudert und kam schliesslich halb auf der angrenzenden Wiese (Oberkörper), halb auf dem Trottoir (Unterkörper) zu liegen. Der Beschuldigte hielt seinen Wagen nach der Kollision an, behändigte aus dem Kofferraum seines Wagens einen Radmutternschlüssel, der mit einem Eisenrohr verlängert war, und begab sich zu B. Nachdem er ihren Körper weiter aufs Trottoir gezogen hatte, schlug er mit dem um die Eisenstange verlängerten Radmutternschlüssel vier bis fünf Mal mit grosser Kraft auf den Kopf (Stirn-, Schläfenbereich) von B ein.

bb) Die Aussagen des Beschuldigten bezüglich des Tatablaufs decken sich im Wesentlichen mit den Aussagen der Zeugen W, M, H, R und J. Die Darstellung des äusseren Ablaufs der Ereignisse durch den Beschuldigten stimmt zudem mit den Erkenntnissen aus den kriminaltechnischen Untersuchungen überein.

cc) Die Ausblutung des Körpers sowie die Einatmung von Blut in die Lunge (Blutaspiration) sprechen dafür, dass B im Zeitpunkt der Schläge durch den Beschuldigten noch lebte. Bestätigt wird dies durch die Aussage des Zeugen M, der gemäss eigenen Angaben in wenigen Metern Entfernung stand, als der Beschuldigte zuschlug. Er habe gesehen, wie B nach der Kollision und vor den Schlägen noch geatmet respektive wie sich ihr Bauch bewegt habe. Die Zeugen W und J, die im Zeitpunkt der Schläge beide von der am Boden liegenden B weiter entfernt waren wie der Zeuge M, erklärten hingegen, B habe sich nach der Kollision mit dem Auto nicht mehr bewegt. Um festzustellen, ob B noch atmete (Heben und Senken des Bauches insbesondere), befanden sie sich im Gegensatz zum Zeugen M jedoch zu weit entfernt. Angesichts dessen erweist sich die Aussage des Beschuldigten, B sei bereits vor den Schlägen tot gewesen, was er durch die Kontrolle ihres Pulses an der Hand festgestellt habe, als Schutzbehauptung. Keiner der Zeugen berichtete zudem, der Beschuldigte habe den Puls von B kontrolliert. An Schranken der Vorinstanz gestand der Beschuldigte auch ein, dass er «nicht genau [gewusst habe], ob sie noch lebt».

dd) Die Schläge führten bei B zu einem offenen Schädel-Hirn-Trauma (weitgehende Zertrümmerung des Hirn- und Gesichtsschädels, ausgedehnte Hirngewebsläsionen und -einblutungen) und schliesslich zu einem zentralen Regulationsversagen, woran sie noch am Tatort verstarb.

c) Nach dem Gesagten ist ohne Weiteres erstellt und auch nicht bestritten, dass der Beschuldigte durch sein Verhalten die Tatbestandsmerkmale der vorsätzlichen Tötung (Art. 111 StGB) erfüllte. Die Schläge des Beschuldigten auf den Kopf von B führten zu deren Tod. Dabei handelte der Beschuldigte mit direktem Tötungsvorsatz. Er brachte zwar wiederholt vor, er habe B nicht töten, sondern bloss verletzen wollen. Bei anderen Gelegenheiten gestand er jedoch ein, mit Tötungsvorsatz gehandelt zu haben (vgl. z. B. die Aussage des Beschuldigten, wonach er auf dem Parkplatz gedacht habe «jetzt ist fertig, jetzt muss ich sie umbringen»). Die Tatausführung des Beschuldigten (Überfahren von B mit dem Personenwagen, Verlassen des Personenwagens und Behändigen eines um ein Eisenrohr verlängerten Radmutternschlüssels, Ausführung mehrerer Schläge mit dem Radmutternschlüssel gegen den Kopf der verletzt am Boden liegenden B) lässt auf ein sehr zielgerichtetes Vorgehen schliessen. Für das Gericht steht in Anbetracht dessen ausser Zweifel, dass der Beschuldigte mit direktem Tatvorsatz handelte. Das Herbeiführen der Kollision und die nachfolgenden Schläge sind zudem als Tateinheit zu sehen. Entsprechend bezog sich der Vorsatz des Beschuldigten auf die gesamte Tatausführung; es war für ihn nicht von Bedeutung, ob er B durch die Kollision oder erst durch die Schläge töten würde. Mit der Ausführung der Schläge und den da-

mit verbundenen massiven Verletzungen konnte er sicher sein, dass B nicht überleben würde.

2. 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 durch die aussergewöhnlich krasse Missachtung fremden Lebens bei der Durchsetzung eigener Absichten aus. Das Gesetz will den skrupellosen, gemütskalten, krass und primitiv egoistischen Täter erfassen, der ohne soziale Regungen 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. 19.c) oder aus nichtigen Gründen (BGE 120 IV 265 E. 3).

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

b/aa) Für die Annahme eines besonders verwerflichen Vorgehens spricht vorliegend zunächst der Umstand, dass der Beschuldigte B unvermittelt von hinten überfuhr. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob es, wie vom Beschuldigten wiederholt behauptet, unmittelbar vor der Tat zu einem Gespräch zwischen ihm und B gekommen ist. B begab sich jedenfalls alleine zu Fuss auf dem Trottoir auf der S-strasse nach unten. Nach Angaben des Beschuldigten blickte sie einzig nach vorne. Es ist daher davon auszugehen, dass B den mit relativ hoher Geschwindigkeit heranfahrenden Personenwagen – wenn überhaupt – erst kurz vor der Kollision wahrnahm und ihr keine Ausweichmöglichkeit blieb. Sie war ahnungs- und wehrlos. Die Vorgehensweise des Beschuldigten erweist sich diesbezüglich als ausgesprochen hinterrücks.

bb) Um sicherzustellen, dass B tatsächlich sterben würde, behändigte der Beschuldigte nach der Kollision den Radmutternschlüssel samt Eisenstange und schlug mehrfach auf sie ein. Dabei nutzte er aus, dass B infolge der Kollision regungs- und v. a. wehrlos auf dem Boden lag. Mit der Kollision hatte er die wider-

standslose Ausführung der nachfolgenden Schläge erst ermöglicht. Die Schläge führte er mit grosser Kraft gegen den Kopf von B aus. Er zertrümmerte ihren Schädel grossflächig und zerstörte insbesondere ihre Gesichtspartie zur Unkenntlichkeit. Die Verletzungen bewirkten einen grossen Blutverlust bei B; im Gutachten des IRM ist festgehalten, dass zufolge des Blutverlusts Totenflecke nur spärlich ausgebildet waren und eine Blutleere des Gefässsystems sowie eine Blutarmut der inneren Organe bestanden.

cc) Vor Ausführung der Schläge hatte der Beschuldigte unter Androhung von Gewalt den B zur Hilfe eilenden Zeugen M vertrieben. Damit offenbarte er die Unbeirrbarkeit und Beharrlichkeit, mit der er die Tötung von B anstrebte. Zudem zeugt sein Verhalten von Kaltblütigkeit, liess er sich von der Tatausführung doch selbst von einem beachtlichen Widerstand nicht abbringen, sondern stellte mit allen Mitteln sicher, dass er ungehindert auf B einschlagen konnte. Dass dabei mehrere Zeugen teilweise aus nächster Nähe zuschauen konnten, störte ihn nicht.

dd) Der Beschuldigte behauptet, er habe B am Tattag nicht abgepasst, sondern rein zufällig gesehen, als er am Tanken war. Erst nach ihrem Gespräch auf dem Parkplatz habe er sich entschlossen, sie umzufahren.

Der Beschuldigte hatte B bereits vor der Tat mehrfach mit dem Tod gedroht und sich auch gegenüber Drittpersonen entsprechend geäussert. Er erzählte zudem, er habe B und D eine Woche vor seiner Tat im AM gesehen. Dabei sei er auf die Idee gekommen, B zu überfahren und auf diese Weise zu töten. Wenn er damals eine Pistole gehabt hätte, dann hätte er die beiden sofort erschossen (an Schranken des Berufungsgerichts bestritt er diese Aussagen). Am Abend vor der Tat habe er zudem seinen Sohn zur Wohnung von B gebracht (vom Sohn bestätigt) und dort das Auto von D stehen sehen. Er sei sehr wütend geworden (Der Sohn bezeichnete den Zustand seines Vaters auf der Heimfahrt an jenem Abend ebenfalls mit wütend). Wiederum erklärte er, dass er nach Möglichkeit B und D bereits an jenem Abend erschossen hätte. Zudem habe er sich überlegt, gegen D die Eisenstange einzusetzen («Ich dachte[,] ich habe Stange im Auto und wenn der Türke kommt, er hat vielleicht Pistole. […] Er kam dann schon raus und ich habe mich dann nicht getraut, etwas zu machen, weil ich dachte, ich könnte verlieren»; «Ich wollte den Türken umbringen. Ich war sehr wütend. Ich war mir sicher, dass der Türke eine Pistole hat. Ich hatte nur die Eisenstange»).

Zwar kann dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden, dass er die schliesslich ausgeführten Tötungshandlungen von langer Hand für den 8. November 2011 geplant hatte. Nach dem Gesagten trug er den Gedanken, B zu töten, jedoch bereits seit längerer Zeit mit sich. Ebenso hatte er schon vor dem 8. November 2011 in Betracht gezogen, B zu überfahren. Auch die Verwendung des Radmutternschlüssels samt Eisenstange als Schlagwaffe hatte er bereits zu einem früheren Zeitpunkt erwogen. Auf Letzteren hatte der Beschuldigte übrigens direkten und schnellen Zugriff, denn er lag zusammengesetzt im Kofferraum seines Wagens und musste nicht erst beispielsweise unter einer Abdeckung hervorgeholt

werden; die Zeugen der Tat schilderten unisono, dass der Beschuldigte seinen Wagen nach der Kollision anhielt, ausstieg und samt Schlaginstrument sogleich zur am Boden liegenden B eilte. Da der Beschuldigte wusste, wann B mit der Arbeit beginnt, war es ihm zudem ein Leichtes, sie auf der Strasse abzupassen.

Nach dem Gesagten muss folglich zumindest von der bereits bestehenden Bereitschaft des Beschuldigten, B zu töten, ausgegangen werden. Die wenigen dafür notwendigen Vorkehrungen hatte er getroffen, indem er insbesondere den Radmutternschlüssel samt angefügter Eisenstange mitführte. Als er B am 8. November 2013 alleine unterwegs antraf – der Beschuldigte wollte gemäss eigenen Angaben keine Drittpersonen treffen –, nutzte er die Gelegenheit zur Tat.

[…]

c) Insgesamt zeugt die Tat des Beschuldigten in Anbetracht der Umstände von ausserordentlicher Brutalität und Kaltblütigkeit. Er handelte besonders grausam und skrupellos respektive ist seine Art der Tatausführung i. S. v. Art. 112 StGB besonders verwerflich (vgl. auch BGer 6S. 441/2004 E. 2.2.1; 6P. 147/2004 E. 3).

4. a) Zu prüfen ist sodann, ob auch der Beweggrund des Beschuldigten als besonders verwerflich zu qualifizieren ist. Zu den besonders verwerflichen Beweggründen zählen etwa Rache, extremer Egoismus bzw. extreme Geringschätzung des Lebens oder Kaltblütigkeit bzw. Gefühlskälte (BSK StGB-Schwarzenegger, Art. 112 N 9 ff.). Als besonders verwerflich wurden von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa die Tötung der Gattin angesehen, die sich scheiden lassen wollte (BGer 6S. 357/2004 E. 2.2), oder die Tötung des Freundes, weil er die Beziehung auflösen wollte (BGer 6S. 94/2006 E. 9.3).

b/aa) An Schranken des Berufungsgerichts erklärte der Beschuldigte, er könne sich nicht mehr an den Tathergang erinnern. Er wisse nicht mehr, was er getan habe und wie alles abgelaufen sei. Er habe B nicht töten wollen. Zuvor hatte sich der Beschuldigte während des Verfahrens mehrfach zu den Beweggründen für seine Tat geäussert. So erklärte er in der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 9. November 2011, er habe B anlässlich ihrer angeblichen Unterredung auf dem Parkplatz gebeten, zu ihm zurückzukehren. Sie habe ihm entgegnet, sie wolle nichts mehr mit ihm zu tun haben. Darauf sei es zu einer Dämmerung vor seinen Augen gekommen und er habe keine Kontrolle mehr gehabt.

Am 20. Dezember 2011 gab der Beschuldigte zu Protokoll, sein Herz habe «pam» gemacht, als er B und D im Oktober 2011 im AM gesehen habe. Er habe explodieren wollen und hätte die beiden erschossen, wenn er eine Pistole gehabt hätte. Er bestätigte zudem seine Angaben vom 9. November 2011 zum Gespräch auf dem Parkplatz. Ergänzend fügte er an, nachdem B ihm gesagt hatte, sie wolle nichts mehr mit ihm zu tun haben, und weggelaufen war, habe er gedacht, nun sei fertig, jetzt müsse er sie umbringen. «Wenn sie sich nicht mit dem Türken gezeigt hätte, wäre sie heute noch am Leben.» Es sei so viel Wut und Verletzung in seinem Herzen gewesen; sie habe sein Herz «kaputt gemacht». Ein Messer oder dergleichen habe er für die Tötung nicht verwenden wollen, weil er Distanz haben und

nicht zu nahe an sie herankommen wollte. Wütend habe ihn auch gemacht, dass B eine weisse Hose getragen und somit Fröhlichkeit ausgestrahlt habe, wo sie doch hätte Traurigkeit zeigen sollen wegen der Scheidung.

In der Befragung vom 16. Januar 2012 erklärte der Beschuldigte, er habe B am Abend vor der Tat gesagt, er werde sie umbringen, wenn er sie zusammen mit D sehe. Er habe nicht verstehen können, wie B mit einem anderen Mann zusammensein konnte. Unmittelbar vor der Tat habe er B auf dem Parkplatz gesagt, sie solle die Beziehung zu D beenden. Sie habe das aber nicht gewollt und sei weitergelaufen. Sein Herz sei verletzt gewesen. Er habe ihr 100 Mal gesagt, dass er sie umbringen werde, wenn er sie zusammen mit D sehe. Die Nacht vor der Tat sei katastrophal gewesen. Sein Herz habe sehr geschmerzt, weil er D in der Wohnung von B gesehen habe.

An Schranken der Vorinstanz bekräftigte der Beschuldigte erneut, er habe B gesagt, sie solle aufhören, mit D zu gehen. Die beiden und er selber seien schuld daran, was geschehen sei. In der Nacht vor der Tat habe er davon geträumt, wie B mit D zusammen sei. Er habe am Mittag dann mit ihr auf dem Parkplatz sprechen wollen, doch sie sei weitergelaufen. Danach sei ihm schwarz geworden vor den Augen. Er sei «[m]it den Nerven weg» gewesen.

bb) Nach dem Gesagten sowie unter Berücksichtigung der der Tat vorangegangenen (Todes-)Drohungen durch den Beschuldigten, erachtet es das Gericht als erwiesen, dass die Trennung von B und ihre anschliessende Beziehung zu D Beweggrund für die Tat des Beschuldigten waren; die Drohungen standen ebenfalls im Zusammenhang mit der neuen Lebenssituation von B. Der Beschuldigte fühlte sich durch die Weigerung von B, zu ihm zurückzukehren, sowie durch ihre neue Beziehung gedemütigt und gekränkt.

Daran vermögen die Ausführungen zum Beweggrund des Beschuldigten im forensischpsychiatrischen Gutachten vom 31. Juli 2012 unter dem Titel «Versuch eines erweiterten Tatverständnisses» nichts zu ändern. Die psychiatrische Begutachtung war seitens der Staatsanwaltschaft am 14. März 2012 in Auftrag gegeben worden. Die Sachverständigen wurden mit der Beantwortung von Fragen zur psychischen Störung des Beschuldigten, zu seiner Rückfallgefahr sowie zu seiner Massnahmebedürftigkeit beauftragt; der Auftrag der Begutachtung umfasste die Exploration zum Beweggrund des Beschuldigten nicht. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft vielmehr innere Tatsachen, die das Gericht als Tatfrage – bei Fehlen entsprechender Einlassungen des Beschuldigten – aufgrund der äusseren Umstände entscheiden muss (BGer 6B_604/2012 E. 3.5.3; BGE 137 IV 1 E. 4.2.3). Entsprechend bedingt ein diesbezügliches Abweichen vom Gutachten auch keine triftigen Gründe, wie dies bei den gutachterlich festgestellten Sachfragen üblicherweise der Fall ist (vgl. dazu BGE 133 II 384 E. 4.2.3 m. w. H.).

cc) Die Tat des Beschuldigten zeugt von Eifersucht und ist als Rachehandlung gegenüber B zu verstehen, weil diese ihn verlassen hatte. Der Beschuldigte stellte seine eigenen Interessen weit über diejenigen von B und zeigte mit seiner Tat

einen ausgeprägten und ausserordentlichen Egoismus. Er tötete schliesslich aus einem vergleichsweise geringfügigen Anlass.

Seine Tat bringt gleichzeitig eine extreme Geringschätzung des Lebens zum Ausdruck, denn die vermeintliche Kränkung des Beschuldigten steht in einem krassen Missverhältnis zum von ihm vernichteten Leben. Das Verhalten des Beschuldigten ist dabei nicht nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr, als die Ehe zwischen dem Beschuldigten und B gescheitert war. Mit Entscheid des Familienrichters des Kreisgerichts St.Gallen vom 26. August 2011 waren der gemeinsame Haushalt der Eheleute aufgehoben und die Modalitäten des Getrenntlebens geregelt worden.

Bei der Ausführung seiner Tat offenbarte der Beschuldigte zudem Kaltblütigkeit respektive Gefühlskälte. Mitten am Tag und in Gegenwart mehrerer Personen überfuhr er B zuerst hinterrücks. Durch die Schläge mit der Eisenstange stellte er danach sicher, dass sie seine Attacke nicht überleben konnte. Seiner Verachtung gegenüber B verlieh er dabei zusätzlichen Ausdruck, indem er ihr Gesicht durch seine Schläge entstellte und sie, als sie nach der Kollision mit dem Personenwagen am Boden lag, gemäss eigenen Angaben beschimpfte und für die Tat (mit-)verantwortlich erklärte («Ich ficke deine Mutter!»; «Jetzt hast du mich noch ins Gefängnis gebracht!»; die Zeugen W, H und R bestätigen die diesbezügliche Darstellung des Beschuldigten dahingehend, als sie gehört haben wollen, wie er während der Schläge in aggressiver Weise in einer ihnen nicht bekannten Sprache gesprochen habe; die Darstellung des Zeugen J, der gehört haben will, dass der Beschuldigte «Lebst du noch?» zu B gesagt habe, erscheint angesichts der beschränkten Deutschkenntnisse des Beschuldigten, von denen sich das Berufungsgericht an Schranken selber überzeugen konnte, nicht wahrscheinlich). Auch heute erachtet der Beschuldigte B und D noch zumindest als mitverantwortlich für die Tat.

c) Insgesamt ist angesichts der Umstände auch der Beweggrund des Beschuldigten i. S. v. Art. 112 StGB als besonders verwerflich zu bezeichnen.

d/aa) Im Verlaufe des Strafverfahrens äusserte sich der Beschuldigte dahingehend, der Kanun (albanisches Gewohnheitsrecht) sei für ihn wie ein Gesetz. Seine Familie habe immer danach gelebt. Nach dem Kanun sei es so, dass man eine Frau umbringen müsse, wenn sie fremdgehe. Auf die Frage, ob er die Tat wegen dem Kanun begangen habe, antwortete er in der Einvernahme vom 16. Januar 2012: «Es war die Schande, dass meine Frau mich verletzt hat und der Kanun. Beides zusammen hat mich zu dieser Tat geführt.» Aufgrund ihres Verhaltens mit dem Türken habe er sein Gesicht verloren und er habe sich nicht mehr vor Freunden und Verwandten zeigen können. Wenn sich B nicht mit dem Türken gezeigt hätte, wäre sie noch am Leben. Nun könne er sich wieder zeigen und müsse sich nicht mehr vor anderen Leuten schämen. Es sei viel Wut und Verzweiflung in seinem Herzen gewesen. Weil B zudem eine neue Beziehung eingegangen war, wähnte er sein «Gesicht verschmutzt» respektive seine «Würde verloren». Er habe sich um eine Versöhnung bei der Familie von B bemüht, damit er sie nicht erschiessen müsse, «so wie es Tradition ist». Eine Scheidung hätte seine Würde und Selbstachtung

nach unten gesetzt. Das hätte bedeutet, er sei nicht gut genug. Nach dem Kanun sei eine Scheidung zudem nicht erlaubt.

An Schranken der Vorinstanz gab der Beschuldigte zu Protokoll, dass er durch B in seiner Ehre verletzt worden sei, weil sie fremdgegangen sei. Die Moral sei das Wichtigste. Er habe versucht, mit der Familie von B einen Dialog zu finden. Die Familie sei dafür allerdings nicht zu haben gewesen. Es sei kein «Familiengericht» einberufen worden, um eine Lösung zu finden. Sein Schwager habe bereits Personen gefunden gehabt, die eine Versöhnung zwischen ihm und B hätten herbeiführen sollen. Die Familie von B sei damit aber nicht einverstanden gewesen. Früher sei es viel öfter zu Blutrache gekommen, wenn keine Versöhnung habe erzielt werden können. Für ihn selber gelte die Blutrache jedoch nicht mehr. Er habe wegen der Beziehung von B zum Türken die Schweiz verlassen wollen. Dass er sie getötet habe, sei bloss Zufall gewesen. Erst in dem Moment, als er es getan habe, habe er sich entschieden. Er fühle sich nicht im Recht, B getötet zu haben. Man dürfe nicht töten. Er habe schon sein Gesicht verloren durch das Verhalten von B. Wenn er gewusst hätte, was passiert, hätte er schon im Oktober die Schweiz verlassen.

Vor dem Berufungsgericht erklärte der Beschuldigte schliesslich auf die Frage, welche Rolle der Kanun bei seinen Überlegungen gespielt habe, er wisse es nicht. Er habe den Kanun nicht selber gelesen. Er bemerkte zudem, dass er durch das Verhalten von B nicht berechtigt gewesen sei, sie umzubringen.

bb) Bei der Bestimmung der besonderen Skrupellosigkeit nach Art. 112 StGB gelangen die dem hiesigen Recht zugrunde liegenden Wertvorstellungen zur Anwendung. Schwierigkeiten eines fremdkulturellen Täters, sich von den Rechts- und Wertvorstellungen seiner Heimat zu lösen, sind gegebenenfalls beim Verschulden zu berücksichtigen (BGer 6B_156/2008 E. 2.4). Selbst wenn sich der Beschuldigte zur Erklärung seiner Tat folglich auf angebliche Rechts- und Wertvorstellungen seiner Herkunftskultur beruft, ändert dies nichts an der Qualifikation seines Verhaltens als Mord; insbesondere sein Beweggrund zur Tat ist unverändert als besonders verwerflich i. S. v. Art. 112 StGB zu werten. Dem Beschuldigten ist zwar zuzugestehen, dass er sich durch das Verhalten von B verletzt fühlte und deshalb wütend (vgl. z. B. seine Aussage «Dann ist die Wut in meinem Kopf explodiert») und verzweifelt war. Zudem ist anzuerkennen, dass er zuerst scheinbar versuchte, ein «Familiengericht» einzuberufen, um eine Versöhnung zu erreichen. Er befand sich indessen nicht in einer schweren Konfliktsituation gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, denn das von ihm subjektiv erfahrene Unrecht durch das Verhalten von B lässt seine Tat nicht einfühlbar erscheinen und verringert folglich auch sein Tatverschulden nicht. Die vermeintliche Kränkung des Beschuldigten steht in jedem Fall in einem krassen Missverhältnis zur Tötung von B.

cc) Der Beschuldigte anerkannte zudem, dass die Tat auch in seinem Herkunftsland strafbar gewesen wäre. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Verringerung des Verschuldens zufolge eines «Kulturkonflikts» daher aus-

geschlossen (BGE 117 IV 7 E. 3.a.bb; BGer 6S. 373/2005 E. 1.2; 6S. 219/1999 E. 3.c [= Pra 89 (2000) Nr. 36]; vgl. auch BGH 5 StR 258/98, 298).

dd) Gemäss eigenen Angaben hat sich der Beschuldigte sodann im Herbst 2011 eine neue Frau gesucht, weil B nicht mehr zu ihm habe zurückkehren wollen. Im Kosovo habe er sich mit zwei, drei Frauen getroffen, die ihm aber nicht gefallen hätten. Schliesslich habe er eine neue Frau gefunden und sie hätten bereits über eine Heirat gesprochen. Er habe die Absicht gehabt, die Schweiz zu verlassen. Mit dem Bundesgericht entbehrt es in einer solchen Situation «jeder moralischen Rechtfertigung und ist menschlich nicht verständlich, sein eigenes Verhalten nach den hierzulande geltenden Wertmassstäben auszurichten und sich eine nach erfolgter Ehetrennung gesellschaftlich akzeptierte Fremdbeziehung zu erlauben, von seiner Ehefrau indessen nach den Massstäben des albanischen Gewohnheitsrechts weiterhin absolute eheliche Treue einzufordern» (BGer 6B_156/2008 E. 2.4). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist der mögliche fremdkulturelle Hintergrund der Tat des Beschuldigten nicht zu beachten.

ee) Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben bereits seit mehr als 24 Jahren in der Schweiz lebt. Von andauernden Assimilierungsschwierigkeiten ist daher nicht auszugehen und sein Verschulden kann nicht «infolge von Auswirkungen eines allenfalls einmal erlebten Kulturschocks vermindert sein» (BGE 117 IV 139 E. 4.b; vgl. auch BGer 6S. 178/2005 E. 4.2: «[L]e recourant vit en Suisse depuis 1994, ce qui implique une bonne connaissance de nos moeurs»; vgl. ebenso BGer 6S. 132/2001 E. 2.d).

5. a) Zusammenfassend sind nach dem Gesagten sowohl die Art der Ausführung der Tat als auch der Beweggrund des Beschuldigten zur Tat als besonders verwerflich i. S. v. Art. 112 StGB zu bezeichnen. Bei Gesamtwürdigung der Umstände der Tat ist der objektive Tatbestand des Mordes (Art. 112 StGB) gegeben (vgl. BGer 6B_156/2008 E. 2.4; 6B_305/2013 E. 4.3.2; 6B_953/2008 E. 2.6; BGE 127 IV 10 E. I.1.e und f; 118 IV 122 E. 3.d; 127 IV E. 1.a und e; 120 IV 265 E. 3.; 101 IV 279 E. 5; 115 IV 8 E. I.b; 108 IV 99 E. 3.c; 107 IV 161 E. 2; vgl. auch BGH 5 StR 341/05, 1011).

b) Der Beschuldigte war sich der ausserordentlichen Brutalität und Kaltblütigkeit seines Verhaltens bzw. der Verwerflichkeit seines Beweggrundes im Tatzeitpunkt bewusst. Er wusste insbesondere um die Wehrlosigkeit von B, als er auf sie einschlug. Er handelte somit auch hinsichtlich des Mordtatbestandes mit direktem Vorsatz.

c) Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Der Beschuldigte hat sich folglich des Mordes (Art. 112 StGB) schuldig gemacht, indem er B tötete.

37

Art. 117 i.V. m. Art. 11 StGB (SR 311.0) Fahrlässige Tötung durch Unterlassen: Zur Reichweite des ärztlichen Behandlungsvertrags ausserhalb der üblichen ärztlichen Behandlung in der Praxis. Der als Ärztin tätigen Beschuldigten oblag gegenüber der ihr freundschaftlich verbundenen Patientin keine Garantenpflicht aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag, als diese bei ihr übernachtete.

Kantonsgericht, Strafkammer, 2. Juli 2014

Aus den Erwägungen:

III.

1. c) Fahrlässige Tötung kann auch durch Unterlassen begangen werden. Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtstellung dazu verpflichtet ist, namentlich aufgrund des Gesetzes, eines Vertrages, einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft oder der Schaffung einer Gefahr (Art. 11 Abs. 2 StGB; BGer 6B_174/2013 E. 3.1). Die Handlungspflicht muss sich aus einer Garantenstellung ergeben. Der Täter muss sich folglich in einer Situation befinden, die ihn gerade in diesem Punkt verpflichtet, ein bestimmtes Gut gegen unbestimmte Gefahren zu schützen (Obhuts-/Beschützerpflicht) oder die Verwirklichung bekannter Risiken, denen unbestimmte Güter ausgesetzt sind, zu verhindern (Überwachungs-/Sicherungspflicht). Nur dann kann seine Unterlassung dem Fall der Verursachung des Erfolges durch ein aktives Tun gleichgestellt werden (BGE 134 IV 255 E. 4.2.1 m. w. H. [= Pra 98/2009 Nr. 25]; BGer 6S. 391/2002 E. 3).

Nicht jede gesetzliche oder vertragliche Handlungspflicht vermag indessen eine Garantenstellung zu begründen. Es bedarf einer qualifizierten Rechtspflicht, d. h. es ist eine gesteigerte Verantwortlichkeit bzw. eine inhaltlich besonders qualifizierte Rechtspflicht zum Tätigwerden vorausgesetzt (BGE 140 IV 11 E. 2.4.2; 134 IV 255 E. 4.2.1; BGer 6B_885/2013 E. 2.3, je m. w. H.).

2. a) Es ist unbestritten und beweismässig erstellt, dass S im Frühjahr 2010 aufgrund ihrer Betäubungsmittelabhängigkeit bei der Beschuldigten in ärztlicher Behandlung war und bei ihr insbesondere Methadon und weitere Medikamente bezog. Ebenso ist erstellt, dass S und die Beschuldigte einander freundschaftlich verbunden waren. S hatte die Beschuldigte angefragt, ob sie ihre Beiständin werden würde. Im Frühling 2010 bestand bereits die mündliche Abmachung, dass die Beschuldigte das S zustehende Sozialgeld ausbezahlt erhielt und tranchenweise an S übergab. S wohnte zudem zur Untermiete in der Wohnung der Beschuldigten in D. Überdies war die Beschuldigte die «Wahlgotta» von S. Die Beschuldigte erklärte weiter, S habe ihr alles erzählen können und sei für sie «wie eine eigene Tochter»

gewesen. Sie habe S sehr geschätzt, habe Potential und Möglichkeiten in ihr gesehen. S sei ein besonderer Mensch gewesen. Diese Aussagen wurden von der Mutter von S bestätigt. Wörtlich führte sie aus: «Ich glaube[…, die Beschuldigte] hat meine Tochter sehr gerne gehabt und [S] war fast wie eine Tochter für sie.» Auch der Freund von S erklärte, die Beschuldigte sei wie eine «Gotta» für S gewesen und es habe sich mehr um ein «freundschaftliches Verhältnis» als um ein «Arzt-Patient[en]-Verhältnis» gehandelt).

b) Nicht strittig bzw. erstellt ist weiter, dass S am Freitag, 30. April 2010, in Begleitung ihrer Mutter und ihres Freundes in die Praxis der Beschuldigten in D kam. Die Mutter hatte S zuvor bei deren betäubungsmittelabhängigen Ex-Freund abgeholt. S war wütend und kündigte zunächst an, sich das Leben zu nehmen, nahm dann aber von dieser Aussage Abstand. Sie erklärte weiter, sie wolle unbedingt einen «Flash» erleben. Um «Stoff» zu besorgen, wollte sie nach St.Gallen. Gleichzeitig verlangte sie das ihr zustehende Taschengeld von Fr. 150.–. Die Beschuldigte erläuterte S, dass sie in letzter Zeit «so viele Medikamente und Drogen konsumiert hatte, dass man nicht wissen könne, was eine solche Aktion (d. h. der erneute Drogenkonsum) auslösen könne». Sie übergab S schliesslich das Geld und forderte sie auf, später in ihre Wohnung in D zu kommen. Als S später am Abend in der Wohnung der Beschuldigten eintraf, berichtete sie der Beschuldigten, «sie habe was genommen». Die Beschuldigte nahm S jedoch «in einem relativ klaren Zustand wahr» und der Abend sei «völlig normal» abgelaufen. Während S noch fern sah, legte sich die Beschuldigte schlafen.

In der Nacht wurde die Beschuldigte durch das Schnarchen von S geweckt; S war auf einem Stuhl im Bereich der Küche eingeschlafen. Durch Zurufen weckte die Beschuldigte S und forderte sie auf, ins Bett zu gehen. S begab sich ins Badezimmer und liess verlauten, sie habe Kopfschmerzen und es sei ihr übel. Die Beschuldigte schlief wieder ein, um gegen 6.15 Uhr erneut aufzuwachen. Sie entdeckte S schlafend auf dem Boden des Badezimmers. Die Beschuldigte rüttelte S wach und führte sie zur Matratze auf dem Wohnzimmerboden. S war stark verschleimt und die Beschuldigte forderte sie auf zu husten, was S tat. Die Beschuldigte legte sich anschliessend nochmals hin. Um 7.00 Uhr stand sie auf und verliess die Wohnung eine halbe Stunde später. Zuvor sprach sie kurz mit S, die sich aufsetzte und brummelnd antwortete. Auf dem Arbeitsweg telefonierte sie mit der Mutter von S und sagte ihr, jemand solle nach S schauen gehen.

c) Am 1. Mai 2010 nach 9.00 Uhr fand B seine Freundin S in der Wohnung der Beschuldigten leblos auf der Matratze liegend vor. Er kontaktierte umgehend den Rettungsdienst. Die Reanimationsversuche von B sowie der Rettungssanität blieben erfolglos. S starb in der Wohnung der Beschuldigten.

3. Der Beschuldigten wird hinsichtlich des Tods von S ein Unterlassen, nämlich die fehlende Einleitung von Rettungsmassnahmen trotz vorliegender Vergiftungssymptome, vorgeworfen. Mangels Handlung, an die angeknüpft werden könnte (Subsidiaritätsprinzip, vgl. BGE 129 IV 119 E. 2.2), ist nachfolgend zunächst zu

bestimmen, ob die Beschuldigte eine Garantenstellung innehatte und deshalb zum Handeln verpflichtet gewesen wäre.

4. a) Eine Straftat kann nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhoben hat (Art. 9 Abs. 1 StPO). Die Anklageschrift bezeichnet «möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfene Tat» (Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO). Der Anklagegrundsatz bestimmt den Prozessgegenstand (Umgrenzungsfunktion), bezweckt den Schutz der Verteidigungsrechte (Informationsfunktion) und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör. Erhöhte Anforderungen können sich bei Unterlassungs- und Fahrlässigkeitstaten stellen, beim unechten Unterlassungsdelikt insbesondere hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Garantenstellung (BGer 6B_174/2013 E. 1.2; 6B_344/2013 E. 2.2; BGE 133 IV 235 E. 6.2; 126 I 19 E. 2a; 116 Ia 202 E. 2, je m. w. H.).

b) In der Anklageschrift wird nicht vertieft auf die Garantenstellung der Beschuldigten eingegangen. Es wird immerhin darauf hingewiesen, dass sie S als Ärztin betreut und in der Nacht vom 30. April 2010 auf den 1. Mai 2010 als Patientin zur Überwachung bei sich aufgenommen haben soll. Der Beschuldigten wird schliesslich vorgeworfen, die «offensichtlich vorliegenden Vergiftungsmerkmale nicht erkannt» und keine Rettungsmassnahmen veranlasst zu haben. Die Beschuldigte musste somit wissen, dass aus ihrer Stellung als betreuende Ärztin von S sowie aus der S gewährten Übernachtungsmöglichkeit bei ihr zu Hause auf eine Garantenstellung geschlossen werden kann. Der Beschuldigten war eine wirksame Verteidigung folglich möglich. Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass sich die Verteidigung eingehend zum Umfang und der Rechtsnatur der Betreuung von S durch die Beschuldigte in der Nacht auf den 1. Mai 2010 äusserte. Eine Verletzung des Anklagegrundsatzes liegt folglich nicht vor.

c) An Schranken des Berufungsgerichts begründete die Staatsanwaltschaft die Garantenpflicht der Beschuldigten gegenüber S erstmals mit dem Vertrauensverhältnis zwischen den beiden. Die Begleitung von S durch die Beschuldigte in der Nacht auf den 1. Mai 2010 sei Ausfluss dieses Vertrauensverhältnisses gewesen. In der Anklageschrift wird allerdings nicht auf die persönliche Beziehung respektive das Vertrauensverhältnis zwischen der Beschuldigten und S Bezug genommen. Eine damit begründete Garantenstellung würde deshalb gegen den Anklagegrundsatz verstossen. Es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, inwiefern das Vertrauensverhältnis vorliegend eine Garantenpflicht der Beschuldigten begründen soll.

d) Ebenfalls nicht Gegenstand der Anklage und damit des vorliegenden Verfahrens ist das von Seiten der Mutter und des Freundes von S erwähnte «kontrollierte Stechen».

5. a) Nach dem Gesagten leitet die Anklageschrift die Garantenstellung einzig aus der Stellung der Beschuldigten als Ärztin respektive aus ihrer Verantwortlichkeit für die «Überwachung» von S ab. Die Übernahme der ärztlichen Behandlung

bringt grundsätzlich eine Garantenstellung mit sich (BSK StGB-Seelmann, Art. 11 N 40 m. w. H.). Es ist daher zu bestimmen, ob die S von der Beschuldigten gewährte Übernachtungsmöglichkeit in der Nacht auf den 1. Mai 2010 eine Überwachung im medizinischen Sinne einschloss, sprich ob es sich dabei um eine Dienstleistung der Beschuldigten im Rahmen der ärztlichen Behandlung von S handelte.

b/aa) Hinsichtlich der Art und des Umfangs der von der Beschuldigten übernommenen Betreuung von S in der Nacht auf den 1. Mai 2010 liegen die Aussagen von A, B und der Beschuldigten im Recht. Die Vorinstanz hat diese Aussagen zutreffend zusammengefasst. Hierauf kann zur Vermeidung von Wiederholungen mit den nachfolgenden Ergänzungen und Hervorhebungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

bb) Die Mutter von S gab in Bezug auf die vereinbarte Überwachung im Wesentlichen zu Protokoll, es sei abgemacht worden, dass S «nach St.Gallen geht, sich Stoff besorgt, wieder zurückkommen und das in der Wohnung sich spritzt, wenn [… die Beschuldigte] dabei ist». Weiter führte sie aus: «Dann kam plötzlich ein Gespräch zwischen [… S] und [… der Beschuldigten]. [S] sagte zu[r Beschuldigten], dass sie ja gestern gesagt habe, dass wir es eben so machen könnten, dass sie nach St.Gallen etwas holen gehen würde und [die Beschuldigte] sie nach dem Konsum überwachen könne.» Auch der Freund von S, B, äusserte sich zusammengefasst dahingehend, es sei zwischen S und der Beschuldigten ein «kontrolliertes Stechen» vereinbart worden. Auf die Frage, ob die Beschuldigte in der fraglichen Nacht bei S gewesen sei, erklärte er: «Ja, das war sie, wir haben das so abgemacht. [S] sollte von St.Gallen direkt in die Wohnung und das Kokain unter ärztlicher Aufsicht konsumieren.» Nach dem Gesagten erwähnten sowohl die Mutter als auch der Freund von S deren Überwachung durch die Beschuldigte lediglich im Zusammenhang mit der angeblich vereinbarten, kontrollierten Einnahme von Kokain. Diese jedoch ist wie erwähnt nicht Gegenstand der Anklage. Weitere Hinweise auf eine Vereinbarung betreffend (medizinische) Überwachung von S sind den Aussagen von A und B, die sich ausführlich und in freier Rede äusserten, nicht zu entnehmen.

cc) Die Beschuldigte ihrerseits gab zu Protokoll, sie habe mit dem Freund und der Mutter von S am Abend des 30. April 2010 vereinbart, dass S «das ganze Wochenende überwacht werden sollte. Entweder durch die Mutter oder durch ihren Freund». Die Beschuldigte schilderte weiter, dass sie S am Abend des 30. April 2010 für psychisch instabil gehalten habe. Es sei für S wichtig gewesen, dass sie Gespräche führen konnte. S sei aufgebracht gewesen und habe in diesem Zustand «Dinge [ge]macht, die sie nicht tun sollte». Mit der vereinbarten «Überwachung» habe vor allem verhindert werden sollen, dass «[S] abzieht» respektive verschwindet und insbesondere zu ihrem Ex-Freund geht; wenn es S schlecht gegangen sei, habe sie Kontakt mit Leuten gesucht, die ihr nicht gutgetan hätten. Dies habe mit der vereinbarten «Überwachung» verhindert werden sollen. Eine Überwachung in medizinischem Sinne hielt die Beschuldigte nicht für nötig.

c) Die Aussagen der Beschuldigten erweisen sich als kongruent und nachvollziehbar. Es ist insbesondere davon auszugehen, dass sich am Wochenende des 1./2. Mai 2010 auch die Mutter und der Freund um S kümmern sollten. Die Beschuldigte leistete in der Nacht auf den 1. Mai 2010 in D und daraufhin in E Pikettdienst. Einzig deshalb übernachtete sie in ihrer Zweitwohnung in D. Entsprechend rechnete die Beschuldigte damit, kurzfristig als Ärztin abgerufen zu werden. Sie konnte daher nicht gewährleisten, ständig für S verfügbar zu sein. Vom Pikettdienst der Beschuldigten hatte dabei nach eigenen Angaben auch die Mutter von S Kenntnis. Ihr musste demnach ebenso bewusst sein, dass die Beschuldigte bereits in der Nacht auf den 1. Mai 2010 keine ununterbrochene Betreuung ihrer Tochter garantieren konnte.

Eine durchgängige Überwachung (im medizinischen Sinne) von S durch die Beschuldigte war folglich von vornherein nicht möglich. Angesichts der genannten Umstände ist davon auszugehen, dass mit der zwischen der Beschuldigten sowie der Mutter und dem Freund von S vereinbarten «Überwachung» keine medizinische Leistung gemeint war. S sollte nicht ständig unter der Beobachtung einer medizinischen Fachperson sein. Mit der «Überwachung» sollte vielmehr eine Art soziale Kontrolle über sie ausgeübt und dabei verhindert werden, dass sie Bekannte aus dem Drogenmilieu aufsucht und sich Betäubungsmittel besorgt. Die vereinbarte «Überwachung» erfolgte somit nicht aus akuten medizinischen Gründen und erforderte insbesondere kein Fachwissen, weshalb sie auch von der Mutter und vom Freund von S übernommen werden konnte. Dem entspricht, dass die Beschuldigte am Morgen des 1. Mai 2010 gemäss übereinstimmender Darstellung die Mutter von S anrief, damit sich jemand um S kümmerte und insbesondere schaute, dass «sie nicht entweicht».

d) Nach dem zuvor Gesagten handelte es sich bei der von der Beschuldigten übernommenen «Überwachung» in der Nacht auf den 1. Mai 2010 nicht um eine Dienstleistung im Rahmen ihrer ärztlichen Behandlung von S. So war die Beschuldigte beispielsweise nicht gehalten, in der besagten Nacht regelmässig die Vitalfunktionen von S zu überprüfen. Mit der Vorinstanz war die vereinbarte «Überwachung» ein Freundschaftsdienst der Beschuldigten, die mit der verstorbenen S wie erwähnt in einer ausgesprochen engen, freundschaftlichen Beziehung stand. Die übliche ärztliche Behandlung von S durch die Beschuldigte umfasste die Kontrolle ausserhalb der Praxis ebenfalls nicht. Insofern bestand kein ärztlicher Behandlungsvertrag bezüglich einer medizinischen Überwachung in der Nacht auf den 1. Mai 2010. Eine Garantenstellung aus (Arzt-/Behandlungs-)Vertrag lag folglich nicht vor. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch darin, dass die «Überwachung» in der Nacht auf den 1. Mai 2010 ebenso wie frühere Übernachtungen von S im Beisein der Beschuldigten in deren Wohnung in D, abgesehen von der Zahlung für die Untermiete, unentgeltlich waren.

e) Angesichts dieses Beweisergebnisses ist der Beweisantrag der Privatklägerschaft, die Mutter und der Freund von S seien zu Verlauf und Inhalt des Gesprächs

vom 30. April 2010 in der Praxis der Beschuldigten einzuvernehmen, mangels Relevanz abzuweisen (Art. 379 i.V. m. Art. 139 Abs. 2 StPO). Sowohl die Mutter als auch der Freund von S haben sich im Verlaufe des Verfahrens bereits zum Gespräch vom 30. April 2010 geäussert. Aufgrund dieser Aussagen sowie insbesondere angesichts der genannten weiteren Umstände ist für das Gericht rechtsgenügend erwiesen, dass keine Überwachung im medizinischen Sinne vereinbart worden war.

6. Mangels Garantenpflicht hat sich die Beschuldigte nach dem Gesagten nicht der fahrlässigen Tötung von S durch Unterlassen strafbar gemacht.

38

Art. 129 StGB (SR 311.0); Art. 429 Abs. 1 Bst. c StPO (SR 312.0). Das objektive Tatbestandsmerkmal der Gefährdung des Lebens setzt eine akute Lebensgefahr voraus. Die bloss abstrakte Möglichkeit einer unmittelbaren Lebensgefahr erfüllt den Tatbestand nicht.

Es liegt in der Natur der Strafuntersuchung, dass ein anfänglicher Tatverdacht (vorliegend der versuchten vorsätzlichen Tötung, eventuell Mord) nicht stets aufrechterhalten werden kann. Die aufgrund des ursprünglichen Tatverdachts angeordnete Untersuchungshaft erweist sich dadurch nachträglich nicht zwangsläufig als rechtswidrig und es ergibt sich daraus nicht zwingend ein Entschädigungsanspruch für die inhaftierte Person.

Kantonsgericht, Strafkammer, 12. Dezember 2013
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_397/2014 vom 28. August 2014)

Der Beschuldigte packte den SBB-Angestellten W auf dem Perron eines Bahnhofs beidhändig am linken Oberarm, zog ihn an sich und schob ihn Richtung Perronkante hinaus. W befand sich daraufhin mit dem rechten Bein direkt über den Gleisen und trat ins Leere, während sich sein linkes Bein noch auf der Kante befand. Schliesslich gelang es W, sich wieder zurück auf den Perron zu drehen. Unmittelbar danach fuhr auf den besagten Gleisen ein Zug in den Bahnhof ein.

Aus den Erwägungen:

III.

A.

3. Bei dieser Ausgangslage ist nunmehr im Sinne einer objektivnachträglichen Prognose zu prüfen, ob W in dieser Position vom einfahrenden Zug unmittelbar gefährdet war, mit anderen Worten, ob ihn der Zug erreicht und gegebenenfalls erfasst hätte.

a) Der Lokomotivführer, dessen Aussagen von beiden Parteien zu Recht als glaubwürdig eingestuft wurden, gab diesbezüglich an, dass er sich auf der Höhe der Transportfirma und des Strassenverkehrsamtes befunden habe, als er W erblickte. Die Transportfirma bzw. das Strassenverkehrsamt befinden sich ca. 160 m vom Bahnhof entfernt, vom konkreten Anhaltepunkt beträgt die Distanz 230 m. Dem Bericht über die bahnspezifischen Belange ist zu entnehmen, dass von einer hypothetischen Geschwindigkeit von 53 km/h im Bereich der Transportfirma und des Strassenverkehrsamtes auszugehen ist. Weiter wurde eine Zeit von 8 bis 9 Sekunden berechnet, welche der Zug vom Standort Transportfirma bzw. Strassenverkehrsamt bis zum Tatort benötigte. Mit einer sofort eingeleiteten Schnellbremsung hätte der Zug mit dieser Geschwindigkeit auf eine Distanz von 78,5 Metern, mit einem Bremsvermögen von R 210 Prozent anhalten können. Dieselbe Schnellbremsung mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Mindestvermögen von R 135 Prozent hätte einen Bremsweg von 120 Metern ergeben. In dieser Berechnung ist jedoch die Reaktionszeit des Lokomotivführers nicht berücksichtigt.

Ohne Kenntnisse der Reaktionszeit und dem daraus resultierenden genauen Bremsweg sowie aufgrund des Vorliegens einer lediglich hypothetischen Geschwindigkeit ist in dubio pro reo aufgrund des Berichts über die bahnspezifischen Belange davon auszugehen, dass der Lokomotivführer die Zugskomposition rechtzeitig hätte anhalten können und es sich somit für W nicht um eine gefährliche Situation gehandelt hat. Der Lokomotivführer sagte denn auch aus, er hätte «vermutlich schon» bremsen können und verneinte ausdrücklich, dass es sich um eine gefährliche Situation für W gehandelt hat.

b) Im Ergebnis bestand zwar aufgrund der Aussagen des Lokomotivführers sowie der Ergebnisse des Berichts über die bahnspezifischen Belange eine abstrakte Möglichkeit einer unmittelbaren Lebensgefahr, nicht jedoch die vom Bundesgericht geforderte «akute» Lebensgefahr. Es kann nicht gesagt werden, dass in der vorliegenden Konstellation nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit einer Verletzung des Lebens bestand (so im Übrigen auch die Vorinstanz, die davon spricht, dass der Zug «eventuell» nicht mehr hätte halten können). Es fehlt daher am objektiven Tatbestandsmerkmal der Gefährdung des Lebens, womit eine Verurteilung wegen vollendeter Gefährdung des Lebens ausscheidet.

4. a) Bei diesem vorläufigen Ergebnis bleibt die Prüfung der versuchten Gefährdung des Lebens. Es ist vom Bundesgericht bestätigt (vgl. Bger. 6S. 467/2005 E. 2) und unter den Parteien unbestritten, dass ein Versuch grundsätzlich möglich.

b) Da sich W nach seinen eigenen Aussagen im gleichen Moment «mit seinem Schwung» um die Person des Beschuldigten drehen konnte und das relevante Tatgeschehen somit nur Sekundenbruchteile dauerte, lässt sich der Tatplan des Beschuldigten nicht mit der vom Gesetz geforderten Gewissheit (Art. 10 Abs. 3 StPO) ermitteln. Es ist zwar denkbar, dass er W während der Einfahrt des Zuges in der Gefahrenzone halten wollte. Zwingend erscheint dies jedoch nicht. Es ist durchaus

möglich, dass der Beschuldigte W vor Eintreffen des Zuges auch ohne Gegenwehr und/oder Drittintervention wieder losgelassen hätte. Diese Annahme rechtfertigt sich umso mehr, als der Beschuldigte andernfalls nicht nur W, sondern vor allem auch sich selbst erheblich gefährdet hätte (vgl. Willfratt, ZStrR 84 [1968] S. 299). Gerade Letzteres aber kann beim Beschuldigten, der als Spezialmonteur für Fahrleitungen selber bei einem Bahnunternehmen arbeitet und bezüglich der Gefahren durch einfahrende Züge sowie der möglichen, schweren Folgen unbestrittenermassen über überdurchschnittliche Kenntnisse verfügt, nicht angenommen werden.

Anders wäre die Sachlage dann zu beurteilen gewesen, wenn davon ausgegangen hätte werden müssen, dass der Beschuldigte W auf die Gleise hinunter bzw. vor den Zug hätte stossen wollen (so die Vorinstanz). Derartiges hingegen macht selbst die Staatsanwaltschaft nicht geltend und ist entsprechend auch nicht angeklagt, zumal in diesem Fall nicht mehr nur eine Gefährdung des Lebens, sondern vielmehr eine (eventual-)vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB) oder schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) bzw. ein Versuch hierzu hätte angenommen werden müssen.

5. Im Ergebnis sind damit auch die Voraussetzungen für einen Schuldspruch wegen versuchter Gefährdung des Lebens mangels Vorsatzes (subjektives Tatbestandsmerkmal) nicht erfüllt. Der Beschuldigte ist daher vom Vorwurf der Gefährdung des Lebens freizusprechen.

[…]

VI.

4. a) Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt, so hat sie gemäss Art. 429 StPO Anspruch auf Entschädigung der wirtschaftlichen Einbussen, die ihr aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind (lit. b) sowie Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere Freiheitsentzug (lit. c). Der Anspruch besteht nicht nur bei vollständigem Freispruch, sondern auch bei Teilfreispruch. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob und in welcher Höhe die beschuldigte Person eine Entschädigung und/oder Genugtuung beanspruchen kann für diejenigen Straftaten, die mit einem Freispruch endeten (Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 429 N 3 mit Hinweis auf die Botschaft).

b) Der Beschuldigte verlangte im erstinstanzlichen Verfahren, dass ihm Schadenersatz im Betrag von Fr. 27 236.– zuzüglich Zins zu 5 Prozent sowie Genugtuung von Fr. 10 000.– zuzüglich Zins zu 5 Prozent für die zu Unrecht erstandene Untersuchungshaft zuzusprechen sei. Vor Kantonsgericht verlangte er nunmehr angemessenen Schadenersatz und Genugtuung bzw. eine Haftentschädigung von Fr. 20 000.– zuzüglich Zins. Er bringt insbesondere vor, dass die Untersuchungshaft viel zu lange gedauert habe, der Vorwurf des versuchten Mordes eine ungeheure und polemische Übertreibung gewesen sei, der Untersuchungsrichter voreinge-

nommen gewesen sei und er Nachteile aufgrund der Untersuchungshaft erlitten habe.

c/aa) Die Untersuchungshaft wurde erstmals mit Entscheid vom 20. Juli 2009 aufgrund des dringenden Tatverdachts der versuchten vorsätzlichen Tötung, eventuell Mord und ernsthaften Anhaltspunkten der Verdunkelungsgefahr verfügt. Die erste Verlängerung der Untersuchungshaft wurde ebenfalls mit dem dringenden Tatverdacht der vorsätzlichen Tötung, eventuell Mord sowie der bestehenden Kollusionsgefahr begründet. Gegenstand des zweiten Haftverlängerungsantrags der Staatsanwaltschaft waren sodann nicht mehr nur der Verdacht auf versuchte Tötung, eventuell Mord, sondern auch der Verdacht auf Pfändungsbetrug sowie auf Pornografie und unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem. Der Haftrichter bejahte daraufhin mit Entscheid vom 28. September 2009 den dringenden Tatverdacht bezüglich aller vorgeworfenen Delikte. Die Kollusionsgefahr bejahte er jedoch nunmehr ausschliesslich in Bezug auf den Pfändungsbetrug (finanzielle Verhältnisse des Beschuldigten) und die Filme mit sodomitischem Inhalt. Am 21. Oktober 2009 wurde der Beschuldigte aus der Haft entlassen.

bb) Im Laufe der Untersuchung konnte der Verdacht auf versuchte vorsätzliche Tötung, eventuell Mord nicht aufrechterhalten werden. Die Anklage lautete schliesslich auf Gefährdung des Lebens und Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte. Nunmehr wird der Beschuldigte vom erkennenden Gericht ausschliesslich wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie wegen Pfändungsbetrugs im Sinne der Anklage für schuldig erklärt. Vom Vorwurf der Pornografie hingegen wurde er von der Vorinstanz freigesprochen. Der Tatbestand des unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem kam schliesslich gar nicht zur Anklage. Diese im Vergleich zum Zeitpunkt der Untersuchungshaft veränderte Situation ändert jedoch nichts an der Berechtigung der Untersuchungshaft, welche zu keinem Zeitpunkt rechtswidrig oder – da keine zu entschädigende Überhaft vorliegt (Art. 431 Abs. 2 und 3 StPO) – ungerechtfertigt war.

Aufgrund der Schwere des anfänglichen Tatverdachts (versuchte vorsätzliche Tötung, eventuell Mord) war es zudem gerechtfertigt und einer sorgfältigen Strafuntersuchung entsprechend, dass ein Zeugenaufruf gestartet und daraufhin zahlreiche Zeugen befragt wurden. Neben den polizeilichen Befragungen der Zeugen und Auskunftspersonen waren sodann untersuchungsrichterliche Einvernahmen und Konfrontationseinvernahmen aus prozessualen Gründen notwendig und geboten. Das gleiche gilt für die Untersuchungshandlungen bezüglich des Tatverdachts des Pfändungsbetrugs (Ermittlung des Umfangs und des Verbleibs des Vermögens des Beschuldigten), der Pornografie (Ermittlung der Herkunft des sodomitischen Filmes) und des unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem (Ermittlung der eingedrungenen Netzwerke). Vor dem Hintergrund, dass ein möglichst grosses Mass an materieller Wahrheit ermittelt werden soll (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a. a. O., Art. 308 N 5), waren diese Untersuchungshandlungen und die damit einhergehende relativ lange Untersuchungshaft ebenfalls gerechtfertigt.

cc) Dass ein anfänglicher Tatverdacht (hier des versuchten Mordes bzw. der versuchten vorsätzlichen Tötung) nicht stets aufrechterhalten werden kann, liegt in der Natur der Strafuntersuchung (vgl. die Staatsanwaltschaft, die von einer Arbeitshypothese spricht). Dies kann der Untersuchungsbehörde nicht vorgehalten werden, womit dafür auch keine Entschädigung geschuldet ist (der medialen Berichterstattung wird immerhin im Rahmen der Strafzumessung Rechnung getragen). Im Übrigen wird der Beschuldigte für denselben Sachverhalt verurteilt, wenn auch nicht wegen eines versuchten Tötungsdelikts, so doch wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte.

39

Art. 177 StGB (SR 311.0) Beschimpfung: Das Zeigen des gestreckten Mittelfingers («Stinkefinger») gegenüber einer Person ist ein nicht an bestimmte Tatsachen geknüpftes (herabsetzendes) Werturteil, mit welchem der Missachtung dieser Person Ausdruck verliehen wird. Vom Gehalt der Botschaft her ist diese Gebärde mit dem Fall vergleichbar, dass jemand eine Person mit beleidigenden Ausdrücken betitelt und sie so verbal in ihrer Ehre angreift.

Kantonsgericht, Strafkammer, 27. Oktober 2014

Die Staatsanwaltschaft erhob gegen den Beschuldigten Anklage, weil er beim Verkehrskreisel seiner Nachbarin, welche zu Fuss unterwegs war, aus seinem Motorfahrzeug heraus den gestreckten Mittelfinger («Stinkefinger») gezeigt habe. Das Kreisgericht Rheintal erklärte ihn deswegen der Beschimpfung schuldig, verurteilte ihn zu einer bedingt zu vollziehenden Geldstrafe und ordnete den Vollzug einer zuvor bedingt ausgefällten Geldstrafe an. Der Beschuldigte erklärte gegen diesen Entscheid Berufung und verlangte einen Freispruch.

Aus den Erwägungen:

III.

4. a) Gemäss Art. 177 Abs. 1 StGB wird auf Antrag mit Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen bestraft, wer jemanden – in anderer Weise als durch üble Nachrede oder Verleumdung – durch Wort, Schrift, Bild, Gebärde oder Tätlichkeiten in seiner Ehre angreift. Die Ehre einer Person kann einerseits durch (falsche) Tatsachenbehauptungen bzw. gemischte Werturteile und andererseits durch reine Werturteile angegriffen werden. Letzteres beinhaltet die Kundgabe der Missachtung einer Per-

son ohne irgendeinen behaupteten Bezug zu Tatsachen (vgl. BSK StGB-Riklin, Vor Art. 173 N 44 und Art. 177 N 4).

In objektiver Hinsicht muss der Täter mit seiner Handlung den Ruf einer anderen Person und ihr Gefühl, ein ehrenwerter Mensch zu sein, angreifen (BSK StGB-Riklin, Vor Art. 173 N 16 ff.; BGE 92 IV 94 E. 2 mit Verweis BGE 71 IV 230, BGE 72 IV 172, BGE 76 IV 28, BGE 77 IV 98, BGE 80 IV 164). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre stellen Ehrverletzungen nach Art. 173 ff. StGB abstrakte Gefährdungs- und keine Verletzungsdelikte dar (vgl. Trechsel/Lieber, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Vor Art. 173 N 12 m. w. H.). Daher besteht der Taterfolg von Art. 177 StGB in der Gefährdung des Ehrgefühls einer anderen Person. Entsprechend genügt es für die Erfüllung des Tatbestandes bereits, wenn die an den Tag gelegte Handlung geeignet ist, den Ruf der betroffenen Person zu schädigen (BSK StGB-Riklin, Vor Art. 173 N 50 mit Verweis auf BGE 103 IV 22 E. 7 und BGE 101 IV 292). Massgebend, ob sich eine Handlung zur Ehrverletzung eignet, ist dabei nicht der subjektive Wertmassstab der verletzenden oder der betroffenen Person, sondern derjenige eines durchschnittlichen, unbefangenen Adressaten (BSK StGB-Riklin, Vor Art. 173 N 28 m. w. H.). Beim Zeigen des gestreckten Mittelfingers handelt es sich objektiv um ein nicht an bestimmte Tatsachen geknüpftes (herabsetzendes) Werturteil. So entschied etwa das Obergericht des Kantons Zürich betreffend das Zeigen des Mittelfingers in seinem Urteil vom 30. Oktober 2012, dass diese Gebärde eine Beschimpfung im Sinne von Art. 177 Abs. 1 StGB sei, mit welcher nach dem Verständnis eines Durchschnittsbürgers eine Verachtung kundgetan und die betroffene Person in ihrem Ehrgefühl verletzt werde (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Oktober 2012 E. 4; bestätigt durch BGer 6B_2/2013, wobei die rechtliche Würdigung des Mittelfingerzeigens nicht angefochten wurde). Auch ist eine solche Geste vom Gehalt der Botschaft her mit dem Fall vergleichbar, dass jemand eine Person mit beleidigenden Ausdrücken betitelt. Gemäss Bundesgericht sind solche verbale Attacken als Ausdruck einer Missachtung und als Beschimpfung im Sinne der Strafnorm zu verstehen (BGer 6B_794/2007 E. 3.2 [«vaffanculo»]; BGer 6B_811/2007 E. 4.3 [«rassistisches Arschloch», «Hurensohn» und «Perverser»]). Ob solche Werturteile dem Verletzten oder Dritten gegenüber abgegeben werden, ist dabei nicht von Belang (BGer 6B_811/2007 E. 4.2; Trechsel/Lieber, a. a. O., Art. 177 N 2 m. w. H.). Auch kann sich der Täter nicht mit einem Wahrheitsbeweis entlasten, da reine Werturteile diesem nicht zugänglich sind (vgl. BSK StGB-Riklin, Art. 177 N 15 m. w. H.).

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich. Bei reinen Werturteilen reicht es sodann aus, wenn sich der Vorsatz auf die Ehrrührigkeit des Angriffs bezieht (BSK StGB-Riklin, Art. 177 N 14 m. w. H.; Trechsel/Lieber, a. a. O., Art. 177 N 6 mit Verweis auf BGE 79 IV 22).

b) Wie ausgeführt ist aufgrund der Beweis- und Indizienlage erstellt, dass sich der Beschuldigte am 28. Januar 2013 gegen 16.00 Uhr gegenüber der Privatklägerin wie angeklagt gebärdet hat. Im schon Jahre andauernden Nachbarschaftskon-

flikt findet sich das Motiv des Beschuldigten für die vorgenommene Geste. Das Zeigen des gestreckten Mittelfingers ist dabei nach dem allgemeinen Verständnis eine herabsetzende Geste. Auch im vorliegenden Kontext der jahrelangen (konfliktbelasteten) Beziehung zwischen dem Beschuldigten und der Privatklägerin kann diese Geste nicht anders interpretiert werden, als dass der Beschuldigte seine Missachtung gegenüber der Privatklägerin kundtat, zumal von keiner Seite behauptet wird, die Geste sei unklar oder interpretationsbedürftig gewesen. Den vorinstanzlichen Erwägungen hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation dieser Geste als Beschimpfung im Sinne von Art. 177 Abs. 1 StGB ist deshalb zuzustimmen.

In subjektiver Hinsicht liegt auf der Hand, dass das Zeigen des Mittelfingers auf einem entsprechenden Tatentschluss des Beschuldigten beruht haben muss. Ohne Vorsatz kommt eine solche Handlung nicht zustande. Der Beschuldigte wusste, was er tat und wollte mit seiner Geste seiner Geringschätzung gegenüber der Privatklägerin Ausdruck verleihen.

c) Der objektive und subjektive Tatbestand von Art. 177 Abs. 1 StGB sind nach dem Gesagten erfüllt. Rechtfertigungs- und Schuldausschliessungsgründe sind nicht ersichtlich. Ebenso wenig liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die Privatklägerin am fraglichen Tag durch eigenes, ungebührliches Verhalten zur Beschimpfung Anlass gegeben hätte (Art. 177 Abs. 2 StGB). Da sich der Vorfall beim Kreisel und nicht etwa auf dem Vorplatz des Lokals des Beschuldigten zugetragen hat, kann namentlich ausgeschlossen werden, dass dem Zeigen des gestreckten Mittelfingers eine zeitlich unmittelbare, allfällige Belästigung von Gästen oder anderweitige Störung durch die Privatklägerin vorausgegangen war. Derartiges hat der Beschuldigte denn auch selbst nie behauptet. Insgesamt hat sich der Beschuldigte somit der Beschimpfung gemäss Art. 177 StGB strafbar gemacht. Der vorinstanzliche Entscheid ist in diesem Punkt zu bestätigen.

40

Art. 182, Art. 183 und Art. 195 StGB (SR 311.0). Zwischen den Tatbeständen des Menschenhandels sowie der Freiheitsberaubung und Entführungen und zwischen den Tatbeständen des Menschenhandels und der (versuchten) Förderung der Prostitution besteht echte Konkurrenz.

Kantonsgericht, Strafkammer, 23. Januar 2014

Aus den Erwägungen:

II.

2. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass der Tatbestand des Menschenhandels lex specials zum Tatbestand der Freiheitsberaubung und der Entführung

ist sowie dass der Tatbestand des Menschenhandels den Tatbestand der versuchten Förderung der Prostitution konsumiert. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Zwischen dem Tatbestand des Menschenhandels und dem Tatbestand der Freiheitsberaubung und Entführung besteht Idealkonkurrenz (Trechsel/Fingerhuth, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 182 N 9; BSK StGB-Delnon/Rüdy, Art. 182 N 49; Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 422; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, S. 134). Ebenso besteht vorliegend echte Konkurrenz zwischen dem Tatbestand des Menschenhandels und der versuchten Förderung der Prostitution (BGer 6B_1006/2009 E. 1 i.V. m. E. 4; OGer ZH SB110381 vom 13. Juni 2012 E. 3.5.2.3; OGer ZH SB110481 vom 19. Juli 2012 E. 3.3.8.3; Donatsch, a. a. O., S. 422).

41

Art. 186 StGB (SR 311.0). Hausfriedensbruch: Gehen – wie vorliegend – ein Pausenplatz eines Schulhauses und ein öffentlicher Gehweg bewusst und gestalterisch auch sichtbar ineinander über, ist der Pausenplatz Teil des öffentlich zugänglichen Gemeindewegs und umgekehrt. Damit liegt kein umfriedeter Vorplatz im Sinne von Art. 186 StGB (Hausfriedensbruch) vor. Vielmehr ist im konkreten Fall von einem «offenen» Platz auszugehen, bei welchem der Schutz von Art. 186 StGB nicht greift. Im Übrigen kann eine Beschränkung der Benutzung eines öffentlichen Weges nicht auf dem Weg einer Amtsanzeige erfolgen, sondern erfordert eine öffentlich-rechtliche Verfügung.

Kantonsgericht, Strafkammer, 31. Oktober 2014

Mit Amtsanzeige vom 18. November 2011 wurde X vom Gemeindepräsidenten von A mitgeteilt, dass ihm künftig jedes Betreten von Gebäuden und Anlagen der Schule A untersagt sei. Das Verbot beziehe sich auf das ganze Areal aller Schulanlagen (Primarschulen in A, B und C sowie Oberstufe A), auf Gebäude, Vorplätze, Pausenplätze, Sportanlagen usw. Bei Missachtung des Verbots werde Strafklage wegen Hausfriedensbruchs eingereicht. Am 6. Juni 2013 wandte sich der Gemeinderat A an die Polizeistation P und hielt fest, dass X das Arealverbot am Donnerstag, 30. Mai 2013, verletzt habe, indem er sich auf dem Areal der Oberstufe A aufgehalten habe. Die Vorinstanz erklärte X des Hausfriedensbruchs für schuldig. Die Strafkammer hob diesen Schuldspruch auf und sprach X frei.

Aus den Erwägungen:

III.

1. a) Vorab umstritten ist die Frage, ob sich X des Hausfriedensbruchs schuldig machte, indem er trotz der Amtsanzeige vom 18. November 2011 den Gemeindeweg 1. Klasse benutzte, welcher beim Oberstufenschulhaus A über den Vorplatz führt.

Die Vorinstanz hielt dazu fest, es ergebe sich aus dem Ortsplan der Gemeinde A, dass vom Abwartshaus ein öffentlicher Gemeindeweg über den Pausenplatz zum Feuerwehrdepot führe. Dieser Weg stehe im Gemeingebrauch, weshalb X grundsätzlich berechtigt (gewesen) sei, diesen zu begehen. Indessen könnten durch Art. 186 StGB auch Räume geschützt werden, welche im Gemeingebrauch stünden. Das Recht von X, einen öffentlichen Weg zu benützen, gehe deshalb der Ausübung des Hausrechts durch den am Schulhausplatz bzw. Schulhaus Berechtigten keineswegs vor. Vielmehr könne der Berechtigte den betreffenden, öffentlichen Raum durch Art. 186 StGB schützen, müsse sich jedoch als Träger öffentlichen Rechts an das Willkürverbot und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit halten. Die gegenüber X ausgesprochene Zutrittsbeschränkung erweise sich im konkreten Fall weder als willkürlich noch als unverhältnismässig.

b) Art. 186 StGB schützt das sogenannte «Hausrecht», d. h. die Befugnis, über einen bestimmten Raum ungestört zu herrschen und darin den eigenen Willen frei zu betätigen (BGE 112 IV 31 E. 3). Als Element der Privatsphäre umfasst der Schutz des Hausrechts in erster Linie ein Haus bzw. Wohnungen und abgeschlossene Räume (BSK StGB-Delnon/Rüdy, Art. 186 N 5 mit Hinweisen; Trechsel/Fingerhuth, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 186 N 2 f.). Ebenfalls erfasst wird ein umfriedeter Platz, Hof oder Garten, der unmittelbar zu einem Haus gehört. Umfriedung bedeutet dabei, dass solche Flächen umschlossen sein müssen, etwa durch Zäune oder Hecken. Massgebend ist die Erkennbarkeit der Abgrenzung und nicht deren Lückenlosigkeit. Offene Plätze sind auch dann nicht geschützt, wenn sie zu einem Haus gehören (BSK StGB-Delnon/Rüdy, Art. 186 N 16 mit Hinweisen; Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Bern 1984, Art. 186 N 8; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 6 N 5).

c) Vorliegend stellt sich die Frage, ob der als Pausenplatz ausgebildete Vorplatz zum Oberstufenschulhaus A Schutzobjekt von Art. 186 StGB sein kann. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass sich die Amtsanzeige vom 18. November 2011 auf das ganze Areal aller Schulanlagen und ausdrücklich auch auf die Vor- und Pausenplätze sowie die Sportanlagen bezieht. Art. 186 StGB lässt vom Wortlaut her jedoch keine beliebige Ausdehnung des Verbots zu. Soweit Plätze in den Schutzbereich einbezogen werden, erfordert die Bestimmung von Art. 186 StGB einerseits die unmittelbare Zugehörigkeit zu einem Haus und andererseits eine Umfriedung.

Die Vorinstanz führte dazu aus, dass es sich beim von X betretenen Areal um einen Pausenplatz handle, welcher direkt an das Schulhausgebäude angrenze. Der enge Konnex zwischen Schulhaus und Pausenplatz sei alleine aufgrund der Lage und Widmung offensichtlich. Die Umfriedung des Pausenplatzes sei zwar nicht lückenlos. Beim Zugang zu diesem auf dem Gemeindeweg sei jedoch für jedermann augenfällig, wo der Pausenplatz beginne und dass dieser durch das Schulhaus, die Brüstung sowie den Geräteschuppen begrenzt werde. Somit könne der Pausenplatz als umfriedet gelten.

d) Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden. Beim Grundstück G handelt es sich um eine grosse, im Eigentum der Gemeinde stehende Parzelle, auf welcher das Oberstufenschulhaus A samt Turnhalle und Sportanlagen errichtet wurde. Eine Umfriedung des gesamten Areals wird nicht geltend gemacht und ist aus den Plänen auch nicht ersichtlich. Zudem besteht die Besonderheit, dass der Gemeindeweg 1. Klasse, welcher die Strasse S mit der Strasse T verbindet, über weite Bereiche des Schulareals führt. Dies wird beim Pausenplatz besonders deutlich. Dieser wird zwar im östlichen Bereich teilweise durch das Schulhausgebäude umschlossen und im westlichen Bereich durch einen Rundbogen mit einer kleinen Brüstung abgegrenzt. Der öffentliche Gemeindeweg überquert den Pausenplatz jedoch auch gemäss Strassenplan durchgehend und zwar unabhängig vom Belagsunterschied zwischen dem Weg und dem Pausenplatz. Offensichtlich bestand die gestalterische Idee darin, den Weg in den Pausenplatz überführen zu lassen und dadurch eine Art Begegnungszone zwischen den Nutzern des Fusswegs und des Pausenplatzes zu schaffen. Wäre eine Trennung von Wegbereich und Pausenplatz beabsichtigt gewesen, hätte dies durch eine Anpassung der Wegführung um den Pausenplatz herum ohne Weiteres realisiert werden können. Bei den vorliegenden Gegebenheiten, bei welchen der öffentliche Gehweg und der Pausenplatz des Schulhauses bewusst und gestalterisch auch sichtbar ineinander übergehen, kann nicht von einem umfriedeten Vorplatz im Sinne von Art. 186 StGB ausgegangen werden. Auch besteht keine Lücke in einer sonst bestehenden Einfriedung. Dies wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn das Areal als Ganzes oder zumindest der Pausenplatz von den ungehindert zugänglichen Bereichen klar abgetrennt wäre, so dass erkennbar würde, dass der Zutritt des Platzes für Unberechtigte unerwünscht ist. Diesfalls würde es nicht schaden, wenn die Einfriedung allfällige Lücken aufwiese. Vorliegend ist der Pausenplatz jedoch Teil des öffentlich zugänglichen Gemeindewegs und umgekehrt. Wer den Weg benutzt, kommt nicht umhin, auch den Pausenplatz zu betreten und zu überqueren. Es liegt somit eine Art «offener» Platz vor, bei welchem der Schutz von Art. 186 StGB nicht greift (BSK StGB-Delnon/Rüdy, Art. 186 N 16 mit Hinweisen; Schubarth, a. a. O., Art. 186 N 8; Stratenwerth/Jenny/Bommer, a. a. O., § 6 N 5). Eine Verurteilung von X wegen Hausfriedensbruchs ist daher bereits mangels einer Ein- bzw. Umfriedung des Pausenplatzes nicht möglich.

2. a) X macht im Weiteren geltend, dass die Amtsanzeige vom 18. November 2011 den Bereich des öffentlich zugänglichen Gemeindewegs 1. Klasse nicht erfassen könne.

Nach Ansicht des Einzelrichters des Kreisgerichts verkennt X, dass auch Räume, welche im Gemeingebrauch stünden und damit öffentlich zugänglich seien, durch Art. 186 StGB geschützt werden könnten.

b) Im zu beurteilenden Fall sind sowohl bezüglich des Schulareals als auch bezüglich des Gemeindewegs 1. Klasse öffentliche Sachen betroffen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist hinsichtlich solcher zu unterscheiden, ob sie im Gemeingebrauch stehen oder dem Finanz- bzw. Verwaltungsvermögen des Gemeinwesens zuzuordnen sind. Soweit Letzteres der Fall ist, kann das Gemeinwesen den strafrechtlichen Besitzesschutz wie ein Privater für sich beanspruchen. Will das Gemeinwesen jedoch den Gemeingebrauch einschränken oder aufheben, muss es auf öffentlich-rechtlichem Weg vorgehen (vgl. BGer 6P.12/2004 E. 2.2 mit Hinweisen). Dagegen kann das Gemeinwesen bei Sachen im Gemeingebrauch den strafrechtlichen Besitzesschutz nicht wie ein Privater für sich in Anspruch nehmen. Denn bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch untersteht das Verhältnis zwischen dem Träger der Herrschaft und dem Benutzer stets öffentlichem Recht. Das Gemeinwesen muss die Nutzung einer öffentlichen Sache auf öffentlich-rechtlichem Weg durch eine Benutzungsordnung regeln. Dabei kommt es nicht auf das Eigentum an der öffentlichen Sache an, sondern auf deren Zweckbestimmung und die Verfügungsmöglichkeit des Staates (BGer 6B_116/2011 E. 3.3 mit Hinweisen).

c) Unstreitig ist, dass X am 30. Mai 2013 den zur Diskussion stehenden Gemeindeweg 1. Klasse beschritten hat. Auf der Höhe des Pausenplatzes beim Oberstufenschulhaus A führt der Weg – wie ausgeführt wurde – über eben diesen Platz des Schulhauses. X wird nicht vorgeworfen, den Weg über den Pausenplatz verlassen und den Platz etwa bis zum Schulhaus betreten zu haben. Im Gegenteil bestätigte der damals anwesende Lehrer L, dass X den Pausenplatz von der Strasse S her auf direktem Weg in Richtung Brücke überquert habe. Damit ist davon auszugehen, dass sich X damals ausschliesslich auf dem Gemeindeweg aufhielt. Dieser Weg steht aber ungeachtet des Grundeigentums im Gemeingebrauch (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 sowie Art. 17 Abs. 1 des Strassengesetzes; sGS 732.1). Wie aus den Ausführungen im vorstehenden Absatz hervorgeht, kann eine Beschränkung der Benutzung des öffentlichen Weges nicht auf dem Weg einer Amtsanzeige erfolgen, sondern erfordert eine entsprechende öffentlich-rechtliche Verfügung, die sich entweder auf das Strassengesetz oder auf die allgemeine Polizeiklausel stützt (vgl. insbesondere Art. 9 des Polizeigesetzes; sGS 451.1). Ob ein Verstoss gegen eine solche Verfügung nach Art. 186 StGB bestraft werden könnte, erscheint zweifelhaft. Die Frage kann vorliegend aber offen bleiben, da eine derartige Verfügung gegen X gemäss angeklagtem Sachverhalt nicht erlassen wurde. Eine Verurteilung von X wegen Hausfriedensbruchs scheidet deshalb auch aus diesem Grund aus.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass X von der Anklage des Hausfriedensbruchs freizusprechen ist. Der vorinstanzliche Schuldspruch ist aufzuheben.

42

Art. 191 und Art. 198 StGB (SR 311.0). Abgrenzung Schändung von sexueller Belästigung: Das unvermittelte Betasten der Schamlippen respektive das Eindringen mit einem Finger in die Scheide einer weiblichen Person in einem öffentlichen Freizeitbad ohne deren Einwilligung erfüllt den Tatbestand der Schändung nicht, da sich das Opfer dem Täter zuvor nicht anvertraut und sich deshalb in seiner Bewegungsfreiheit und seinem Sehfeld nicht bewusst eingeschränkt hat. Weil das Überraschungsmoment und die Ahnungslosigkeit und nicht das Ausnützen einer (vorbestehenden) Widerstandsunfähigkeit des Opfers im Vordergrund stehen, ist der Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllt.

Kantonsgericht, Strafkammer, 25. Februar 2014
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_630/2014 vom 20. Januar 2015)

Der Beschuldigte griff der Privatklägerin A im Auffangbecken der Canyon-Rutschbahn eines Freizeitbades unter Vorspiegelung eines Sturzes in die Badehose und betastete ihre Schamlippen, bis sie seine Hand aus der Badehose zog. Während desselben Badbesuches tauchte er im Solebad von hinten an die Privatklägerin B heran, schob ihr die Badehose auf die Seite und drang mit mindestens einem Finger in ihre Scheide ein.

Aus den Erwägungen:

III.

1. a) Die Qualifikation der vorliegenden Taten ist umstritten. Während die Vorinstanz und der Beschuldigte (im Falle eines Schuldspruchs) von mehrfacher sexueller Belästigung gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB ausgehen, beantragt die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen mehrfacher Schändung gemäss Art. 191 StGB.

b) Die Staatsanwaltschaft trägt zur Begründung vor, dass vorliegend einerseits die Intensität des Übergriffs ausschlaggebend sei und andererseits die vorübergehende und situationsbedingte Widerstandsunfähigkeit. Sie begründet die unterschiedliche Intensität der tätlichen sexuellen Belästigung und der Schändung sowie anderer strafbarer Handlungen gegen die sexuelle Integrität damit, dass der Gesetzgeber eine andere Terminologie verwendet habe. So verwende der Gesetzgeber stets den Begriff «sexuelle Handlungen», ausser bei Art. 198 Abs. 2 StGB, wo er davon spreche, dass «jemand sexuell belästigt werde». Diese Wortwahl habe der Gesetzgeber bewusst getätigt. Für die Schändung werde eine eigentliche sexuelle Handlung verlangt; Art. 198 Abs. 2 StGB lasse jedoch ein tätliches Belästigen genügen. Das Kriterium der Abgrenzung der Bagatelldelikte von den Schändungen sei das Missbrauchselement. Die Handlungen des Täters würden dabei den Charakter des Missbrauchs tragen und nicht bloss den einer Belästigung.

Weiter soll gemäss der Staatsanwaltschaft eine vorübergehende Widerstandsunfähigkeit vorgelegen habe, weil die Privatklägerinnen ein paar Sekunden gebraucht hätten, um zu begreifen, was vor sich gegangen sei. Gleichzeitig habe eine situationsbedingte Widerstandsunfähigkeit vorgelegen. Diese ergebe sich einerseits daraus, dass die Privatklägerinnen lediglich mit einem Bikini bekleidet gewesen seien, und andererseits daraus, dass eben dieser Umstand zu einer gewissen Schutzlosigkeit geführt habe. Die Privatklägerinnen hätten in dieser Situation darauf vertrauen dürfen, dass die anderen Badegäste Rücksicht nehmen und genügend Abstand halten. Zusammengefasst ergebe sich die Widerstandsunfähigkeit beim ersten Vorfall aus dem Überraschungsmoment, den besonderen Umständen (leichte Bekleidung und damit einhergehende Schutzlosigkeit) und der Täuschungshandlung. Beim zweiten Vorfall stehe neben dem Überraschungsmoment und den besonderen Umständen (leichte Bekleidung und damit einhergehende Schutzlosigkeit) die Position der Privatklägerin B bzw. die spezielle Annäherungsweise (Tauchen) des Beschuldigten im Zentrum.

c) Der Verteidiger schliesst sich im Sinne eines Eventualantrags im Wesentlichen den Erwägungen der Vorinstanz an. Er bringt vor, das Überraschungsmoment alleine vermöge das Tatbestandselement der Widerstandsunfähigkeit nicht zu erfüllen. Zudem würde es vorliegend am subjektiven Tatbestand fehlen.

2. a) Der sexuellen Belästigung gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB macht sich u. a. strafbar, wer jemanden tätlich sexuell belästigt. Dieser Tatbestand schützt die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung. Es handelt sich hierbei um eine geringfügigere Zuwiderhandlung (BSK StGB-Meng, Art. 198 N 3 und N 5), mithin um eine Übertretung, für welche ein Strafantrag nötig ist (Art. 198 Abs. 3 StGB). Der Schändung gemäss Art. 191 StGB macht sich u. a. strafbar, wer eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht. Dieser Tatbestand schützt die sexuelle Freiheit (BSK StGB-Maier, Art. 191 N 1).

b) In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (statt vieler BGE 137 IV 263 E. 3.1) sowie in der einschlägigen Fachliteratur wird das überraschende Greifen an die Geschlechtsteile als Anwendungsfall des Tatbestandes der sexuellen Belästigung genannt (so z. B. BGE 137 IV 263 E. 3.1 und Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 421; vgl. hierzu auch Kummer, Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht, Bern/Stuttgart/Wien 2002, S. 76 m. w. H., wonach der Gesetzgeber u. a. an Situationen gedacht habe, in denen den Opfern plötzlich an die Geschlechtsteile gegriffen wird, also «überfallartige» körperliche Übergriffe, die nicht in Brechung eines entgegenstehenden Willens des Opfers vorgenommen werden).

3. a) Dass vorliegend tätliche sexuelle Handlungen des Beschuldigten ohne den Willen der Privatklägerinnen vorliegen, ist augenscheinlich. Das Betasten der Schamlippen und das Eindringen mit mindestens einem Finger in die Scheide stel-

len eindeutig sexuelle Handlungen dar (Anfassen einer Person an den Geschlechtsteilen; BSK StGB-Meng, Art. 198 N18).

b) Eine Abgrenzung der Tatbestände aufgrund der Intensität der Übergriffe bzw. aufgrund der unterschiedlichen Terminologie erscheint nicht sachgerecht. So wiegt der Angriff auf die sexuelle Integrität und das Selbstbestimmungsrecht des Opfers gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB (tätliche und verbale Belästigung) gegenüber Art. 198 Abs. 1 StGB (Vornahme einer sexuellen Handlung vor jemand anderem) schwerer, da er sich direkt und gezielt gegen ein bestimmtes Opfer richtet (BSK StGB-Meng, Art. 198 N17; Trechsel/Bertossa, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 198 N 5). Bereits in diesem Fall greift das Argument nicht, dass «sexuelle Handlungen» eine höhere Intensität aufweisen als die «Belästigung». Die einschlägige Literatur spricht zudem auch bei Art. 198 Abs. 2 StGB davon, dass eine «sexuelle Handlung» vorliegen müsse (BSK StGB-Meng, Art. 198 N 8 und 18; Donatsch, a. a. O., S. 521). Auch aus diesem Grund erscheint eine Abgrenzung aufgrund der Terminologie nicht angezeigt. Die Intensität einer tätlichen sexuellen Belästigung kann zudem den Grad zumindest einer versuchten sexuellen Nötigung gemäss Art. 189 StGB erreichen (Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, S. 222 f.), womit auch die Intensität des Übergriffs kein taugliches Abgrenzungskriterium darstellt.

c) Vielmehr ist entsprechend der Vorinstanz entscheidend, ob sich die beiden Privatklägerinnen während des Übergriffs in einem Zustand der Widerstandsunfähigkeit im Sinne von Art. 191 StGB befanden.

aa) Das Opfer ist widerstandsunfähig, wenn es nicht imstande ist, sich gegen ungewollte sexuelle Kontakte zu wehren. Die Bestimmung schützt somit Personen, die einen zur Abwehr ausreichenden Willen zum Widerstand gegen sexuelle Übergriffe nicht oder nicht sinnvoll bilden, äussern oder betätigen können (BGE 133 IV 49 E. 7.2). Bei diesem Zustand kann es sich um dauernde oder vorübergehende, chronische oder situationsbedingte Ausfallerscheinungen handeln wie z. B. während schweren psychischen Defekten (hochgradige Intoxikation durch Alkohol oder Drogen), bei körperlicher Invalidität, während einer Fesselung oder in einer besonderen Lage (gynäkologische Untersuchung in einem Behandlungsstuhl, Behandlung beim Zahnarzt). Erforderlich ist stets, dass die Widerstandsunfähigkeit gänzlich aufgehoben und nicht nur in irgendeinem Grade beeinträchtigt oder eingeschränkt ist (BSK StGB-Maier, Art. 191 N 6; BGE 119 IV 230 E. 3a; Trechsel/Bertossa, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], a. a. O., Art. 191 N 4). Missbrauch liegt vor, wenn der Täter die Schutzlosigkeit des Opfers ausnützt (BGE 133 IV 49 E. 7.2).

bb) Vorliegend wurden die beiden Privatklägerinnen Opfer eines unvermittelten sexuellen Übergriffs. Das Überraschungsmoment verunmöglichte es den Privatklägerinnen, sich sofort bzw. vor Beendigung des Übergriffs zur Wehr zu setzen. Es ist davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte dieses Überraschungsmoment vorsätzlich zu Nutze machte, indem er bei seinem Vorgehen davon ausgehen konn-

te, dass sich die Privatklägerinnen – zumindest im ersten Moment – aufgrund der Überrumpelung nicht würden wehren können. Ein solcher Tatplan wird den meisten Taten der sexuellen Belästigung und der tatähnlichen Schändung zu Grunde liegen, andernfalls die sexuelle Handlung gar nicht durchgeführt werden könnte oder zumindest in einem frühen Stadium aufgrund der Gegenwehr des Opfers beendet würde. Das Ausnützen des Überraschungsmoments, welches unweigerlich eine vorübergehende Wehrlosigkeit herbeiführt (BGE 133 IV 49 E. 7.4), kann daher, wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt, nicht das ausschlaggebende Kriterium für das Vorliegen der Widerstandsunfähigkeit der vom Übergriff betroffenen Person sein. Andernfalls wären die meisten sexuellen Belästigungen als Schändung zu qualifizieren.

cc) Der Kasuistik des Bundesgerichts betreffend Widerstandsunfähigkeit (ohne die Fälle körperlicher Beeinträchtigungen des Opfers durch Alkohol, Drogen, Schlaftrunkenheit, Fesselung etc.) ist zu entnehmen, dass in den Fällen, in denen auf Schändung erkannt wurde, ein besonderes Verhältnis zwischen Täter und Opfer bestand (u. a. Physiotherapeut: BGE 133 IV 49; medizinischer Masseur: BGer 6B_206/2009; Sportmasseur: BGer 6B_436/2010; Gynäkologe BGE 103 IV 165; Akupunkteur: BGer 6B_453/2007) und sich dieses zudem in einer besonderen Körperlage befand, welche seine Bewegungsfreiheit oder sein Sehfeld einschränkte. Diese Konstellationen begründen ein Vertrauensverhältnis zwischen Opfer und Täter. Ersteres ist in gewissem Masse vom Täter abhängig und vertraut sich diesem vor dem Übergriff an. Die Widerstandsunfähigkeit wurde in diesen Fällen unter anderem damit begründet, dass die Opfer auf das Wohlverhalten des Täters vertrauten, ihm in einer grundsätzlich positiven Weise ausgeliefert waren («Situation des Ausgeliefertseins») und mithin nicht mit einem Übergriff rechneten (vgl. BGE 133 IV 49 E. 7.4; BGer 6B_118/2012 E. 1.5). Zu diesen Elementen kommt der Überraschungseffekt hinzu.

dd) Vorliegend bestand weder eine (Vertrauens-)Beziehung zwischen dem Beschuldigten und den Privatklägerinnen noch eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit oder des Sichtfeldes Letzterer, womit das Überraschungsmoment und die Ahnungslosigkeit im Vordergrund stehen und nicht das Ausnützen einer (vorbestehenden) Widerstandsunfähigkeit (vgl. BGer 6B_118/2012 E. 1.4 und 1.5, wo der Täter dem Opfer beim Zusammenbinden des Bikinioberteils im Hallenbad an die Brüste fasste; BGE 133 IV 49 E. 7.4).

Auch die leichte Bekleidung und die damit einhergehende Schutzlosigkeit vermögen entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft – zusammen mit dem Überraschungsmoment und der Art und Weise der Übergriffe – keine Widerstandsunfähigkeit zu begründen. Das Vertrauen darauf, dass einem andere Personen nicht zu nahe kommen, sondern Rücksicht nehmen, ist dem Gesellschaftsleben an sich immanent. Es würde daher zu weit gehen, von einem speziellen Anvertrautsein oder einer Situation des Ausgeliefertseins zwischen den Badegästen aufgrund der leichten Bekleidung auszugehen. Es ist auch keine vergleichbare Einschrän-

kung der Bewegungsfreiheit ersichtlich. Sodann handelte es sich vorliegend nicht um eine freiwillige und bewusste vorgängige Aufgabe der Widerstandsfähigkeit im Sinne eines Zulassens der Berührung.

d) Nach dem Gesagten und in Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der einschlägigen Lehre ist eine Widerstandsunfähigkeit der Privatklägerinnen im Sinne von Art. 191 StGB zu verneinen. Indem der Beschuldigte einerseits der Privatklägerin A in die Badehose griff und ihre Schamlippen betastete und andererseits die Badehose der Privatklägerin B auf die Seite schob und mit mindestens einem Finger in ihre Scheide eindrang, hat er hingegen den objektiven Tatbestand der sexuellen Belästigung (Art. 198 StGB) erfüllt. Dabei handelte er mit Wissen und Willen, d. h. vorsätzlich (Art. 12 Abs. 2 StGB). Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Der Beschuldigte ist daher der mehrfachen sexuellen Belästigung schuldig zu sprechen. Die für diese Verurteilung notwendigen Strafanträge liegen vor.

e) Abschliessend ist der Staatsanwaltschaft zwar beizupflichten, dass die vorliegenden Übergriffe über das hinausgehen, was «üblicherweise» unter den Tatbestand der sexuellen Belästigung fällt. In der Tat erscheint es auch dem Berufungsgericht de lege ferenda nicht sach- bzw. verschuldensgerecht, dass die vorliegenden Delikte lediglich Übertretungen darstellen und nur auf Antrag der Strafverfolgung ausgesetzt sind. Es handelt sich vorliegend auch nicht – wie vom Bundesgericht grundsätzlich für den Tatbestand der sexuellen Belästigung vorgesehen (BGE 137 IV 263 E. 3.1) – um eine geringfügigere Beeinträchtigung der sexuellen Integrität. Dennoch können diese Überlegungen – jedenfalls de lege lata – nicht dazu führen, dass die Taten unter den schwereren Tatbestand der Schändung subsumiert werden, dessen Tatbestandsmerkmale (vorliegend die Widerstandsunfähigkeit) nicht erfüllt sind. Der Schwere des Übergriffs wird im Rahmen der Strafzumessung Rechnung zu tragen sein.

43

Art. 292 StGB (SR 311.0); Art. 61 Abs. 1 Bst. a USG (SR 814.01); Art. 7 Abs. 1 Bst. a SLV (SR 814.49); Art. 6 GWG (sGS 553.1); Art. 14 und Art. 14ter Abs. 2 des Polizeireglements der Stadt St. Gallen (sRS 412.11). Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen und Übertretung des Umweltschutzgesetzes durch Überschreitung der zulässigen Schallpegelgrenzwerte. Für den Erlass von Bewilligungen und Auflagen, die den Vollzug des kantonalen Gastgewerbegesetzes zum Gegenstand haben, ist die politische Gemeinde bzw. vorliegend die Stadtpolizei St. Gallen zuständig. Der Geschäftsführer eines Dancings, der entgegen entsprechender Auflagen Schallpegelprotokolle (Aufzeichnungen des Schallpegelbegrenzers) der zuständigen Behörde nicht oder verspätet einreicht, erfüllt unter Umständen den Tatbestand des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen. Werden in einem Club die zulässigen Schallpegelgrenzwerte überschritten, ist eine Übertretung des Umweltschutzgesetzes nach Art. 61 Abs. 1 Bst. a USG zu prüfen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 30. Juni 2014

X leitete als Geschäftsführer den Club C in St. Gallen. Mit Verfügungen vom 29. Dezember 2010 und 30. Juni 2011 bewilligte bzw. erneuerte die Stadtpolizei St. Gallen die Verkürzung bzw. Aufhebung der Schliessungszeit für den Club C bis 30. Juni 2011 bzw. 31. Dezember 2011. Die Bewilligungen enthielten unter anderem folgende Auflagen: Der Club hatte Tag und Nacht eine Emissionsgrenze von 93 dB(A) einzuhalten. Die maximalen Lärmimmissionen im Lokal waren durch einen Schallpegelbegrenzer sicherzustellen. Die Aufzeichnungen des Schallpegelbegrenzers waren unaufgefordert monatlich bis spätestens eine Woche nach Monatsende dem Amt für Umwelt und Energie der Stadt St. Gallen zur Prüfung zu übermitteln.

Die Anklage wirft X vor, er habe es unterlassen, die Aufzeichnungen des Schallpegelbegrenzers für die Monate Juni, Juli, August und Dezember 2011 sowie für Januar und Februar 2012 dem Amt für Umwelt und Energie der Stadt St. Gallen einzureichen. Weiter wird X vorgeworfen, in der Zeit vom 26. November 2010 bis 3. März 2012 sei die zulässige Schallpegelgrenze von 93 dB(A) im Club C deutlich und wiederholt überschritten worden. Selbst die gesetzlich maximal zulässigen Schallpegel von 96 bzw. 100 dB(A) seien nicht eingehalten worden.

Die Vorinstanz erklärte X unter anderem des mehrfachen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen und der Übertretung des Umweltschutzgesetzes schuldig. Die Strafkammer bestätigte diese Schuldsprüche im Wesentlichen.

Aus den Erwägungen:

III.

1. Nach Art. 292 StGB wird mit Busse bestraft, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.

a/aa) In objektiver Hinsicht setzt Art. 292 StGB voraus, dass einer bestimmten Person in einer rechtsgültig erlassenen und zugestellten Verfügung unter Androhung einer Sanktionierung nach dieser Bestimmung für den Fall des Nicht-Folge-Leistens eine genau umschriebene Verhaltensweise auferlegt wird und dass diese Person daraufhin die verlangte Verhaltensweise nicht zeigt (BSK StGB-Riedo/Boner, Art. 292 N 60).

bb) In Ziff. 6.3 bzw. 6.4 der Auflagen / Bedingungen der Verfügungen der Stadtpolizei St.Gallen vom 29. Dezember 2010 und 30. Juni 2011 (Bewilligungen) wurde X verpflichtet, die Aufzeichnungen des Schallpegelbegrenzers unaufgefordert monatlich bis spätestens eine Woche nach Monatsende dem Amt für Umwelt und Energie der Stadt St.Gallen zur Prüfung zu übermitteln. In Ziff. 8 der erwähnten Verfügungen wird X sodann für den Fall der Nichtbefolgung dieser Auflage die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB angedroht, dies unter vollständiger Wiedergabe des Wortlauts der Strafbestimmung. X reichte sodann die Aufzeichnungen für die Monate Juni, Juli und August 2011 unbestrittenermassen nicht rechtzeitig ein. Erst auf eine Mahnung der Stadtpolizei hin lieferte er die Aufzeichnungen am 19. September 2011 nach.

cc) In Bezug auf den objektiven Tatbestand von Art. 292 StGB wendet X ein, die Verfügungen vom 29. Dezember 2010 und 30. Juni 2011 seien nicht rechtsgültig erlassen worden bzw. die entsprechenden Auflagen seien nichtig, da die Stadtpolizei zum Erlass von Immissionsschutzauflagen nicht zuständig sei. Nach Art. 1 Abs. 3 des Reglements zum Vollzug des Immissionsschutzreglements der Stadt St.Gallen (vgl. sRS 751.11) sei das (städtische) Amt für Umwelt und Energie für den Vollzug von Art. 7 Abs. 1 des Immissionsschutzreglements der Stadt St.Gallen (sRS 751.1), welcher die Pflicht zur Einrichtung einer elektronischen Schallpegelüberwachung bzw. -begrenzung regle, zuständig. Daher sei auch das Amt für Umwelt und Energie und nicht die Stadtpolizei zum Erlass einer Verfügung, mit welcher die monatliche Einreichung von Aufzeichnungen des Schallpegelbegrenzers angeordnet werde, zuständig.

Mit dieser Argumentation übersieht X, dass die Verfügungen der Stadtpolizei St.Gallen vom 29. Dezember 2010 und 30. Juni 2011 eine Bewilligung zur Aufhebung der Schliessungszeit für den Club C und damit den Vollzug des kantonalen Gastgewerbegesetzes zum Gegenstand haben. Nach Art. 6 des Gastwirtschaftsgesetzes (GWG; sGS 553.1) ist für den Vollzug der Gastwirtschaftsgesetzgebung die politische Gemeinde zuständig. Gemäss Art. 14 des Polizeireglements der Stadt St.Gallen (sRS 412.11) ist die Stadtpolizei die zuständige Bewilligungsbehörde. Nach Art. 14ter Abs. 2 des Polizeireglements kann die Erteilung der Bewilligung be-

fristet sowie mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Damit steht fest, dass die Stadtpolizei zum Erlass der Bewilligungen zur Aufhebung der Schliessungszeit für den Club C vom 29. Dezember 2010 und 30. Juni 2011 zuständig und auch befugt war, Auflagen betreffend die Schalleinwirkungen zu erlassen. Die beiden genannten Verfügungen sowie die entsprechenden Auflagen sind damit rechtsgültig ergangen.

dd) Weiter wurde vom Verteidiger von X vorgebracht, dass dieser gar nicht Adressat der verfahrensgegenständlichen Verfügungen (gewesen) sei. Sämtliche dieser Verfügungen, die Auflagen enthielten und mit dem Hinweis auf Art. 292 StGB versehen seien, würden sich an die A GmbH und nicht an X richten. Dies zeigten ältere Verfügungen. Diese seien allesamt an die A GmbH adressiert. Dass sie in der Folge an den jeweiligen Rechtsanwalt der GmbH adressiert worden seien, ändere daran nichts. Die Vorinstanz schliesse einzig aus der Betreffzeile der Verfügungen darauf, dass X deren Adressat und Empfänger sei. Dieser Schluss sei nicht zulässig und offensichtlich falsch. Bereits deshalb könnten aus diesen Verfügungen keine Straffolgen gegen X abgeleitet werden.

Dieser Einwand ist unbehelflich. Die vorliegend interessierenden Verfügungen der Stadtpolizei St.Gallen vom 29. Dezember 2010 und 30. Juni 2011 sind beide an Rechtsanwalt R, den Rechtsvertreter von X, adressiert und richteten sich offensichtlich an Letzteren als Bewilligungs- bzw. Patentinhaber, wie zudem aus der Betreffzeile und dem Inhalt der Schreiben hervorgeht. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

Im Ergebnis steht aufgrund des Gesagten fest, dass der objektive Tatbestand von Art. 292 StGB gegeben ist.

b/aa) In subjektiver Hinsicht setzt Art. 292 StGB Vorsatz voraus. Der Täter muss demnach um die ihm durch die Verfügung rechtmässig auferlegte und strafbewehrte Verpflichtung wissen und entsprechenden Ungehorsam leisten wollen (BSK StGB-Riedo/Boner, Art. 292 N 252 mit Hinweisen, unter anderem auf BGE 119 IV 238). Strafbar ist auch eventualvorsätzliches Handeln. Es genügt, wenn der Täter billigend in Kauf nimmt, dass er eine ihm per Verfügung überbundene und strafbewehrte Verpflichtung verletzt (BSK StGB-Riedo/Boner, Art. 292 N 253 mit Hinweisen, unter anderem auf BGE 119 IV 238).

bb) In seinem Schreiben an die Stadtpolizei vom 19. September 2011 führt X aus, am 6. Juni 2011 habe er in den Militärdienst einrücken müssen. Am 1. Juli 2011 sei er wieder entlassen worden. Gleich nach dem Militärdienst, am 3. Juli 2011, habe die Sommerpause des Clubs C begonnen. Da der Club während eines ganzen Monats geschlossen gewesen sei, habe er keine Notwendigkeit gesehen, die Daten sofort zu übermitteln. Von einem Versehen und höchstens leichter Fahrlässigkeit (so der Verteidiger) kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Vielmehr zeigen die Ausführungen von X, dass er die Aufzeichnungen des Schallpegelbegrenzers der Monate Juni, Juli und August 2011 wissentlich und willentlich nicht übermittelt hat. Damit erfüllte er auch den subjektiven Tatbestand von Art. 292 StGB.

c) Insgesamt ergibt sich, dass der Einzelrichter des Kreisgerichts X bezüglich der Nichtablieferung bzw. der verspäteten Einreichung der Schallpegelprotokolle (Aufzeichnungen des Schallpegelbegrenzers) der Monate Juni, Juli und August 2011 zu Recht des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen schuldig erklärt hat.

[…]

4. a) Der Einzelrichter des Kreisgerichts sprach X der Widerhandlung gegen das Umweltschutzgesetz i.V.m. der Schall- und Laserverordnung (Art. 61 Abs. 1 Bst. a USG [SR 814.01] i.V.m. Art. 5 i.V.m. Art. 7 SLV [SR 814.49]) schuldig, weil im Club C am 9. Oktober 2011 der nach Art. 7 SLV maximal zulässige Schallpegel von 100 dB(A) nachweislich überschritten wurde.

Des mehrfachen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen nach Art. 292 StGB sprach die Vorinstanz X schuldig, weil Messungen vom 9. Oktober, 19. November und 2./3. Dezember 2011 sowie vom 3. März 2012 ergaben, dass die in Ziff. 6.1 bzw. 6.2 der Auflagen/Bedingungen der Verfügungen der Stadtpolizei St.Gallen vom 29. Dezember 2010 und 30. Juni 2011 festgesetzte Emissionsgrenze von 93 dB(A) überschritten wurde.

Schliesslich erklärte der Einzelrichter X der Widerhandlung gegen das Immissionsschutzreglement der Stadt St.Gallen (sRS 751.1; Art. 22 i.V.m. Art. 7) schuldig, weil er es trotz entsprechender Hinweise auf Probleme mit dem Schallpegelbegrenzer unterlassen habe, die Einhaltung der zulässigen Maximalschallpegel durch eine korrekte und einwandfrei funktionierende elektronische Schallpegelüberwachung bzw. -begrenzung sicherzustellen.

b/aa) X bestreitet zunächst, dass im Club C am 9. Oktober 2011 der nach Art. 7 SLV maximal zulässige Schallpegel von 100 dB(A) sowie am 9. Oktober, 19. November und 2./3. Dezember 2011 und 3. März 2012 die in Ziff. 6.1 bzw. 6.2 der Auflagen/Bedingungen der Verfügungen der Stadtpolizei St.Gallen vom 29. Dezember 2010 und 30. Juni 2011 festgesetzte Emissionsgrenze von 93 dB(A) überschritten wurden bzw. konnte sich dies nicht erklären.

Am 9. Oktober 2011 ergab eine Messung der Stadtpolizei St.Gallen auf der Tanzfläche des Clubs C während 22 Minuten und 45 Sekunden einen durchschnittlichen Schallpegel von 104,9 dB(A). Am 19. November 2011 wurden ebenfalls auf der Tanzfläche während rund 35 Minuten Werte zwischen 98 und 103 dB(A) gemessen. Am 3. Dezember 2011 betrug der von der Stadtpolizei in der Zeit von 02.00 Uhr und 02.47 Uhr gemessene durchschnittliche Schallpegel 97,6 dB(A). Am 3. März 2012 ergaben 28 Minuten dauernde Messungen des Amts für Umwelt und Energie der Stadt St.Gallen im Club C einen durchschnittlichen Schallpegel von 101,4 dB(A). Da all diese Messungen der Stadtpolizei St.Gallen und des Amts für Umwelt und Energie der Stadt St.Gallen mit Geräten, die vom Schweizerischen Eichdienst geeicht waren, vorgenommen wurden, durfte die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Verteidigung ohne Weiteres darauf abstellen. Zwar erfolgten die Messungen während der Tanzveranstaltungen (Vorbringen des Verteidigers).

Von einer entscheidenden Beeinflussung des Schallpegels ist indes nicht auszugehen, zumal massive und nicht nur kurzzeitige Überschreitungen festgestellt wurden. Damit erscheint die Feststellung des Einzelrichters des Kreisgerichts, im Club C sei am 9. Oktober 2011 der maximal zulässige Schallpegel von 100 dB(A) sowie am 9. Oktober, 19. November und 3. Dezember 2011 und 3. März 2012 der verfügte Emissionsgrenzwert von 93 dB(A) überschritten worden, jedenfalls nicht als offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO.

bb) X macht sodann geltend, die Kontrollmessungen vom 9. Oktober 2011 und 3. März 2012 seien von einer unbekannten Mitarbeiterin der Stadtpolizei St.Gallen bzw. des Amts für Umwelt und Energie der Stadt St.Gallen vorgenommen worden. Diese verdeckten Messungen seien als verdeckte Ermittlung (Art. 285a ff. StPO), als verdeckter Einsatz eines technischen Überwachungsgeräts (Art. 280 Bst. b StPO) oder als (verdeckte) Observation (Art. 282 f. StPO) zu werten. Die strafprozessualen Voraussetzungen für eine verdeckte Ermittlung oder einen verdeckten Einsatz eines technischen Überwachungsgeräts seien aber nicht erfüllt gewesen. Dasselbe gelte für die Observation. Die (bestrittenen) Ergebnisse der verdeckten Kontrollmessungen vom 9. Oktober 2011 und 3. März 2012 seien deshalb nicht verwertbar.

Unter verdeckter Ermittlung wird das «Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen» verstanden (BGE 134 IV 266 E. 3.7). Davon kann im konkreten Fall keine Rede sein. Die Bestimmungen von Art. 285a ff. StPO (Verdeckte Ermittlung) gelangen deshalb auf die vorliegenden Kontrollmessungen nicht zur Anwendung. Art. 280 und 281 StPO regeln die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten, um unter anderem Vorgänge an nicht öffentlichen oder nicht allgemein zugänglichen Orten zu beobachten oder aufzuzeichnen. Restaurants, Kinos, Theatersäle und dergleichen werden dabei als öffentliche Räume betrachtet (BSK StPO-Katzenstein, Art. 280 StPO N 31). Beim Club C handelt es sich um ein grundsätzlich frei zugängliches Dancing, auch wenn der Einlass in die Lokalität durch Türsteher kontrolliert wird bzw. nicht alle Personen automatisch Einlass erhalten (Vorbringen des Verteidigers). Art. 281 StPO findet somit keine Anwendung. Schliesslich ist auch keine Observation nach Art. 282 StPO gegeben. In der Strafprozessordnung wird der Begriff der «Observation» zwar nicht definiert. Nach der Botschaft lässt sich darunter «die Ermittlungstätigkeit verstehen, bei welcher Vorgänge und Personen in der Öffentlichkeit systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet und registriert werden, um die Ergebnisse für die Strafverfolgung auszuwerten» (BBl 2005 VII 1252). Mit «Observation» meint demnach der Gesetzgeber «ein gezieltes und auf eine gewisse Dauer angelegtes Beobachten von Personen und Vorgängen im öffentlichen Raum» (BSK StPO-Katzenstein, Art. 282 StPO N 4). Dies war vorliegend nicht der Fall. Die Stadtpolizei St.Gallen und das Amt für Umwelt und Energie der Stadt St.Gallen zeichneten im Club C lediglich vereinzelt und während jeweils unter einer Stunde den Schallpegel auf. Da-

mit lag keine Observation vor. Die Voraussetzungen, unter denen nach Art. 282 StPO eine Observation zulässig ist, mussten demnach für die Schallaufzeichnungen nicht erfüllt sein.

Insgesamt ist somit nicht von «verdeckten Schallpegelmessungen» auszugehen. Daher braucht auf das Vorbringen des Verteidigers, wonach gemäss Polizeigesetz polizeiliche Befugnisse im Rahmen der Strafrechtspflege nur der Kantonspolizei, nicht aber der Stadtpolizei zukommen würden, nicht weiter eingegangen werden. Die Vornahme von Kontrollmessungen fällt jedoch entgegen der Ansicht der Verteidigung in den Aufgabenbereich der Stadt- bzw. Gewerbepolizei, zumal die entsprechenden Auflagen – wie aufgezeigt wurde (vgl. vorstehend E. III./1a/cc) – zu Recht von der Stadtpolizei als Bewilligungsbehörde erlassen wurden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Schallaufzeichnungen vom 9. Oktober 2011 und 3. März 2012 wie auch die übrigen Messungen in diesem Verfahren verwertbar sind.

c) Nach Art. 61 Abs. 1 Bst. a USG wird mit Busse bis zu Fr. 20 000.– bestraft, wer vorsätzlich aufgrund des Umweltschutzgesetzes erlassene Emissionsbegrenzungen verletzt. Solche werden nach Art. 12 Abs. 2 USG durch Verordnungen oder, soweit diese nichts vorsehen, durch unmittelbar auf das USG abgestützte Verfügungen vorgeschrieben. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe nach Art. 61 Abs. 2 USG Busse.

aa) Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a der Schall- und Laserverordnung (SLV) müssen die Schallemissionen bei Veranstaltungen so weit begrenzt werden, dass die Immissionen den Stundenpegel von 100 dB(A) nicht übersteigen.

Nach der Messung der Stadtpolizei St. Gallen vom 9. Oktober 2011 betrug der Schallpegel auf der Tanzfläche des Clubs C während 22 Minuten und 45 Sekunden durchschnittlich 104,9 dB(A). Die Vorinstanz geht, gestützt auf eine Vernehmlassung des Leiters des Rechtsdienstes des Amts für Umwelt und Energie vom 13. März 2012 und eine Aktennotiz des Amts für Umwelt und Energie vom 5. März 2012 davon aus, mit dieser Messung sei erwiesen, dass das Stundenmittel am 9. Oktober 2011 höher als 100 dB(A) gewesen sei. Dies kann aber offen gelassen werden, verstösst doch der gemessene Schallpegel aus anderen Gründen gegen das Umweltschutzgesetz.

bb) Mit den Bewilligungen zur Aufhebung der Schliessungszeit vom 29. Dezember 2010 und 30. Juni 2011 wurde der Club C durch eine Auflage (Ziff. 6.1 bzw. 6.2) verpflichtet, Tag und Nacht eine Emissionsgrenze von 93 dB(A) einzuhalten. Wie bereits dargelegt (vgl. vorstehend E. III./1a/cc), handelte es sich dabei um eine rechtsgültig verfügte Auflage bzw. Verfügung. Diese wurde von X erwiesenermassen am 9. Oktober 2011 mit einem Schallpegel von 104,9 dB(A), am 19. November 2011 mit Werten zwischen 98 und 103 dB(A), am 3. Dezember 2011 mit einem Schallpegel von 97,6 dB(A) und am 3. März 2012 mit einem Schallpegel von 101,4 dB(A) missachtet. Damit erfüllte er den objektiven Tatbestand der Übertretung des Umweltschutzgesetzes.

cc) Gegeben ist auch der subjektive Tatbestand von Art. 61 Abs. 1 USG. X wurde bereits mit Schreiben vom 5. April 2011 von der Stadtpolizei St.Gallen darauf hingewiesen, dass das Ergebnis einer Kontrollmessung vom 23. Februar 2011 eine deutliche Überschreitung der Auflage in der Verfügung vom 29. Dezember 2010 darstelle. Daraufhin hätte er auch als Laie und entgegen der Ansicht des Verteidigers zumindest Zweifel am einwandfreien Funktionieren des Schallpegelbegrenzers haben müssen. Trotzdem kehrte X als verantwortlicher Patentinhaber in der Folge (überhaupt) nichts vor. Damit nahm er eine künftige bzw. weitere Überschreitung der Emissionsgrenze von 93 dB(A) eventualvorsätzlich in Kauf.

dd) Insgesamt steht fest, dass sich X am 9. Oktober, 19. November und 3. Dezember 2011 sowie am 3. März 2012 der Übertretung des Umweltschutzgesetzes nach Art. 61 Abs. 1 Bst. a USG schuldig machte. Da jedoch die Überschreitungen des Emissionsgrenzwerts auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhten und eine Tateinheit bildeten, ist X lediglich der einfachen und nicht der mehrfachen Übertretung des Umweltschutzgesetzes schuldig zu sprechen.

d) Die Vorinstanz sprach X im Zusammenhang mit den Überschreitungen des zulässigen Maximalschallpegels von 93 dB(A) des mehrfachen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen nach Art. 292 StGB schuldig. Bei dieser Strafnorm handelt es sich aber – wie der Verteidiger an Schranken des Berufungsgerichts zu Recht vortrug – um einen Auffangtatbestand, der nur subsidiär zur Anwendung gelangt. Amtliche Verfügungen dürfen nur mit einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden, wenn die zu bestrafende Tathandlung nicht bereits durch eine andere, speziellere Bestimmung mit Strafe bedroht ist (BSK StGB-Riedo/Boner, Art. 292 N 20 mit vielen Hinweisen). Vorliegend wird eine Überschreitung des nach Gesetz bzw. entsprechender Verfügung maximal zulässigen Schallpegels von der Strafandrohung des Art. 61 USG erfasst. Folglich hat kein Schuldspruch wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen zu erfolgen.

IV. Rechtspflege

1. Verwaltungsrechtspflege

44

Art. 7 Bst. b VRP (sGS 951.1); Art. 29 Abs. 1 BV (SR 101). Haben Vertreter der Gemeindeexekutive an der Offertausschreibung und an der Auswahl eines Überbauungsprojekts teilgenommen, werden sie sich beim späteren Entscheid über das Baugesuch und dagegen erhobene Einsprachen faktisch in der Regel an ihren «Vorentscheid» gebunden fühlen. Hinzu kommt, dass das konkrete Projekt auch der Gemeinde gehörende Grundstücke betrifft. Unter diesen Umständen erscheinen jedenfalls jene Mitglieder der Gemeindeexekutive, welche bereits an der Auswahl des Überbauungsprojekts teilgenommen haben, bei der Beurteilung des Baugesuchs als befangen.

Verwaltungsgericht, 4. Dezember 2014

Der Gemeinderat der Politischen Gemeinde K führte für das Gebiet Q, in welchem ihr selbst einige Grundstücke, die sie zu verkaufen beabsichtigte, gehören, einen Projektwettbewerb durch. Die eingegangenen Projekte wurden von einem Gremium, bestehend aus Mitgliedern des Gemeinderates und Fachexperten am 10. September 2010 beurteilt. Am 24. Oktober 2011 reichte die Z AG dem Gemeinderat ein Baugesuch für den Neubau von neun Mehrfamilienhäusern ein. Gleichzeitig mit dem Baugesuch wurden ein Teilstrassenplan und der Überbauungsplan Q mit besonderen Vorschriften öffentlich aufgelegt. Am 14. Mai 2012 wies der Gemeinderat eine gegen die Überbauung und den Überbauungsplan erhobene Einsprache ab und erteilte die Baubewilligung unter Auflagen und Vorbehalt der Rechtskraft von Überbauungs- und Teilstrassenplan. Das Baudepartement wies den Rekurs des Einsprechers ab. Das Verwaltungsgericht heisst seine Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

2./2.1. Der Beschwerdeführer hatte im Schreiben vom 29. April 2012 die Beschwerdebeteiligte darum ersucht, das Geschäft an die nächste Instanz zu delegieren. Es habe sich gezeigt, dass der Gemeinderat beim vorliegenden Geschäft befangen sei. Als Verkäuferin des Bodens stehe die Gemeinde in einem beträchtlichen Interessenkonflikt. Dieser sei deutlich an der Einspracheverhandlung zutage getreten. Der Gemeindevertreter habe ausschliesslich zugunsten der Bauherrschaft argumentiert. Im angefochtenen Entscheid hielt die Vorinstanz hierzu fest, in der Einsprache habe der Beschwerdeführer kein Ausstandsbegehren gestellt. Es habe deshalb

für die Beschwerdebeteiligte auch kein Grund bestanden, in der angefochtenen Verfügung auf diese Bitte näher einzugehen. Der Beschwerdeführer bestätigt im vorliegenden Verfahren den von ihm bereits im Schreiben vom 29. April 2012 – und damit vor Erlass des Einspracheentscheids vom 14. Mai 2012 – ausgeführten Standpunkt, dass der (erstinstanzliche) Entscheid wegen Befangenheit nicht von der Beschwerdebeteiligten hätte gefällt werden dürfen. Sie sei Verkäuferin des Bodens und an einem möglichst hohen Preis interessiert. Die Vertreter der Beschwerdebeteiligten seien von «ihrem» Projekt durch und durch überzeugt und könnten keine neutrale Haltung mehr einnehmen. Dies zeige sich unter anderem darin, dass er als Einsprecher mit unüblich hohen Verfahrenskosten belegt worden sei. Das Signal der Strafe sei deutlich gewesen und werde auch als solches empfunden. Zudem habe er anlässlich der Einspracheverhandlung den Vertreter der Beschwerdebeteiligten darauf hingewiesen, dass aus seiner Sicht die Gemeinde infolge Befangenheit nicht entscheiden dürfe. Seines Wissens sei kein Protokoll erstellt worden. Er gehe aber davon aus, dass die Beschwerdegegnerin oder die Vertreter der Beschwerdebeteiligten die Grösse hätten, sich daran zu erinnern.

2.2. Art. 6 EMRK garantiert das Recht auf ein faires Verfahren. Ein Gericht 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 Mitglied des Gerichts – 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). 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 (G. Steinmann, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Rz. 35 zu Art. 29 BV). Im verwaltungsinternen Verfahren bejaht die Rechtsprechung eine Ausstandspflicht in der Regel deshalb nur dann, wenn das betreffende Behördenmitglied ein persönliches Interesse an dem zu behandelnden Geschäft hat (BGer 1C_278/2010 vom 31. Januar 2011 E. 2.2). Indessen ist in jedem Fall eine Beurteilung aller konkreten Umstände nötig. 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/Äschlimann/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). Von den Verfahrensbeteiligten kann nicht verlangt werden, 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 von sich aus in den Ausstand zu treten, weshalb eine entsprechende Unterlassung auch noch im nachfolgenden Rechtsmittelverfahren gerügt werden kann (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 196).

2.3. Ein Ausstandsbegehren hat sich immer gegen eine (oder mehrere) natürliche Personen zu richten, nicht aber gegen eine Gesamtbehörde (B. Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich 2002, S. 75 f.). Dem Beurteilungsgremium der von der Beschwerdebeteiligten veranstalteten Offertausschreibung Q gehörten – neben drei Fachexperten und dem Wettbewerbssekretariat – zwei Vertreter (Gemeindepräsident und ein Gemeinderat) der Beschwerdebeteiligten an (vgl. Bericht des Beurteilungsgremiums vom 10. September 2010). Der Umstand, dass eine politische Gemeinde im Rahmen der Ortsplanung (vgl. Art. 2, 4 und 28 ff. des Baugesetzes, sGS 731.1, BauG) planerische Massnahmen für eigene Grundstücke zu treffen hat, welche sie nach Durchführung der Planung und Überbauung zu verkaufen gedenkt, stellt an sich eine gängige Konstellation dar. Ein Beizug von Gemeindevertretern in einem frühen Verfahrensstadium erscheint vor allem bei komplexen Bauprojekten, wie es vorliegend zur Diskussion steht, sinnvoll. Da das Amt von Exekutivbehörden mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer, Aufgaben einhergeht (Steinmann, a. a. O., Rz. 35 zu Art. 29 BV), sind Exekutivbehörden von Gemeinden nicht allein zur neutralen Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen, sondern tragen zugleich eine besondere Verantwortung in der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben (vgl. BGer 1C_150/2009 vom 8. September 2009, E. 3.5 mit vielen Hinweisen). Gerade diese systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt, deren Aufgabe es ist, gegebenenfalls in materieller Hinsicht korrigierend einzugreifen.

2.4. Aus dem vom Beschwerdeführer eingereichten Info-Blatt der Beschwerdebeteiligten vom Oktober 2013 lässt sich allenfalls eine einseitig wertende Darstel-

lung von Gegebenheiten entnehmen. Ein Ausstandsgrund kann auf dieser Grundlage für sich allein noch nicht als dargetan gelten. Haben jedoch – wie vorliegend – Vertreter der Gemeindeexekutive an der Offertausschreibung und an der Auswahl des Projekts teilgenommen, werden diese sich beim anschliessenden Entscheid über die Baubewilligung und den Überbauungsplan faktisch in der Regel an ihren «Vorentscheid» gebunden fühlen, selbst wenn sie rechtlich daran nicht gebunden wären. Hinzu kommt konkret, dass eigene Grundstücke der Beschwerdebeteiligten zur Diskussion stehen. Unter diesen Umständen hatte der Beschwerdeführer berechtigten Anlass für die Befürchtung, dass die Gemeindeexekutive bzw. jedenfalls ein Teil derselben nicht mehr imstand war, die Einwände gegenüber dem Bauvorhaben mit hinreichender Unabhängigkeit zu prüfen. Es bestand m. a. W. der Anschein, dass zumindest die an der Projektauswahl beteiligten Personen in Bezug auf das Überbauungsplan- und Baubewilligungsverfahren sich bereits festgelegt hatten. Das Einspracheverfahren muss jedoch sicherstellen, dass im Rahmen des rechtlichen Gehörs die verschiedenen Interessen berücksichtigt werden. In diesem Sinn darf Verwaltungshandeln im Vorfeld den Einspracheentscheid nicht vorwegnehmen. In dem zur Publikation bestimmten BGer 1C_914/2013 vom 26. Juni 2014 erachtete es das Bundesgericht deshalb in einem analogen Fall als gerechtfertigt, die Zulässigkeit der Vorbefassung der dort betroffenen Gemeinderatsmitglieder sinngemäss nach denselben Kriterien zu beurteilen, wie sie für das Gerichtsverfahren entwickelt wurden (BGer 1C_914/2013 a. a. O., E. 6.2). Vorliegend haben zwei Gemeinderatsmitglieder bei der Projektauswahl mitgewirkt und ihre Stimme abgegeben. Der später aufgelegte Überbauungsplan mit Bauprojekt weist gegenüber einer der vom Beurteilungsgremium ausgewählten Vorstudien (vgl. Bericht des Beurteilungsgremiums) keine namhaften Änderungen oder Präzisierungen auf. Angesichts dieser Umstände lässt sich der Anschein der Befangenheit, d. h. die Möglichkeit, dass die Haltung der im Beurteilungsgremium vertretenen Gemeinderäte für die späteren Planentscheide vorbestimmt war, nicht von der Hand weisen (vgl. auch BGer 1C_914/2013 a. a. O., E. 7.2 und Kommentar G. Steinmann, in: ZBl 115/2014 S. 562–564). Dementsprechend konnten sie auch die gegen den Überbauungsplan und das Baugesuch erhobenen Einsprachen nicht ohne Anschein der Befangenheit beurteilen. Wenn die Beschwerdebeteiligte und die Vorinstanz die entsprechende Rüge nicht prüften und guthiessen, verletzten sie damit Art. 29 Abs. 1 BV. Der vorinstanzliche Entscheid lässt sich daher im Lichte des zitierten Bundesgerichtsentscheides und im Sinne einer Verschärfung der Praxis gegenüber GVP 2013 Nr. 47 nicht aufrechterhalten. Die Angelegenheit ist zu neuem Entscheid über den Überbauungsplan und das Baugesuch in korrekter personeller Besetzung – der Gemeindepräsident Dr. O. S. und der Gemeinderat R. M. haben beim neuen Entscheid in den Ausstand zu treten – an die Beschwerdebeteiligte zurückzuweisen.

45

Art. 15 Abs. 1 und 2 VRP (sGS 951.1); Art. 17 Abs. 1 BauG (sGS 731.1). Vor Ablauf von zehn Tagen darf nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden. Wird vorher entschieden, ist das rechtliche Gehör verletzt.

Verwaltungsgericht, 11. März 2014

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht eine Gehörsverletzung geltend. Im Wesentlichen rügt sie, dass sie keine Gelegenheit gehabt habe, zu den Vernehmlassungen der anderen Verfahrensbeteiligten Stellung zu nehmen.

2.1. Personen und Behörden, gegen die sich eine Eingabe richtet, ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Verfügungen, die erheblich belasten, sind grundsätzlich nur zulässig, wenn die Betroffenen den wesentlichen Sachverhalt kennen und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten (Art. 15 Abs. 1 und 2 VRP, Art. 29 der Bundesverfassung, SR 101, BV). Der entsprechende Anspruch auf rechtliches Gehör ist einerseits ein persönlichkeitsbezogenes Verfahrensrecht der Beteiligten und schützt vor Herabminderung zum blossen Verfahrensobjekt. Andererseits ist er ein Mittel der Sachaufklärung, dient der optimalen Aufarbeitung der relevanten Entscheidungsgrundlagen und ermöglicht im Rahmen des Verfahrensrechts die Einführung der Sicht der Betroffenen. Der Anspruch ergibt sich allein aus dem Verfahren heraus und gilt vorbehaltlos. Inhalt und Umfang des Gehörsanspruchs sind nicht abstrakt zu umschreiben, sondern am Anspruch auf wirksame Mitwirkung anhand konkreter tatsächlicher und rechtlicher Gegebenheiten nach Fallgruppen und im Einzelfall zu konkretisieren. Voraussetzung der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs ist eine entsprechende Orientierung der Betroffenen. Sie bezieht sich auf den zu treffenden Entscheid wie auf den Beizug von Unterlagen und Gutachten und schliesst geheim geführte Verfahren aus. Das Recht auf rechtliches Gehör räumt den Betroffenen also die Möglichkeit ein, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern. Mit dem Anspruch auf effektive Mitwirkung korrespondiert, dass die Behörde die Vorbringen der Beteiligten tatsächlich hört, prüft und berücksichtigt und ihre Entscheide vor diesem Hintergrund begründet (G. Steinmann, in: St.Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Rz. 21 ff. zu Art. 29 BV).

2.2. Der Gehörsanspruch ist formeller Natur. Wird eine Verletzung des Anspruchs festgestellt, muss der angefochtene Hoheitsakt grundsätzlich aufgehoben werden ohne Rücksicht darauf, ob die Anhörung für den Ausgang des Verfahrens relevant ist, das heisst die Behörde zu einer Änderung des Entscheids veranlassen wird oder nicht (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2006, Rz. 1709; BGE 137 I 195 E. 2.2 mit Hinweis).

2.3. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung kann geheilt werden, wenn der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage mit mindestens gleicher Kognition wie die Vorinstanz prüfen kann (Steinmann, a. a. O., Rz. 32 f. zu Art. 29 BV). So ist die Verweigerung des rechtlichen Gehörs oder die Verletzung der Begründungspflicht durch die erstentscheidende Behörde im Rekursverfahren heilbar, da die Rekursbehörden mit umfassender Kognition entscheiden (Art. 46 VRP). Demgegenüber ist das Verwaltungsgericht grundsätzlich nur zur Rechtskontrolle befugt (Art. 61 VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 731 f.). Die Heilung soll gleichwohl die Ausnahme bleiben, weil dem Betroffenen damit eine Instanz verloren gehen kann. Die Gehörsverletzung kann aber selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung geheilt werden, wenn und soweit die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären. Auch in diesem Fall muss die Rechtsmittelinstanz aber über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz verfügen (Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St.Gallen 2012, N 266, BGE 133 I 201 E. 2.2, BGE 132 V 387 E. 5.1 mit Hinweis).

2.4. Das Recht, von allen eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, stellt einen allgemeinen Verfahrensgrundsatz dar und besteht unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten. Somit ist es nicht an der entscheidenden Behörde zu beurteilen, ob eine weitere Stellungnahme oder Entgegnung erforderlich sei oder nicht. Dies ist allein Sache der Verfahrensbeteiligten (BGer 5D_112/2013 vom 15. August 2013 E. 2.2.1 mit Hinweisen).

2.4.1. Das Bundesgericht liess in diesem Zusammenhang zunächst offen, ob der erwähnte Verfahrensgrundsatz sowohl im Gerichts- als auch im Verwaltungsverfahren gelte (BGE 133 I 98 E. 2.1). In einem jüngeren Entscheid hat es diese Frage für das Verwaltungsverfahren mit knapper Begründung verneint (BGE 138 I 154 E. 2.5; zur Kritik: M. Lanter, Zum Replikrecht vor Verwaltungsinstanzen, in: Jusletter 18. Juni 2012, E. III.). Tatsächlich besteht aber kein Grund, in diesem Punkt einen Unterschied zwischen Gerichts- und Verwaltungsverfahren zu machen, zumal die Verfahrensgarantien von Art. 29 BV ausdrücklich vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen gelten. Während eine Einschränkung des Replikrechts im Verfahren, welches das Bundesgericht betrachtete – dem Popularbeschwerdeverfahren vor der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (Art. 94 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen; SR 784.40) – nachvollziehbar erscheint, ging das Bundesgericht indes zu weit, indem es die Geltung des Replikrechts für alle Verwaltungsverfahren verneinte (Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N 527 mit Hinweisen). Insbesondere für das verwaltungsinterne Rechtsmittelverfahren gibt es

keinen Anlass, den verfassungsmässig garantierten Verfahrensgrundsatz anders zu handhaben als im gerichtlichen Verfahren. Demnach sind auch im Rekursverfahren sämtliche weiteren Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten zu neuen Eingaben – unabhängig davon, ob die Rekursinstanz diese als entscheidrelevant erachtet oder nicht – zur Kenntnis zu geben.

2.4.2. Zur Gewährleistung des Replikrechts kann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet oder den Parteien Frist für eine allfällige Stellungnahme angesetzt werden. Die Behörde oder das Gericht können Eingaben aber auch lediglich zur Kenntnisnahme zustellen, wenn von den Parteien erwartet werden kann, dass sie umgehend unaufgefordert Stellung nehmen oder eine Stellungnahme beantragen, was namentlich bei anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen regelmässig der Fall ist.

2.4.3. Eine Partei, die wie vorliegend eine Eingabe ohne Fristansetzung erhält und dazu Stellung nehmen will, hat dies umgehend zu tun oder zumindest zu beantragen. Andernfalls wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet. Die Behörde und das Gericht haben demnach bei dieser Vorgehensweise mit der Entscheidfällung so lange zuzuwarten, bis man annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet. Insoweit bejaht die Rechtsprechung in aller Regel eine Verletzung des Replikrechts und damit des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wenn nur innert weniger Tage nach Mitteilung der Eingabe entschieden wird. In einer etwas allgemeineren Formulierung hielt das Bundesgericht fest, dass jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden dürfe (BGer 5D_112/2013 vom 15. August 2013 E. 2.2.2. f. mit Hinweisen).

2.4.4. Konkret hat die Vorinstanz der Rekurrentin die Vernehmlassungen der übrigen Verfahrensbeteiligten am Dienstag, 5. Februar 2013, zugesandt und gleichzeitig mitgeteilt, dass kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen sei und als Nächstes der Rekursentscheid folge. Der anschliessende Entscheid datiert vom darauffolgenden Montag, 11. Februar 2013, wobei er gleichentags verschickt wurde. Inklusiv dem erstmöglichen Zustelltag verblieben der Rekurrentin somit lediglich fünf Tage bzw. drei Arbeitstage, auf die zwei zugestellten Vernehmlassungen zu reagieren bzw. zumindest eine Fristansetzung für eine allfällige Replik dazu zu verlangen. Diese Frist ist mit Blick auf die oben erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung offensichtlich zu knapp bemessen, womit eine Gehörsverletzung vorliegt. Zwar ging es im Wesentlichen tatsächlich nur um die Überprüfung eines Nichteintretensentscheides, wie die Vorinstanz vorbringt. Dies spielte hinsichtlich des Anspruchs auf eine allfällige Replik aber keine Rolle. Effektiv hätte die Behörde erst auf Grund einer allenfalls eingegangenen Replik entscheiden können, ob die entsprechenden Vorbringen entscheidrelevant gewesen wären oder nicht. Daran ändert auch nichts, dass die im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Einwände nach Meinung der Vorinstanz am Rekursentscheid nichts geändert hätten. Es ist nicht gesagt, dass die Beschwerdeführerin – im Wissen um die beschränkte richterliche

Kognition – im Rekursverfahren gleichermassen Stellung genommen hätte, wie sie es im Beschwerdeverfahren getan hat.

2.4.5. Aus dem Gesagten folgt, dass der angefochtene Rekursentscheid wegen der Gehörsverletzung grundsätzlich aufgehoben werden muss, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die allfällige Replik für den Ausgang des Rekursverfahrens relevant gewesen wäre und die Behörde zu einer Änderung des Entscheids veranlasst hätte oder nicht.

46

Art. 30 Abs. 1 VRP (sGS 951.1); Art. 148 Abs. 1 ZPO (SR 272). Der Beschwerdeführer hatte von den Postzustellungen der Behörden Kenntnis, setzte sich mit den möglichen Inhalten auseinander und unterliess es in der Folge, Briefe abzuholen und/oder zu öffnen. Er hat – was er jedoch als Krankheitssymptom verstanden haben will – die Annahme der Briefe bewusst verweigert und Rechtsnachteile in Kauf genommen. Die Wiederherstellung kann indessen nicht dazu dienen, bewusst in Kauf genommene Nachteile nachträglich abzuwenden.

Verwaltungsgericht, 16. September 2014
-> Das Bundesgericht ist auf die Beschwerden gegen diesen Entscheid nicht eingetreten (Urteil 2C_989/2014 vom 18. März 2015).

Am 24. September 2013 wies das Migrationsamt das Gesuch des Beschwerdeführers um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligungen ab. Dagegen erhob der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter am 8. Oktober 2013 Rekurs beim Sicherheits- und Justizdepartement. Der Rechtsvertreter wurde am 15. Oktober 2013 aufgefordert, bis spätestens 11. November 2013 den Rekurs zu ergänzen und einen Kostenvorschuss von CHF 1000 zu bezahlen. Die Frist wurde am 12. November 2013 erstreckt. Der Rechtsvertreter teilte der Rekursinstanz am 26. November 2013 mit, das Mandat sei erloschen, und ersuchte gleichzeitig um nochmalige Fristerstreckung sowie «vorsorglich» um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Mit eingeschriebenem an den Beschwerdeführer adressiertem Brief vom 28. November 2013 erstreckte das Sicherheits- und Justizdepartement die Frist – gegebenenfalls zur Einreichung eines begründeten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege – bis 11. Dezember 2013. Der Brief wurde nicht abgeholt und dem Beschwerdeführer am 20. Dezember 2013 nochmals per A-Post zugestellt. Nachdem weder die Rekursergänzung noch der Kostenvorschuss oder ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege eingegangen waren, schrieb das Si-

cherheits- und Justizdepartement das Rekursverfahren am 15. Januar 2014 ab. Die Verfügung wurde dem Beschwerdeführer mit eingeschriebenem Brief und – nachdem dieser bei der Post nicht abgeholt worden war – am 29. Januar 2014 mit A-Post zugestellt.

Am 8. Mai 2014 ersuchte der Beschwerdeführer durch seinen erneut mandatierten Rechtsvertreter das Sicherheits- und Justizdepartement um Wiederherstellung der Frist zur Ergänzung des Rekurses und zur Leistung des Kostenvorschusses. Er stützte sich im Wesentlichen auf ein Zeugnis seines Hausarztes vom 30. April 2014, wonach er seit längerer Zeit spielsüchtig und die Unzuverlässigkeit von einer wohl seit Monaten bestehenden psychiatrischen Problematik verursacht sei. Das Migrationsamt stimmte stillschweigend einer Wiederherstellung der Frist nicht zu. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies das Gesuch am 5. Juni 2014 ab mit der Begründung, es sei nicht erstellt, dass die körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung jegliches auf die Fristwahrung gerichtete Handeln verunmöglicht habe. Im dagegen angehobenen Beschwerdeverfahren reichte der Beschwerdeführer einen Bericht des behandelnden Psychiaters vom 25. Juni 2014 zu den Akten. Indirekt ergebe sich aus der Anamnese glaubhaft, dass der Beschwerdeführer im Dezember 2013 und Januar 2014 infolge seiner Ängste mit Vermeidungsstrategie und seiner Spielsucht ebenso wenig wie gegenwärtig in der Lage gewesen sei, seine rechtlichen Interessen zu wahren. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3. Gegenstand des Verfahrens ist einzig die Frage, ob die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der Frist zur Ergänzung der Rekurseingabe und zur Leistung eines Kostenvorschusses, welches das Rekursverfahren zur Nichtverlängerung seiner eigenen Aufenthaltsbewilligung betraf, zu Recht abgewiesen hat.

3.1. Gemäss Art. 58 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 30 Abs. 1 VRP werden die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272, ZPO) über die Wiederherstellung sachgemäss angewendet, soweit das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege nichts anderes bestimmt. Die Behörde kann gemäss Art. 148 ZPO auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Abs. 1); das Gesuch ist innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes (Abs. 2) und – wenn ein Entscheid eröffnet worden ist – innerhalb von sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft (Abs. 3) einzureichen. Gemäss Art. 30ter Abs. 1 VRP kann die Wiederherstellung auch angeordnet werden, wenn der Verfahrensgegner zustimmt. Es obliegt der säumigen Person, die Säumnisgründe sowie die Tatsache, dass die zehntägige Gesuchsfrist eingehalten worden ist, im Wiederherstellungsgesuch vollständig und genau darzustellen. Fehlt eine derartige Sachverhaltsdarstellung, so ist weder eine amtliche Untersuchung über die massgebenden Tatsachen zu füh-

ren noch Frist zur Verbesserung des Gesuchs anzusetzen (vgl. K. Plüss, in: A. Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, 3. Auflage 2014, N 88 zu § 12 VRG-ZH).

3.2. Beschwerdeführer und Vorinstanz gehen übereinstimmend davon aus, der Säumnisgrund sei mit dem Zeugnis des Hausarztes vom 30. April 2014 bekannt geworden und die zehntägige Frist mit der Eingabe des – vom Beschwerdeführer am 6. Mai 2014 erneut mandatierten – Rechtsvertreters vom 8. Mai 2014 dementsprechend eingehalten. Wann indessen das vom Beschwerdeführer geltend gemachte Hindernis weggefallen war und der Beschwerdeführer die behauptete Unfähigkeit, seine Verfahrensrechte und -pflichten wahrzunehmen oder wahrnehmen zu lassen, überwunden hatte, kann aufgrund der Akten nicht schlüssig beantwortet werden. Insbesondere ist nicht klar, wann der Beschwerdeführer sich entschliessen konnte, ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Insoweit ist fraglich, ob der Beschwerdeführer die Umstände des Wegfalls des Hindernisses in zeitlicher Hinsicht ausreichend genau darstellt und die Einhaltung der Frist von zehn Tagen rechtsgenüglich nachweist.

3.3./3.3.1. Das Migrationsamt hat der Wiederherstellung der versäumten Frist im Rekursverfahren nicht zugestimmt. Der Beschwerdeführer begründet seinen Anspruch auf Wiederherstellung damit, es treffe ihn an der Säumnis nur ein leichtes Verschulden. In der Beschwerde wird vorgebracht, nach der Niederlegung des Mandats durch den Rechtsvertreter am 26. November 2013 sei sämtliche Korrespondenz an den Beschwerdeführer gegangen. Aufgrund einer psychischen Erkrankung sei er mit der Wahrnehmung von Verfahrenspflichten und -rechten völlig überfordert gewesen. Eingeschriebene Post habe er nie abgeholt. Seine Ehefrau sei Ende April 2014 vom Migrationsamt auf die abgelaufene Ausreisefrist aufmerksam gemacht worden, nachdem sie dort eine Bestätigung für das RAV habe abholen wollen. Am 30. April 2014 habe der behandelnde Hausarzt den früheren Rechtsvertreter darüber informiert, dass seit mehreren Monaten eine psychiatrische Problematik bestehe. Zur erneuten Mandatierung sei es auf das Bestreben der Ehefrau und des Vaters des Beschwerdeführers sowie weiterer Familienmitglieder hin gekommen. Der Vater habe den Beschwerdeführer zur Unterzeichnung des Mandats begleitet.

Der behandelnde Psychiater hält in einem Bericht vom 25. Juni 2014 fest, der Beschwerdeführer sei bei ihm seit 4. Juni 2014 wegen einer Spielsucht, die er bis Februar/März 2014 vor seiner Frau habe verstecken können, in Behandlung. Post könne er aus Angst vor schlechten Nachrichten nicht entgegennehmen. Seit Oktober/November 2013 habe er es nicht gewagt, die Post zu öffnen, weil er gedacht habe, die Konfrontation mit den Folgen seiner Spielsucht nicht ertragen zu können. Aus der Anamnese ergebe sich glaubhaft, dass der Beschwerdeführer im Dezember 2013/Januar 2014 wegen seiner Ängste und seiner Spielsucht ebenso wenig in der Lage gewesen sei, seine rechtlichen Interessen zu wahren, «wie es gegenwärtig der Fall» sei.

In der Vernehmlassung vom 11. Juli 2014 hält die Vorinstanz fest, selbst wenn der Beschwerdeführer – was nicht als gegeben erachtet werde – aus Angst die

Post nicht selbst habe entgegennehmen können, wäre es ihm zumindest möglich gewesen, eine Drittperson mit den Handlungen zu beauftragen und die Fristen zu wahren. Der Beschwerdeführer hält dazu fest, die Vorinstanz treffe damit medizinische Schlüsse über die psychische Gesundheit, welche eine psychiatrische Begutachtung erforderten. Der Arztbericht schildere lediglich einen Krankheitsverlauf aus der Sicht des Patienten.

3.3.2. Krankheit kann ein zur Wiederherstellung einer Frist führendes unverschuldetes beziehungsweise entschuldbares Hindernis sein, doch muss die Erkrankung derart sein, dass die rechtsuchende Person oder ihre Vertretung durch sie davon abgehalten wird, selber innert Frist zu handeln oder doch eine Drittperson mit der Vornahme der Handlung zu beauftragen (vgl. BGer 9C_390/2009 vom 24. Juni 2009 E. 2, 5G_1/2013 vom 21. März 2013 E. 4.2 und 4.3). Eine Wiederherstellung der Frist wegen Krankheit setzt voraus, dass die körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung jegliches auf die Fristwahrung gerichtetes Handeln wie etwa den Beizug eines (Ersatz-)Vertreters verunmöglichte (vgl. BGer 9C_154/2010 vom 24. Februar 2010). Als krankheitsbedingter Fristwiederherstellungsgrund gilt beispielsweise eine schwere Lungenentzündung eines hospitalisierten Verfahrensbeteiligten oder eine schwere nachoperative Blutung, die zu massiven zerebralen Veränderungen führt und den Säumigen intellektuell so stark beeinträchtigt, dass er während der gesamten Rechtsmittelfrist weder fähig ist, selber Beschwerde zu erheben, noch sich bewusst werden kann, dass er jemanden mit der Interessenwahrung hätte betrauen sollen. Keine Wiederherstellungsgründe sind hingegen beispielsweise ein immobilisierter rechter Arm oder eine schwere Grippe. Auch eine Depression genügt grundsätzlich nicht als Fristwiederherstellungsgrund (vgl. K. Plüss, in: A. Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N 62 zu § 12 VRG-ZH mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). In zeitlicher Hinsicht muss die Erkrankung am Ende der Frist liegen beziehungsweise sich mit dem Termin überschneiden. Erkrankt die Partei hingegen eine gewisse Zeit vor Fristablauf beziehungsweise dem Termin, ist sie in der Regel in der Lage, selber zu handeln oder die Dienste eines Dritten in Anspruch zu nehmen (vgl. N. Gozzi, in: Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, N 20 zu Art. 148 ZPO).

3.3.3. Am 24. September 2013 erliess das Migrationsamt die Verfügungen, mit denen die Aufenthaltsbewilligungen des Beschwerdeführers und seiner Frau sowie der beiden Kinder nicht verlängert wurden. Am 8. Oktober 2013 war der Beschwerdeführer in der Lage, einen Rechtsvertreter mit der Wahrung seiner Interessen im Rekursverfahren zu betrauen. Das Mandat erlosch am 26. November 2013. Der Hausarzt überwies den Beschwerdeführer gemäss Zeugnis vom 30. April 2014 wegen der bestehenden, wahrscheinlich eine Psychose beinhaltenden Spielsucht an den kantonalen psychiatrischen Dienst. In der Folge betraute der Beschwerdeführer erneut seinen früheren Rechtsvertreter am 6. Mai 2014 mit der Wahrung seiner Interessen. Nach der Darstellung des Beschwerdeführers war er in der Zeit von Oktober 2013 bis April 2014 nicht in der Lage, elementare administrative

Handlungen, wie sie das Öffnen und Lesen von Post darstellen, selbst vorzunehmen oder durch Dritte vornehmen zu lassen. Erst die äusseren Umstände – seine Frau hatte von der abgelaufenen Ausreisefrist und von seiner Spielsucht erfahren – hätten ihn zu handeln veranlasst.

Der Beschwerdeführer macht die Unfähigkeit, die Verfahrensrechte und -pflichten wahrzunehmen, nicht als Reflexwirkung der Krankheit, sondern vielmehr als Krankheitssymptom geltend. Dies kommt darin zum Ausdruck, dass er von den Postzustellungen Kenntnis hatte, sich mit den möglichen Inhalten auseinandersetzte und es in der Folge unterliess, Briefe abzuholen und/oder zu öffnen. Unter diesen Umständen mussten ihm die möglichen Folgen seiner Unterlassungen insbesondere im Hinblick auf das hängige Verfahren zur Verlängerung seiner eigenen Aufenthaltsbewilligung und jener seiner Ehefrau und der Kinder bewusst sein. Der Beschwerdeführer hat die Annahme der Briefe bewusst verweigert und Rechtsnachteile in Kauf genommen. Die Wiederherstellung kann indessen grundsätzlich nicht dazu dienen, bewusst in Kauf genommene Nachteile nachträglich abzuwenden.

Es besteht auch kein Anlass, im vorliegenden Fall ausnahmsweise von diesem Grundsatz abzuweichen. Der behandelnde Psychiater geht davon aus, dass der Beschwerdeführer im Dezember 2013 und Januar 2014 «ebenso wenig» wie «gegenwärtig», das heisst im Juni 2014, in der Lage war, seine rechtlichen Interessen zu wahren. Die Situation des Beschwerdeführers hat sich mithin aus der Sicht seines Psychiaters in diesem Zeitraum nicht grundsätzlich geändert. Nachdem der Beschwerdeführer im Mai 2014 in der Lage war, seinen früheren Rechtsvertreter erneut zu mandatieren, ist daraus zu schliessen, dass es ihm damals wie heute gleichermassen möglich oder unmöglich war, jemanden mit der Interessenwahrung zu betrauen. Damit erübrigt sich auch eine psychiatrische Begutachtung des Beschwerdeführers – im Übrigen mehrere Monate ex post – zur Frage seiner Handlungsfähigkeit im Zeitraum nach der Mandatsniederlegung durch den Rechtsvertreter am 26. November 2013. Dementsprechend hat auch die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht verletzt, wenn es den Gutachtensantrag abgewiesen hat. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer auch im Beschwerdeverfahren selbst trotz seiner Mitwirkungspflicht und des Hinweises in der Beschwerde, vor Vorinstanz seien aus Zeitgründen fachärztliche Berichte nicht erhältlich zu machen gewesen, keinen solchen Bericht eingereicht, welcher den vage formulierten vom 25. Juni 2014 fachmedizinisch vertiefen würde.

47

Art. 30, Art. 30ter Abs. 1 und Art. 96 Abs. 2 VRP (sGs 951.1); Art. 148 Abs. 1 ZPO (SR 272). Nach unbenützter Frist tritt an die Stelle der Erstreckung die Möglichkeit der Wiederherstellung. Von einem berufsmässigen Vertreter ist zu erwarten, dass er in den Akten einen Hinweis auf die Einzahlung des Kostenvorschusses anbringt oder anbringen lässt und die Behauptung in der Rechtsmittelergänzung, der Kostenvorschuss sei bezahlt, auch überprüft oder überprüfen lässt. Zumal gegen das umstrittene Bauprojekt weitere Rechtsmittel hängig sind, stehen der Abschreibung des Verfahrens keine öffentlichen Interessen entgegen.

Verwaltungsgericht, 19. August 2014
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 1C_474/2014 vom 9. Februar 2015)

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer wurde im Rekursverfahren am 23. Juli 2013 aufgefordert, innert einer nicht erstreckbaren Frist bis 30. August 2013 die Beschwerde zu ergänzen und – unter Androhung der Abschreibung des Verfahrens im Säumnisfall – einen Kostenvorschuss von CHF 1000 zu leisten. Er unterzeichnete am 29. August 2013 die Rekursergänzung (Poststempel: 30.8.13). Am 3. September 2013 ersuchte er um Ansetzung einer Notfrist von zwei Tagen zur Bezahlung des Kostenvorschusses mit der Begründung, er habe es versäumt, den Kostenvorschuss fristgerecht zu leisten, weil sein Vater im Zeitpunkt des Eingangs der verfahrensleitenden Verfügung vom 23. Juli 2013 im Sterben gelegen und am 1. August 2013 dann von seinen Leiden erlöst worden sei. Der Kostenvorschuss ging am 4. September 2013 ein. Gleichentags ersuchte der Rechtsvertreter um Wiederherstellung der Frist.

Die Rekursinstanz trat mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. September 2013 auf das Gesuch um Ansetzung einer Notfrist wegen Verspätung nicht ein. Die Verfügung wurde unangefochten rechtskräftig. Die Beschwerdebeteiligte beantragte am 13. September 2013 die kostenfällige Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung. Die Rekursinstanz wies das Gesuch am 3. Oktober 2013 ab und schrieb den Rekurs zufolge Nichtleistens des Kostenvorschusses ab. Das Verwaltungsgericht weist die dagegen erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführer anerkennen, dass der Kostenvorschuss im Rekursverfahren nach Ablauf der bis 30. August 2013 angesetzten Frist und damit verspätet geleistet wurde. Sie machen jedoch geltend, die Vorinstanz hätte eine Notfrist ansetzen (nachfolgend Erwägung 2.1) oder die Frist wiederherstellen müssen (nachfolgend Erwägung 2.2), jedenfalls aber die Säumnisfolgen nicht eintreten lassen dürfen (nachfolgend Erwägung 2.3).

2.1. Gegenstand des Rekursentscheides vom 3. Oktober 2013 sind einzig das Wiederherstellungsgesuch und die Erledigung des Rekurses. Die Nichtgewährung der am 3. September 2013 – und damit verspätet – beantragten Notfrist war Gegenstand der verfahrensleitenden Verfügung vom 5. September 2013, die unangefochten rechtskräftig wurde. Abgesehen davon setzt die Verlängerung einer gerichtlichen Frist gemäss Art. 30 Abs. 1 VRP in Verbindung mit Art. 144 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272, ZPO) voraus, dass vor Fristablauf darum ersucht wird. Nach unbenützter Frist tritt an die Stelle der Erstreckung die Möglichkeit der Wiederherstellung.

Gemäss Art. 30ter Abs. 1 VRP kann die Wiederherstellung einer Frist angeordnet werden, wenn der Verfahrensgegner zustimmt. Die Beschwerdebeteiligte hat im Rekursverfahren eine solche Zustimmung nicht erteilt, sondern am 13. September 2013 die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführer um Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses beantragt. Deshalb ist zu prüfen, ob die Fristwiederherstellung gemäss Art. 30ter Abs. 1 VRP in Verbindung mit Art. 148 Abs. 1 ZPO angeordnet werden kann. Die Rekursinstanz kann gestützt auf Art. 148 Abs. 1 ZPO auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft.

In der Beschwerde wird zu Recht nicht bestritten, dass die Partei sich Fehler ihrer Vertreter oder Erfüllungsgehilfen, insbesondere ihres Anwalts und dessen als Hilfsperson tätigen Kanzleiangestellten wie eigene anrechnen lassen muss (VerwGE B 2014/40 vom 14. Mai 2014 E. 2.2.1 mit zahlreichen Hinweisen). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer macht geltend, weil sich die Mandantschaft aus mehreren Beteiligten zusammengesetzt habe, habe er sich entschieden, den Kostenvorschuss selbst einzubezahlen. In derartigen Fällen zahle er den Kostenvorschuss jeweils umgehend ein. Als er die verfahrensleitende Verfügung vom 23. Juli 2013 erhalten habe, sei sein Vater, der am 1. August 2013 von seinen Leiden erlöst worden sei, im Sterben gelegen. Er habe ihn in den letzten Lebenstagen täglich besucht. Diese Zeit, der Tod und die Beerdigung, seien sehr, sehr belastend gewesen.

In der Praxis wird ein leichtes Verschulden nur mit Zurückhaltung angenommen. Dies ist mit Blick auf den weiten Ermessensspielraum, den die Bestimmung einräumt, nicht zu beanstanden (vgl. etwa VerwGE B 2013/113 vom 8. November 2013 E. 2.1.1, www.gerichte.sg.ch, bestätigt in BGer 2C_1212/2013 vom 28. Juli 2014; B 2013/98 vom 25. Juni 2013 E. 2.1; N. Gozzi, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 11 zu Art. 148 ZPO). Der berufsmässige Rechtsvertreter hat seinen Betrieb so zu organisieren, dass Fristen auch in seiner Abwesenheit gewahrt werden (BGE 99 II 352). Unbestritten ist, dass der Rechtsvertreter am 16. August 2013 in der gleichen Sache an einem privatrechtlichen Vermittlungsvorstand teilnahm (act. 13 und 14) sowie am 29. August 2013 die Rekursergänzung unterzeichnete und der Rekursinstanz rechtzeitig einreichte. In Ziff. II/1 der Ergänzung führte er aus, er habe den

Kostenvorschuss einbezahlt, und reichte die Beweise zu seiner gehörigen Bevollmächtigung ein. Auch wenn das Sterben und der Tod seines Vaters am 1. August 2013 zweifellos sehr belastend waren, war der Rechtsvertreter damit gegen Ende August 2013 in der Lage, seinen verfahrensrechtlichen Obliegenheiten in ordentlicher Weise nachzukommen. Von einem berufsmässigen Rechtsvertreter ist zu erwarten, dass er in den Akten einen Hinweis auf die Einzahlung des Kostenvorschusses anbringt oder anbringen lässt und die Behauptung in der Rechtsmittelergänzung, der Kostenvorschuss sei bezahlt, auch überprüft oder überprüfen lässt. Er hat sich so einzurichten, dass er jederzeit beispielsweise mittels eines elektronischen Systems zu erledigende Aufgaben erkennt. Zur pflichtgemässen Berufsausübung gehört selbstredend die Fristenkontrolle, ohne die ein Rechtsanwalt seine Tätigkeit nicht ordnungsgemäss verrichten kann (vgl. BGer 6B_389/2011 vom 10. Oktober 2011 E. 1.8). Eine Kontrolle der Einhaltung der Frist wäre anlässlich der Abfassung der Rekursergänzung am 29. August 2013 umso mehr angezeigt gewesen, als der Rechtsvertreter sich seiner schweren und nachvollziehbaren emotionalen Belastungen Ende Juli und Anfang August bewusst war. Sein Verschulden erscheint unter diesen Umständen nicht mehr als leicht im Sinn von Art. 148 Abs. 1 ZPO. Dementsprechend hat die Vorinstanz kein Recht verletzt und insbesondere auch ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie das Gesuch um Wiederherstellung der versäumten Frist zur Leistung des Kostenvorschusses abwies.

2.2. Gemäss Art. 96 VRP kann die Behörde einen Kostenvorschuss erheben (Abs. 1); entspricht der Betroffene der Aufforderung trotz Hinweis auf die Säumnisfolge nicht, kann das Verfahren abgeschrieben werden, wenn nicht öffentliche Interessen entgegen stehen (Abs. 2).

Die Beschwerdeführer machen zu Recht nicht geltend, die Vorinstanz habe mit der Erhebung eines Kostenvorschusses im Rekursverfahren am 23. Juli 2013 ihr Ermessen überschritten oder missbraucht. Da sich die Voraussetzungen für die Erhebung eines Kostenvorschusses und die Säumnisfolgen – nämlich die Abschreibung des Verfahrens – aus dem Gesetz ergeben, stellt die fristgerechte Einzahlung eines unter Hinweis auf die Säumnisfolgen erhobenen Kostenvorschusses entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer durchaus ein «gesetzliches Gültigkeitserfordernis» für die Anhandnahme eines Verfahrens dar. Die Befugnis, einen Kostenvorschuss zu erheben, ist nicht auf Rechtsmittelverfahren beschränkt (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 808). Deshalb können die Beschwerdeführer daraus, dass die Regeln im vierten Teil des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege – und nicht im dritten Teil über den Rechtsschutz in Verwaltungsstreitsachen, insbesondere in den Art. 45 ff. VRP – enthalten sind, nicht ableiten, die Vorinstanz habe das Rekursverfahren in rechtswidriger Weise abgeschrieben.

Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist die Abschreibung des Verfahrens geboten, wenn der Kostenvorschuss innert der angesetzten Frist nicht geleistet wurde (vgl. GVP 1976 Nr. 27; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St.Gallen 2004, S. 139 f.; vgl. BGer 2C_1212/2013

vom 28. Juli 2014 E. 6.5). Die Frist stellt eine Verwirkungsfrist dar. Ob der Kostenvorschuss verspätet oder nicht geleistet wurde, ändert damit hinsichtlich der Säumnisfolge nichts. Deshalb können die Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass der Kostenvorschuss noch geleistet wurde, bevor die Vorinstanz dessen Fehlen bemerkte, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Verfahren ist ausnahmsweise dann nicht abzuschreiben, wenn – was indessen vorliegend nicht der Fall ist (vgl. oben Erwägung 2.2) – die Voraussetzungen der Wiederherstellung im Sinn von Art. 30ter Abs. 1 VRP in Verbindung mit Art. 148 Abs. 1 ZPO gegeben sind oder wenn öffentliche Interessen entgegenstehen. Nach der Rechtsprechung treten die Säumnisfolgen regelmässig ein, wenn nicht ausserordentliche Umstände dies als unannehmbar stossend erscheinen lassen. In der Praxis sind solche ausserordentlichen Umstände aber überaus selten (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 812 f.; zum Ganzen VerwGE B 2013/113 vom 8. November 2013 E. 2.3, www.gerichte.sg.ch). Ob – wie in der Literatur vorgeschlagen wird (vgl. Hirt, a. a. O., S. 141 f.) – ein über den konkreten Einzelfall hinausgehendes Interesse an der Klärung des Sachverhalts oder der strittigen Rechtsfragen den Verzicht auf die Abschreibung rechtfertigen kann, kann vorliegend offen bleiben. Einerseits ist fraglich, ob die Grössenordnung des Bauprojektes und die geltend gemachten Baurechtswidrigkeiten ein solches über den Einzelfall hinausgehendes Interesse darstellen. Anderseits stellen weitere nach unbestrittener Darstellung der Vorinstanz hängige Rekurse die rechtsmittelweise Überprüfung des Bauprojekts sicher. Die Vorinstanz hat das Rekursverfahren deshalb zu Recht abgeschrieben. Insbesondere war die Abschreibung nicht unverhältnismässig.

48

Art. 44 und 45 VRP (sGS 951.1). Zwischenverfügungen in einem Steuerveranlagungsverfahren sind nur anfechtbar, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht, was angesichts der konkreten Umstände nicht der Fall war. Auf den Rekurs und die Beschwerde ist daher trotz irrtümlich angegebener Rechtsmittelbelehrung nicht einzutreten. Da dieser Irrtum vom Rechtsvertreter mit geringem Aufwand hätte erkannt werden können, ist den Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 21. Oktober 2014
(vgl. auch SGE 2014 Nr. 21)

Aus den Erwägungen:

1. …

a) Angefochten ist eine verfahrensleitende Verfügung des kantonalen Steueramtes, mit welcher dieses ein Sistierungsbegehren der Rekurrentinnen und Be-

schwerdeführerinnen abwies. Als verfahrensleitende Verfügung ist das Anfechtungsobjekt eine Zwischenverfügung. Die Anfechtung von Zwischenverfügungen ist weder im st.gallischen VRP noch im st.gallischen Steuergesetz (StG) explizit geregelt. Im DBG ist lediglich die Anfechtung der Verweigerung der Akteneinsicht geregelt (Art. 114 Abs. 4 DBG; M.Zweifel, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2b, 2. Aufl. 2008; N 31 zu Art. 114 DBG). Nach Judikatur und Literatur sind Zwischenverfügungen nur in Ausnahmefällen mit ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar (vgl. Zweifel, a.a.O., N 3 und 28 ff. zu Art. 114 DBG; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Auflage 2003, Rz 561 ff. mit Hinweisen). Gewisse Arten von Zwischenverfügungen (vorsorgliche Massnahmen) sind nach den Bestimmungen von Art. 44 VRP mit Rekurs anfechtbar. Nach der Praxis sind Zwischenverfügungen über ein Ausstandsbegehren selbständig anfechtbar, weil diese Regelung auch im Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110, abgekürzt BGG) verankert ist (GVP 2012 Nr. 6). Auch Entscheide über den Entzug der aufschiebenden Wirkung sind mit Rekurs anfechtbar (GVP 2012 Nr. 44), ebenso Zwischenverfügungen, welche sonstwie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für den Betroffenen zur Folge haben (vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Dies entspricht auch der Regelung von Art. 46 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021, abgekürzt VwVG).

b) Im vorliegenden Fall bringen die Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen vor, die Verfahren gegen sie seien massgeblich vom Ausgang des Verfahrens gegen X.Y. abhängig und könnten ohne die letzteren, gesicherten und im Rahmen eines justizförmigen Verfahrens gewonnenen Erkenntnisse gar nicht zum Abschluss gebracht werden. Allerdings ist nicht ersichtlich, inwiefern die Weigerung des kantonalen Steueramtes, die Nachsteuerverfahren gegen die Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen zu sistieren, für diese einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil hat. Allfällige fehlerhafte Feststellungen im Zusammenhang mit der Ermittlung des nachsteuerpflichtigen Betrages können mit einem ordentlichen Rechtsmittel gegen die definitive Nachsteuerveranlagung geltend gemacht werden. Offenbar beantragten die Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen, die Nachsteuerverfahren seien bis zu einem rechtskräftigen Entscheid eines Nachsteuer- und Bussenverfahrens gegen X.Y. zu sistieren. Dieses Verfahren wird nicht vom Steueramt des Kantons St.Gallen geführt. Dieses ist nicht verpflichtet, Verfahren anderer Kantone in einem solchen Zusammenhang abzuwarten. Falls sich aufgrund eines Verfahrens gegen X.Y. herausstellen sollte, dass die Nachsteuerveranlagungen gegen die Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen fehlerhaft sind, könnten diese das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision ergreifen (Art. 197 Abs. 1 lit. a StG; Art. 147 Abs. 1 lit. a DBG).

c) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auf den Rekurs und auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, da die Zwischenverfügung vom 17. Juni 2014 keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen zur Folge hat.

2. Die Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen stellen ein Eventualbegehren und beantragen, falls auf ihre Rechtsmittel nicht eingetreten werde, seien die Kosten dem kantonalen Steueramt aufzuerlegen und es sei ihnen eine Entschädigung zuzusprechen. Zutreffend ist, dass das kantonale Steueramt versehentlich eine Rechtsmittelbelehrung auf der Zwischenverfügung vom 17. Juni 2014 angebracht hat. Die Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen waren indessen anwaltlich vertreten. Es gilt als allgemeiner Grundsatz, dass Zwischenverfügungen im Allgemeinen nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können. Der Rechtsvertreter hätte also mit geringem Aufwand erkennen können, dass die Anfechtbarkeit einer solchen Zwischenverfügung nicht gegeben ist und die Rechtsmittelbelehrungen versehentlich vermerkt wurden. Daher ist keine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen (Art. 98bis VRP; Art. 144 Abs. 4 DBG).

49

Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Die Rechtsmittellegitimation eines Nachbarn in Bezug auf einen Wiederherstellungsentscheid ist zu bejahen, wenn er im (vorgängig nicht durchgeführten) Baubewilligungsverfahren zur Einsprache befugt gewesen wäre. Er muss keinen rechtswidrigen Zustand dulden, der – wäre das Verfahren eingehalten und vor Erstellung der Baute ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden – gar nie entstanden wäre.

Verwaltungsgericht, 19. August 2014

Aus den Erwägungen:

3./3.1. Das Raumplanungsrecht des Bundes stellt in den Angelegenheiten des Bau- und Planungsrechts gewisse Mindestanforderungen an die kantonalen Rechtsmittelverfahren. Die Legitimation muss mindestens in gleichem Umfang wie für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gewährleistet werden (vgl. Art. 33 Abs. 3 Ingress und lit. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung, SR 700, RPG; BGE 137 II 30 E. 2.2.1; Ämisegger/Haag, in: Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 2010, N 43 und 53 zu Art. 33 RPG). Ferner schreibt Art. 111 des Bundesgerichtsgesetzes (SR 173.110, BGG) die Einheit des Verfahrens vor. Wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist, muss sich am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können (Abs. 1).

3.2. Das Verwaltungsgericht ist obere kantonale Instanz im Sinne von Art. 86 Abs. 1 Ingress und lit. d BGG, und gegen den vorliegenden Endentscheid ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht grund-

sätzlich zulässig (Art. 82 lit. a und Art. 83 BGG e contrario). Der Kreis der in den kantonalen Verfahren zur Rechtsmittelerhebung legitimierten Personen darf somit nicht enger gefasst werden als die Beschwerdebefugnis im bundesgerichtlichen Verfahren.

3.3. Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c).

3.3.1. Verlangt ist somit neben der formellen Beschwer (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG), dass eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache vorhanden ist (lit. b) und die Rechtsmittelkläger einen praktischen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen können (lit. c). Die Nähe der Beziehung zum Streitgegenstand muss bei Bauvorhaben insbesondere in räumlicher Hinsicht gegeben sein. Diese bestimmt sich nicht nach abstrakt bestimmten Distanzwerten. Sie wird indes im Allgemeinen anerkannt, wenn das Baugrundstück an dasjenige des Einsprechers angrenzt oder nur durch einen Verkehrsträger davon getrennt ist (BGE 137 II 30 E. 2.2.2 f.).

3.3.2. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der Partei durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann. Das Anfechtungsinteresse braucht nicht mit dem Interesse übereinzustimmen, das durch die von der beschwerdeführenden Partei als verletzt bezeichneten Normen geschützt wird. Der Nachbar kann mithin die Überprüfung eines Bauvorhabens im Lichte all jener Rechtssätze verlangen, die sich rechtlich oder tatsächlich in dem Sinne auf seine Stellung auswirken, dass ihm im Falle des Obsiegens ein praktischer Nutzen entsteht. Nicht zulässig ist hingegen das Vorbringen von Beschwerdegründen, mit denen einzig ein allgemeines öffentliches Interesse an der richtigen Anwendung des Rechts verfolgt wird, ohne dass dem Rechtsuchenden im Falle des Obsiegens ein Vorteil entsteht (zum Ganzen vgl. BGE 137 II 30 E. 2.2.2 ff.; BGer 1C_203/2012 vom 18. Januar 2013 E. 1.2; 1C_314/2013 vom 8. November 2013 E. 2.3 mit Hinweisen). Das Element des «praktischen tatsächlichen Nutzens» bildet mithin ein wichtiges Eintretenskriterium, mit welchem ein Ausufern der Beschwerdemöglichkeiten verhindert werden kann (vgl. BGer 1C_314/2013 vom 8. November 2013 E. 2.3.3).

3.3.3. Nichts anderes ergibt sich aus dem kantonalen Verfahrensrecht. Zur Erhebung des Rekurses ist berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut (Art. 45 Abs. 1 VRP). Das «schutzwürdige Interesse» wird auch bei der Baueinsprache vorausgesetzt (vgl. Art. 83 Abs. 2 des Baugesetzes, sGS 731.1, BauG; zum Ganzen vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 386 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Die Rechtsmittelbefugnis ist nach kantonalem Recht nicht enger gefasst als nach Bundesrecht.

3.4. Die Beschwerdegegner sind Eigentümer der Grundstücke Nrn. 0003 und 0004, die unmittelbar an das Grundstück Nr. 0000 der Beschwerdeführer angrenzen. Die Distanz zwischen ihrem Wohnhaus auf dem Grundstück Nr. 0004 und den Gebäuden Assek.-Nrn. 0005 und 0006 der Beschwerdegegner beträgt nach der unbestrittenen Feststellung der Vorinstanz ca. 15 m bzw. 37 m. Die besondere Beziehungsnähe ist damit offensichtlich; sie wird auch nicht bestritten.

3.5. Die Beschwerdeführer stellen indessen in Abrede, dass die heutigen Beschwerdegegner aus dem vorinstanzlichen Verfahren einen praktischen Nutzen ziehen könnten. Mit dem Rekurs hätten diese – selbst laut Eigendeklaration – lediglich das allgemeine öffentliche Interesse an richtiger Rechtsanwendung verfolgt.

3.5.1. Das Interesse des Nachbarn an der Einhaltung des formellen Baupolizeirechts liegt regelmässig in der Wahrung seiner eigenen Verfahrensrechte. Wird ohne Bewilligung gebaut, muss er zunächst die (nachträgliche) Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens verlangen können. Sein praktischer Nutzen liegt darin, sich rechtlich Gehör zu verschaffen und potenziell nachteilige Bauten und Anlagen durch Einsprache verhindern bzw. wieder beseitigen zu können. Dieses Interesse ist schutzwürdig.

3.5.2. Gleiches gilt in Bezug auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Hier ist die Legitimation des Nachbarn zu bejahen, wenn er im (vorgängigen) Baubewilligungsverfahren ebenfalls zur Einsprache legitimiert gewesen wäre. Der Nachbar muss keinen rechtswidrigen Zustand dulden, der – wäre das Verfahren eingehalten und vor Erstellung der Baute ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden – gar nie entstanden wäre. Sein praktischer Nutzen besteht in der Abwehr von Immissionen, und es ist offensichtlich, dass hieran mehr als nur ein rein theoretisches Interesse besteht.

3.5.3. Den Beschwerdeführern ist mittlerweile hinreichend bekannt, dass die hier fragliche Wohnnutzung niemals bewilligt worden ist und auch keine Aussicht auf Bewilligung besteht. Als Nachbarn dürfen die Beschwerdegegner nicht schlechtergestellt werden, als wenn vorgängig ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden wäre. Diesfalls wäre es wohl nie zur erwähnten Wohnnutzung gekommen. Deren schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung des rechtswidrigen Zustands ist ausgewiesen.

3.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in diesem Punkt unbegründet ist. Die Vorinstanz hat die Legitimation der heutigen Beschwerdegegner in zutreffender Weise bejaht. Soweit sie auf den Rekurs eingetreten ist, ist dies rechtmässig erfolgt.

50

Art. 98 und 99 VRP (sGS 951.1). Obsiegt der Beschwerdeführer, dem die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gewährt worden ist, hat er Anspruch auf eine ungekürzte ausseramtliche Entschädigung.

Verwaltungsgericht, 8. Juli 2014

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 95 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die amtlichen Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Aufgrund dieser Bestimmung sind die amtlichen Kosten der Verfahren vor dem Verwaltungsgericht (CHF 2000), dem Sicherheits- und Justizdepartement (CHF 1000) und dem Migrationsamt (CHF 205) dem Staat aufzuerlegen. Auf die Erhebung der Kosten ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Im Rekurs- und im kantonalen Beschwerdeverfahren wurden zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die amtlichen Kosten vom Staat getragen. Auf die Erhebung von Kostenvorschüssen wurde verzichtet. Dementsprechend bestehen keine Rückerstattungsansprüche des Beschwerdeführers. Dies gilt auch für die ihm im Verfahren vor dem Migrationsamt auferlegten Kosten, soweit er sie nicht bereits bezahlt hat.

3. Nach Art. 98 Abs. 1 VRP besteht im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht Anspruch auf Ersatz der ausseramtlichen Kosten, welche den am Verfahren Beteiligten gemäss Art. 98bis VRP nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt werden. Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272, ZPO) über die Parteientschädigung finden sachgemäss Anwendung (Art. 98ter VRP). Vor Verwaltungsgericht wird die unentgeltliche Rechtsverbeiständung in sachgemässer Anwendung der entsprechenden Vorschriften der ZPO gewährt (Art. 99 Abs. 1 und 2 VRP). Zu klären sind in der Folge Grundlage (vgl. dazu nachfolgend E. 3.1) und Höhe des Ersatzanspruchs (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2; vgl. zum Ganzen auch schon VerwGE B 2013/4 vom 24. Januar 2013, www.gerichte.sg.ch).

3.1. Da dem Begehren des Beschwerdeführers […] vollumfänglich zu entsprechen [ist], sind die Vertretungskosten in diesen Verfahren aufgrund des in Art. 98bis VRP verankerten Erfolgsprinzips – und nicht gestützt auf Art. 99 VRP, welche die am 17. November 2011 im Rekursverfahren und am 30. November 2012 im Beschwerdeverfahren gewährte unentgeltliche Rechtsverbeiständung regelt – zu ersetzen.

Stützt sich der Anspruch auf die unentgeltliche Rechtsverbeiständung, richtet er sich gegen den Staat, stützt er sich auf das Erfolgsprinzip, richtet er sich gegen die Gegenpartei (vgl. M. Kayser, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St.Gallen 2008, N 38 zu Art. 65 VwVG), welche auch im Verwaltungsverfahren nicht in allen Fällen mit dem

Staat identisch ist. Der öffentlich-rechtliche Entschädigungsanspruch auf der Grundlage der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung hat subsidiären Charakter und bleibt ohne Einfluss auf die Prozessentschädigung des unterliegenden Gegners. Er kommt dann zum Tragen, wenn keine Prozessentschädigung geschuldet oder diese uneinbringlich ist (vgl. BGer 5P.421/2000 vom 10. Januar 2001 E. 3b). Der subsidiäre Charakter zeigt sich insbesondere darin, dass ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung – soweit nicht vorab darüber entschieden wurde – mit der Gutheissung der Begehren der den Anspruch geltend machenden Partei gegenstandslos wird (vgl. BGer 2C_97/2012 vom 14. Dezember 2012 E. 3.2).

Die Unterscheidung der Anspruchsgrundlagen ist auch dann von Belang, wenn an einem Verfahren wie vorliegend ausschliesslich kantonale Behörden beteiligt sind. Hier zeigt sie sich darin, dass die Kosten bei Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im Beschwerdeverfahren dem Gericht und bei Anwendung des Erfolgsprinzips dem zuständigen Departement belastet werden. Die Rechtsverhältnisse unterscheiden sich aber auch hinsichtlich der Personen, denen der Anspruch auf den Kostenersatz zukommt. Wird dem Vertretenen die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gewährt, tritt der als Rechtsbeistand bestellte Rechtsvertreter in ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zum Staat und der Kostenersatz ist ihm zuzusprechen (vgl. BGE 132 V 200 E. 5.1.4; 122 I 322 E. 3b). Werden die ausseramtlichen Kosten hingegen entsprechend dem Erfolgsprinzip der obsiegenden Partei ersetzt, handelt es sich um eine Entschädigung, welche der Partei – und nicht unmittelbar dem Vertreter – zusteht. Würden die Vertretungskosten gestützt auf die unentgeltliche Rechtsverbeiständung ersetzt, wäre die Partei, welcher die Rechtswohltat gewährt wurde, zudem während zehn Jahren zur Nachzahlung der Kosten verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (vgl. Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 123 ZPO). Eine solche Pflicht ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn der Partei ein Ersatzanspruch, der sich auf das Erfolgsprinzip stützt, zukommt.

3.2. Gemäss Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (sGS 963.75, HonO) beträgt das Honorar in der Verwaltungsrechtspflege vor Verwaltungsgericht pauschal CHF 1000 bis 12 000. Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falls und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, bemessen (Art. 19 HonO). Hat die Rechtsanwältin keine Honorarnote eingereicht, werden die ausseramtlichen Kosten nach Ermessen zugesprochen (Art. 6 HonO).

Die Rechtsvertreterin hat weder im Rekurs- noch im Beschwerdeverfahren eine Kostennote eingereicht. Die der Rechtsvertreterin ermessensweise zugesprochenen Entschädigungen von CHF 1500 für das Rekursverfahren und von CHF 2000 für das Beschwerdeverfahren beruhten zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung auf einem um einen Fünftel reduzierten Honorar (vgl. Art. 31 Abs. 3 des Anwaltsgesetzes; sGS 964.70, AnwG). Diese Reduktion entfällt bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung nach Obsiegen und Unterliegen.

Dies entspricht der in Art. 98ter und 99 Abs. 2 VRP vorgeschriebenen sachgemässen Anwendung von Art. 122 Abs. 2 ZPO, welcher gemäss der in der Literatur vertretenen Auffassung der unentgeltlich prozessführenden Partei, welche obsiegt, Anspruch auf eine volle – und nicht nur eine auf dem Armenrechtstarif berechnete – Parteientschädigung einräumt (vgl. L. Huber, in: Brunner/Gasser/ Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St.Gallen 2011, N13 zu Art. 122 ZPO). Dass die obsiegende Partei durch einen unentgeltlichen Rechtsbeistand vertreten war, ist mithin nicht eine wesentliche Tatsache für die Festlegung der Parteientschädigung, weil die öffentlich-rechtliche Entschädigung von ihrem Zweck her nur subsidiär zum Tragen kommt. Es folgt daraus, dass es keinen sachlichen Grund gibt, die Entschädigung der obsiegenden Partei deshalb zu kürzen, weil ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt worden ist (vgl. BGer 5P.421/2000 vom 10. Januar 2001 E. 3b). Davon geht das Bundesgericht auch im Rückweisungsentscheid aus, wenn es die Sache zur Regelung der Kosten– und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an das Verwaltungsgericht zurückgewiesen hat. Eine solche Rückweisung hätte sich erübrigt, wenn der Ersatz der Vertretungskosten nach wie vor nach den bei der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung anwendbaren Regeln zu bemessen gewesen wäre.

Da gemäss Art. 98bis VRP die ausseramtliche Entschädigung den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt wird, sind dem Beschwerdeführer diese Kosten vollumfänglich zu ersetzen (vgl. dazu R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St.Gallen 2004, S. 182 ff.). Zu berücksichtigen ist indessen, dass der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers gestützt auf Ziff. 3 des Dispositivs des vom Bundesgericht aufgehobenen Entscheides vom 2. Juli 2013 zur Deckung der Vertretungskosten vom Staat bereits CHF 2000 (vier Fünftel einer angemessenen Entschädigung von CHF 2500, zuzüglich Mehrwertsteuer) zugesprochen wurden. Damit beträgt der Anspruch des Beschwerdeführers noch CHF 500 (zuzüglich Mehrwertsteuer).

4. Dem Beschwerdeführer wurde auch im Rekursverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gewährt. Seine Rechtsvertreterin, welche ihre Anträge unter Kosten- und Entschädigungsfolge gestellt hatte, wurde mit CHF 1500 (vier Fünftel einer angemessenen Entschädigung von CHF 1875, zuzüglich Mehrwertsteuer) entschädigt. Wie im Beschwerdeverfahren (vgl. dazu oben E. 3) sind dem Beschwerdeführer, dessen Begehren gutzuheissen gewesen wären, die ausseramtlichen Kosten auf der Basis des Erfolgsprinzips gemäss Art. 98bis VRP vollständig und ungekürzt, das heisst mit CHF 1875 (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Davon ausgehend, dass der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers für die Vertretung im Rekursverfahren bereits CHF 1500 (zuzüglich Mehrwertsteuer) zugesprochen wurden, verbleibt ein Anspruch von CHF 375 (zuzüglich Mehrwertsteuer).

2. Zivilrechtspflege

51

Art. 13 und Art. 261 ZPO (SR 272); Art. 17 Abs. 1 Bst. a EG-ZPO (sGS 961.2). Vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines gleichzeitig anhängig gemachten Hauptverfahrens sind – ausser im Falle der abweichenden örtlichen Zuständigkeit bei Anrufung des Gerichts am Ort der Vollstreckung der Massnahme – durch den Verfahrensleiter (und nicht durch den Einzelrichter) zu entscheiden. Diesem ist verwehrt, mit der Begründung der Nichtzuständigkeit des Kollegialgerichts im Hauptverfahren auf das Massnahmegesuch nicht einzutreten (E. III.1.b).

Kantonsgericht, Einzelrichter im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 9. September 2014

Aus den Erwägungen:

III.

1.b) […]

Nicht gefolgt werden kann sodann der Argumentation, auf das Massnahmegesuch sei deshalb nicht einzutreten, weil das Kreisgericht für die Beurteilung der in der Klage geltend gemachten […] Ansprüche nicht zuständig sei. Ist – wie hier – beim Kreisgericht als Kollegialbehörde eine Klage eingereicht worden, so steht der Entscheid über die Zuständigkeit in der Hauptsache (als Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 Bst. b ZPO) und mithin die Frage, ob auf die Klage eingetreten werden kann oder nicht, allein dem Kreisgericht zu. Dass der Massnahmerichter nicht über die Zuständigkeit in der Hauptsache zu befinden hat, ergibt sich auch aus Art. 263 ZPO i.V.m. Art. 13 und Art. 29 Abs. 1 Bst. a ZPO (dingliche Klagen im Sinne dieser Bestimmung sind auch Abwehrklagen aus Nachbarrecht; BSK ZPO-Tenchio, Art. 29 N11 Al. 5).

Die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen in einem bereits hängigen Verfahren wie hier ist abschliessend in Art. 17 Abs. 1 Bst. a EG-ZPO geregelt, wonach der Verfahrensleiter darüber zu entscheiden hat. Dieser aber darf – weil das Kreisgericht oder in einem folgenden Rechtsmittelverfahren übergeordnete Gerichtsinstanzen die Zuständigkeit auch anders beurteilen können – das Gesuch nicht schon mangels Zuständigkeit des Gerichts ablehnen, es sei denn im Rahmen einer negativen Hauptsachenprognose bei der Prüfung des Begehrens nach Massgabe von Art. 261 ZPO, was jedoch Eintreten voraussetzt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Vorderrichter in casu nicht – wie von Art. 17 Abs. 1 Bst. a EG-ZPO vorgesehen – als Verfahrensleiter im Hauptverfahren (vgl. dazu auch Ziff. II.3 der Weisung des Kantonsgerichts betreffend Aktenführung und Aktenordnung vom 9. Dezember 2010), sondern formell unzutreffenderweise als Einzelrichter in einem separaten Summarverfahren gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a EG-ZPO, welches als selb-

ständiges Verfahren für vorsorgliche Massnahmen nur bei Zuständigkeiten nach Art. 13 Bst. b ZPO zum Tragen kommt, entschieden hat.

Von einer Rückweisung der Streitsache zur nochmaligen Beurteilung an die Vorinstanz, wie von den Gesuchstellern eventualiter beantragt wird, ist jedoch abzusehen, da die Rechtsmittelinstanz bei einer Berufung, im Gegensatz zur Beschwerde, sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (Art. 310 ZPO).

52

Art. 52, Art. 128, Art. 206 Abs. 2 und Art. 320 Bst. a ZPO (SR 272). Voraussetzungen, unter denen einer Partei bei Nichtteilnahme an der Schlichtungsverhandlung eine Ordnungsbusse auferlegt werden kann.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 29. August 2014

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 128 ZPO wird, wer im Verfahren vor Gericht den Anstand verletzt oder den Geschäftsgang stört, mit einem Verweis oder einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 1000.– bestraft (Abs. 1 Satz 1); bei bös- oder mutwilliger Prozessführung können die Parteien und ihre Vertretungen mit einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 2000.– und bei Wiederholung bis zu Fr. 5000.– bestraft werden (Abs. 3).

a) (…)

b/aa) Die Schlichtungsbehörde versucht in formloser Verhandlung, die Parteien zu versöhnen, wobei auch ausserhalb des Verfahrens liegende Streitfragen einbezogen werden können (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Die Parteien, und zwar auch juristische Personen (vgl. BGE 140 III 70 E. 4.3 und 4.4), müssen (deshalb) persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen, wobei sie sich von einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen können (Art. 204 Abs. 1 und 2 ZPO). Nimmt eine Partei aufgrund des Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 204 Abs. 3 Bst. a-c ZPO nicht an der Schlichtungsverhandlung teil, hat sie sich vertreten zu lassen; tut sie das nicht, gilt sie i. S. v. Art. 206 ZPO als säumig (Honegger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 204 N 6). Die Gegenpartei und die Schlichtungsbehörde sind über die Vertretung vorgängig zu informieren (Art. 204 Abs. 4 ZPO; vgl. Honegger, ZPO Komm., Art. 204 N 16). Sinn und Zweck der Pflicht zum persönlichen Erscheinen bestehen darin, ein persönliches Gespräch zwischen den Parteien vor der allfälligen Klageeinreichung zu ermöglichen (BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 71 f.).

bb) Vorliegend macht der Beklagte nicht geltend, dass ein Ausnahmetatbestand vorgelegen habe; er stellt auch nicht in Abrede, dass er persönlich hätte zur

Schlichtungsverhandlung erscheinen sollen. Dass er als beklagte Partei säumig war, ist demnach unbestritten. Nach Art. 206 Abs. 2 ZPO verfährt die Schlichtungsstelle in einem solchen Fall, wie wenn keine Einigung zustande gekommen wäre. Es steht im Einzelfall dabei im Ermessen der Schlichtungsbehörde, ob sie die Klagebewilligung erteilt (Art. 209 ZPO), einen Urteilsvorschlag (bis zu einem Streitwert von Fr. 5000.–) unterbreitet (Art. 210 ZPO) oder – auf Antrag der klagenden Partei – (bis zu einem Streitwert von Fr. 2000.–) entscheidet (Art. 212 ZPO; vgl. Honegger, ZPO Komm., Art. 206 N 6; BSK ZPO-Infanger, Art. 206 N 13; Alvarez/Peter, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 206 ZPO). Die Regelung von Art. 206 ZPO ermöglicht es, das Verfahren auch ohne Mitwirkung einer oder beider Parteien zum Abschluss zu bringen (BK-Alvarez/Peter, N 6 zu Art. 206 ZPO). An die Säumnis der beklagten Partei sind – vom Wortlaut der Bestimmung her betrachtet – keine weiteren als die in Art. 206 Abs. 2 (und Abs. 3 bei Säumnis beider Parteien) ZPO vorgesehenen Sanktionen geknüpft. In der Lehre wird dazu überwiegend die Auffassung vertreten, dass Art. 206 ZPO die Säumnisfolgen abschliessend regle und die Säumnis einer Partei nicht mit einer Ordnungsbusse geahndet werden dürfe (Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., S. 368 N 24; Wyss, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 206 N 1; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 128 N 5; differenzierend BSK ZPO-Infanger, Art. 206 N 16, der zwar erklärt, dass die Säumnis der Beklagtschaft nicht an weitere Sanktionen geknüpft sei, gleichwohl aber dafürhält, dass der Verfahrensdisziplin mit Ordnungsbussen zum Durchbruch zu verhelfen sei). Die in der Lehre (mehrheitlich) vertretene Auffassung stimmt mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts überein, wonach Art. 204 und Art. 206 ZPO das Erscheinen vor der Schlichtungsstelle und die Folgen der Säumnis – auch für die Verfahren vor der Schlichtungsstelle für Miet- und Pachtsachen – abschliessend regeln würden (BGer 4C_1/2013 E. 4.3; in diesem Sinn auch Entscheid Tribunal Cantonal VD vom 19.07.2011 [HC/2011/395], E. 1b: Der Beklagte erleide durch seine Abwesenheit an der Schlichtungsverhandlung keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, da mit der Säumnis nach Art. 206 Abs. 2 ZPO keine Sanktion verbunden sei, weshalb er gegen die Klagebewilligung denn auch nicht Beschwerde führen könne).

Nichts anderes ergibt sich aus der Regelung der Säumnis. Allgemein wird sie in Art. 147 Abs. 1 ZPO umschrieben als nicht fristgerechte Vornahme einer Prozesshandlung oder Nichterscheinen zu einem Termin (vgl. Wyss, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 206 N 1). Art. 147 Abs. 2 ZPO sodann bestimmt, dass das Verfahren – ausser das Gesetz sehe etwas anderes vor – ohne die versäumte Handlung fortgeführt werde. Diese Säumnisfolgen sind zwingender Natur (BSK ZPO-Gozzi, Art. 147 N 8). Entsprechend ist davon auszugehen, dass auch die in Art. 206 ZPO vorgesehenen Säumnisfolgen zwingend und abschliessend sind, mit der Konsequenz, dass wie bei anderen versäumten (Gerichts-)Terminen auch die Schlichtungsverhandlung ohne die säumige Partei durch- und das Verfahren fortgeführt wird und keine über Art. 206 ZPO hinausgehenden besonderen Rechtsfolgen ein-

treten (A. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 147 N 9). Daran ändert das Schlichtungsobligatorium grundsätzlich nichts; die ZPO sieht bei Säumnis einer oder beider Parteien keine Ordnungsbusse, sondern lediglich die in Art. 206 ZPO bestimmten prozessualen Nachteile vor, was der Beteiligung der Parteien an der Schlichtungsverhandlung den Charakter einer Erscheinungsobliegenheit verleiht.

cc) Mit diesen Überlegungen ist die Zulässigkeit der Ausfällung einer Ordnungsbusse für den Fall der Säumnis im Sinn der blossen Nichtteilnahme an einer Schlichtungsverhandlung grundsätzlich zu verneinen. Nicht ausgeschlossen ist eine solche Busse aber, wenn zusätzliche Umstände hinzukommen. Darauf ist im Folgenden (Bst. c hiernach) einzugehen.

c/aa) Zu Recht unbestritten ist, dass eine Schlichtungsbehörde unabhängig davon, ob sie nach der kantonalen Behördenorganisation ein «Gericht» ist oder nicht, genauso so, wie sie über Wiederherstellungsgesuche in Anwendung von Art. 148 f. ZPO zu entscheiden hat (BGer 4A_137/2013 E. 3 [nicht publ. in BGE 139 III 479]) oder eine Sistierung des Schlichtungsverfahrens verfügen kann (BGE 138 III 705 E. 2.3), befugt ist, eine Ordnungsbusse nach Art. 128 ZPO auszufällen (vgl. BGer 4A_332/2012 E. A [Sachverhalt]). Insofern wird die ausgefällte Ordnungsbusse vom Beklagten zu Recht nicht beanstandet.

(…)

cc) Die eingangs zitierten Art. 128 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO sollen ergänzend zu Art. 52 ZPO, wonach alle am Verfahren Beteiligten nach Treu und Glauben zu handeln haben, dafür sorgen, dass das gerichtliche Verfahren unter Wahrung des von allen Beteiligten zu erwartenden Anstandes und störungsfrei durchgeführt werden kann (BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 128 N 1). Bei Art. 128 Abs. 1 ZPO geht es dabei in erster Linie um das (sitzungspolizeiliche) Einschreiten des Gerichts bei Störung des ordnungsgemässen Gangs des Verfahrens oder bei Verletzung des gebotenen Anstandes während, aber auch unmittelbar vor oder nach einer Verhandlung, oder im Rahmen eines schriftlichen Verfahrens (BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 128 N 5, 7 und 18; BGer 6B_962/2008 E. 3 [nicht publ. in BGE 135 I 313] in einem Fall, in dem die als Auskunftsperson vorgeladene Person den Gerichtssaal verliess). Unter den – im Einzelfall nicht von demjenigen der Verletzung des Anstands bzw. der Störung des Geschäftsgangs zu unterscheidenden – Tatbestand der bös- oder mutwilligen Prozessführung gemäss Art. 128 Abs. 3 ZPO (zum fliessenden Übergang der beiden Tatbestände vgl. BK-Frei, N 7 zu Art. 128 ZPO) können verschiedenartige Sachverhalte fallen, so etwa, wenn in leichtfertiger Weise unrichtige Tatsachen behauptet werden (BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 128 N 19; BK-Frei, N 22, 2. Lemma, zu Art. 128 ZPO, mit Hinweisen), Ziele verfolgt werden, die mit dem Verfahren nicht das Geringste zu tun haben (BGE 115 III 18 E. 3b), wenn eine Partei im vorprozessualen Stadium eine ihr obliegende Mitwirkungs- oder Unterlassungspflicht verletzt (BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 128 N 21 mit Hinweis auf BGE 124 V 285 E. 4b; BK-Frei, N 22, erstes und letztes Lem-

ma, zu Art. 128 ZPO) und insbesondere auch bei einem venire contra factum proprium (BK-Frei, N 22, 6. Lemma, zu Art. 128 ZPO, mit Hinweis auf ZR 84 Nr. 25).

Es folgen Ausführungen dazu, dass sich der Beklagte, ein Rechtsanwalt, mit der erst unmittelbar vor der hinsichtlich des Termins abgesprochenen Schlichtungsverhandlung erfolgten Mitteilung, er werde an der Verhandlung nicht teilnehmen, weil er sich weder vor der Schlichtungsstelle noch vor dem Kreisgericht «auf die […] rechthaberischen Ansinnen des Klägers […] einlassen» werde, i. S. v. Art. 128 ZPO ordnungswidrig verhalten habe. Dies umso mehr, als er mit seiner Begründung der Schlichtungsstelle die Kompetenz abgesprochen habe, auch bei «schwierigen» Kunden auf eine einvernehmliche Lösung hinwirken zu können, gleichzeitig aber von ihr erwartet habe, dass sie sich mit seiner substantiierten schriftlichen Stellungnahme auseinandersetzen würde. Die von der Schlichtungsstelle verhängte Ordnungsbusse von Fr. 200.– sei daher nicht zu beanstanden.

53

Art. 98 und Art. 212 ZPO (SR 272). Art. 98 ZPO bildet keine Grundlage für die Erhebung eines Vorschusses für die Kosten der Begründung eines im Dispositiv eröffneten Entscheids bei der beklagten Partei, und es besteht auch keine andere gesetzliche Grundlage dafür. Die Einholung eines solchen Kostenvorschusses durch die Vermittlerin mit Verweis auf die Säumnisfolgen gemäss Art. 206 ZPO für den Fall der Nichtleistung ist nicht zulässig.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 2. Dezember 2014

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 98 ZPO kann das Gericht – und mithin auch die Schlichtungsstelle (vgl. Dolge/Infanger, Schlichtungsverfahren, S. 69 ff.) – von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Zu den Gerichtskosten gehört dabei im Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren gemäss Art. 95 Abs. 2 Bst. a ZPO in erster Linie die Pauschale für das Schlichtungsverfahren. Ob an ihre Stelle dann, wenn, wie hier, die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 212 ZPO entscheidet, die Pauschale für den Entscheid (Entscheidgebühr; Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO) tritt oder ob es sich nach wie vor um eine Pauschale für das Schlichtungsverfahren handelt, ist dabei hier ohne Bedeutung. Entscheidend ist, dass sowohl die Pauschale für das Schlichtungsverfahren als auch diejenige für den Entscheid grundsätzlich alle gerichtlichen Leistungen einschliesslich Aktenstudium, Zustellungen, Notifikationen, Ausfertigungen usw. abdeckt (BK-

Sterchi, N 8 zu Art. 95 ZPO) und die Vorschusspflicht auch im Entscheidverfahren vor der Schlichtungsbehörde die klagende Partei trifft, wobei offen bleiben kann, ob bzw. in welchem Umfang im Entscheidverfahren der (zusätzliche) Vorschuss von der Schlichtungsbehörde bei der klagenden Partei erhoben werden kann (vgl. zu dieser Problematik auch Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 98 N 12). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 29. Oktober 2014 bildet Art. 98 ZPO daher keine Grundlage für die Erhebung eines Vorschusses für die Kosten der Begründung eines im Dispositiv eröffneten Entscheids bei der beklagten Partei und bleibt zu prüfen, ob eine andere Rechtsgrundlage für eine solche Vorschusserhebung besteht. Unbestritten ist dabei vorab, dass die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Entscheidfall gemäss Art. 212 ZPO höher sein können als dann, wenn der Schlichtungsbehörde lediglich (aber immerhin) der Versöhnungsversuch gemäss Art. 201 Abs. 1 ZPO obliegt (vgl. Dolge/Infanger, a. a. O., S. 69, und Art. 8 Ziff. 2 im Vergleich zu Ziff. 1 GKV). Klar ist sodann, dass die Schlichtungsbehörde dann eine höhere Gebühr verlangen kann, wenn sie den Entscheid zu begründen hat; auch für sie gilt im Fall des Entscheids Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GKV, wonach der Ansatz für den nicht begründeten Entscheid 1/3 tiefer ist als beim begründeten Entscheid. Beides ändert aber nichts daran, dass es in Bezug auf den Vorschuss für die (mutmasslichen) Kosten des Schlichtungsverfahrens bei der Vorschusspflicht der klagenden Partei bleibt. Ungeachtet dessen, ob die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Entscheidfall unter Art. 95 Abs. 2 Bst. a oder b ZPO subsumiert werden, enthält weder die ZPO noch – sofern dies überhaupt zulässig wäre – die gestützt darauf erlassene GKV eine Rechtsgrundlage für eine Vorschusspflicht der beklagten Partei. Die Vorschussverfügung des Vermittleramtes A. vom 29. Oktober 2014 ist daher aufzuheben.

54

Art. 117 und Art. 119 ZPO (SR 272). Korrespondiert das geltend gemachte Einkommen in nicht nachvollziehbarer Weise nicht mit dem tatsächlichen Lebensstandard, dann kann das Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 18. November 2014

Aus den Erwägungen:

3. a) 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 so weit möglich mit Urkunden zu belegen hat (Art. 119 Abs. 2 ZPO; Emmel, ZPO Komm., Art. 119 N 6 und N 13; BSK ZPO-Rüegg, Art. 119 N 3; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 119 N 10; Bühler, Berner Kommentar, 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. 3a; Emmel, ZPO Komm., Art. 119 N 6, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 119 N 10; BK-Bühler, N 90 zu Art. 119 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. 4a, 120 Ia 179 E. 3a; Emmel, ZPO Komm., Art. 119 N 7; BSK ZPO-Rüegg, Art. 119 N 3; BK-Bühler, N 104 f. zu Art. 119 ZPO).

b) Im vorinstanzlichen Verfahren reichten die Beklagten zusammen mit dem Gesuch am 23. Juni 2014 Unterlagen ein, aus denen sich ergab, dass sich ihr Einkommen insgesamt auf rund Fr. 4000.– (AHV-Renten von Fr. 768.– bzw. Fr. 1163.–; Ergänzungsleistungen exkl. Prämienpauschale Krankenversicherung Fr. 1689.–; Alterspensionen Österreich € 75.20 bzw. € 254.21) beläuft. Diesem Einkommen standen gemäss den Angaben im Gesuchsformular fixe Aufwendungen von rund Fr. 6470.– (Mietzins Fr. 4800.–, Krankenkassenprämien Fr. 670.10, Schuldzinsen Fr. 1000.–) gegenüber. Ausserdem deklarierten die Beklagten einen BMW X1, Jahrgang 2010 (ohne Wertangabe), für welchen sie einen Leasingzins von Fr. 701.70 zu bezahlen hätten (…). Auf Aufforderung vom 16. September 2014 (…) hin ergänzten die Beklagten ihre Angaben (…) dahingehend, dass sie für die Miete Unterstützung erhielten (…); sobald diese wegfalle, müssten sie ausziehen, sie hätten sich denn auch bereits für eine billigere Wohnung angemeldet (…).

Letzteres blieb erstinstanzlich ebenso unbelegt wie die behauptete Unterstützung (…). Dem zugestandenen Einkommen von rund Fr. 4000.– standen damit – unter Vernachlässigung des täglichen Bedarfs (betreibungsrechtlicher Grundbetrag für ein Ehepaar ohne Zuschlag Fr. 1780.–) und der üblichen Privatversicherungsprämien für eine Haftpflicht-/Hausratversicherung (Annahme Fr. 100.–) – Fixkosten von über Fr. 7100.– gegenüber. Wenn der Vorderrichter vor diesem Hintergrund dafür hielt, dass die Beklagten nicht in der Lage seien, ihren gelebten Lebensstandard mit den von ihnen offengelegten Einkünfte zu bestreiten, es unterlassen hätten, vollständige und nachprüfbare Angaben zu ihrer finanziellen Gesamtsituation zu machen, und insofern ihre Mitwirkungspflicht verletzt hätten (…), so ist das nicht zu beanstanden. Ein Lebensstandard auf der Basis von ca. Fr. 9000.– korrespon-

diert offensichtlich nicht mit einem behaupteten Einkommen von ca. Fr. 4000.–. Insofern erfolgte die Abweisung der Gesuche daher zu Recht, und es bleibt zu prüfen, was die Beklagten dagegen in der Beschwerde vorbringen. Sie machen geltend, es sei A. A. vom Vorderrichter im Telefongespräch vorgeworfen worden, dass sie eine teure Mietwohnung mit zwei Parkplätzen hätten. Der Mietvertrag habe allerdings eine feste Laufzeit, und sie könnten nicht einfach aussteigen. Sie hätten versucht, den zweiten Parkplatz zu vermieten, aber ohne Erfolg, da noch vier andere Parkplätze frei gewesen seien. Die Wohnung hätten sie per 31. Januar 2015 gekündigt, und sie hätten eine andere Wohnung gefunden, die monatlich Fr. 1800.– billiger sei (…).

Soweit die Beklagten in diesen Vorbringen neue (im Übrigen wiederum nicht belegte) Tatsachenbehauptungen – so betreffend die Kündigung der Wohnung, bei welcher der monatliche Mietzins Fr. 3000.– betrage, die Bemühungen um die Vermietung eines Parkplatzes und den Einwand, A. A. habe drei Operationen gehabt und sei auf ein Fahrzeug angewiesen (diese Behauptung ist im Übrigen allgemein und damit nicht überprüfbar gehalten) – aufstellen, sind sie aufgrund des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO) von vornherein nicht zu hören. Die Einwendungen sind deshalb nicht geeignet, eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz und/oder eine unrichtige Rechtsanwendung zu begründen. Sie sind es aber auch inhaltlich nicht, zumal sie die von der Vorinstanz angenommene Diskrepanz zwischen der Lebenshaltung und dem zugestandenen Einkommen nicht zu erklären vermögen. Auch unter diesem Gesichtspunkt besteht daher kein Anlass, von der vorinstanzlichen Feststellung, die Beklagten hätten ihre Mitwirkungspflicht verletzt, abzuweichen. Die Vorinstanz hat das Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege demnach schon wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht im Zusammenhang mit der Offenlegung der Einkommensverhältnisse zu Recht abgewiesen.

55

Art. 117 und 153 ZPO (SR 272); Art. 142 OR (SR 220). Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes im Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege: Amtswegige Sachverhaltsermittlung, keine Berücksichtigung der Einrede der Verjährung von Amtes wegen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 12. Mai 2014

In einem Verfahren betreffend Mietzinsforderungen aus den 90er-Jahren beschränkte sich das Kreisgericht bei der Beurteilung des Begehrens um Bewilligung

der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Prüfung der Voraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit und verneinte diese – unter anderem – mit der Begründung, die Forderungen dürften «offensichtlich verjährt sein».

Aus den Erwägungen:

b/aa) Das Verfahren der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist vom Untersuchungsgrundsatz geprägt, aus dem folgt, dass das Gericht – vorbehaltlich der Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei und ergänzt durch die richterliche Fragepflicht – die erheblichen, zulässigen und tauglichen Beweise von Amtes wegen abnimmt (Art. 153 Abs. 1 ZPO); Grund hierfür bildet unter anderem der Umstand, dass die unentgeltliche Rechtspflege auch die öffentlichen Finanzen betrifft und mithin das öffentliche Interesse die amtswegige Sachverhaltsermittlung gebietet (Bühler, Berner Kommentar, N 35 ff. zu Art. 119 ZPO, mit Hinweisen). Was in diesem Zusammenhang das Beweismass betrifft, so genügt die Glaubhaftmachung, und zwar nicht nur in Bezug auf die Voraussetzung der Mittellosigkeit, sondern auch hinsichtlich des Tatsachenfundaments, welches der Beurteilung der Erfolgsaussichten des Begehrens in der Hauptsache zugrunde zu legen ist (hinsichtlich der sich im Hauptverfahren stellenden Rechtsfragen gilt hingegen – wie üblich – der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen [vgl. Art. 57 ZPO], der die gesuchstellende Partei von diesbezüglichen Ausführungen entbindet; vgl. Bühler, Berner Kommentar, N 41 zu Art. 119 ZPO, mit Hinweisen, und Emmel, ZPO Komm., Art. 119 N 8). Glaubhaftmachung wiederum kann nur dann angenommen werden, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit einer mehr oder weniger glaubwürdigen Darstellung der gesuchstellenden Partei spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit der Unrichtigkeit rechnet (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 9.166, unter Hinweis auf BGE 130 III 321 E. 3.3; vgl. auch die Kasuistik bei Bühler, Berner Kommentar, N 240 zu Art. 117 ZPO, nach welcher die Aussichtslosigkeit – unter anderem – nur bei klarerweise eingetretener Verjährung und bei offensichtlich fehlender Aktiv- oder Passivlegitimation bejaht wird).

Für die Beurteilung der Voraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit schliesslich sind an sich die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege massgeblich (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 sowie Bühler, Berner Kommentar, N 53 zu Art. 119 ZPO, je mit weiteren Hinweisen). Dieser Grundsatz erfährt allerdings in zweifacher Hinsicht eine Relativierung: Zum einen bleibt die aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes nach Einreichung des Gesuchs von Amtes wegen durchgeführte Sachverhaltsermittlung vorbehalten. Zum andern kann sich die tatsächliche Ausgangslage auch dann ändern, wenn die Gegenpartei im Hauptverfahren vor dem Entscheid über das Gesuch angehört wird, sei es, weil sie bereits ein Begehren um Sicherstellung ihrer Parteikosten gestellt hat oder ein solches zu erwarten ist, sei es, weil sie namentlich im Hinblick auf die Abklärung der Erfolgsaussichten des Begehrens fakultativ zur Stellungnahme ein-

geladen wird (vgl. Art. 119 Abs. 3 ZPO und Emmel, ZPO Komm., Art. 119 N 13, mit Hinweisen); in diesen Fällen muss, will man die Anhörung nicht zur Farce werden lassen, auf die Verhältnisse beim Entscheid über das Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abgestellt werden können.

bb) Prüft man die Voraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit des Klagebegehrens vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Überlegungen, fällt Folgendes in Betracht:

(…)

ccc) Gemäss Art. 142 OR darf der Richter die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen. Dies muss auch in einem Verfahren betreffend die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gelten: Solange die Einrede der Verjährung nicht erhoben ist, muss der Richter von einer gegen den Willen des Schuldners durchsetzbaren Forderung ausgehen. Die Vorinstanz hätte die Aussichtslosigkeit der Klage demnach nicht mit der Verjährung der Forderung begründen dürfen. Nichts hätte sie hingegen daran gehindert, gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz und insbesondere dem ihm auch zugrunde liegenden Zweck des Schutzes der öffentlichen Finanzen abzuklären, ob die Beklagten die Einrede der Verjährung erheben würden und wie es sich mit deren Begründetheit in tatsächlicher Hinsicht verhält.

c) Gestützt auf diese Überlegungen sind die angefochtenen Entscheide aufzuheben und die Angelegenheit ist zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 Bst. a ZPO).

56

Art. 117 ff., Art. 310 und Art. 311 Abs. 1 ZPO (SR 272). Unentgeltliche Prozessführung. Ein vor Rechtshängigkeit der in Aussicht genommenen Berufung eingereichtes Gesuch um unentgeltliche Prozessführung, das keinerlei Angaben zu den Berufungsgründen, welche in der Sache gemacht werden wollen, enthält und sich mit den Entscheidgründen des anzufechtenden Entscheids mit keinem Wort auseinandersetzt, ist abzuweisen.

Kantonsgericht, Vizepräsident der I. Zivilkammer, 20. November 2014

Aus den Erwägungen:

III.

1. Ersucht eine Partei um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für ein Rechtsmittelverfahren, bevor sie das Rechtsmittel einreicht und damit bekannt gibt, was sie rügen will, ist bei der Beurteilung der Prozessaussichten – abwei-

chende oder ergänzende Ausführungen im Gesuch vorbehalten – vom erstinstanzlichen Prozessstoff auszugehen, sowie davon, dass der Gesuchsteller im Rechtsmittelverfahren die erstinstanzlichen Anträge zu erneuern und diese mit den selben Argumenten wie vor erster Instanz zu begründen gedenkt.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), d. h. sie muss sich zumindest in gedrängter Form mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinandersetzen und soll darlegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch sein und abgeändert werden soll. Soweit das vorinstanzliche Gericht sich in den Entscheidgründen mit den Vorbringen der Parteien auseinandersetzte, genügen pauschale Verweise auf die vorinstanzlichen Rechtsschriften der Begründungspflicht nicht. Es ist nicht Sache des Gerichts, die Akten und Rechtsschriften auf Differenzen zwischen den Ausführungen der Parteien und der Vorinstanz zu untersuchen, vielmehr obliegt den Berufungsklägern, mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, welche Behauptungen, Bestreitungen, Rügen oder Einwendungen in jenem Verfahren erhoben worden waren. Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung; fehlt sie, so tritt das obere kantonale Gericht auf die Berufung nicht ein (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_651/2011; 5A_438/2012; vgl. auch Reetz, ZPO-Komm., N 36 und 38 zu Art. 311 ZPO und ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 92).

3. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

Was letztere Voraussetzung betrifft, so ist es nicht Sache der über die unentgeltliche Rechtspflege für eine in Aussicht genommene Berufung zuständigen Rechtsmittelinstanz, nach Studium der Akten des erstinstanzlichen Verfahrens Erörterungen darüber anzustellen, wie und mit welchen Erfolgsaussichten eine vor erster Instanz vollumfänglich unterlegene Partei in einem potentiellen Berufungsverfahren unrichtige Rechtsanwendung und/oder unrichtige Sachverhaltsdarstellung geltend machen könnte und dem Gesuchsteller damit gegebenenfalls noch Anhaltspunkte zur späteren Begründung der Berufung zu liefern; dies umso weniger, als die anwaltschaftlichen Bemühungen im Zusammenhang mit einer gleichzeitig eingereichten Rechtsschrift eingeschlossen sind (Köchli, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 119 N 10 mit Hinweis auf BGE 122 I 203. E. 2.c) und bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen von Art. 117 ZPO die unentgeltliche Rechtspflege auch für die Ausarbeitung der Berufungsschrift bewilligt wird.

4. Das vorliegende Gesuch setzt sich mit dem anzufechtenden, eingehend und sorgfältig begründeten erstinstanzlichen Entscheid mit keinem Wort auseinander. Eine blosse, wenn allenfalls auch ausführliche, schlichte Wiederholung der vor Kreisgericht vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Argumente – wovon, wie

vorne ausgeführt, auszugehen ist – genügt den Erfordernissen an die Begründung einer Berufung nicht, wäre doch schlechterdings nicht auszumachen, aus welchen Gründen der Entscheid des Kreisgerichts nach Auffassung der Klägerin falsch sein und daher abgeändert werden soll. Auf die Berufung könnte nicht eingetreten werden.

5. Damit erscheint eine solche Berufung als aussichtslos, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

57

Art. 126 Abs. 1 ZPO (SR 272). Sistierung des Verfahrens wegen eines anderweitig hängigen Prozesses, der keine identische Klage betrifft: Es ist im Einzelfall genau und kritisch zu prüfen, wie eng der Sachzusammenhang zwischen den beiden Verfahren wirklich ist und ob das Ergebnis des anderen Verfahrens effektiv eine entscheidende präjudizielle Wirkung auf das zu sistierende Verfahren hat. Dabei genügt es in der Regel nicht, wenn bloss die Klärung einzelner Rechts- oder Beweisfragen zu erwarten ist.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Obligationenrecht, 2. Juli 2014

Aus den Erwägungen:

II/1. Gemäss Art. 126 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit es verlangt; gemäss Satz 2 dieser Bestimmung kann es eine Sistierung namentlich dann anordnen, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Eine Sistierung mit Blick auf ein anderes Verfahren kommt nicht nur in Frage, wenn dieses eine identische Klage zwischen den gleichen Parteien betrifft (s. zu den Beurteilungskriterien für die Klageidentität: BGE 139 III 126 E. 3.2.3 und BGer 4A_568/2013 E. 2.2, je m. w. H.); sie kann etwa auch zur Vermeidung inkohärenter Entscheide oder deshalb erfolgen, weil eine bedeutende Vereinfachung des zu sistierenden Verfahrens erwartet werden kann (Botschaft ZPO, S. 7305; Affentranger, Stämpflis Handkommentar, N 2 zu Art. 126 ZPO; Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 3 zu Art. 126 ZPO; Frei, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 26 ZPO; Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, N 4 zu Art. 126 ZPO; BSK-Gschwend/Bornatico, N 11 zu Art. 126 ZPO). Da eine Sistierung regelmässig zu einer Verfahrensverzögerung führt, darf sie im Lichte des in Art. 124 Abs. 1 ZPO statuierten Beschleunigungsgebots indessen nicht leichthin angeordnet werden; sie sollte die Ausnahme bilden, einem echten Bedürfnis entsprechen und nur dann erfolgen, wenn triftige objektive Gründe vorliegen, welche die Fortsetzung des Verfahrens verunmöglichen oder als offenkun-

dig unzweckmässig erscheinen lassen (Jenny, in: Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, N 2 und N 6 zu Art. 126 ZPO; Staehelin, ZPO Komm., N 4 zu Art. 126 ZPO; BK-Frei, N1 zu Art. 126 ZPO; KUKO ZPO-Weber, N 2 zu Art. 126 ZPO; Affentranger, Stämpflis Handkommentar, N 2 zu Art. 126 ZPO; Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, N1 zu Art. 126 ZPO; ZR 113 [2014] Nr. 30 E. 2.3). Die Anforderungen an die Abhängigkeit von der Entscheidung in einem anderen Verfahren sind dementsprechend hoch (Jenny, in: Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, N 6 zu Art. 126 ZPO); im Einzelfall ist genau und kritisch zu prüfen, wie eng der Sachzusammenhang zwischen den beiden Verfahren wirklich ist und ob das Ergebnis des anderen Verfahrens effektiv eine entscheidende präjudizielle Wirkung auf das zu sistierende Verfahren hat (vgl. BK-Frei, N 4 zu Art. 126 ZPO). Dabei wird regelmässig auch von Belang sein, ob dem abzuwartenden Entscheid – zumindest faktisch – bindende Wirkung zukommen wird oder nicht (vgl. dazu auch BSK-Gschwend/Bornatico, N15 zu Art. 126 ZPO). Nicht angezeigt ist eine Sistierung in aller Regel dann, wenn bloss die Klärung einzelner Rechts- oder Beweisfragen erwartet werden kann (KUKO ZPO-Weber, N7 zu Art. 126 ZPO, mit Verweisen). Ebenso, wenn dem vermeintlichen Sistierungsgrund durch andere, weniger weitreichende Massnahmen begegnet werden kann (vgl. BK-Frei, N 5 [«Sistierung als ultima ratio»] und N 6 zu Art. 126 ZPO).

2. Vorliegend fällt in Betracht, dass das derzeit beim Gericht X im Kanton Y in zweiter Instanz hängige, eine Forderung im Gesamtbetrag von Fr. 4598.90 betreffende Verfahren – dessen Ausgang die Vorinstanz mit der umstrittenen Sistierung abwarten will – zwar das gleiche Rechtsverhältnis wie das vorliegende Verfahren, im Umfang von Fr. 4202.90 und damit zur Hauptsache aber einen anderen Anspruch daraus betrifft, nämlich eine Ersatzforderung des Beklagten für den Schaden, der ihm aus schlechter Wartung des Schwimmbads beim Ferienhaus Z durch die Kläger entstanden sein soll (womit kein Anwendungsfall von Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO vorliegt, demnach offenbleiben kann, welcher Prozess zuerst anhängig gemacht wurde, und sich nähere Erörterung zu den einschlägigen Parteivorbringen erübrigen). Insoweit fehlt es nicht nur an einer – von der Vorinstanz zu Unrecht angenommenen – Klageidentität, sondern auch an einem anderweitigen hinreichenden Sachzusammenhang, der die Sistierung des bei der Vorinstanz hängigen Verfahrens – welches wie dargelegt eine Klage auf Lohnzahlung sowie Erstellung von AHV-Abrechnungen, Einzahlung von AHV-Beiträgen und Ausstellung einer Arbeitsbestätigung betrifft – rechtfertigen würde. Daran ändert entgegen der Ansicht des Beklagten auch der Umstand nichts, dass in beiden Verfahren vorab das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu qualifizieren und dabei namentlich zu prüfen ist, ob dieses – wie die Kläger geltend machen – allenfalls den Bestimmungen über den Arbeitsvertrag untersteht; darüber wird der Vorrichter selbständig zu befinden haben – und zwar aufgrund jener Parteivorbringen und Beweismittel, die im bei ihm hängigen Prozess vorgetragen bzw. eingereicht/angerufen wurden –, ohne dass er dabei an die Auffassung der Gerichte des Kantons Y gebunden wäre. Dies gilt umso mehr, als Letztere möglicherweise aufgrund einer anderen Aktenlage

entscheiden werden. Beizufügen bleibt, dass der vorliegende Fall zwar insoweit einen gewissen Berührungspunkt zum von den Gerichten des Kantons Y zu beurteilenden Sachverhalt aufweist, als – immer nach den Ausführungen in der Klageschrift zu schliessen – im Hinblick auf den eingeklagten Lohnanspruch von Fr. 2880.– wegen verweigerter Annahme der Arbeitsleistung offenbar zur Diskussion steht, ob den Klägern im Zusammenhang mit dem Unterhalt des Schwimmbads ein Fehlverhalten anzulasten ist. Auch diese Gemeinsamkeit – die im Übrigen nur eine begrenzte Teilfrage betrifft – rechtfertigt indes eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens nicht (was der Beklagte so denn auch zu Recht nicht geltend macht): Zum einem wäre der Vorrichter (auch) in dieser Hinsicht nicht an die Auffassung der Gerichte des Kantons Y gebunden. Und zum andern stellt sich die vorstehende Frage im hier zu beurteilenden Fall vor einem anderen rechtlichen Hintergrund als im Prozess, der im Kanton Y hängig ist: Vorliegend wird nämlich allenfalls zu prüfen sein, ob aufgrund des Verhaltens der Kläger eine Annahmeverweigerung oder Vertragsauflösung durch den Beklagten begründet war oder nicht, während im Kanton Y ein allfälliges Fehlverhalten der Kläger als Haftungsvoraussetzung zur Debatte steht; dabei muss das Verhalten der Kläger je nachdem, um welchen rechtlichen Aspekt es geht, nicht unbedingt gleich zu beurteilen und zu gewichten sein.

58

Art. 126, Art. 132, Art. 144 Abs. 1 und Art. 147 Abs. 1 i.V.m. Art. 148 und Art. 311 Abs. 1 ZPO (SR 272). Die Berufungsfrist ist eine gesetzliche Frist und kann nicht erstreckt werden. In Frage käme einzig eine Wiederherstellung. Innerhalb der Berufungsfrist ist die vollständige Berufungsbegründung zu erstatten. Keine Nachfrist und keine Aufforderung zur Nachbesserung bei zwar rechtzeitiger Berufung, aber mangelhafter Begründung.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. März 2014

Aus den Erwägungen:

II.

[…]

2. a) Die Berufung ist innert 30 Tagen zu erklären (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes zu Ostern hatte der Kläger die Berufung damit bis zum 7. Mai 2013 bei Gericht einzureichen oder der schweizerischen Post zu übergeben (Art. 143 Abs. 1, Art. 145 Abs. 1 lit. a [dazu Frei, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 145 ZPO], Art. 146 Abs. 1 ZPO). Innert der Rechtsmittelfrist war ins-

besondere auch die Begründung zu erstatten (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 86 zu Art. 311 ZPO).

Rechtzeitig in diesem Sinne ist die Eingabe vom 6. Mai 2013, nicht jedoch die Ergänzung vom 21. Mai 2013.

b) Der Kläger beantragte in der Berufung gestützt auf Art. 148 ZPO, es sei eine Nachfrist für die Nachreichung einer exakteren Begründung anzusetzen, denn die vorinstanzlichen Akten seien aufgrund eines Irrläufers der Post erst am Tage der Berufungserklärung bei seinem Rechtsvertreter eingegangen. […]

c) Die Berufungsfrist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist eine gesetzliche und damit eine grundsätzlich nicht erstreckbare Frist; die Erstreckung durch blosses Parteibegehren ist ausgeschlossen. Denkbar ist lediglich ein Fristenstillstand (Art. 145 ZPO oder bei angeordneter Sistierung, Art. 126 ZPO). Zur Behebung einer bereits versäumten Frist steht einzig das Institut der Wiederherstellung zur Verfügung (Art. 144 Abs. 1 ZPO; BK-Frei, N 16 zu Art. 126 ZPO und N 4 f. zu Art. 144 ZPO; Sterchi, Berner Kommentar, N 8 zu Art. 311 ZPO; CPC-Tappy, N 3 zu Art. 144 ZPO; CPC-Jeandin, N 6 zu Art. 311 ZPO).

Vorliegend konnte eine Fristerstreckung auf Parteiantrag nicht gewährt werden. Die Berufungsfrist war bereits durch den Fristenstillstand über Ostern verlängert worden. Eine Sistierung des Verfahrens war vor Ablauf der Berufungsfrist weder beantragt noch angeordnet worden.

d) Das Gericht kann auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren, wenn diese glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Eine Partei ist säumig, wenn sie u. a. eine Prozesshandlung nicht innert rechtsgültig angesetzter Frist vornimmt (Art. 147 Abs. 1 ZPO). Einzelne Stimmen setzen der nicht vorgenommenen Prozesshandlung eine solche gleich, welche unter einem wesentlichen Mangel leidet, z. B. eine ungenügende Begründung aufweist (BK-Frei, N 1 zu Art. 147 ZPO unter Verweis auf KUKO-Hoffmann-Nowotny, N1 zu Art. 147 ZPO, unter Verweis auf BGE 134 II 244). Diesen Stimmen ist nicht zu folgen; das Bundesgericht verneinte in den allgemeinen Erwägungen des dieser Position zugrundeliegenden Entscheids den Anspruch auf Einräumung einer Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerdebegründung grundsätzlich und unter Verweisung auf deren fehlende Erwähnung in Art. 42 Abs. 5 und 6 BGG (die etwa Art. 132 ZPO entsprechen); die dann doch erfolgte Prüfung des konkreten Einzelfalles führte zu einer Abweisung des Anliegens wegen rechtsmissbräuchlicher Prozessführung (Art. 42 Abs. 7 BGG; BGE 134 II 244 E. 2.4). Im vorliegenden Fall konnte die innert Frist vorzunehmende Rechtshandlung (Einreichung der Berufung) fristgerecht wahrgenommen werden, wenn auch mit gemäss Selbstdeklaration knapper Begründung. Es liegt mit der rechtzeitig eingereichten, jedoch rudimentär begründeten Berufung kein Säumnisfall im Sinne von Art. 148 ZPO vor.

[…]

e) Der Kläger verneint schliesslich selber das Vorliegen einer offensichtlich unzulässigen bzw. unbegründeten Berufung vom 6. Mai 2013. Eine Aufforderung zur

Nachbesserung gestützt auf Art. 132 ZPO kommt hier, wo es um eine Berufung geht, die lediglich minimal begründet ist, nicht in Frage. Ob die (innert Frist erstattete) Begründung den Anforderungen entspricht, ist eine Eintretensfrage; es wird einhellig abgelehnt, ihre Verbesserung durch Ansetzen einer Nachbesserungsfrist zu ermöglichen, also faktisch die Begründungsfrist als Folge ungenügender Begründung verlängern zu lassen. Aufforderungen zur Nachbesserung sind nur zulässig, wenn die Verbesserung innert der ursprünglichen Rechtsmittelfrist möglich ist und vorgenommen wird (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 33 und 86 zu Art. 311 ZPO; BK-Sterchi, N 21 zu Art. 311 ZPO; Reetz/Theiler, ZPO-Komm., N12 zu Art. 311 ZPO; CPC-Jeandin, N 5 zu Art. 311 ZPO; Hungerbühler, Dike-Komm.-ZPO, N 30 und 41 f. zu Art. 311 ZPO). Die III. Zivilkammer nimmt praxisgemäss Ergänzungen, die innert der Rechtsmittelfrist erfolgen, entgegen. Auf die hier vorliegende Ergänzung trifft dies nicht zu.

f) Die Ergänzung ist […] Teil der Berufung und verspätet eingegangen. Es besteht keine Möglichkeit, sie durch eine Nachfrist als rechtzeitig zu taxieren, weshalb sie unbeachtlich bleibt. Gleichermassen kann die Begründung auch nicht durch Ansetzung einer Nachfrist (gestützt auf Art. 148 oder 132 ZPO) weiter ergänzt werden.

59

Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO (SR 272). Bei werkvertraglichen Streitigkeiten besteht aufgrund von Art. 367 Abs. 2 OR ein gesetzlicher Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO. Art. 367 Abs. 2 OR gewährt dem Gesuchsteller einen Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung, ohne dass weitere Voraussetzungen wie eine Beweisgefährdung oder ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO bestehen müsste. Zur möglichen Aufgabe eines gerichtlich bestellten Sachverständigen gehört es, dass er einen bestimmten Zustand des Werkes, dessen Ursachen und ähnliche Tatsachen feststellt oder dem Gericht Auskunft über einschlägige Erfahrungssätze gibt.

Handelsgerichtspräsident, 4. März 2014

Aus den Erwägungen:

II.

3. Gemäss Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO besteht ein Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung, wenn das Gesetz einen solchen gewährt. Vorliegend ist umstritten, ob Art. 367 Abs. 2 OR einen solchen gesetzlichen Anspruch gewährt. Gemäss

Art. 367 Abs. 2 OR ist jede Partei des Werkvertrages berechtigt, auf ihre Kosten eine Prüfung des Werkes durch einen Sachverständigen und die Beurkundung des Befundes zu verlangen.

a) Die Prüfung und Beurkundung nach Art. 367 Abs. 2 OR ist ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das sich nach den prozessualen Vorschriften des summarischen Verfahrens richtet (vgl. Art. 250 Bst. b Ziff. 4 ZPO) und dem Untersuchungsgrundsatz unterliegt (vgl. Art. 255 Bst. b ZPO). Der Sachverständige wird amtlich ernannt, sobald eine Partei dies verlangt, ohne dass eine Beweisgefährdung, die Wahrscheinlichkeit eines Mangels oder einer vorprozessualen oder prozessualen Auseinandersetzung zwischen den Parteien dargetan zu werden braucht. Das Verfahren setzt keinen Streit, ja nicht einmal eine Mängelrüge des Bestellers voraus (vgl. zum Ganzen: Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N1517; BSK OR-I, Zindel/Pulver, 5. Auflage, Art. 367 N 23; Brönimann, BK, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II: Art.152–353, Bern 2012, Art. 158 N7; Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Teil [Halbband]: Art. 184 – 418 OR, Zürich 1936, Art. 367 N7; PKG 1997 Nr. 42 E. 2.c; GVP 1997 Nr. 46 E. 2). Voraussetzung ist immerhin, dass die Parteien einen Werkvertrag abgeschlossen haben (PKG 2012 S. 64 E. 5.c).

b) Die Prüfung des Werkes durch einen amtlichen Sachverständigen und die Beurkundung des Befundes nach Art. 367 Abs. 2 OR schützt sowohl das Interesse des Unternehmers als auch des Bestellers an einer objektiv und beweisbar gesicherten Tatbestandsfeststellung (Gautschi, BK, Band VI/2 Das Obligationenrecht 3. Teilband, Bern 1967, Art. 367 N 23). Die Tätigkeit des amtlichen Sachverständigen dient der Sicherung des Beweises für die Mangelhaftigkeit oder die Mangelfreiheit des abgelieferten Werkes (BGE 96 II 266 E. 2; Zindel/Pulver, a. a. O., Art. 367 N 22). Umstritten ist, ob einem amtlich verurkundeten Befund die qualifizierte Beweiskraft nach Art. 9 ZGB zukommt (Gautschi, a. a. O., Art. 367 N 23; Gauch, a. a. O., N1518).

Anstelle eines amtlich bestellten Sachverständigen kann der Besteller auch einen privaten Sachverständigen mit der Prüfung des Werkes beauftragen. Ein solcher Sachverständiger hat jedoch als Beauftragter die Interessen seines Auftraggebers zu wahren, was zur Folge hat, dass nicht die gleiche Gewähr für die Objektivität des Befundes besteht, wie bei einem amtlich bestellten Sachverständigen (vgl. Gautschi, a. a. O., Art. 367 N 23).

Beim amtlich bestellten Sachverständige nach Art. 367 Abs. 2 OR handelt es sich somit im Gegensatz zu privaten Sachverständigen nicht um einen Informanten oder eine Vertrauensperson einer Partei. Der amtlich bestellte Sachverständige ist zur Objektivität und Neutralität gegenüber den Parteien verpflichtet, hat er doch das Werk zu prüfen und seinen objektiven und beweisbar gesicherten Tatsachenbefund über das Werk zu beurkunden. Bei der Massnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR geht es um eine amtlich angeordnete Tatsachenfeststellung am Objekt und deren Beurkundung (GVP 1988 Nr. 50). Die Besonderheit des Verfahrens liegt darin,

dass Auswahl und Bestellung des Experten wie auch die Prüfung des Werkes unter richterlicher Kontrolle stehen (vgl. Hürlimann, in Baurechtstagung 2011… für alle die bauen, Bau-Expertisen – Nutzen Risiken und die Verantwortung des Experten, S. 204).

c) Sowohl die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO als auch die Prüfung des Werkes durch einen amtlich bestellten Sachverständigen nach Art. 367 Abs. 2 OR dienen der Beweissicherung (Fellmann, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 2. Auflage, Art. 158 N 4; Gauch, a. a. O. N 1518; Zindel/Pulver, a. a. O., Art. 367 N 22). Somit gewährt das Gesetz in Art. 367 Abs. 2 OR einen Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO (Fellmann, a. a. O., Art. 158 N 10; Guyan, in BSK ZPO, Art. 158 N 2; Brönimann, in BK Schweizerische Zivilprozessordnung, Band 2, Bern 2012, Art. 158 N 7; Rüedi, in ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 1. Auflage, Art. 158 N 6; Passadelis, in Stämpflis Handkommentar, Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 158 N 2; Siegenthaler/Reetz, Beweissicheurng im Werkvertragsrecht, BR 2013 S. 138 f).

d) Nachdem zwischen den Parteien ein Werkvertrag über die Planung, Lieferung und Montage einer hinterlüfteten Natursteinfassade besteht und die Gesuchstellerin die Prüfung der Natursteinfassade durch einen amtlich bestellten Sachverständigen nach Art. 367 Abs. 2 OR beantragt, sind die Voraussetzungen für die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO gegeben. Auf das Gesuch ist daher einzutreten.

4. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Gesuchstellerin habe das Material für die Natursteinfassade vorgegeben. Die beanstandeten Verfärbungen des Materials seien nicht die Folge einer vertragswidrigen Ausführungsarbeit und seien daher nicht von der Gesuchsgegnerin zu vertreten. Es sei daher nicht nachvollziehbar, inwieweit eine Beurteilung der Fassadenoberfläche eine relevante Aussagekraft für einen allfälligen späteren Prozess bzw. Haftungsanspruch geben könnte.

Im vorliegenden Verfahren gewährt Art. 367 Abs. 2 OR der Gesuchstellerin einen Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung, ohne dass weitere Voraussetzungen wie eine Beweisgefährdung oder ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO bestehen müsste. Zudem setzt die Ernennung eines Sachverständigen nach Art. 367 Abs. 2 OR weder die Wahrscheinlichkeit eines Mangels noch eine vorprozessuale oder prozessuale Auseinandersetzung zwischen den Vertragsparteien voraus (Zindel/Pulver, a. a. O., Art. 367 N 23). Die Gesuchstellerin hat somit Anspruch auf Prüfung der Fassade unabhängig davon, ob sich aus dem späteren Prüfungsbescheid des Sachverständigen ein Haftungsanspruch gegenüber der Gesuchsgegnerin begründen lässt oder nicht.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Sachverständige allenfalls Auskunft geben kann über den Grund der Verfärbung, die Neigung des Materials zu Verfärbungen, die Qualität des gelieferten Natursteins, die Behebung solcher Materialverfärbungen oder die fachspezifische Kenntnisse in der Natursteinbranche über solche

Verfärbungen. Aus den entsprechenden Antworten des Sachverständigen könnte sich das weitere Vorgehen der Gesuchstellerin in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ergeben. Das Interesse an solchen Abklärungen erscheint somit gegeben zu sein, auch wenn die Anordnung der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. a ZPO kein solches Interesse voraussetzt.

[…]

6. Die Gesuchstellerin beantragt unter Ziff. 3 ihres Rechtsbegehrens, der Sachverständige habe die Massnahmen für die Beseitigung der festgestellten Mängel sowie deren Kosten festzustellen. Die Gesuchsgegnerin wendet diesbezüglich ein, dass dem Sachverständigen nur Sachfragen und keine Rechtsfragen zu unterbreiten seien. Die Frage, ob ein Mangel vorliege, sei eine Rechtsfrage.

a) Zur möglichen Aufgabe eines gerichtlich bestellten Sachverständigen gehört es, dass er einen bestimmten Zustand des Werkes (z. B. Position von Verfärbungen auf den Fassadenelementen), dessen Ursachen (z. B. natürliche Farbveränderungen, falsche Oberflächenbehandlung, Stein von minderer Qualität) und ähnliche Tatsachen (z. B. auch erforderliche Verbesserungsmassnahmen) feststellt oder dem Gericht Auskunft über einschlägige Erfahrungssätze, etwa über die zu einem bestimmten Zeitpunkt «anerkannten Regeln der Technik» gibt. Auch hat er sich allenfalls darüber zu äusseren, wie das Werk im Einzelnen ausgeführt sein muss, damit es die nach dem Inhalt des konkreten Vertrages geschuldete Sollbeschaffenheit (z. B. Tauglichkeit zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch) aufweist. Es kann jedoch nicht Aufgabe des Sachverständigen sein, die Mangelhaftigkeit des Werkes im Sinne des Werkvertrages zu bejahen oder zu verneinen. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, deren Beantwortung dem Richter vorbehalten ist (vgl. Gauch, a. a. O., N 1512 f.).

Als «anerkannt» gelten technische Regeln, wenn sie von der Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt wurden und sich in der klaren Mehrheitsmeinung der fachkompetenten Anwender in der Praxis bewährt haben (BGer 4A_428/2007 E. 3.1; Gauch, a. a. O., N 846). Soweit technische Normwerke unter repräsentativer Mitwirkung führender Fachleute ausgearbeitet wurden, spricht eine natürliche Vermutung dafür, dass sie bezogen auf ihren Anwendungsbereich anerkannte Regeln der Technik sind. Diese Vermutung ist jedoch widerlegbar. Grundsätzlich wird vermutet, dass die Empfehlungen und Normen der SIA die anerkannten Regeln der Baukunde wiedergeben (BGer 4A_428/2007 E. 3.1; Hürlimann/Siegenthaler, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft – Art. 319–529 OR, 2. A., 2012, Art. 364 N 6).

60

Art. 238 und Art. 239 ZPO (SR 272). «Kurzerwägungen» in einem im Dispositiv eröffneten Entscheid ersetzen dessen Begründung nicht; demgemäss kann und muss erst gegen den ausführlich begründeten Entscheid Beschwerde erhoben werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 28. Februar 2014

Aus den Erwägungen:

Am 26. November 2013 stellte die Vorinstanz den Parteien (…) einen vierseitigen «Entscheid» zu, in welchem sie in «Kurzerwägungen» die Abweisung der Rechtsöffnungsbegehren begründete, das Dispositiv mitteilte, unter Hinweis darauf, dass sich die Gerichtskosten auf Fr. 450.– (gegenüber Fr. 300.–) erhöhten, falls eine Partei eine Begründung verlange, und auf das Rechtsmittel der Beschwerde hinwies. In der Folge ersuchte die Gläubigerin mit Schreiben vom 9. Dezember 2013 um eine schriftliche Begründung, worauf die Vorinstanz den Parteien am 19. Dezember 2013 einen siebenseitigen Entscheid zukommen liess, welcher sich gegenüber dem am 26. November 2013 zugestellten vorab dadurch unterschied, dass er die Prozessgeschichte zusammenfasste, im Einzelnen und unter Hinweis auf die jeweiligen Parteistandpunkte darlegte, weshalb die Voraussetzungen gemäss Art. 82 SchKG für die Geltendmachung der Provisionsforderung nicht erfüllt seien, und auch die Kostenverlegung begründete. In der Rechtsmittelbelehrung sodann hielt die Vorinstanz fest, dass der Entscheid vollstreckbar sei, dass aber unabhängig davon gegen den Kostenentscheid innert der nicht erstreckbaren Frist von zehn Tagen seit der Zustellung Beschwerde beim Kantonsgericht erhoben werden könne.

Insbesondere unter Hinweis auf die beiden Rechtsmittelbelehrungen halten die Schuldner in der Beschwerdeantwort dafür, die Gläubigerin habe erst gegen den ausführlich begründeten Entscheid und damit, soweit davon nicht der Kostenentscheid erfasst sei, verspätet Beschwerde erhoben, weshalb auf die Beschwerden nicht einzutreten sei. Dem ist aus folgenden Gründen nicht so:

Gemäss Art. 239 ZPO kann das Gericht seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung durch Zustellung des schriftlichen Dispositivs an die Parteien eröffnen (Abs. 1); diesfalls ist eine schriftliche Begründung nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheids verlangt, wobei dann, wenn keine Begründung verlangt wird, dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheids gilt (Abs. 2). Wird hingegen eine Begründung verlangt, enthält der Entscheid gemäss Art. 238 ZPO (unter anderem) eine Rechtsmittelbelehrung und die Entscheidgründe (lit. f und g). Hier wählte die Vorinstanz eine Zwischenform, welche gesetzlich nicht vorgesehen ist und welche sich mangels Eindeutigkeit nicht zum Nachteil der Gläubigerin auswirken darf (vgl. hierzu auch Killias, Berner Kom-

mentar, N 8 zu Art. 239 ZPO): Indem sie in der Rechtsmittelbelehrung des am 26. November 2013 zugestellten Entscheids auf das Rechtsmittel der Beschwerde hinwies, erweckte sie den Eindruck, nicht bloss ein Dispositiv gemäss Art. 239 Abs. 1 ZPO, sondern einen rechtsmittelfähigen, begründeten Entscheid gemäss Art. 238 ZPO zuzustellen. Dieser Eindruck stand allerdings im Widerspruch zur Bezeichnung ihrer Begründung als «Kurzerwägungen» und vor allem zum Hinweis, die Gerichtskosten von Fr. 300.– erhöhten sich um Fr. 150.– auf Fr. 450.–, falls eine Partei die Begründung des Entscheids verlange. Mit diesem Hinweis trug die Vorinstanz Art. 12 Abs. 1 GKV Rechnung, wonach der Entscheid dann, wenn die Eröffnung ohne Begründung erfolgt, je einen Gebührenansatz für die begründete und die nicht begründete Ausfertigung zu enthalten hat, wobei der Ansatz für den nicht begründeten Entscheid ein Drittel tiefer ist. Die Qualifikation des am 26. November 2013 zugestellten Entscheids als blosse Eröffnung des Rechtsspruchs, welche im Hinblick darauf, die Parteien in die Lage zu versetzen, darüber zu befinden, ob sie eine ausführliche Begründung verlangen wollten oder nicht, mit einer Kurzbegründung versehen wurde (vgl. zu diesem Zweck der Kurzbegründung KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 239 N 12), bestätigte die Vorinstanz im Übrigen gleich selber, indem die Begründung im am 19. Dezember 2013 zugestellten Entscheid – gerade auch in Wahrung des Gehörsanspruchs der Parteien – auf die gegenseitigen Standpunkte eingeht und indem die Vorinstanz im am 19. Dezember 2013 zugestellten Entscheid davon spricht, der Entscheid sei den Parteien am 26. November 2013 «eröffnet» worden und werde, nachdem die Gläubigerin eine schriftliche Begründung verlangt habe, nun ausführlich begründet, was vernünftigerweise nicht anders interpretiert werden kann, als dass – entgegen ihrer Rechtsmittelbelehrung – auch der Vorinstanz bewusst war, dass sie tatsächlich nach Art. 239 ZPO vorgegangen war.

Auf die Beschwerde ist demnach ohne Weiteres einzutreten.

61

Art. 239, Art. 261, Art. 263 und Art. 325 Abs. 2, Art. 336 Abs. 1 Bst. a ZPO (SR 272). Der nur mit Beschwerde anfechtbare, erst im Dispositiv eröffnete Entscheid ist sofort vollstreckbar. Gegen die sofortige Vollstreckbarkeit kann sich die betroffene Partei in analoger Anwendung von Art. 261 und Art. 263 ZPO sowie unter den Voraussetzungen von Art. 325 Abs. 2 ZPO beim Kantonsgericht mit einem Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen, d. h. um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, zur Wehr setzen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 17. Juni 2014

Am 15. Mai 2014 eröffnete der Einzelrichter den Parteien den Entscheid vom 13. Mai 2014, wonach er – unter Abweisung im Mehrbetrag – die gegen die X-AG gerichtete Klage von U. S. im Umfang von Euro 7786.55 brutto nebst 5 Prozent Zins seit 9. August 2013 schütze und im Umfang von Fr. 9576.70 (brutto) nebst Zins zu 5 Prozent seit 9. August 2013 und Fr. 103.– Zahlungsbefehlskosten den von der Beklagten in der Betreibung Nr. XXX des Betreibungsamtes A. vom 19. November 2013 erhobenen Rechtsvorschlag beseitige. Die Eröffnung des Entscheids verband der Einzelrichter mit dem Hinweis, dass eine schriftliche Begründung nachgeliefert werde, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Zustellung verlange; werde keine Begründung verlangt, so gelte dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheids mit Beschwerde. Der Entscheid sei im Übrigen unabhängig davon sofort vollstreckbar. Mit Schreiben vom 21. Mai 2014 ersuchte der von der Beklagten zwischenzeitlich beigezogene Rechtsvertreter den Einzelrichter um Zustellung einer ausführlichen Begründung des Entscheids vom 13. Mai 2014 und mit Eingabe vom 2. Juni 2014 stellte er, nachdem seiner Klientin am 22. Mai 2014 durch das Betreibungsamt A. die Konkursandrohung zugestellt worden war, beim Kantonsgericht das Begehren, die in der Rechtsbelehrung des Entscheids vom 13. Mai 2014 festgehaltene sofortige Vollstreckbarkeit sei aufzuschieben.

Mit dringlicher Verfügung vom 12. Juni 2014 schob der Einzelrichter des Kantonsgerichts die Vollstreckbarkeit des noch nicht in begründeter Ausfertigung vorliegenden Entscheids des Einzelrichters vom 13. Mai 2014 in dem Sinn auf, dass gestützt auf den Entscheid kein Konkursbegehren gestellt werden könne, und er verpflichtete die Beklagte dazu, zur Sicherstellung der Gegenstand des Entscheids vom 13. Mai 2014 bildenden Forderung bis 23. Juni 2014 ans Kantonsgericht einen Betrag von Fr. 10 300.– zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 239 ZPO kann das Gericht seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung durch Zustellung des Dispositivs an die Parteien eröffnen (Abs. 1 Bst. b); eine schriftliche Begründung ist nachzuliefern, wenn eine Partei dies innert zehn Tagen seit Eröffnung des Entscheids verlangt, wobei als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheids (mit Beschwerde oder Berufung) gilt, wenn keine Begründung verlangt wird (Abs. 2). Gemäss Art. 336 Abs. 1 Bst. a ZPO sodann ist ein mit Beschwerde anfechtbarer Entscheid – um einen solchen geht es unbestrittenermassen auch vorliegend (vgl. Art. 319 Bst. a i.V.m. Art. 308 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ZPO) – (oder ein solcher, bezüglich dessen die Revision verlangt wird) vollstreckbar, wenn er rechtskräftig ist und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat; eine Beschwerde hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids dabei nicht (Art. 325 Abs. 1 ZPO). An diese gesetzliche Regelung anknüpfend stellt sich hier die Frage, ob bereits der im Dispositiv eröffnete, nur der Beschwerde unterliegende Entscheid vollstreckt werden kann und wie sich die davon betroffene Partei gegen diese Vollstreckbarkeit gegebenenfalls wehren kann. Lehre und Rechtsprechung

zu dieser Frage sind uneinheitlich: Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, zur Vollstreckbarkeit des erst im Dispositiv eröffneten Entscheids bislang nicht geäussert. Das Obergericht Zürich hat demgegenüber in einem Entscheid vom 11. Juni 2012 (ZR 111, 2012, Nr. 70) erwogen, dass analog zu Art. 112 Abs. 2 BGG der erst im Dispositiv eröffnete Entscheid nicht vollstreckbar sei und daher nicht zur Erteilung der definitiven Rechtsöffnung berechtige (in diesem Sinn auch BSK ZPO-Droese, Art. 336 N 8, unter Hinweis unter anderem auch auf CPC-Tappy, Art. 239 N 22). Das gleiche Gericht hat in einem Entscheid vom 1. Dezember 2013 (PS 130222-O/Z01) seine diesbezügliche Auffassung allerdings relativiert und erwogen, dass gegen die Eröffnung des Konkurses mittels Eröffnung des Entscheids bloss im Dispositiv zwar keine Beschwerde erhoben und damit auch kein Begehren um aufschiebende Wirkung gestellt werden könne, dass es aber möglich sein müsse, vor Einreichung der Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz auf die Verhinderung des Eintritts von Wirkungen der Konkurseröffnung abzielende vorsorgliche Massnahmen zu verlangen; im Fall der Konkurseröffnung lasse sich die Lösung, dass der erst im Dispositiv eröffnete Entscheid nicht vollstreckbar sei, nicht anwenden, wenn der Konkursrichter seinen Entscheid bereits breit gestreut habe.

Warum diese Einschränkung nur in den Fällen der Konkurseröffnung gelten soll, ist nicht einleuchtend. Das Kantonsgericht Basel-Land geht denn auch von der generellen Vollstreckbarkeit aus und hält dafür, dass sich die von Vollstreckungsmassnahmen bedrohte Partei mit einem Massnahmegesuch bei der Beschwerdeinstanz wehren könne (Entscheide vom 19. Juni und 18. Dezember 2012); gleicher Meinung ist auch ein weiterer Teil der Lehre (Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 239 N 34 f., und Kellerhals, Berner Kommentar, N 5 zu Art. 336 ZPO; vgl. auch Jent-Sørensen, Resolutiv bedingte Vollstreckbarkeit und vorläufige Vollstreckung – Abwehr und Rückforderungsmöglichkeiten, in: SJZ 110, 2014, 57 ff., 60 f., sowie [für die Frage des Beginns der Frist für eine Aberkennungsklage] BSK SchKG I-Staehelin, Art. 83 N 23, und ZR 104, 2005, Nr. 30). Die Annahme, der erst im Dispositiv eröffnete Entscheid sei vollstreckbar, verdient den Vorzug, kann es doch nach der gesetzgeberischen Konzeption für die Vollstreckbarkeit bloss beschwerdefähiger Entscheide bzw. vorsorglicher Massnahmen nicht darauf ankommen, ob eine Partei – gewissermassen im Sinne eines eingeschränkten Rechtsbehelfs – eine Begründung verlangt oder nicht. Klar ist damit allerdings auch, dass sich die betroffene Partei gegen eine drohende Vollstreckung zur Wehr setzen können muss, um während der «Latenzzeit» bis zum Vorliegen einer Begründung nicht schutzlos zu sein. Hierfür eignet sich das in Lehre und Rechtsprechung analog zur Anwendung gebrachte Rechtsinstitut der vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261/263 ZPO. Danach trifft das Gericht gegebenenfalls vor Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

Mit diesen Überlegungen ist auf das Gesuch der Beklagten vom 2. Juni 2014 einzutreten – die Zuständigkeit des Einzelrichters des Kantonsgerichts im Obligationenrecht ergibt sich dabei aus dem Umstand, dass in der Hauptsache eine Forderung aus Arbeitsvertrag zu prüfen sein wird (vgl. Art. 15 Bst. b und Art. 17 Abs. 2 EG-ZPO sowie Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4 al. 3 GO) – und im Folgenden zu prüfen, wie es sich mit der materiellen Begründetheit verhält.

3. Das Massnahmegesuch zielt darauf ab, die weitere Vollstreckung des Entscheids vom 13. Mai 2014 – der Kläger erwirkte gestützt auf den Entscheid zwischenzeitlich bereits die Konkursandrohung – zu verhindern. Im Ergebnis läuft das Massnahmebegehren damit auf ein Gesuch um aufschiebende Wirkung der in Aussicht genommenen Beschwerde gegen den Entscheid vom 13. Mai 2014 hinaus. Es rechtfertigt sich daher, das Begehren entsprechend einem solchen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO zu prüfen. Dabei steht die Abwägung der gegenseitigen Interessen im Vordergrund, d. h. es sind die Nachteile, die dem (potentiellen) Beschwerdeführer bei einer sofortigen Vollstreckung drohen, den Nachteilen gegenüberzustellen, die ein Vollstreckungsaufschub für die Gegenpartei nach sich ziehen kann; auch die Erfolgschancen des Rechtsmittels dürfen berücksichtigt werden (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 325 N 6). Nötigenfalls kann der Aufschub von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden (Art. 325 Abs. 2 Satz 2 ZPO; vgl. auch Art. 264 Abs. 1 ZPO).

Die gesetzliche Regelung basiert auf der sofortigen Vollstreckbarkeit der geschützten Forderung; der Aufschub der Vollstreckbarkeit ist die Ausnahme. Aus der Stellungnahme des Klägers geht nicht hervor, dass er befürchtet, ihm drohten bei einem vorläufigen Aufschub konkrete Nachteile. Auffällig ist immerhin, dass – in quantitativer Hinsicht offenbar bis auf eine Gegenforderung nicht bzw. nur in untergeordnetem Mass strittige – mehrere zehntausend Franken zur Diskussion stehen, dass es die Beklagte aber trotzdem nicht für nötig erachtete, am Schlichtungsverfahren teilzunehmen. Eine Gefährdung der Einbringlichkeit der Forderung des Klägers bei weiterem Zuwarten kann vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen werden. Allerdings hat (auch) die Beklagte nachvollziehbar aufgezeigt, dass ihr auf die Gefahr hin, dass sich die Forderung des Klägers im Nachhinein als unbegründet erweist, bei (einer Fortsetzung) der Vollstreckung der Betreibungsforderung der Konkurs droht bzw. dass sie, sollte sie gezwungen sein, die Konkurseröffnung durch Bezahlung der Forderung abzuwenden, ein Rückforderungsverfahren (nach Art. 86 SchKG) anstrengen müsste, dessen Erfolg angesichts des ausländischen Wohnsitzes des Klägers fraglich sein könnte. Letzteres lässt den Aufschub grundsätzlich als angezeigt erscheinen, wobei den Interessen des Klägers an der sofortigen Vollstreckbarkeit und dem Umstand, dass angesichts der erstinstanzlichen Kurzbegründung nicht von vornherein gesagt werden kann, dass die Beklagte im Beschwerdeverfahren nicht durchdringen wird, dadurch Rechnung getragen wird, dass die Beklagte verpflichtet wird, die Gegenstand der Konkursandrohung

bildende Forderung inkl. Zinsen, bisherigen Betreibungskosten sowie den Inkassokosten beim Gericht zu hinterlegen. In quantitativer Hinsicht ist dabei von einem Betrag von (gerundet) Fr. 10 300.– auszugehen.

62

Art. 252 f., Art. 256 Abs. 1 und Art. 265 Abs. 2 ZPO (SR 272). In summarischen Verfahren müssen die Parteien gewärtigen, dass der Aktenschluss schon nach den ersten Vorträgen eintritt; sie haben daher alle Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel in/mit diesen vorzubringen. Die Gesuchsantwort ist dem Gesuchsteller nur, aber immerhin zur Kenntnisnahme zuzustellen; will er sich zu allfälligen Noven äussern, hat er ohne Verzug – nach st.gallischer Praxis in der Regel innert zehn Tagen – zu reagieren.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 13. Oktober 2014

Aus den Erwägungen:

3. a) In summarischen Verfahren findet in aller Regel nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (Art. 252 f. ZPO; s. für das Massnahmeverfahren auch Art. 265 Abs. 2 ZPO; Botschaft zur ZPO, BBl 2006, S. 7350; Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 11 f. zu Art. 253 ZPO; Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 18 ff. zu Art. 257 ZPO; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, N 25 zu Art. 229 ZPO; BSK ZPO-Willisegger, N 58 zu Art. 229 ZPO); zudem kann das Gericht auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Die Parteien dürfen daher nicht damit rechnen, in einem zweiten (schriftlichen oder mündlichen) Vortrag neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen zu können; sie müssen vielmehr gewärtigen, dass der Aktenschluss schon nach den ersten Vorträgen eintritt, weshalb sie ihre Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel schon im/mit dem Gesuch bzw. der Stellungnahme dazu umfassend vorzutragen/einzureichen haben (Sutter-Somm/Lötscher, ZPO Komm., N 19 f. zu Art. 257 ZPO). Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergibt sich indes ein Anspruch des Gesuchstellers, zu allfälligen neuen Parteivorbringen in der Gesuchsantwort Stellung zu nehmen (Chevalier, ZPO Komm., N 12 zu Art. 253 ZPO; Rubin, in: Stämpflis Handkommentar SHK, N 8 zu Art. 253 ZPO; BSK ZPO-Mazan, N 15 zu Art. 253 ZPO). Im Hinblick darauf ist es in der Regel nur, aber immerhin erforderlich, dass der Richter – wie es hier die Vorrichterin tat – dem Gesuchsteller die Gesuchsantwort zur Kenntnisnahme zustellt (und zwar unabhängig davon, ob die Eingabe seines Erachtens neue erhebliche Gesichtspunkte enthält

oder nicht); soweit sich der Gesuchsteller zu allfälligen Noven des Gesuchsgegners äussern will, hat er in der Folge seinerseits ohne Verzug entweder seine Stellungnahme abzugeben oder um die Möglichkeit einer solchen zu ersuchen (s. BSK ZPO-Mazan, N 15 zu Art. 253 ZPO; vgl. dazu auch BGE 138 I 484 E. 2.2, 137 I 195 E. 2.3.1, 133 I 100 E. 4.8). Eine fixe Frist für diese Reaktion «ohne Verzug» ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Gemäss Ziff. 2.7 der Richtlinien des Kantonsgerichts St.Gallen zu den Fristen und zur Feststellung des Ausbleibens an der Verhandlung vom 9. Mai 2014 (abrufbar unter www.gerichte.sg.ch/home/ Dienstleistungen/Weisungen) kann – allerdings unter dem Aspekt von Art. 229 ZPO, wo der Begriff «ohne Verzug» im Zusammenhang mit dem Vorbringen von Noven verwendet wird – mit der Einbringung von Noven in der Regel nicht länger als zehn Tage zugewartet werden, wofür sich zum Teil auch die Lehre ausspricht (s. etwa Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 10.110, und Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 9a zu Art. 229 ZPO). Soweit in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten wird, im summarischen Verfahren sei diese Frist («ohne Verzug») kürzer zu bemessen (s. insbes. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 7 zu Art. 253 ZPO), folgte die st. gallische Praxis dem soweit ersichtlich bislang nicht; es kommt hinzu, dass selbst die Befürworter einer solchen Kürzung diese nur «je nach konkreter Dringlichkeit» vornehmen wollen (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, a. a. O.). Vorliegend ging dem Anwalt der Gesuchstellerin die Gesuchsantwort am 12. März 2014 zu, worauf er – nachdem er zuvor auf telefonische Anfrage hin von der Vorrichterin auf diese Möglichkeit hingewiesen worden war – am 20. März 2014 und damit innert acht Tagen um Fristansetzung ersuchte, damit er zu Noven in dieser Eingabe Stellung nehmen könne. Dass die Vorrichterin dieses Gesuch als rechtzeitig entgegennahm, ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden und lag in ihrem Ermessen; dies umso mehr, als sich die Gesuchsgegnerin ihrerseits die Frist zur Gesuchsantwort – welche ihr zuvor mit dem gleichentags versandten Entscheid vom 17. Januar 2014 bis zum 3. Februar 2014 angesetzt worden war, was an sich schon entgegenkommend war, da die Gesuchsantwort in der Regel innert zehn Tagen zu erstatten ist (s. vorstehende Weisung, Ziff. 2.4) – bis Ende Februar 2014 grosszügig hatte erstrecken lassen. Unter diesem Aspekt ist daher nichts gegen die Zulassung der Eingabe vom 31. März 2014 – welche die Gesuchstellerin innert der ihr von der Vorrichterin am 24. März 2014 angesetzten kurzen Frist bis 31. März 2014 einreichte – einzuwenden.

63

Art. 261 Abs. 5 ZPO (SR 272). Die besondere Dringlichkeit für den Erlass superprovisorischer Massnahmen ist dann nicht glaubhaft gemacht, wenn der Gesuchsteller mit der Einreichung des Gesuches ungebührlich zugewartet hat; allein der Hinweis auf kurz bevorstehende Messen und Ausstellungen genügt nicht, um die besondere zeitliche Dringlichkeit zu begründen.

Handelsgerichtspräsident, 7. Oktober 2014

Aus den Erwägungen:

II.

2. […]

Die Voraussetzungen für den Erlass solcher superprovisorischer Massnahmen sind streng zu handhaben. Einmal ist eine qualifizierte zeitliche Dringlichkeit vorausgesetzt, d. h. eine Gefahrensituation, welche das schlagartige, sofortige Eingreifen des Richters erheischt (vgl. Lucas David, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht I/2, 2. A., S. 181 f.; SG GVP 2000 Nr. 57, 58, 59; Huber, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 265 N 7 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., Rz. 11.203). […]

Wie erwähnt, haben die Gesuchsteller die besondere Dringlichkeit gemäss Art. 265 ZPO glaubhaft zu machen. Dabei kann der Hinweis der Gesuchsteller, das Verbot müsse noch vor dem Beginn der OLMA-Messe verfügt werden, nicht genügen. Es mag zwar zutreffen, dass die Gesuchsgegnerin anlässlich der OLMA-Messe auf den Gurt-Konfigurator auf ihrer Internetseite verweisen wird. Indessen ist anzunehmen, dass die Gesuchsgegnerin nicht nur an dieser Messe, sondern auch über andere Absatzkanäle auf den Gurt-Konfigurator auf ihrer Internetseite verweist. In Übereinstimmung mit Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 265 N 12, ist davon auszugehen, dass kurzfristig drohende Nachteile speziell dann vorliegen, wenn im Rahmen von Ausstellungen und Messen verletzende Erzeugnisse ausgestellt werden. Die besondere Dringlichkeit ist aber auch bei Ausstellungen und Messen nur dann gegeben, wenn die Gesuchsteller mit der Einreichung des Gesuchs um Erlass einer superprovisorischen Verfügung nicht ungebührlich zugewartet haben. Die Gesuchsteller müssen also darlegen, dass sie ihr Gesuch nicht offensichtlich hinausgezögert haben, ansonsten ihnen schon unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchsverbots gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB die Anordnung einer superprovisorischen Verfügung zu verweigern ist (GVP 2011 Nr. 65; Huber, a. a. O., Art. 265 N 9). Vorliegend weisen die Gesuchsteller einzig darauf hin, dass nunmehr bald die OLMA-Messe stattfinde. Sie führen aber in keiner Weise aus, zu welchem Zeitpunkt sie von den behaupteten, urheberechtsverletzenden Handlungen der Gesuchsgegnerin Kenntnis erlangt haben. Die

Gesuchsteller haben somit die für den Erlass der superprovisorischen Verfügung erforderliche qualifizierte zeitliche Dringlichkeit nicht hinreichend glaubhaft gemacht (GVP 2011 Nr. 65).

Der Umstand, dass die Gesuchsteller behaupten, der Gesuchsteller 2 habe wegen der Website der Gesuchsgegnerin bereits Umsatzeinbussen erlitten, ist gar ein Indiz dafür, dass den Gesuchstellern schon längere Zeit bekannt ist, dass die Gesuchsgegnerin den beanstandeten Gurt-Konfigurator auf ihrer Internetseite aufgeschaltet hat. Die behauptete Kausalität zwischen Umsatzeinbusse und Präsenz der konkurrenzierenden Website setzt nämlich grundsätzlich voraus, dass zum einen die Umsatzeinbusse eine gewisse Zeit dauert und zum anderen der Zeitpunkt der Aufschaltung der konkurrenzierenden Website mit demjenigen des Umsatzeinbruches in Beziehung gesetzt wird.

3. Das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung ist deshalb abzuweisen.

64

Art. 308 ff. und Art. 317 Abs. 1 ZPO (SR 272). Vereinbaren die Parteien in einem Prozessvergleich, dass das Beweisverfahren abgebrochen und die erste Instanz angewiesen werde, aufgrund der bestehenden Aktenlage zu entscheiden, ist es ihnen verwehrt, das Beweisverfahren in einem allfälligen Berufungsverfahren fortzusetzen. Insbesondere sind sie im Berufungsverfahren mit Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln ausgeschlossen, auf deren Geltendmachung sie erstinstanzlich mit dem Prozessvergleich bewusst verzichteten, und können sie der Vorinstanz nicht vorwerfen, der Sachverhalt hätte sich aufgrund weiterer Beweisabnahmen anders dargestellt und sie habe diesen daher unrichtig festgestellt.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 18. Februar 2014

Aus den Erwägungen:

2.a) Mit der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO kann die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Den Berufungskläger trifft eine Begründungspflicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Er hat sich daher sachbezogen mit dem Entscheid der Vorinstanz auseinanderzusetzen und unter Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Erwägungen im Einzelnen darzulegen, warum dieser in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 36 zu Art. 311 ZPO; BGer 4A_651/2012 E. 4.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Neue Tatsa-

chenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten sowie ohne Verzug geltend gemacht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

b) Die Beklagte machte im erstinstanzlichen Beweisverfahren mit Eingabe vom 13. Januar 2012 geltend, das Gutachten X sei in wesentlichen Punkten unvollständig, und reichte einen umfangreichen Katalog mit Ergänzungsfragen ein. Mit der Zustimmung zum Prozessvergleich vom 21. Mai 2012 verzichtete sie dann aber auf eine diesbezügliche Ergänzung des Gutachtens im erstinstanzlichen Verfahren; stattdessen wies sie die Vorinstanz – zusammen mit dem Kläger – an, auf der Basis der vorhandenen Aktenlage und ohne Weiterführung des Beweisverfahrens den Sachentscheid zu fällen. Dabei war – wie sich namentlich aus Ziff. 3 des Prozessvergleichs vom 21. Mai 2012 ergibt, wonach der Kläger «aufgrund der Zugaben der Beklagten in Ziff. 2 … von vornherein mit der Einholung eines Obergutachtens» durch das Kantonsgericht «einverstanden» sei und «die Beklagte aufgrund des vor dieser Instanz abgegebenen Verzichts im zweitinstanzlichen Verfahren keinerlei prozessuale Nachteile erleiden soll» – offenbar die Meinung, das Beweisverfahren werde insbesondere dann, wenn der erstinstanzliche Entscheid zum Nachteil der Beklagten ausfalle – was mangels jeglicher Berücksichtigung ihrer Ergänzungsfragen absehbar war –, vor dem Kantonsgericht weitergeführt.

aa) Zu diesem Vorgehen fällt vorab in Betracht, dass es den Parteien im Zeitpunkt der Klageeinleitung (Juni 2010) zwar offengestanden hätte, die vorliegende Klage einvernehmlich direkt beim Kantonsgericht anhängig zu machen (Art. 19 Bst. b ZPO/SG). Von dieser Möglichkeit machten sie allerdings keinen Gebrauch; stattdessen reichte der Kläger die Klage beim Kreisgericht ein. Damit können die Parteien das Kantonsgericht heute nur noch als Berufungsinstanz anrufen mit der Folge, dass sich – da der erstinstanzliche Entscheid nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung erging – das zweitinstanzliche Verfahren nach den Regeln von Art. 308 ff. ZPO zu richten hat (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Nach diesen wiederum kann – wie in E. 2.a dargelegt – das Verfahren nicht umfassend weitergeführt, sondern hinsichtlich des Sachverhalts nur noch – im Rahmen der vorgebrachten Rügen und unter Ausschluss neuer Behauptungen und Beweismittel, die bei zumutbarer Sorgfalt schon erstinstanzlich hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 Bst. b ZPO) – geprüft werden, ob die Vorinstanz diesen unrichtig festgestellt hat (Art. 310 ZPO). Diese Rechtslage, die unter anderem bezweckt, dass die Parteien den Prozessstoff im Hinblick auf eine beförderliche Prozesserledigung frühzeitig offenlegen, ist grundsätzlich zwingend und untersteht insbesondere nicht in dem Sinn der Disposition der Parteien, dass ihnen – darauf läuft die Abrede im Prozessvergleich vom 21. Mai 2012, wonach beide Parteien mit der Weiterführung des Beweisverfahrens im Berufungsverfahren einverstanden seien, letztlich hinaus – offen stünde, die Berufungsinstanz anzuweisen, einen erstinstanzlich während des Beweisverfahrens einvernehmlich abgebrochenen Prozess

in zweiter Instanz weiterzuführen und dabei namentlich das Beweisverfahren zu ergänzen. Insoweit bindet der Prozessvergleich vom 21. Mai 2012 das Kantonsgericht daher nicht.

bb) Soweit somit die Beklagte in der Berufungsschrift zu praktisch allen umstrittenen Fragen die Einholung eines Obergutachtens (oder allenfalls eine Ergänzung des erstinstanzlichen Gutachtens […]) beantragt, ist dies im Lichte des soeben Gesagten nicht statthaft. Denn mit der Zustimmung zum Prozessvergleich vom 21. Mai 2012 hat sie auf eine diesbezügliche Beweiserhebung – obschon sie eine solche hätte beantragen können (Obergutachten) respektive am bereits gestellten Antrag (Ergänzung des eingeholten Gutachtens) hätte festhalten können – explizit verzichtet. Zwar bezog sich dieser Verzicht nur auf das erstinstanzliche Verfahren und war wie dargelegt offenbar die Meinung, das Beweisverfahren werde vor dem Kantonsgericht fortgesetzt. Dem steht allerdings die vorn erläuterte prozessuale Rechtslage sowie in diesem Zusammenhang insbesondere der Umstand entgegen, dass im Berufungsverfahren nicht nur ein Novenverbot im vorstehenden Sinn besteht, sondern sich vorliegend der gemäss Art. 310 Bst. b ZPO relevante Sachverhalt nach jener Aktenlage bestimmt, die der Vorinstanz im Zeitpunkt ihres Entscheids von den Parteien vorgegeben war, und damit auch – und vor allem – durch das Gutachten X, das zwar möglicherweise unvollständig ist, auf dessen Ergänzung aber bewusst verzichtet wurde. Nachdem sie mit ihrer Zustimmung zum Prozessvergleich vom 21. Mai 2012 auf jegliche Weiterführung des Beweisverfahrens im erstinstanzlichen Verfahren verzichtete, kann die Beklagte der Vorinstanz mit andern Worten im vorliegenden Berufungsverfahren insofern keine unrichtige Feststellung des Sachverhalts vorwerfen – und nur dieser Vorwurf fällt neben demjenigen der unrichtigen Rechtsanwendung im Berufungsverfahren als Berufungsgrund in Betracht (Art. 310 ZPO; E. 2.a hiervor) –, als sie dies, was sie weitgehend tut, aus dem Umstand herleitet, dass ein Ergänzungs- oder Obergutachten zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Daraus folgt im Übrigen zugleich, dass die Streitsache auch nicht gestützt auf Art. 318 Abs. 1 Bst. c Ziff. 2 ZPO zur diesbezüglichen Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden kann; denn dieser kann im Lichte der Prozessvereinbarung vom 21. Mai 2012 nicht vorgehalten werden, sie habe den Sachverhalt in wesentlichen Teilen unvollständig festgestellt.

65

Art. 311 ZPO (SR 272) i.V.m. Art. 450f ZGB (SR 210); Art. 11 Bst. b EG KES (sGS 912.5). Erwachsenenschutz: Pflicht zur Begründung einer Beschwerde an das Kantonsgericht als zweite Rechtsmittelinstanz.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 6. Februar 2014

Aus den Erwägungen:

II. 3. a) Nach Art. 450e Abs. 1 ZGB muss die Beschwerde gegen einen Entscheid auf dem Gebiet der fürsorgerischen Unterbringung nicht begründet werden. Diese Formerleichterung gilt aber nur für die Beschwerde an die erste gerichtliche Instanz, im Kanton St.Gallen also die VRK (BSK Erwachsenenschutz/Geiser, Art. 450e ZGB, N 11; Bernhart, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung, N 840; FamKomm Erwachsenenschutz/Steck, Art. 450e ZGB, N 6; vgl. aber CHK/Steck, Art. 450 ZGB, N 5). Demgegenüber bestimmt sich die Form des Rechtsmittels an die zweite Instanz, das Kantonsgericht, nach kantonalem Recht, was vom Bundesgericht ausdrücklich bestätigt wurde (BGer 5A_327/2013 E. 3.2; vgl. auch BSK Erwachsenenschutz/Geiser, Art. 450e ZGB, N 11). Da das EG KESR dazu keine Bestimmung enthält, sind vom Kantonsgericht sachgemäss die Bestimmungen der ZPO anzuwenden (Art. 11 EG KESR), und zwar grundsätzlich die Regeln zur Berufung nach Art. 308 ff. ZPO, weil jene zur Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO unpassend erscheinen (vgl. auch Botschaft, Amtsblatt des Kantons St.Gallen 2011, Nr. 45, S. 2883).

b) Auch was das Erfordernis einer Begründung der Beschwerde anbelangt, ist von der sachgemässen Anwendbarkeit von Art. 311 ZPO auszugehen, der eine Begründung des Rechtsmittels verlangt (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 ZPO, N 34). Denn Sinn und Zweck des doppelten Instanzenzuges im Erwachsenenschutzverfahren ist die Gewährleistung einer eingehenden, umfassenden Überprüfung von juristisch komplexeren Fällen durch das Kantonsgericht. Das bedingt, dass das Kantonsgericht genau weiss, was der Beschwerdeführer möchte, warum er das verlangt und inwiefern der vorinstanzliche Entscheid falsch sein soll. Es kann nicht sein, dass eine obere Rechtsmittelinstanz von sich aus alle denkbaren Mängel eines solchen untersuchen muss. Dafür ist sie, anders als die VRK, die mit medizinischen Fachrichterinnen und Fachrichtern ausgestattet ist, auch weniger geeignet. Ein Beschwerdeführer hat seine Anträge mithin zu begründen. Fehlt es an einer rechtsgenüglichen Begründung, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts in Sachen des gleichen Beschwerdeführers vom 6. August 2013, KES. 2013.8-K2).

c) Begründen im Sinne von Art. 311 ZPO bedeutet, aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird; die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden zu werden (BGer 4A_651/2012 E. 4.2). Das erfordert insbesondere, dass sich der Beschwerdeführer eingehend und im Einzelnen mit den vorinstanzlichen Entscheidgründen auseinandersetzt (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 ZPO, N 36).

d) Der Beschwerdeführer schreibt in seiner Eingabe lediglich: «May I make an appeal to your honour against the decision to keep me in the clinic for no reason at all?! I would be grateful if you would appoint a lawyer to deal with legal matters. Thank you for your cooperation and help» (Übersetzt etwa: Kann ich eine Be-

schwerde einlegen gegen den Entscheid, mich ohne jeden Grund in der Klinik zu behalten?! Ich wäre dankbar, wenn Sie mir einen Anwalt zuteilen würden, der sich um das Rechtliche kümmert. Danke für Ihre Unterstützung und Hilfe).

Damit fehlt es der Beschwerde des Beschwerdeführers an einer ausreichenden Begründung, anhand welcher seine Einwände gegen den vorinstanzlichen Entscheid überprüft werden könnten. Zwar ist bei einem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ein weniger strenger Massstab anzulegen, jedoch ist eine zumindest ansatzweise Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Entscheidgründen auch in diesem Fall zu verlangen. Der Beschwerdeeingabe ist aber nicht zu entnehmen, warum der Entscheid der Vorinstanz, nach dem die Voraussetzungen für die fürsorgerische Unterbringung (nach wie vor) gegeben sind, nicht zutreffend sein soll. Allein die Bemerkung, dass er die Rückbehaltung in der Klinik für grundlos hält, ist dazu nicht ausreichend. Der Beschwerdeführer wurde zudem vom Präsidenten der II. Zivilkammer im Schreiben vom 23. Januar 2014 eigens darauf hingewiesen, dass seiner Beschwerde eine Begründung fehle und er eine solche innerhalb der Beschwerdefrist nachzureichen hätte. Dies hat er nicht getan. Überdies konnte schon auf seine letzte Beschwerde (Verfahren KES. 2013.8-K2) ebenfalls mangels Begründung nicht eingetreten werden, weshalb ihm dieses Erfordernis nicht gänzlich neu sein konnte.

Auf die Beschwerde kann folglich mangels Begründung nicht eingetreten werden.

3. Strafrechtspflege

66

Art. 7 Abs. 2 Bst. b StPO (SR 312.0); Art. 17 Abs. 2 Bst. b EG-StPO (sGS 962.1). Erfordernis eines Ermächtigungsverfahrens bei strafbaren Handlungen öffentlicher Notare (Rechtsanwälte).

Anklagekammer, 20. August 2014

Aus den Erwägungen:

3. Vorerst ist von Amtes wegen zu prüfen, ob im Zusammenhang mit dem angezeigten Sachverhalt ein Eröffnungsentscheid im Sinne von Art. 17 Abs. 2 Bst. b EG-StPO erforderlich ist. Danach entscheidet grundsätzlich die Anklagekammer über die Ermächtigung zur Durchführung eines Strafverfahrens gegen Behördemitglieder oder Mitarbeitende des Kantons und der Gemeinden (Beamte nach Art. 110 Abs. 3 StGB) wegen strafbarer Handlungen, die deren Amtsführung betreffen.

3.1. Die gesetzliche Grundlage für das Ermächtigungsverfahren ergibt sich aus Art. 7 Abs. 2 Bst. b StPO (vgl. auch BGE 137 IV 269 ff. E. 2.2). Durch das Ermächtigungserfordernis sollen Behördemitglieder und Beamte vor mutwilliger Strafverfolgung geschützt und es soll damit das reibungslose Funktionieren staatlicher Organe sichergestellt werden (BSK StPO – Riedo/Fiolka, Art. 7 N 74).

3.2. Entscheidend für die Qualifikation als Beamter (im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB) ist nicht die rechtliche Natur des Wahl- oder Anstellungsverhältnisses, sondern allein die Wahrnehmung von Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit. Bestehen die entsprechenden Verrichtungen in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so sind die Tätigkeiten amtlich und die sie verrichtenden Personen Beamte im Sinne des Strafrechts (BGE 135 IV 201 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen).

3.3. Die öffentliche Beurkundung, die nach dem Bundeszivilrecht Gültigkeitserfordernis verschiedener Rechtsgeschäfte ist, stellt eine Handlung der sogenannten freiwilligen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit dar. Ihre Organisation ist eine staatliche Aufgabe, die nach Art. 55 des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches (ZGB) den Kantonen obliegt. Die öffentliche Beurkundung ist eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ. Dies gilt unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein freierwerbender Notar oder Anwalt beauftragt ist (BGE 128 I 280 E. 3 mit weiteren Hinweisen).

3.4. Im Kanton St.Gallen sind für die öffentliche Beurkundung – von hier nicht in Frage kommenden Ausnahmen abgesehen – nebst den Amtsnotariaten die im Register der Notare eingetragenen Rechtsanwälte zuständig (vgl. Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB i.V.m. Art. 15 Abs. 1 EG-ZGB). Die Regierung erliess gestützt auf Art. 25bis EG-ZGB mit der Verordnung über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung vom 2. November 2005 ergänzende Bestimmungen (sGS 151.51). Gemäss Art. 18bis Anwaltsgesetz (sGS 963.70) lässt sich der Anwalt, der öffentlich Urkunden errichten will, in das Register der Notare eintragen (Abs. 1). Solange der Eintrag besteht, darf er sich als öffentlicher Notar bezeichnen (Abs. 2). Die Anwaltskammer führt das Register (Abs. 3). Der Angezeigte erwarb am ___ das Rechtsanwaltspatent. Er ist seit ___ im Anwaltsregister und seit ___ im Register der Notare eingetragen.

3.5. Die gegenüber dem Angezeigten erhobenen Vorwürfe strafbaren Verhaltens stehen im Zusammenhang mit von ihm als Notar vorgenommenen öffentlichen Beurkundungen und beziehen sich insoweit auf seine hoheitlichen Befugnisse als öffentlicher Notar. Insoweit handelt es sich bei ihm um einen Beamten im strafrechtlichen Sinne (Art. 110 Abs. 3 StGB). Der angezeigte Sachverhalt steht im Zusammenhang mit dieser amtlichen Tätigkeit. Die Anklagekammer hat deshalb zuständigkeitshalber über die Ermächtigung zur Durchführung eines Strafverfahrens gegen den Angezeigten zu entscheiden (Art. 7 Abs. 2 Bst. b StPO und Art. 17 Abs. 2 Bst. b EG-StPO).

67

Art.42 Abs.2 StPO (SR 312.0). Zuständigkeit für unaufschiebbare Massnahmen (Untersuchungshaft) bei ungeklärtem Gerichtsstand.

Anklagekammer, 10. September 2014

Aus den Erwägungen:

II.

2. Der Beschwerdeführer rügt im vorliegenden Verfahren ausschliesslich die fehlende Zuständigkeit der Vorinstanz zum Erlass des angefochtenen Entscheids. Er begründet dies im Wesentlichen damit, dass mit dem Zuständigkeitsentscheid des Bundesstrafgerichts vom 23. Juli 2014, mit welchem dem Kanton Zürich die Kompetenz für das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer zugewiesen wurde, die Zuständigkeit des Kantons St.Gallen und seiner Gerichtsbehörden sofort dahingefallen sei. Die am 31. Juli 2014 ausgelaufene Untersuchungshaft sei von einer örtlich unzuständigen Behörde verlängert worden und sei deshalb aufzuheben.

2.1. Nach Art. 42 StPO trifft bis zur verbindlichen Bestimmung des Gerichtsstands die zuerst mit der Sache befasste Behörde die unaufschiebbaren Massnahmen (Abs. 1 erster Satz). Verhaftete Personen werden den Behörden anderer Kantone erst zugeführt, wenn die Zuständigkeit verbindlich bestimmt worden ist (Abs. 2). Die letztere Bestimmung will verhindern, dass eine beschuldigte Person ohne Haftverfahren von einer Behörde bzw. von einem Kanton zum anderen hin und her geführt wird (BSK StPO – Kuhn, Art. 42 N 4).

2.2. Auf Anträge der Staatsanwaltschaft St.Gallen hin hat die Vorinstanz am 1. Februar 2014 die Untersuchungshaft angeordnet und mit Entscheid vom 1. Mai 2014 die Verlängerung der Haft bis 31. Juli 2014 verfügt. Die Staatsanwaltschaft hat sodann am 21. Juli 2014 das zweite Haftverlängerungsgesuch bei der Vorinstanz eingereicht. Damals lief zwar bereits das von der Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 11. Juli 2014 anhängig gemachte Zuständigkeitsverfahren beim Bundesstrafgericht gemäss Art. 40 Abs. 2 StPO. Verantwortung, Verfahren und Zuständigkeit hinsichtlich der Untersuchungshaft verbleiben aber bis zur Bestimmung des Gerichtsstandes bei den Behörden des anordnenden Kantons. Die vorläufig zuständige Behörde – im vorliegenden Fall jene des Kantons St.Gallen – hat das Haftverfahren durchzuführen (BSK StPO – Kuhn, Art. 42 N 4 mit Hinweisen). Gemäss den weiteren dortigen Darlegungen haben damit die beschuldigte Person und auch die übrigen Strafbehörden klare Ansprechpartner für alle Fragen im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft.

2.3. Eine beschuldigte Person hat bedingungslos Anspruch auf korrekte Haft- und Haftprüfungsverfahren. Im vorliegenden Fall wäre es den mit Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 23. Juli 2014 für das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer als zuständig erklärten Behörden des Kantons Zürich insbesondere

aus zeitlichen Gründen gar nicht möglich gewesen, noch vor Ablauf der bis Ende Juli 2014 angeordneten Haft ein umfassendes und gesetzlich korrektes Haftverfahren durchzuführen. Ergeht ein Zuständigkeitsentscheid des Bundesstrafgerichts gemäss Art. 40 Abs. 2 StPO – wie im vorliegenden Fall – während eines laufenden Haft(verlängerungs)verfahrens, so muss in Anwendung des Grundsatzes der «perpetuatio fori» die Zuständigkeit des bisherigen (kantonalen) Zwangsmassnahmenrichters bis zum Verfahrensabschluss bestehen bleiben, auch wenn zwischenzeitlich ein anderer Kanton für das Strafverfahren als zuständig erklärt wurde. Hier wurde die Zuständigkeit der Vorinstanz während eines laufenden zwischenkantonalen Gerichtsstandskonflikts gestützt auf Art. 42 StPO begründet. Damit blieb die so begründete Zuständigkeit der Vorinstanz für das hier streitige Haftverlängerungsverfahren nach dem Grundsatz der «perpetuatio fori» trotz des Entscheids des Bundesstrafgerichtes vom 23. Juli 2014, mit welchem die Strafverfolgungsbehörden des Kantons Zürich zur Strafverfolgung gegen den Beschwerdeführer verpflichtet wurden, bestehen. Dieser Standpunkt rechtfertigt sich schliesslich auch mit Blick auf die Folgen, denn eine in einem Kanton angeordnete Untersuchungshaft gilt anschliessend ebenfalls im verfahrensübernehmenden Kanton weiter, ohne dass ein neues Haftverfahren notwendig wäre (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. A., Art. 42 N 2). Im Übrigen wurden bei der Vorinstanz bereits die vorangegangenen Haftverfahren gegen den Beschwerdeführer durchgeführt.

2.4. Daran vermögen die (eher theoretischen) Vorbringen des Beschwerdeführers nichts zu ändern. Dies insbesondere auch hinsichtlich des kurzen Zeitraums zwischen dem Entscheid des Bundesstrafgerichtes vom 23. Juli 2014 und dem Ablauf der angeordneten Untersuchungshaft am Ende des gleichen Monats. Der Beschwerdeführer liess bei seinen zeitlichen Überlegungen namentlich unberücksichtigt, dass ihm das rechtliche Gehör noch zu gewähren war. Im Übrigen ist die übergangsrechtliche Bestimmung von Art. 449 StPO für die hier zu entscheidende Zuständigkeitsfrage nicht relevant. Das streitige Haftverlängerungsverfahren läuft nach Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011.

2.5. Insgesamt ist die Zuständigkeit der Vorinstanz zum Erlass des angefochtenen Haftverlängerungsentscheids zu bejahen.

68

Art. 82 und Art. 409 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Verlangt nur die Privatklägerschaft ein begründetes Urteil oder ergreift bloss sie alleine ein Rechtsmittel, begründet das Gericht das Urteil nur in dem Masse, als sich dieses auch auf das strafbare Verhalten zum Nachteil der Privatklägerschaft und auf deren Zivilansprüche auswirkt (Art. 82 Abs. 3 StPO). Sofern sich die Umstände der Tat auf die Beurteilung der Zivilansprüche der Privatklägerschaft auswirken, muss aus dem Urteil hervorgehen, welche Gründe zum Schuldspruch führten und insbesondere von welchem Sachverhalt das Gericht ausging. Für die Beurteilung, ob aufgrund einer bloss vorübergehenden Gesundheitsbeeinträchtigung eine Genugtuung zu leisten ist, muss folglich insbesondere ersichtlich sein, ob erschwerende Begleitumstände vorlagen. Fehlen entsprechende Ausführungen, weist der Entscheid i. S. v. Art. 409 Abs. 1StPO einen wesentlichen Mangel auf, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden kann und der zur Rückweisung des Entscheids an das erstinstanzliche Gericht führt.

Kantonsgericht, Strafkammer, 10. November 2014

Die Staatsanwaltschaft erhob gegen den Beschuldigten Anklage, weil er die Privatklägerin, seine damals von ihm getrennt lebende Ehefrau, bei ihr zu Hause besucht, an den Haaren gezogen und sie mit Faustschlägen und mit einer PET-Flasche am Kopf traktiert haben soll. Das Kreisgericht sprach den Beschuldigten der einfachen Körperverletzung schuldig und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe. Die Zivilforderung der Privatklägerin verwies es auf den Zivilweg, ihre Genugtuungsforderung wies es ab. Die Privatklägerin erklärte gegen diesen Entscheid Berufung und verlangte, der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihr Schadenersatz und Genugtuung samt Zins zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

III.

5. a) Ihre Genugtuungsforderung begründete die Privatklägerin damit, dass der Schock über den Angriff des Beschuldigten bei ihr tief gesessen sei. Sie sei längere Zeit traumatisiert gewesen und habe nicht alleine in den eigenen vier Wänden sein können. Die von ihr erlittenen Verletzungen seien erheblich gewesen. Besonders bei Schädel-Hirn-Traumatas sei die Gefahr von Spätfolgen gross. Ihre Genugtuungsforderung reduzierte die Privatklägerin im Berufungsverfahren im Vergleich zum vorinstanzlichen Verfahren von Fr. 3000.– auf Fr. 2000.–.

b) Gemäss den Erwägungen der Vorinstanz war keine Schwere der Unbill gemäss Art. 47 OR gegeben, weshalb die Privatklägerin keine Genugtuung zugesprochen erhielt.

c) Die Klage auf Genugtuung wegen Verletzung der Persönlichkeit ist in Art. 49 OR geregelt. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat nach dem Wortlaut dieser Bestimmung Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutgemacht worden ist (Abs. 1); anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen (Abs. 2). Damit eine Entschädigung aus Genugtuung geschuldet ist, muss das Opfer eine seelische Unbill erlitten haben, welche in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit der Verletzung stehen muss, die ihrerseits widerrechtlich sein muss und ihrem Urheber zuzurechnen ist (BGE 131 III 26 E. 12.1 = Pra 94 Nr. 104 E. 12.1).

Gemäss Art. 47 OR, der einen Anwendungsfall von Art. 49 OR darstellt (BGE 123 III 104 E. 2.e; BGer 6B_354/2011 E. 5.2; 4A_162/2008 E. 5.4), kann der Richter bei Tötung eines Menschen oder bei Körperverletzung dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten unter Würdigung der besonderen Umstände eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen. Die Genugtuung bezweckt den Ausgleich für erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder die Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird. Die subjektiv von der betroffenen Person erfahrene Unbill lässt sich nur bedingt nachweisen. Der Richter kommt deshalb nicht umhin, sich bei der Festlegung einer Basisgenugtuung in der Regel auf ein paar objektive Kriterien und auf eine vermutete durchschnittliche Empfindsamkeit der betroffenen Person zu beschränken (BK OR-Brehm, Art. 49 N 22; ZK OR-Landolt, Vorbemerkungen zu Art. 47/49 N 126; BGE 120 II 97 E. 2b). Bemessungskriterien sind vor allem die Art und Schwere der Verletzung, die Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen, der Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen, ein allfälliges Selbstverschulden des Geschädigten sowie die Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Zahlung eines Geldbetrags (BGE 132 II 117 E. 2.2.2 m. w. H.). Ist die Verletzung nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, eine schwere Unbill zu verursachen, so genügt der Beweis dieser Verletzung; die Schwere der Unbill muss dann nicht mehr bewiesen werden (BK-OR Brehm, Art. 49 N 22; BGE 120 II 97 E. 2b). Behauptet eine Partei eine vom Durchschnittsempfinden erheblich abweichende subjektive Betroffenheit und fordert sie eine Erhöhung oder Herabsetzung der Genugtuungssumme, ist sie dafür beweispflichtig (ZK OR-Landolt, Vorbemerkungen zu Art. 47/49 N 127; BK OR-Brehm, Art. 49 N 22; Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht, Band 2, N 242).

Nicht jede physische oder psychische Verletzung oder Beeinträchtigung führt zu einer Genugtuung (BGE 125 III 70 E. 3.c; 110 II 163 E. 2.c). Verlangt wird eine gewisse Schwere der Beeinträchtigung, wie beispielsweise Invalidität beziehungsweise dauernde Beeinträchtigung eines wichtigen Organs (BGE 121 II 369 E. 3.c/bb). Nicht genugtuungsbegründend sind Gesundheitsbeeinträchtigungen, die ohne grösseren Aufwand geheilt werden können («Bagatellverletzungen»), wie z. B. Knochenbrüche, insbesondere Bein- oder Schlüsselbeinbrüche, die normal verheilen, Hirnerschütte-

rungen, Rissquetschwunden, Blutergüsse oder Schürfungen sowie Tätlichkeiten, z. B. Ohrfeigen, Faustschläge oder Fusstritte. Selbst ein kurzzeitiger Spitalaufenthalt von wenigen Tagen oder eine Arbeitsunfähigkeit von bis zu einem Monat hat keine immaterielle Unbill zur Folge. Ist die Schädigung nicht dauernd, wird ein Genugtuungsanspruch nur angenommen, wenn besondere Umstände vorliegen, wie etwa ein mehrmonatiger Spitalaufenthalt mit zahlreichen Operationen oder eine lange Leidenszeit und Arbeitsunfähigkeit; bei Arbeitsunfähigkeit von bloss einigen Wochen wird im Allgemeinen ein Genugtuungsanspruch verneint. Bei vorübergehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen ist eine immaterielle Unbill erst dann anzunehmen, wenn erschwerende Begleitumstände vorliegen. Solche sind gegeben, wenn die an sich geringfügige Körperverletzung vorsätzlich und unter traumatischen Umständen zugefügt wurde oder längerfristige psychische Nachwirkungen hat; beträchtliche psychische Beeinträchtigungen müssen bei der Bemessung der Genugtuung entsprechend berücksichtigt werden, so etwa posttraumatische Stresszustände, die zu dauerhaften Veränderungen der Persönlichkeit führen (BGer 6B_353/2012 E. 2.1; 1A.235/2000 E. 5.b, 6S. 334/2004 E. 4.2; 6S. 28/2003 E. 3.2; Landolt, Stand und Entwicklung des Genugtuungsrechts, HAVE 2009, S. 128; BK OR-Brehm, Art. 47 N 28 ff.; ZK OR-Landolt, Art. 47 N 6 ff.; Honsell/Isenring/Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich 2013, S. 127; Keller/Gabi/Gabi, Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Basel 2012, S. 131 ff.; Hütte/Landolt, a. a. O., N 309 ff.).

d/aa) Die Vorinstanz hielt unter Verweis auf den Austrittsbericht vom 26. Oktober 2011 und den Bericht des Spitals A. vom 2. März 2012 fest, dass die Privatklägerin während gut 18 Stunden hospitalisiert gewesen war. Ihr seien eine Gehirnerschütterung, eine Kontusion am linken Unterarm, eine Schürfung am 5. Finger rechts und eine Brustbeinprellung diagnostiziert worden. Mit bleibenden Schäden sei nicht zu rechnen; der Privatklägerin sei allerdings für fünf Tage Arbeitsunfähigkeit diagnostiziert worden. Die Vorinstanz ging im Übrigen offenbar davon aus, dass die Beeinträchtigungen der Gesundheit der Privatklägerin adäquat kausal auf die i. S. v. Art. 41 Abs. 1 OR widerrechtliche und schuldhaft begangene Tat des Beschuldigten zurückzuführen war (vgl. zu den Haftungsvoraussetzungen anstatt vieler BK OR-Brehm, Art. 47 N 15 ff.). In den besagten Berichten findet sich zudem der Hinweis, der Spitalaufenthalt habe sich komplikationslos gestaltet. Einzig intermittierender Schwindel und zu Beginn Übelkeit, Brechreiz und Kopfschmerzen seien festgestellt worden. Nach Entlassung aus dem Spital wurden der Privatklägerin überdies wie bereits erläutert während fünf Tagen körperliche Schonung, Reizabschirmung und Meidung direkter Sonneneinstrahlung empfohlen.

Die Vorinstanz verwies weiter darauf, dass keine Hinweise auf einen Dauerschaden bei der Privatklägerin vorlägen und auch kein längerer Spitalaufenthalt nötig gewesen sei. Auch seien keine Angaben ersichtlich, die auf «dauerhafte, schwere psychische Auswirkungen» schliessen lassen würden.

bb) Selbst wenn die Arbeitsunfähigkeit der Privatklägerin vom 29. Oktober 2011 bis zum 5. November 2011 gemäss Arztzeugnis von Dr. med. H vom 10. August

2012 ebenfalls auf die Tat des Beschuldigten zurückzuführen ist – und somit insgesamt elf Tage dauerte – weisen die von ihr erlittenen physischen Verletzungen bloss Bagatellcharakter auf. Insbesondere ist nicht aktenkundig und wird auch nicht behauptet (der Verteidiger erwähnt einzig «die Gefahr von Spätfolgen»), dass die Privatklägerin längerfristig in ihrer körperlichen Gesundheit beeinträchtigt gewesen wäre (vgl. Hütte/Landolt, a. a. O., N 308, für Beispiele von Verletzungen mit Bagatellcharakter).

cc) In einer handschriftlichen Notiz machte die Privatklägerin im April 2012 geltend, dass sie nach der Tat Angstzustände gehabt habe und eine Kollegin während beinahe drei Wochen bei ihr habe schlafen müssen; sie selber habe Angst gehabt, mit den Kindern alleine in der Wohnung zu schlafen. Unmittelbar nach der Tat hatte die Privatklägerin V telefonisch um Hilfe gebeten. Er begab sich schliesslich zusammen mit N zur Wohnung der Privatklägerin und begleitete Letztere daraufhin auch ins Spital A. V bezeichnete den Zustand der Privatklägerin anlässlich des Telefonanrufs als «völlig verstört, sie hat nur geweint». Die Privatklägerin hätten sie schliesslich «[v]erstört, unter Schock, verweint» in der Wohnung angetroffen. Sie habe gesagt, es sei ihr schlecht. Über Schmerzen habe sie nicht geklagt, jedoch habe sie Angst wegen den Kindern gehabt. Sie habe befürchtet, der Beschuldigte würde zurückkommen. N gab zu Protokoll, dass die Privatklägerin verstört gewesen sei, am ganzen Körper gezittert und fest geweint habe, als V und sie eingetroffen seien. Man habe «gar nicht mehr richtig» mit ihr sprechen können.

Aufgrund der besagten handschriftlichen Notiz der Privatklägerin sowie der Formulierungen ihres Rechtsvertreters in seiner Eingabe vom 24. September 2012 («Der Schock über den Angriff […] sass bei [der Privatklägerin] tief. Sie war längere Zeit traumatisiert» [keine Hervorhebungen im Original]) ist davon auszugehen, dass die Tat des Beschuldigten zwar kurzzeitige, aber keine längerfristigen psychischen Auswirkungen auf die Privatklägerin hatte; eine dauernde beträchtliche psychische Beeinträchtigung der Privatklägerin durch die Tat liegt nicht vor.

dd) Die physischen und psychischen Auswirkungen der Tat des Beschuldigten führten nach dem zuvor Gesagten bei der Privatklägerin bloss zu vorübergehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen. Für die Annahme einer immateriellen Unbill bedürfte es demnach erschwerender Umstände.

e/aa) Die Vorinstanz begründete in ihrem Entscheid vom 29. Oktober 2013 den Schuldspruch des Beschuldigten nicht. Weil die Berufungsanmeldung der Privatklägerin einzig die Zivilpunkte umfasste – der Beschuldigte zog seine Berufungsanmeldung zurück –, beschränkte sich die schriftliche Begründung der Vorinstanz darauf. Offenbar begründete das Kreisgericht seinen Entscheid bei der mündlichen Urteilseröffnung im Anschluss an die erstinstanzliche Verhandlung i. S. v. Art. 84 Abs. 1 StPO, ohne die Entscheidgründe allerdings schriftlich festzuhalten.

bb) Das erstinstanzliche Gericht kann nur ausnahmsweise auf die schriftliche Begründung eines Urteils verzichten (Art. 80 Abs. 2 i.V.m. Art. 82 StPO). Eine schriftliche Begründung muss insbesondere dann ergehen, wenn eine Partei innert

zehn Tagen nach Zustellung des Dispositivs eine solche verlangt oder wenn eine Partei ein Rechtsmittel ergreift (Art. 82 Abs. 2 StPO). Verlangt nur die Privatklägerschaft ein begründetes Urteil oder ergreift bloss sie alleine ein Rechtsmittel, begründet das Gericht das Urteil nur in dem Masse, als sich dieses auch auf das strafbare Verhalten zum Nachteil der Privatklägerschaft und auf deren Zivilansprüche auswirkt (Art. 82 Abs. 3 StPO).

cc) Welche Gründe zum Schuldspruch führten und insbesondere von welchem Sachverhalt die Vorinstanz ausging, ist aus dem vorinstanzlichen Entscheid nicht ersichtlich, obwohl sich die Umstände der Tat auf die Beurteilung der Zivilansprüche der Privatklägerin auswirken. Das Berufungsgericht kann mangels Kenntnis der Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz insbesondere nicht abwägen, ob aufgrund der Tathandlungen des Beschuldigten im Sinne der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erschwerende Begleitumstände (insbesondere inwiefern die Gesundheitsbeeinträchtigungen unter vorsätzlichen und traumatischen Umständen zugefügt wurden) zu den vorübergehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen der Privatklägerin vorlagen. Für die vollständige Beurteilung der Genugtuungsforderung der Privatklägerin wäre dies aber unerlässlich.

dd) Nachdem die Schuldsprüche mangels Anfechtung nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens sind (Art. 404 Abs. 1 StPO), erscheint eine erneute (umfassende) Beweiswürdigung durch das Berufungsgericht insbesondere hinsichtlich der Tathandlungen des Beschuldigten und des damit verbundenen Erfolgs nicht angezeigt. Hinzu kommt, dass im Rahmen des vorliegend bei der Beurteilung der Zivilklagen wie erläutert zur Anwendung gelangenden Art. 320 lit. b ZPO bloss eine «offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes» durch die Vorinstanz überprüft werden kann. Entsprechend ist vorausgesetzt, dass die Vorinstanz ihre Feststellungen zum Sachverhalt in schriftlicher Form festgehalten hat.

ee) Indem die Vorinstanz ihren Entscheid bloss teilweise begründet respektive die Begründung bloss teilweise schriftlich festgehalten hat, verletzte sie Bundesrecht. Der vorinstanzliche Entscheid weist nach dem Gesagten i. S. v. Art. 409 Abs. 1 StPO einen wesentlichen Mangel auf, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden kann. Der vorinstanzliche Entscheid wird daher hinsichtlich der Genugtuungsforderung der Privatklägerin aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen (vgl. dazu insbesondere Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 409 N 3 ff.).

69

Art. 87 Abs. 2 StPO (SR 312.0). Zustellungsdomizil für Personen mit Wohnsitz im Ausland. Fristauslösende Zustellungen an die Stabsdienste der Staatsanwaltschaft sind mit Zustimmung der betroffenen Person zulässig.

Anklagekammer, 8. Oktober 2014

Aus den Erwägungen:

II.

2. Die beschuldigte Person kann gegen einen Strafbefehl innert 10 Tagen schriftlich und unbegründet Einsprache erheben (Art. 354 StPO). Die Einsprachefrist beginnt am der Zustellung folgenden Tag zu laufen; sie ist gewahrt, wenn die Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist bei der zuständigen Behörde abgegeben oder zu deren Handen der Schweizerischen Post, einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung oder, im Falle von inhaftierten Personen, der Anstaltsleitung übergeben wird (Art. 90 f. StPO). Dabei handelt es sich um eine gesetzliche und damit nicht erstreckbare Frist (Art. 89 Abs. 1 StPO).

3. Mitteilungen im Rahmen eines Strafverfahrens sind den Adressaten an ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder an ihren Sitz zuzustellen (Art. 87 Abs. 1 StPO). Parteien oder Rechtsbeistände mit Wohnsitz, gewöhnlichem Aufenthaltsort oder Sitz im Ausland haben in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen, sofern nicht eine staatsvertragliche Vereinbarung besteht, wonach Mitteilungen direkt ins Ausland zugestellt werden können (Art. 87 Abs. 2 StPO). Die Strafprozessordnung kennt damit in Bezug auf Personen im Ausland grundsätzlich zwei Zustellvarianten. Soweit ein Staatsvertrag die direkte Zustellung ermöglicht, hat diese zu erfolgen. Besteht keine entsprechende staatsvertragliche Regelung, ist hingegen ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bestimmen. Im Säumnisfall greift eine dritte Variante Platz, nämlich die Eröffnung von Mitteilungen auf dem Weg der öffentlichen Bekanntmachung im Amtsblatt des Bundes oder des entsprechenden Kantons (Art. 88 StPO). Die gesetzliche Ordnung will so sicherstellen, dass Behörden für die Zustellung ihrer Mitteilungen nicht den aufwendigen Weg der freiwilligen Rechtshilfe beschreiten müssen (Schmid, StPO, Praxiskommentar, Art. 87 N 4 ff.; BSK StPO – Arquint, Art. 87 N 4).

3.1. Der angefochtene Entscheid hält zutreffend fest, dass der Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Serbien vom 28. November 1887 (SR 0.353.981.8) keine direkte, sondern in Art. XV einzig eine amtliche Zustellung in Strafsachen vorsieht. Ebenso zutreffend ist die vorinstanzliche Feststellung, wonach die in Art. 16 des 2. Zusatzprotokolls zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 8. November 2001 (SR 0.351.12) vorgesehene Zustellung auf dem Postweg aufgrund eines Vorbehalts der Republik Serbien nicht anwendbar ist. Damit ist erstellt, dass eine direkte Zustellung des Straf-

befehls nach Serbien nicht möglich war und deshalb nicht erfolgen konnte und durfte.

3.2. Die Untersuchungsbehörden waren daher berechtigt, den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 87 Abs. 2 StPO aufzufordern, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Die Kantonspolizei verwendete zu diesem Zweck ein Formular, auf dem diese gesetzliche Grundlage im Wortlaut wiedergegeben ist, der Betroffene die Möglichkeit zur Bezeichnung eines frei wählbaren Domizils in der Schweiz hat oder alternativ eine Zustellung an die Stabsdienste der Staatsanwaltschaft St.Gallen wählen kann. Der Betroffene wird überdies darauf hingewiesen, dass er Änderungen seiner ausländischen Wohnadresse mitteilen müsse, um den Behörden jederzeit eine schnelle Benachrichtigung per A-Post zu ermöglichen. Schliesslich wird in fettgedruckter Schrift und auf verständliche Weise darauf aufmerksam gemacht, dass Rechtsmittelfristen bereits mit der Zustellung ans schweizerische Domizil zu laufen beginnen. Der Beschwerdeführer füllte dieses Formular aus und unterzeichnete es eigenhändig. Zudem erhielt er für sich ein Exemplar dieser Erklärung.

3.3. Der Beschwerdeführer hatte damit einerseits Kenntnis von der Tragweite seiner Erklärung. Andererseits hätte es ihm ohne Weiteres freigestanden, ein anderes Zustellungsdomizil zu wählen. Er hätte Mitteilungen zum Beispiel an seine im Kanton Zug lebende Schwester oder an die Botschaft seines Heimatstaates in der Schweiz zustellen lassen können. Ihm hätte zudem freigestanden, bereits während des laufenden Strafverfahrens einen Verteidiger zu bestellen, der Mitteilungen in der Folge entgegengenommen hätte. Der Kanton St.Gallen bietet darüber hinaus für all jene, die kein anderes schweizerisches Domizil bezeichnen können oder wollen die Möglichkeit, Zustellungen an die Stabsdienste und damit an eine separate und mit dem konkreten Strafverfahren in der Sache nicht befasste Abteilung der Staatsanwaltschaft vornehmen zu lassen. Bereits die verfügende Stelle – hier das Untersuchungsamt Altstätten – ist sodann dafür besorgt, dass der von der Mitteilung Betroffene über die (fristauslösende) Mitteilung an die Stabsdienste in Kenntnis gesetzt wird. Böte der Kanton diese Möglichkeit nicht und könnte oder wollte der Betroffene kein anderes inländisches Domizil bezeichnen, bliebe einzig die (ebenfalls fristauslösende) Publikation im Amtsblatt des entsprechenden Kantons bzw. des Bundes (Art. 88 StPO; Schmid, StPO, Praxiskommentar, Art. 87 N 6; BSK StPO – Arquint, Art. 87 N 4). Bei einer solchen öffentlichen Bekanntmachung wäre die Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen und rechtzeitigen Kenntnisnahme durch den Betroffenen hingegen im Gegensatz zur im Kanton St.Gallen hilfsweise zur Verfügung gestellten Zustellung an die Stabsdienste der Staatsanwaltschaft ungleich geringer. Die im Kanton St.Gallen geübte Praxis bietet dem Betroffenen damit eine Zusatzdienstleistung, falls die Bezeichnung eines eigenen Zustellungsdomizils im Inland nicht möglich oder gewollt ist; die für den Betroffenen äusserst unpraktische öffentliche Bekanntmachung lässt sich dadurch vermeiden. Die Zustellung an die Stabsdienste der Staatsanwaltschaft (unter gleichzeitiger Information

des Betroffenen) vermag sich daher zwanglos in das von der Strafprozessordnung geschaffene System der Zustellung von Mitteilungen einzufügen.

3.4. Der in der Beschwerde erhobene Vorwurf, die Praxis sei im vorliegenden Fall nur schon deshalb rechtswidrig, weil die Adresse und Mobiltelefonnummer des Beschwerdeführers bekannt gewesen seien, verfängt nicht. Der Beschwerdeführer wurde sehr wohl an seinem Wohnsitz über Erlass und Inhalt des Strafbefehls in Kenntnis gesetzt. Einzig die förmliche (fristauslösende) Zustellung erfolgte an die Staabsdienste der Staatsanwaltschaft.

3.5. Der Beschwerdeführer gab die umstrittene Erklärung zum inländischen Zustellungsdomizil am 29. November 2012 im Anschluss an seine Befragung durch die Kantonspolizei ab. Die Einvernahme dauerte nur rund 25 Minuten, endete um 19.01 Uhr, und konnte auf Deutsch durchgeführt werden. Den Akten sind keinerlei Hinweise darauf zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer mit dem Verständnis der deutschen Sprache irgendwelche Mühe bekundet hat. Er war damit weder einer vorgängigen langwierigen oder zermürbenden Einvernahme ausgesetzt, noch standen sprachliche Gründe dem Verständnis des (inhaltlich klaren) Formulars entgegen.

3.6. Der Strafbefehl wurde von den Stabsdiensten der Staatsanwaltschaft St.Gallen am 11. Februar 2013 entgegengenommen, was die Rechtsmittelfrist auslöste. Da die förmliche Zustellung damit erfolgte, ist für die Fristberechnung nicht mehr massgebend, ob der Strafbefehl den Beschwerdeführer tatsächlich erreichte. Dies liegt, wie bei jedem Vertretungs- bzw. Domizilhalterverhältnis, letztlich im Risikobereich des Beschwerdeführers. Da der Versand per A-Post erfolgte (was auf dem vom Beschwerdeführer unterzeichneten Formular ausdrücklich vermerkt ist), kann die erfolgreiche Zustellung der Orientierungskopie naturgemäss nicht mehr belegt werden. Es gibt aber auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Versand auf Seiten der Staatsanwaltschaft nicht erfolgt wäre (der Beschwerdeführer ist bereits im Verteiler des Strafbefehls als Empfänger aufgeführt).

3.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die weisungsgemässe Zustellung des Strafbefehls an die Stabsdienste der Staatsanwaltschaft St.Gallen den strafprozessualen Bestimmungen genügt und rechtmässig ist. Für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ergeben sich aus der Beschwerde keine Anhaltspunkte, ebenso wenig wie für eine willkürliche Rechtsanwendung. Der angefochtene vorinstanzliche Entscheid erweist sich daher als rechtmässig, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

70

Art. 91 Abs. 2 StPO (SR 312.0). Rechtzeitige Übergabe einer Einsprache gegen einen Strafbefehl an die schweizerische Post. Bei Personen mit Wohnsitz im Ausland müssen die massgebenden Bestimmungen in der Rechtsmittelbelehrung ausdrücklich genannt werden.

Anklagekammer, 14. Mai 2014

Aus den Erwägungen:

II.2.a) Gegen den Strafbefehl kann bei der Staatsanwaltschaft innert 10 Tagen schriftlich Einsprache erhoben werden (Art. 354 Abs. 1 StPO). Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist bei der Strafbehörde abgegeben oder zu deren Handen der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (vgl. Art. 91 Abs. 2 StPO).

b) Der Beschwerdeführer nahm den Strafbefehl am 20. Dezember 2013 entgegen und gab die Einsprache am 30. Dezember 2013 bei der österreichischen Post auf. Er hat die Einsprache damit innert der zehntägigen Frist erhoben, jedoch einer ausländischen statt der schweizerischen Post übergeben. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass er die Postsendung in der Schweiz aufgegeben hätte, wenn er darauf hingewiesen worden wäre. Er sei sich sicher gewesen, die Einsprache rechtzeitig und rechtskonform erledigt zu haben.

c) Im Falle einer anwaltlichen Vertretung ist eine Postaufgabe im Ausland zur Fristwahrung ungenügend (vgl. GVP 2011 Nr. 69). Handelt es sich beim Rechtsmitteleinleger hingegen um einen juristischen Laien, so rechtfertigt sich diese Auffassung nicht. Um sich gegenüber einem im Ausland wohnhaften Rechtsmitteleinleger auf das Erfordernis der Übergabe an eine schweizerische Poststelle berufen zu können, muss die entsprechende Gesetzesbestimmung in der Rechtsmittelbelehrung ausdrücklich angegeben werden (vgl. diesbezüglich BGE 125 V 65; ebenso Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., N 1308; a. A. BGer 6B_22/2013, BGer 4A_305/2010). Dies rechtfertigt sich bei einer Einsprache gegen einen Strafbefehl umso mehr, als der Strafbefehl «lediglich» einen Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung des Straffalles bzw. ein Angebot zur summarischen Verfahrenserledigung darstellt. Er entfaltet erst rechtliche Wirkung und wird zum Urteil, wenn dagegen keine gültige Einsprache erhoben wird (vgl. Art. 354 Abs. 3 StPO). Das 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.). Soll jedoch die Durchführung

des ordentlichen Verfahrens mit einer einfachen Erklärung möglich bleiben, so kann einem Rechtsmitteleinleger, der im Ausland wohnt, juristischer Laie ist und über die Pflichten nach Art. 91 StPO (rechtzeitige Übergabe der Einsprache an die Schweizerische Post) nicht belehrt worden ist, diese Bestimmung nicht entgegengehalten werden. Ein solches Vorgehen würde die Rechtsstaatlichkeit des Strafbefehlsverfahrens bei einem juristischen Laien in Frage stellen. Die Einsprache erhebende Person darf und muss auf ein rechtsstaatliches Verfahren vertrauen können. Auf den gerichtlichen Rechtsschutz kann nur der informierte Beschuldigte wirksam verzichten (vgl. BGer 6B_908/2013 E. 2.6).

Insgesamt ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer über die Pflicht der rechtzeitigen Übergabe der Einsprache an die Schweizerische Post nicht belehrt worden ist, ein entsprechender Hinweis ist insbesondere im angefochtenen Strafbefehl bzw. dessen Rechtsmittelbelehrung nicht enthalten. Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer diese Regelung gekannt hatte, liegen ebenfalls nicht vor. Insbesondere hatte er auch seine erste Einsprache der österreichischen Post übergeben, diese wurde – infolge der fristgerechten Weiterleitung an die schweizerische Post – ohne Weiteres auch behandelt. Ebenso kann man nicht davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer diese Regelung hätte kennen müssen; Hinweise auf ein entsprechendes Wissen aus allfällig früheren Verfahren liegen nicht vor. Dass ihm die Regelung (erst) mit dem vorliegenden Einspracheverfahren bekannt wurde, zeigt der Umstand, dass er nun die vorliegende Beschwerde der Schweizerischen Post in Rebstein übergeben hat (vgl. Briefumschlag). In Kenntnis der Vorschrift scheint der Beschwerdeführer ohne Weiteres gewillt, diese einzuhalten. Damit kann dem Beschwerdeführer die nicht rechtzeitige Übergabe der Einsprache an die Schweizerische Post nicht entgegengehalten werden.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde zu schützen und der Entscheid des Einzelrichters des Kreisgerichts Rheintal vom 27. März 2014 aufzuheben ist.

71

Art. 104, Art. 105, Art. 115, Art. 118 und Art. 301 StPO (SR 312); Art. 38 EG StPO (sGS 962.1). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons St.Gallen als öffentlich-rechtliche Anstalt ist im Strafverfahren weder als Privatklägerin, Partei noch als andere Verfahrensbeteiligte i. S. v. Art. 105 StPO zuzulassen. Als Anzeigeerstatterin stehen ihr bei Sozialversicherungsbetrugsfällen keine über Art. 301 StPO hinausgehenden Verfahrensrechte zu. Die öffentlichen Interessen an der strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung der beschuldigten Person werden im Strafverfahren durch die Staatsanwaltschaft wahrgenommen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 12. August 2014

Aus den Erwägungen:

3. Die SVA St.Gallen bringt in ihrer Vernehmlassung zusammengefasst und sinngemäss vor, dass sie sich mit ihrer Klage als Privatklägerin konstituiert und sich auch in der Folge am Strafverfahren beteiligt habe. Sie begründet ihre Stellung u. a. damit, dass regelmässig parallel zum Strafverfahren durch die IV-Stelle das IV-rechtliche Abklärungsverfahren geführt werde. In diesen Verfahren würden teils deckungsgleiche, teils divergierende Interessen verfolgt. Die Verfahren müssten unbedingt koordiniert werden. Die Koordination der Verfahren erfordere die Zulassung der IV-Stelle als Partei im Strafprozess. Vorliegend habe das Versicherungsgericht den Sozialversicherungsprozess bis zum Vorliegen des begründeten Strafurteils sistiert. Das Kantonsgericht wiederum beabsichtige, ein polydisziplinäres Gutachten einzuholen, welches voraussichtlich auch Eingang ins IV-Dossier finden werde. Es sei deshalb wichtig, dass die IV-Stelle das Recht habe, sich an diesem Beweisverfahren zu beteiligen. In diesem Zusammenhang weist die SVA St.Gallen auch auf die Gefahr einer widersprüchlichen Rechtsprechung hin. Weiter wird ausgeführt, dass es im Interesse der Rechtsfindung im Strafverfahren liege, dass die IV-Stelle ihre Sichtweise einbringen könne, da durch die Verteidigung oft falsche, verzerrte oder irreführende Ausführungen zum materiellen oder formellen IV-Recht gemacht würden. Die SVA St.Gallen gehe zudem davon aus, dass weder die Staatsanwaltschaft noch das Strafgericht genaue Kenntnis des sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens hätten. Die IV-Stelle könne hier einen wertvollen Beitrag leisten.

a) Nach Art. 118 Abs. 1 und 3 StPO gilt als Privatklägerschaft die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen und diese Erklärung gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde spätestens bis zum Abschluss des Vorverfahrens abgegeben hat. Die so konstituierte Privatklägerschaft gilt als Partei (Art. 104 Abs. 1 Bst. b StPO). Bund und Kantone können darüber hinaus weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren

haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen (Art. 104 Abs. 2 StPO). Andere Verfahrensbeteiligte ist u. a. die Person, die Anzeige erstattet. Wird diese unmittelbar in ihren Rechten betroffen, so stehen ihr die zur Wahrung ihrer Interessen erforderlichen Verfahrensrechte einer Partei zu (Art. 105 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 StPO).

b) Die Geschädigte ist eine zentrale Person im Strafprozessrecht. Als geschädigte Person gilt nach Art. 115 Abs. 1 StPO, wer durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist. Unmittelbar verletzt ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowie herrschender Lehre in der Regel der Träger des Rechtsguts, welches durch die fragliche Strafbestimmung geschützt werden soll (BGE 138 IV 258 E. 2.2; 128 I 218 E. 1.5 mit Hinweisen; zuletzt BGer 6B_94/2013 E. 1.1; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 21; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 515; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Rz. 682). Sodann gilt die zur Stellung eines Strafantrags berechtigte Person in jedem Fall als geschädigte Person (Art. 115 Abs. 2 StPO).

Es ist unbestritten, dass die SVA St.Gallen gegen den Beschuldigten Strafklage erhob. Ob sie als Geschädigte gelten kann, ist indessen fraglich. Im Schrifttum werden in diesem Zusammenhang überzeugende Bedenken geäussert. So halten Mazzucchelli/Postizzi fest, dass Behörden der eidgenössischen oder kantonalen Zentralverwaltung, öffentlich-rechtliche Anstalten, öffentlich-rechtliche Körperschaften und öffentlich-rechtliche Stiftungen nur geschädigte Personen i. S. v. Art. 115 Abs. 1 StPO seien, soweit sie durch die Straftat in ihren Rechten wie ein Privater verletzt worden sind. Nicht geschädigt seien i. d. R. Verwaltungsträger des Gemeinwesens, wenn sich die Straftat gegen Rechtsgüter richte, für welche sie zuständig seien. Die Anerkennung der Geschädigteneigenschaft ohne eine spezifische gesetzliche Grundlage des Bundes oder des betreffenden Kantons würde zu einer unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung unhaltbaren Kontrolle der Strafverfolgungsbehörde durch die Verwaltung in Bezug auf Einhaltung des Legalitätsprinzips führen. Die öffentlichen Interessen würden in solchen Fällen von der Staatsanwaltschaft gewahrt. Nicht geschädigt sei etwa das kantonale Sozialamt bei Sozialhilfebetrug (BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 115 N 39 f. mit Hinweis auf den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern SK Nr. 2009/365 vom 30. November 2009, in: RStrS 2010 Nr. 697).

c) Die Sozialversicherungsanstalt ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons St.Gallen mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 54 Abs. 2 IVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 EG-AHV [sGS 350.1]). Sie vollzieht die Bundesgesetzgebung über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b EG-AHV) und nimmt damit Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit wahr. Sie erfüllt – analog der SUVA als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes – öffentliche Aufgaben. Diese Tätigkeiten sind damit amtlich und die sie verrichtenden Personen Beamte i. S. v. Art. 110 Abs. 3 StGB (BGE 135 IV 201 E. 3.3). Der Sozialleistungsbetrug

bzw. Sozialversicherungsbetrug hat den betrügerischen Bezug von Sozialleistungen bzw. das betrügerische Verhalten zum Nachteil der entsprechenden Sozialversicherungen zum Gegenstand. Geschütztes Rechtsgut ist sowohl das öffentliche Vermögen (Vermögen des Ausgleichsfonds [Art. 79 ff. IVG]) als auch die Institution der Sozialversicherung als wichtiges staatliches Instrument, das sich am Gedanken des Solidaritätsprinzips orientiert und versucht, für Gerechtigkeit und das Wohlbefinden der Menschen zu sorgen (Käser, Sozialleistungsbetrug – Sozialversicherungsbetrug/Sozialversicherungsmissbrauch, Diss. Zürich 2012, Rz. 12 ff.). Folglich handelt es sich beim unrechtmässigen Bezug von Versicherungsleistungen um eine Straftat gegen ein Rechtsgut, für welches die SVA St.Gallen selbst zuständig ist. Damit fehlt ihr bei derart gelagerten Fällen die Geschädigteneigenschaft.

Die SVA St.Gallen im Strafverfahren als Privatklägerin, Partei oder andere Verfahrensbeteiligte i. S. v. Art. 105 StPO zuzulassen, würde zudem – entgegen ihrer Ansicht – ihre Unparteilichkeit, Unvoreingenommenheit und Unbefangenheit (vgl. Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK) im Verwaltungsverfahren in Frage stellen. Zwar ist die SVA St.Gallen kein Gericht i. S. v. Art. 30 Abs. 1 BV, doch ergibt sich für Verwaltungsbehörden eine analoge Garantie aus Art. 29 Abs. 1 BV. Diese verlangt ebenso ein bestimmtes Mass an Unvoreingenommenheit der Entscheidbehörde (Steinmann, St.Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 18 mit Hinweisen; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 1668). Auch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt die SVA St.Gallen als zur Neutralität und Objektivität verpflichtetes Organ des Gesetzesvollzuges, solange in der Sache kein Beschwerdeverfahren angehoben ist (BGE 104 V 209 E. c; 114 V 228 E. 5a; BGer 8C_845/2008 E. 3.1 mit Hinweisen). Das muss auch für die Prüfung und Abklärung des Rückforderungsanspruchs für allenfalls zu Unrecht ausgerichtete Rentenleistungen gelten. Auch hier ist die SVA St.Gallen an die Grundsätze einer rechtsstaatlichen Verwaltung gebunden. Wäre sie nun bereits im Strafverfahren gegen die beschuldigte Person als eine ihre eigenen Interessen vertretende Partei zugelassen, wäre im anschliessenden Administrativ- bzw. Verwaltungsverfahren die sachliche und unvoreingenommene Mitwirkung gefährdet, der verfassungs- und konventionsrechtlich gewährleistete Anspruch auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verletzt. Die öffentlichen Interessen an der strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung der beschuldigten Person werden im Strafverfahren durch die Staatsanwaltschaft wahrgenommen; weitere Verwaltungseinheiten sind nur ausnahmsweise bei entsprechender gesetzlicher Grundlage zuzulassen (vgl. E. 4 hienach). Daran ändert nichts, dass die SVA St.Gallen über besondere sozialversicherungsrechtliche Fachkenntnisse verfügt, sind doch Staatsanwaltschaft und Gericht gehalten, sachverständige Personen beizuziehen, wenn sie nicht über die besonderen Kenntnisse oder Fähigkeiten verfügen, die zur Feststellung oder Beurteilung eines Sachverhalts erforderlich sind (vgl. Art. 182 StPO). So ist im vorliegenden Verfahren denn auch vorgesehen, ein polydisziplinäres Gutachten einzuholen, um die Auswirkung von allenfalls vorliegenden

physischen und/oder psychischen Beschwerden auf die Arbeitsfähigkeit des Beschuldigten zu beleuchten.

d) Im Gegensatz zu Privat- und Haftpflichtversicherungen, bei denen sich zwei Parteien gegenüberstehen, die sich zu gegenseitigen Leistungen verpflichtet haben, besteht bei der IV ein hoheitliches Verhältnis, welches auf einer einseitigen Verfügung beruht. Bei sozialversicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen handelt es sich folglich um Ansprüche öffentlich-rechtlicher Natur, die im Strafverfahren nicht adhäsionsweise geltend gemacht werden können (BGer 1B_491/2012 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen; Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern SK Nr. 2009/365 vom 30. November 2009, in: RStrS 2010 Nr. 697; Schmid, a. a. O., Rz. 702; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 119 N 10; Käser, a. a. O., Rz. 2 und Fn 484; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 122 N 5 mit Hinweis auf BGE 131 I 455 E. 1.2.4; ferner Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 760 f.). Die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen beurteilt sich im Gebiet der IV in erster Linie nach Art. 25 ATSG und den dazu aufgestellten Grundsätzen (Meyer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010 mit Hinweis). Die SVA St.Gallen kann sich demnach in einem Strafverfahren, welchem ein Versicherungsbetrug zugrunde liegt, gar nicht als Zivilklägerin (vgl. Art. 119 Abs. 2 Bst. b StPO) beteiligen, was auch nicht bestritten wird. Anders zu entscheiden wäre, wenn sie sich auf klassische Zivilansprüche im Zusammenhang mit anderen Straftatbeständen, etwa Diebstahl oder Hausfriedensbruch, berufen könnte. Als Zivilansprüche gelten solche, die ihren Grund im Zivilrecht haben und deshalb ordentlicherweise vor dem Zivilgericht durchgesetzt werden müssen. In erster Linie handelt es sich dabei um Ansprüche aus Schadenersatz und Genugtuung nach Art. 41 ff. OR (BGer 6B_94/2013 E. 1.1 und 6B_1245/2013 E. 2.1, je zu Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 BGG; Schmid, a. a. O., Rz. 702; ferner Käser, a. a. O.; vgl. zum Ganzen auch BStrGer SK.2004.8 E. 1.4). Dies trifft vorliegend – wie soeben dargelegt – gerade nicht zu, handelt es sich doch bei einer zu Unrecht bezogenen IV-Rente nicht um eine deliktische Handlung i. S. v. Art. 41 ff. OR.

4. Die SVA St.Gallen bringt weiter vor, es ergebe sich aus Art. 104 StPO, dass der IV-Stelle, die Strafklage eingereicht habe, Parteistellung zukomme.

a) Als Parteien sind im Prinzip nur die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft und der verfolgende Staat zugelassen (Art. 104 Abs. 1 StPO). Die Zulassung weiterer Parteien hätte eine wesentliche Erschwerung des Verfahrens zur Folge, die mit den dadurch erzielten Vorteilen in einem Missverhältnis stünde (Botschaft StPO, BBl 2006 1163). Wie erwähnt können jedoch die Kantone Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen (Art. 104 Abs. 2 StPO). Dabei handelt es sich um einen echten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts. In der bundesrätlichen Botschaft wird darauf hingewiesen, dass Abs. 2 an die bereits in einzelnen Kantonen vorhandenen Regelungen anknüpfe, wonach beispielsweise die Fürsorge-, die Sozial- oder die Um-

weltschutzbehörden bei Delikten in den jeweiligen Bereichen Rechtsmittel einlegen können (BBl 2006 1164; vgl. auch den Begleitbericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zum Vorentwurf für eine Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2001 [nachfolgend «Begleitbericht»], S. 82 f. mit Hinweisen zu den bisherigen kantonalen Regelungen). Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist, gewissen Verwaltungsbehörden Parteistellung einzuräumen, damit diese – da unter Umständen fachlich spezialisiert – die öffentlichen Interessen besser vertreten können. Unter Art. 104 Abs. 2 StPO fallen etwa Umweltschutz-, Sozial-, Fürsorge-, Tierschutz-, Bau- oder Gesundheitsbehörden sowie Konkursämter. Zur Erlangung der Parteistellung bedarf es jedoch einer ausdrücklichen, formellgesetzlichen Grundlage (Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2012, S. 146; Schmid, a. a. O., Rz. 636; CR CPP-Bendani, art. 104 n. 28; einschränkend gar Commentario CPP, Galliani/Marcellini, art. 104 n. 6 f.). Allein die Tatsache, dass eine Behörde nach Art. 302 Abs. 2 StPO eine Anzeige erstattet hat oder ihr Entscheide gemäss Art. 84 Abs. 6 StPO mitzuteilen sind, begründet keine Parteistellung (Schmid, a. a. O., Rz. 636).

b) Der st gallische Gesetzgeber hat vom soeben dargelegten, gesetzlichen Vorbehalt Gebrauch gemacht. Art. 38 EG StPO (sGS 962.1) sieht vor, dass dem zuständigen Departement bei Widerhandlungen gegen Bestimmungen des Tier- und Umweltschutzes, der Waldgesetzgebung sowie in Jagd- und Fischereiangelegenheiten Parteirechte eingeräumt werden (Abs. 1). Bei Vernachlässigung von Unterhaltspflichten können neben der geschädigten Person die Erwachsenenschutz- und Sozialbehörde Strafantrag einreichen und die Rechte der Privatklägerschaft ausüben (Abs. 2). Damit wurde die altrechtliche Regelung von Art. 50 Abs. 2 und 3 StP übernommen (vgl. EG StPO, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 20. Oktober 2009, S. 11). Keine Parteirechte hat folglich die kantonale IV-Stelle. Ihre Beteiligung drängt sich deshalb auch unter Berücksichtigung des kantonalen Rechts nicht auf. Ohnehin ist fraglich, ob halbstaatlichen Unternehmen oder selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten überhaupt Parteistellung eingeräumt werden könnte (ablehnend Schmid, a. a. O., Rz. 636 Fn 6; ebenso Lieber, a. a. O., Art. 104 N 14).

5. Die SVA St.Gallen beruft sich sodann auf Art. 105 StPO. Durch die Abklärungen im Strafverfahren würden die Interessen der Invalidenversicherung unmittelbar betroffen. Das Strafverfahren habe einen direkten Einfluss auf das Beweisergebnis und auch auf die rechtliche Würdigung im Sozialversicherungsverfahren.

a) Art. 105 Abs. 1 Bst. b StPO bezeichnet die Person, die Anzeige erstattet, als «andere Verfahrensbeteiligte», welcher bei unmittelbarer Betroffenheit ihrer Rechte, die zur Wahrung ihrer Interessen erforderlichen Verfahrensrechte zustehen (Art. 105 Abs. 2 StPO). Ein bloss mittelbares oder faktisches Betroffensein genügt nicht für die Einräumung von Parteirechten (BGE 137 IV 280 E. 2.2.1; BGer 1B_432/2011 E. 5; BSK StPO-Küffer, Art. 105 N 31; Lieber, a. a. O., Art. 105 N 12; je mit weiteren Hinweisen). Unmittelbare Betroffenheit liegt etwa vor, wenn in die Grundrechte oder Grundfreiheiten eingegriffen wird, eine Schweigepflicht auferlegt

oder Zwangsmassnahmen angeordnet werden (BGE 137 IV 280 E. 2.2.1; BGer 6B_80/2013 E. 1.2; Schmid, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 301 N 4; Landshut, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], a. a. O., Art. 301 N 12; vgl. auch Begleitbericht, S. 84). Der Anzeigeerstatterin stehen abgesehen vom beschränkten Anspruch auf Information über die Einleitung und die Erledigung des Strafverfahrens (Art. 301 Abs. 2 StPO) indes grundsätzlich keine weiteren Verfahrensrechte zu, wenn sie weder geschädigt noch Privatklägerin ist (Art. 301 Abs. 3 StPO).

b) Die SVA St.Gallen wurde wie dargelegt durch den von ihr zur Anzeige gebrachten gewerbsmässigen Betrug nicht unmittelbar geschädigt im Sinne von Art. 115 StPO. Ihr fehlt somit die Geschädigtenstellung und sie kann nicht als Privatklägerin am Strafverfahren teilnehmen (vgl. E. 3 hievor). Eine unmittelbare Betroffenheit ihrer Rechte ist ebenfalls zu verneinen. Es erscheint zwar nachvollziehbar, dass die Erkenntnisse aus dem Strafverfahren für das Rentenrevisionsverfahren von Bedeutung sind. Auch dürfte aus ihrer Sicht ein Interesse für ein koordiniertes Vorgehen seitens der Staatsanwaltschaft bestehen. Damit ist die SVA St.Gallen indes nicht in ihrer eigenen Rechtsposition bzw. lediglich indirekt in ihren Rechten betroffen. Eine unmittelbare Betroffenheit wäre vorliegend zu bejahen, wenn ihr von der Vorinstanz aufgrund des Nichteintretens auf die Zivilklage Verfahrenskosten auferlegt worden wären. Soweit die SVA St.Gallen ein Interesse im Hinblick auf die Beweisverwertung geltend macht, können ihre Bedenken zudem nicht geteilt werden. Der vorliegende Entscheid über die Verfahrensbeteiligung bzw. Parteistellung nimmt die Frage der Akteneinsicht nicht vorweg, da Behörden unabhängig ihrer Stellung im Verfahren grundsätzlich ein Einsichtsrecht zusteht (Art. 101 Abs. 2 StPO; vgl. auch Art. 33 EG StPO [sGS 962.1]). Auch der Anspruch auf Eröffnung des Strafurteils bleibt vom vorliegenden Entscheid grundsätzlich unberührt (Art. 301 Abs. 2 StPO).

c) Zu beachten gilt es ferner, dass Art. 105 StPO lediglich private Interessen abdeckt bzw. nichtbehördliche Personen umfasst (vgl. Riklin, StPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 105 N 1; Goldschmid/Maurer/Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 82). Die Botschaft führt dazu aus, dass Art. 102 E-StPO (Art. 104 StPO) den Begriff der Partei zunächst den privaten Hauptbeteiligten im Strafverfahren, also der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft, vorbehält. Im Haupt- und Rechtsmittelverfahren komme die Parteistellung auch der Staatsanwaltschaft zu (BBl 2006 1162). Im Begleitbericht zum Vorentwurf wurde sodann festgehalten, dass Art. 115 VE-StPO (Art. 105 StPO) den Umstand berücksichtige, dass im Strafverfahren nicht nur die Interessen der Beschuldigten und der Privatklägerschaft, sondern auch die weiterer Privater tangiert sein könnten (Begleitbericht S. 83 f.). Für diese Auslegung spricht in systematischer Hinsicht, dass Art. 104 Abs. 2 StPO ausdrücklich von «Behörde» spricht. Die SVA St.Gallen verfolgt – wie bereits erwähnt – öffentliche Interessen, welche im Strafverfahren anderweitig – konkret durch die Staatsanwaltschaft – vertreten wer-

den. Weitere Behörden, welche im Strafverfahren öffentliche Interessen zu wahren haben, sind auf Art. 104 Abs. 2 StPO bzw. die kantonale Gesetzgebung zu verweisen. Nach dem Dargelegten ergibt sich auch aus Art. 105 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 StPO keine Stellung als Verfahrensbeteiligte. Der SVA St. Gallen als Anzeigeerstatterin stehen folglich keine über Art. 301 StPO hinausgehenden Verfahrensrechte zu.

72

Art. 141, Art. 382, Art. 393 StPO (SR 312.0). Zuständigkeit bei Beweisverboten. Beschwerdelegitimation (rechtlich geschütztes Interesse).

Anklagekammer, 17. September 2014

Aus den Erwägungen:

II.3.a) Die Beschwerde ist innert zehn Tagen schriftlich und begründet bei der Beschwerdeinstanz einzureichen (Art. 396 Abs. 1 StPO).

Der vorliegenden Beschwerde liegt ein Schreiben der Staatsanwaltschaft vom 23. Juli 2014 zugrunde, anlässlich welchem dem folgenden Antrag des Beschwerdeführers vom 22. Juli 2014 keine Folge geleistet wurde:

«Die Protokolle der beiden mit meinem Klienten im Verfahren ST.___ durchgeführten Einvernahmen (vom 26. April 2010 und vom 4. Juni 2013) seien aus den Akten zu weisen, bis zum Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten (Art. 141 Abs. 5 StPO)».

Der Beschwerdeführer stellte (bereits) am 16. Juni 2014 bei der Staatsanwaltschaft folgenden Antrag:

«Es seien sämtliche A.___ betreffenden Beweiserhebungen – insbesondere die beiden Einvernahmen vom 26. April 2010 und vom 4. Juni 2013 – zu wiederholen (Art. 131 Abs. 3 StPO). Die bis dato durchgeführten, A.___ betreffenden Beweiserhebungen – insbesondere die beiden Einvernahme-Protokolle vom 26. April 2010 und vom 4. Juni 2013 – seien zufolge Unverwertbarkeit definitiv aus den Akten ST.___ zu entfernen (Art. 141 Abs. 1, Satz 2).»

Der Antrag auf Entfernung der Einvernahmeprotokolle aus den Akten wurde damit bereits am 16. Juni 2014 gestellt und von der Staatsanwaltschaft am 18. Juni 2014 abgelehnt. Wurde aber bereits ein diesbezüglicher Antrag gestellt und dies von der Staatsanwaltschaft abschlägig beantwortet, so hätte bereits dies – also das Schreiben vom 18. Juni 2014 – innert zehn Tagen angefochten werden müssen. Die (erst) am 2. August 2014 erhobene Beschwerde ist damit verspätet. Auf die Beschwerde ist daher bereits aus diesem Grund nicht einzutreten.

b) Zum gleichen Schluss führt der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft am 23. Juli 2014 darauf hinwies, dass kein Anlass bestehe, vom Standpunkt gemäss Schreiben vom 18. Juni 2014 abzuweichen. Das Schreiben vom 23. Juli 2014 stellt damit lediglich eine Bestätigung des früheren Schreibens bzw. der früheren «Verfügung» dar. Eine Bestätigung einer bereits getroffenen Verfügung stellt jedoch keine neue Verfügung oder ein genügendes Beschwerdeobjekt dar und vermag keine neue Beschwerdefrist auszulösen (vgl. BGE 113 III 26 E.1). Auch aus diesem Grund ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

4.a) Zur Beschwerde legitimiert ist jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Die Partei muss durch den angefochtenen Entscheid bzw. die angefochtene Verfahrenshandlung unmittelbar in ihren Rechten betroffen, d. h. beschwert sein. Ein allgemeines oder tatsächliches Interesse genügt nicht (Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2.A., Art. 382 N 7; BGer 6B_348/2007 E.2). Eine Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen liegt dann vor, wenn durch eine Verfahrenshandlung der Strafbehörden in rechtlich geschützte Rechte eines Verfahrensbeteiligten eingegriffen wird und der Eingriff in diese Rechte im späteren Verfahrensverlauf nicht mehr geheilt werden kann; wenn also die Position des Verfahrensbeteiligten unwiderruflich geschwächt wird und er einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil erleidet (vgl. BGer 1B_569/2011 = Pra 101 [2012] Nr. 68 E.2).

b) Die Würdigung der im Strafverfahren erhobenen Beweise obliegt dem Gericht (vgl. Art. 350 Abs. 2 StPO). Das Sachgericht – und nicht die Beschwerdeinstanz – entscheidet denn auch, welche Beweise es seinem Urteil zu Grunde legen kann und wie es diese würdigen will. Die Frage nach einem allfälligen Beweisverwertungsverbot bildet in diesem Sinn unmittelbaren Bestandteil der gerichtlichen Beweiswürdigung. Es kann deshalb – jedenfalls solange kein krasser Fall eines eindeutigen Beweisverwertungsverbots vorliegt – nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz sein, dem Sachgericht vorzugreifen und einzelne Beweiserhebungen von der gerichtlichen Beweiswürdigung auszuschliessen. Vielmehr obliegt es dem Sachgericht, im Rahmen der von ihm vorzunehmenden Würdigung der Beweise als Vorfrage auch über deren Verwertbarkeit im Sinne von Art. 141 StPO zu entscheiden. Es liegt denn auch in seinem Verantwortungsbereich, unvollständig erhobene Beweise zu ergänzen oder nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals zu erheben (Art. 343 StPO; vgl. GVP 2011 Nr. 80).

Das für die Beurteilung zuständige Sachgericht – und nicht die Beschwerdeinstanz – hat abschliessend darüber zu entscheiden, ob die streitigen Unterlagen dem Sachurteil zugrunde gelegt werden dürfen oder nicht. Der Beschwerdeführer hat demnach kein rechtlich geschütztes Interesse an einem Entscheid der Beschwerdeinstanz zur Frage eines allfälligen Beweisverwertungsverbots; ein solcher Entscheid der Beschwerdeinstanz wäre für das Sachgericht ohnehin nicht bindend (GVP 2011 Nr. 80). Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wie auch

einem Teil der Lehre ist die Frage der Verwertbarkeit und damit auch die Frage der Entfernung von Beweismitteln erst durch den Sachrichter zu entscheiden (BGer 1B_179/2012 E.2.4; BGer 1B_584/2011 E.3.2; Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. A., Art. 141 N 10a; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. A., Art. 141 N 18). Im blossen Umstand, dass das Sachgericht von angeblich unverwertbaren Beweismitteln Kenntnis nehmen könnte, liegt gemäss Bundesgericht kein nicht wiedergutzumachender Rechtsnachteil (BGer 1B_584/2011 E.3.2; BGer 1B_414/2012 E.1.2; BGer 1B_2/2013 E.1.2).

c) Die Anträge des Beschwerdeführers auf Wiederholung von Einvernahmen bzw. Entfernung von Einvernahmeprotokollen beziehen sich auf das Beweisfundament der späteren gerichtlichen Beurteilung. Es steht ihm frei, diese Anträge im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung geltend zu machen, dort Einwendungen gegen die erhobenen Beweise zu erheben (Art. 339 Abs. 1 Bst. d StPO; vgl. auch BSK StPO – Hauri, Art. 339 N16) und gegebenenfalls die Wiederholung der Einvernahme zu beantragen (Art. 343 StPO). Es fehlt ihm damit aber auch an einem rechtlich geschützten Interesse an der Beurteilung seiner diesbezüglichen Anträge im Beschwerdeverfahren.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde (in mehrfacher Hinsicht) nicht einzutreten ist […].

73

Art. 263 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Die strafprozessuale Einziehungsbeschlagnahme von Waffen ist nur möglich, wenn diese einen Deliktskonnex aufweisen.

Anklagekammer, 13. August 2014

Aus den Erwägungen:

II.

2. Bei der Beschlagnahme gemäss Art. 263 ff. StPO handelt es sich um eine Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 196 StPO. Art. 197 Abs. 1 StPO setzt für sämtliche Zwangsmassnahmen voraus, dass sie sich auf eine gesetzliche Grundlage abstützen können (Bst. a), ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (Bst. b), die mit der Massnahme angestrebten Ziele nicht durch mildere Mittel erreicht werden können (Bst. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (Bst. d).

3. Die gesetzliche Grundlage für Beschlagnahmen findet sich in den Art. 263 ff. StPO. Gemäss Art. 263 Abs. 1 StPO können Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person unter anderem dann beschlagnahmt werden, wenn sie

voraussichtlich zu Beweiszwecken (Bst. a) oder zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen gebraucht werden (Bst. b) oder einzuziehen sind (Bst. d).

3.1. Der Zweck der Beweismittelbeschlagnahme (Bst. a) liegt darin, Beweise zu sichern und zu erhalten, um so strafrechtlich oder strafprozessual bedeutsame Tatsachen nachweisen zu können. Die Strafuntersuchungsbehörden sind gemäss Art. 192 Abs. 1 StPO gehalten, Beweisgegenstände vollständig und im Original zu den Akten zu nehmen. Voraussetzungen einer Beweismittelbeschlagnahme sind ein laufendes Strafverfahren, die Beweisbedeutung des zu beschlagnahmenden Gegenstands sowie das Fehlen von Beschlagnahmeverboten. Die Anordnung der Beschlagnahme ist zudem am Verhältnismässigkeitsprinzip zu messen (BSK StPO – Bommer/Goldschmid, Art. 263 N 9 ff.).

3.2. Die Kostendeckungsbeschlagnahme gemäss Art. 263 Bst. b i.V.m. Art. 268 StPO erlaubt es den Strafverfolgungsbehörden, Vermögenswerte der beschuldigten Person, die mit der vorgeworfenen Straftat nicht in Zusammenhang stehen müssen, zu beschlagnahmen, um so Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen sicherzustellen. Aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit folgt, dass die Kostendeckungsbeschlagnahme nur dann zulässig ist, wenn sie sich als nötig erweist. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass sich die beschuldigte Person ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Behörden oder der Privatklägerschaft entziehen will, sei dies durch Flucht oder Verschiebung, Verschleierung oder gezielten Verbrauch ihres Vermögens. Besteht hingegen die begründete Erwartung, die beschuldigte Person werde im Falle einer Verurteilung für die anfallenden Kosten aufkommen, ist eine Kostendeckungsbeschlagnahme unzulässig (BSK StPO – Bommer/Goldschmid, Art. 268 N 9).

3.3. Bei der Einziehungsbeschlagnahme (Bst. d) werden die betroffenen Gegenstände u. a. mit Blick auf eine allfällige spätere, auf Art. 69 Abs. 1 StGB gestützte Einziehung gesichert. Eine Einziehung nach Art. 69 Abs. 1 StGB setzt voraus, das die Gegenstände zur Begehung einer Straftat gedient haben, zur Begehung einer solchen bestimmt waren oder durch eine Straftat hervorgebracht worden sind («Deliktsverstrickung»). Die einzuziehenden Gegenstände müssen somit einen Bezug zur Straftat aufweisen. Die bloss allgemeine Eignung zur Begehung einer Straftat genügt nicht. Zudem müssen durch die Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet sein (BSK StGB I – Baumann, Art. 69 N 9; BGE 129 IV 81 E. 4.2). Zu Beginn und während der Dauer der Untersuchung lässt die Praxis als Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschlagnahme die blosse «Wahrscheinlichkeit» der späteren Einziehung genügen (BSK StPO – Bommer/Goldschmid, Art. 263 N 37 mit weiteren Hinweisen). Es ist ausreichend, wenn Gründe vorliegen, wonach eine Einziehung ernsthaft in Betracht kommt. Die Beschlagnahme wird deshalb im Beschwerdeverfahren nur aufgehoben, wenn die behauptete Rechtsverletzung offensichtlich erscheint (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, N 1133 ff. mit Hinweis auf BGE 124 IV 316).

4. Nach dem vorstehend Dargestellten gilt es vorab zu prüfen, ob gegen den Beschwerdeführer beim gegenwärtigen Stand der Ermittlungen ein hinreichender Tatverdacht bezüglich Drohung und Vergehen gegen das Waffengesetz vorliegt. Eingangs geschildertes Geschehen, bei dem der Beschwerdeführer einen Revolver schwenkend, auf Kühe zielend und mit deren Erschiessung drohend auf die Strasse getreten sein soll, ist namentlich auf die Aussagen von B.___ gestützt. Das hitzige Wortgefecht an sich wird auch durch den Beschwerdeführer bestätigt. Er bestreitet indessen, dabei einen Revolver getragen zu haben. B.___ gab bei seiner polizeilichen Einvernahme an, der Beschwerdeführer habe eine schwarze Waffe mit geladener Trommel bei sich gehabt. Bei der Hausdurchsuchung am Folgetag konnte dann auch tatsächlich ein geladener Revolver sichergestellt werden, was die Darstellung von B.___ untermauert, zumal dieser angibt, nicht gewusst zu haben, dass der Beschwerdeführer überhaupt Waffen besitzt. Die Aussagen von B.___ erscheinen beim gegenwärtigen Stand des Verfahrens auch deshalb glaubhaft, weil sie auch entlastende Umstände enthalten. So gibt dieser zum Beispiel ausdrücklich an, der Revolver sei nicht auf ihn selber gerichtet worden. Das Schwenken des geladenen Revolvers, verbunden mit den – unbestrittenen – verbalen Drohungen zumindest gegen die Kühe von B.___, erscheint grundsätzlich geeignet, diesen in Angst und Schrecken zu versetzen. Damit ist aufgrund der bisher aufgelaufenen Akten und beim gegenwärtigen Stand der Ermittlungen von einem hinreichenden Tatverdacht bezüglich einer Drohung im Sinne von Art. 180 StGB auszugehen. Da der Beschwerdeführer nach den aktuellen Erkenntnissen die Waffe im Freien bzw. auf der Strasse getragen haben soll, liegt auch ein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich des widerrechtlichen Waffentragens im Sinne von Art. 33 Abs. 1 WG vor.

5. Als Rechtsgrundlagen für die Beschlagnahme nennt die angefochtene Verfügung hinsichtlich des Revolvers und der Munition die Beweismittel- und die Einziehungsbeschlagnahme und hinsichtlich der übrigen sichergestellten Waffen die Kostendeckungs- und die Einziehungsbeschlagnahme. Es gilt zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind.

5.1. Der Revolver und die zugehörige Munition (Gegenstände Nrn. 1 und 2 gemäss Beschlagnahmebefehl) wurden bei der mutmasslichen Tatbegehung eingesetzt und sind daher deliktsverstrickt. Ein Einzug von Tatwaffe und Munition, um diese für das laufende Strafverfahren sichern zu können, ist durch die strafprozessualen Bestimmungen gedeckt (Art. 263 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 192 Abs. 1 StPO). Auch eine Einziehungsbeschlagnahme erweist sich als gesetzeskonform. Da Revolver und Munition deliktsverstrickt und zudem grundsätzlich geeignet sind, die Sicherheit von Menschen zu gefährden, erscheint eine künftige Einziehung möglich bzw. hinreichend wahrscheinlich. Entsprechend ist auch eine die spätere Einziehung sichernde Beschlagnahme durch die gesetzlichen Bestimmungen gedeckt (Art. 263 Abs. 1 Bst. d StPO i.V.m. Art. 69 Abs. 1 StGB). Gleich geeignete aber mildere Massnahmen als die verfügte Beschlagnahme sind nicht auszumachen; solche werden auch vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht. Die angefochte-

ne Verfügung erweist sich somit diesbezüglich auch als verhältnismässig. Bei der vorgeworfenen Drohung und dem Vergehen gegen das Waffengesetz stehen zudem Delikte von einiger Schwere im Raum. Die Beschlagnahmen erscheinen daher auch aufgrund der Bedeutung der Straftat gerechtfertigt.

5.2. Die übrigen bei der Hausdurchsuchung sichergestellten und sodann beschlagnahmten Waffen bzw. waffenähnlichen Gegenstände (Gegenstände Nrn. 3 bis 12 gemäss Beschlagnahmebefehl) stehen demgegenüber in keinem Zusammenhang mit dem Vorwurf der Drohung oder des Vergehens gegen das Waffengesetz, sind also nicht deliktsverstrickt. Damit sind aber die Voraussetzungen der von der Vorinstanz geltend gemachten Einziehungsbeschlagnahme nicht erfüllt. Der blosse Umstand, dass sie allenfalls auch geeignet wären, in strafrechtlich relevanter Weise verwendet zu werden, erfüllt die Voraussetzungen einer Einziehung und damit einer Einziehungsbeschlagnahme nicht. Dasselbe gilt für eine allfällige, von der Vorinstanz jedoch vorliegend nicht geltend gemachte Vermögensbeschlagnahme. Es fällt aber auch eine Kostendeckungsbeschlagnahme ausser Betracht. Gemäss Steuerveranlagung 2012 verfügt der Beschwerdeführer über ein steuerbares Jahreseinkommen von Fr. ___ und ein steuerbares, überwiegend aus Grundeigentum bestehendes steuerbares Vermögen von über Fr. ___. Hinweise darauf, dass sich der Beschwerdeführer einer allfälligen Zahlungspflicht entziehen könnte, sind nicht zu erkennen.

6. Die Vorinstanz weist in ihrer Stellungnahme vom 4. Juli 2014 grundsätzlich zutreffend auf die Bestimmungen des Waffengesetzes hin. Demnach beschlagnahmt die zuständige Behörde unter anderem Waffen, die ohne Berechtigung getragen werden, oder im Besitz von Personen stehen, für die ein Hinderungsgrund zum Waffenerwerb gemäss Art. 8 Abs. 2 WG gegeben ist. Sowohl für die Beschlagnahme als auch für die Einziehung nach Waffengesetz zuständig ist gemäss Art. 1 der kantonalen Verordnung zur eidgenössischen Waffengesetzgebung (sGS 452.15) das Polizeikommando und nicht die Vorinstanz. Die Vorinstanz durfte die fraglichen Waffen (Gegenstände Nrn. 3 bis 12) also anlässlich der Hausdurchsuchung wohl vorläufig sicherstellen, hätte diese danach aber an die für den Vollzug des Waffengesetzes zuständige Stelle weitergeben müssen. Sie kann damit – entgegen ihrer Auffassung – nicht bis zur rechtskräftigen Erledigung des Strafverfahrens zuwarten. Für eine Einbehaltung in vorliegendem Strafverfahren fehlt – wie dargelegt – eine gesetzliche Grundlage.

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass der sichergestellte Revolver samt Munition (Gegenstände Nrn. 1 und 2) zu Recht unter den Titeln der Beweismittel- und Einziehungsbeschlagnahme mit Beschlag belegt wurden. Die weiteren Gegenstände (Nrn. 3 bis 12) sind demgegenüber vorliegend einer strafprozessualen Beschlagnahme nicht zugänglich. Sie sind zwecks Durchführung des entsprechenden verwaltungsrechtlichen Verfahrens an das für den Vollzug des Waffengesetzes zuständige Polizeikommando zu übergeben. Demnach ist die Beschwerde bezüglich der Gegenstände Nrn. 1 und 2 abzuweisen und bezüglich der Gegenstände Nrn. 3 bis 12 zu schützen.

74

Art. 318 StPO (SR 312.0). Das Unterlassen einer Parteimitteilung vor Erlass einer Einstellungsverfügung stellt eine schwere und damit im Rechtsmittelverfahren unheilbare Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

Anklagekammer, 1. Oktober 2014

Aus den Erwägungen:

II.2.a) Erachtet die Staatsanwaltschaft die Untersuchung als vollständig, so erlässt sie einen Strafbefehl oder kündigt den Parteien mit bekanntem Wohnsitz schriftlich den bevorstehenden Abschluss an und teilt ihnen mit, ob sie Anklage erheben oder das Verfahren einstellen will. Gleichzeitig setzt sie den Parteien eine Frist, Beweisanträge zu stellen (Art. 318 Abs. 1 StPO).

Eine Parteimitteilung ist zwingend notwendig, wenn die Staatsanwaltschaft das Vorverfahren mittels Anklageerhebung oder Erlass einer Einstellungsverfügung abschliessen möchte. Für jeden untersuchten Sachverhalt ist anzugeben, ob Anklage erhoben oder Einstellung verfügt wird und es ist weiter mitzuteilen, welche Straftatbestände die Staatsanwaltschaft anzuklagen gedenkt. Nur so sind die Parteien in der Lage, beurteilen zu können, ob und wenn ja welche Beweisanträge gestellt werden sollen (Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm. 2. A., Art. 318 N 2 ff.; Schmid, Handbuch StPO, 2. A., N 1244; ferner BSK StPO – Steiner, Art. 318 N 2 f.). Den Parteien wird mit der Parteimitteilung Frist zur Nennung allfälliger zusätzlicher Beweisanträge gesetzt (Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm. 2. A., Art. 318 N 6). Das Recht der Verfahrensbeteiligten, Anträge auf bestimmte Beweiserhebungen zu stellen, soll gewährleisten, dass die Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit haben, auf die Richtung und den Umfang der Beweiserhebungen Einfluss zu nehmen (Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm. 2. A., Art. 3 N 30).

Die Möglichkeit, Beweisanträge (auch) vor Abschluss des Strafverfahrens durch Einstellungsverfügung stellen zu können, stellt einen Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar (Art. 107 Abs. 1 Bst. e StPO). Die vorrangige Funktion des Anspruchs auf rechtliches Gehör besteht darin, ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Verfahren zu gewährleisten und hierdurch zu verhindern, dass der Einzelne zum blossen Objekt staatlichen Handelns wird (Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm. 2. A., Art. 3 N 34). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Eine Verletzung des Anspruchs führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, unabhängig davon, ob die Gewährung des rechtlichen Gehörs den Ausgang der materiellen Streitentscheidung zu beeinflussen vermag (BSK StPO – Vest/Horber, Art. 107 N 6; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm. 2. A., Art. 107 N 2a).

b) Im vorliegenden Fall erliess der fallführende Staatsanwalt keine Parteimitteilung, obwohl eine solche in Art. 318 Abs. 1 StPO zwingend vorgeschrieben wird. Den Verfahrensbeteiligten wurde damit keine Möglichkeit gegeben, zum beabsichtigten Abschluss des Verfahrens Stellung zu nehmen und allfällige Beweisanträge zu stellen. Der Schwerpunkt von Beweisabnahmen liegt hingegen gerade im Vorverfahren (vgl. diesbezüglich Art. 318 Abs. 2 StPO, Art. 350 Abs. 2 StPO). Die Möglichkeit, zur Untersuchung Stellung zu nehmen und Beweisanträge zu stellen, gehört zu den zentralen Teilnahmerechten der Verfahrensbeteiligten (vgl. Art. 107 StPO) und kann im Beschwerdeverfahren gegen eine Einstellungsverfügung nicht nachgeholt werden.

Das Unterlassen der Ausstellung einer Parteimitteilung vor Erlass einer Einstellungsverfügung stellt eine schwere und damit im Rechtsmittelverfahren unheilbare Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Die Einstellungsverfügung ist daher aufzuheben (BGer 1B_59/2012 E. 2.1; ferner BSK StPO – Vest/Horber, Art. 107 N 6).

75

Art. 319 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Mangelnde Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes, wenn beim Tatvorwurf der Vergewaltigung keine Konfrontationseinvernahme durchgeführt wird.

Anklagekammer, 11. Dezember 2013

Aus den Erwägungen:

II.

2. a) Gemäss Art. 319 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die vollständige oder teilweise Einstellung des Strafverfahrens, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt (Bst. a) oder wenn kein Straftatbestand erfüllt ist (Bst. b). Dabei ist vorausgesetzt, dass das inkriminierte Verhalten den objektiven und subjektiven Tatbestand einer Strafnorm nicht erfüllt. Im schweizerischen Strafprozessrecht gilt der Grundsatz «in dubio pro duriore». Danach darf eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft nur bei klarer Straflosigkeit bzw. offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen verfügt werden. In Zweifelsfällen hat hingegen eine Anklage und gerichtliche Beurteilung zu erfolgen, sofern der Fall nicht mit Strafbefehl bzw. Strafverfügung erledigt werden kann (BGE 137 IV 219 E 7.1; vgl. auch BGE 138 IV 86 ff.). Führt bereits eine vorläufige Beurteilung zum Ergebnis, dass sowohl Freispruch als auch Verurteilung als mögliche Varianten eines sachrichterlichen Entscheids in Betracht kommen, ist Anklage zu erheben (GVP 2002 Nr. 97).

b) In der Strafuntersuchung klärt die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt tatsächlich und rechtlich soweit ab, dass sie das Vorverfahren abschliessen kann. Die Strafbehörden klären von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen ab (Art. 6 Abs. 1 StPO). Die Rechtserheblichkeit der abzuklärenden Tatsachen ergibt sich aus den der beschuldigten Person zur Last gelegten Straftaten. Zu diesen Tatsachen zählen insbesondere die Fragen nach der Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Dabei sollen die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt untersucht werden (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., N 614 f.).

c) Der streitige Tatvorwurf betrifft eine Vergewaltigung. Bei einer solchen Tathandlung gibt es im Regelfall – wie auch im vorliegenden Fall – keine Drittpersonen, welche den Vorfall direkt wahrgenommen und damit als Zeugen entsprechende Aussagen machen könnten. Hinzu kommt, dass die damalige sexuelle Handlung zwischen den Verfahrensbeteiligten unbestritten ist. Streitig ist hingegen, ob die Beschwerdeführerin damit einverstanden gewesen war. Gemäss ihren Aussagen habe sie dem Beschwerdegegner gesagt, dass sie damit nicht einverstanden sei, und habe sich auch erfolglos dagegen zu wehren versucht.

Unter solchen beweismässigen Voraussetzungen ist die Durchführung einer – bisher nicht erfolgten – Konfrontationseinvernahme zwischen dem mutmasslichen Opfer und dem angeblichen Täter unerlässlich. Diese Beweisabnahme kann hinsichtlich einer Schuld des Beschwerdegegners sowohl im be- als auch im entlastenden Sinne von Bedeutung sein. Sie ist somit für das Strafverfahren rechtserheblich. Der der Strafuntersuchung zugrundeliegende schwere Tatvorwurf erfordert eine umfassende Abklärung. Es kann nicht von vornherein gesagt werden, dass durch weitere Beweiserhebungen – insbesondere durch die erwähnte Konfrontationseinvernahme – ein Tatnachweis nicht zu erbringen ist.

d) Insgesamt ist deshalb wegen mangelnder Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts die angefochtene Einstellungsverfügung aufzuheben. Das Strafverfahren ist weiterzuführen. Nach Vornahme der erwähnten Konfrontationseinvernahme und von allfällig weiteren erforderlichen Abklärungen wird die Staatsanwaltschaft von Amtes wegen über das weitere Vorgehen gemäss den Art. 318 ff. StPO zu entscheiden haben.

76

Art. 379 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 Bst. b; Art. 366 ff. und Art. 407. StPO (SR 312.0); Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 StGB (SR 311.0). Ein Gesuch um Entlassung bzw. Wechsel des amtlichen Verteidigers bildet in der Regel keinen Sistierungsgrund. Ist die beschuldigte Person Berufungsklägerin und erscheint sie nicht zur Verhandlung, so ist die Verhandlung durchzuführen, wenn sich die beschuldigte Person rechtmässig vertreten lässt. Ein Abwesenheitsverfahren findet grundsätzlich nur dann statt, wenn die beschuldigte Person Berufungsbeklagte ist. Eine verminderte Schuldfähigkeit muss mittels Gutachten sowohl zur Persönlichkeit des Beschuldigten als auch zum Grad der Herabsetzung belegt werden. Der Strafmilderungsgrund der verminderten Schuldfähigkeit ist ausser Acht zu lassen, wenn die beschuldigte Person in Kenntnis der Rechtslage ausdrücklich auf ein Gutachten verzichtet bzw. erklärt, sich einer Zwangsbegutachtung zu widersetzen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 29. August 2014
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_1179/2014 vom 5. Januar 2015)

Aus den Erwägungen:

III.

2. a) Das Berufungsgericht kann ein Berufungsverfahren insbesondere dann sistieren, wenn dessen Ausgang von einem anderen Verfahren abhängt und es angebracht erscheint, den Ausgang dieses Verfahrens abzuwarten (Art. 379 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 Bst. b StPO). Derartiges ist vorliegend zu verneinen.

b) […] Kein Grund für eine Sistierung bildet(e) schliesslich das vom Beschuldigten kurz vor der Verhandlung gestellte Gesuch um Entlassung bzw. Wechsel des amtlichen Verteidigers, welches mit Verfügung vom 26. August 2014 abgewiesen wurde. Zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung hatte der Beschuldigte keine Beschwerde beim Bundesgericht eingelegt. Zudem hätte eine solche – vorbehältlich einer anderslautenden Anordnung des Bundesgerichts – keine aufschiebende Wirkung gehabt (Art. 103 BGG). Im Übrigen begründet die Ablehnung eines Gesuchs um Auswechslung des Offizialverteidigers grundsätzlich keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG (BGer 1B_211/2014 E. 1.2; 1B_398/2013 E. 1.1; 1B_410/2012 E. 1.1).

3. a) Das Berufungsverfahren unterliegt weitgehend der Dispositionsmaxime. Entsprechend unterscheiden sich die Säumnisfolgen im Berufungsverfahren (Art. 407 StPO) von denjenigen im erstinstanzlichen bzw. im Abwesenheitsverfahren (Art. 366 ff. StPO; vgl. Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 407 N 1). Gemäss Art. 407 Abs. 1 Bst. a StPO gilt die Berufung oder Anschlussberufung als zurückgezogen, wenn die Partei, die sie erklärt hat, der

mündlichen Berufungsverhandlung unentschuldigt fernbleibt und sich auch nicht vertreten lässt (sog. «Totalversäumnis»; vgl. BGE 133 I 12 E. 8.1; BGer 6B_876/2013 E. 2.3.1; 6B_37/2012 E. 4). Nicht als säumig zu betrachten ist somit eine Partei, die sich rechtmässig vertreten lässt. Sodann regelt das Gesetz in den Art. 407 Abs. 2 und 3 StPO das Verfahren bei Säumnis der beschuldigten Person. Hat die Staatsanwaltschaft oder die Privatklägerschaft Berufung im Schuld- oder Strafpunkt erklärt und bleibt die beschuldigte Person der Verhandlung unentschuldigt fern, so findet ein Abwesenheitsverfahren statt (Abs. 2). Dieses kommt folglich nur in Frage, wenn die beschuldigte Person Berufungsbeklagte ist (mit Ausnahme der Berufungen der Staatsanwaltschaft zugunsten der beschuldigten Person; vgl. Hug/Scheidegger, a. a. O., Art. 407 N 9; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 407 N 7). Ist die beschuldigte Person Berufungsklägerin und erscheint sie nicht zur Verhandlung, so ist die Verhandlung angesichts der vorerwähnten gesetzlichen Konzeption und im Lichte der Dispositionsmaxime durchzuführen, sofern sie sich rechtmässig vertreten lässt. Ein Abwesenheitsverfahren findet mithin nicht statt (vgl. zum Ganzen das Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts St.Gallen ST.2013.12-SK3 E. II.2.a).

b) Vorliegend ist der ordnungsmäss vorgeladene Beschuldigte nicht zur Verhandlung erschienen, war jedoch durch seinen amtlichen Verteidiger rechtmässig vertreten (so nun auch der im Nachgang zum vorliegenden Urteil ergangene Entscheid des Bundesgerichts 1B_327/2014 vom 6. Oktober 2014, mit welchem auf eine Beschwerde des Beschuldigten gegen die Verfügung vom 26. August 2014 nicht eingetreten wurde). Im Lichte der vorstehend erwähnten Grundsätze durfte die Verhandlung deshalb durchgeführt werden, zumal die Beweislage ein Urteil ohne Anwesenheit des Beschuldigten zulässt.

[…]

IV.

2. a/bb) […] Die Vorinstanz attestiert dem Beschuldigten sodann eine «leichtgradige Verminderung der Schuldfähigkeit». Die Vorinstanz verkennt indes, dass Art. 20 StGB auch gebietet, den Grad der Herabsetzung begutachten zu lassen (siehe 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 es ausgeschlossen, generell ohne diesbezügliches psychiatrisches Gutachten eine verminderte Schuldfähigkeit anzunehmen, wie es die Vorinstanz getan hat (BSK StGB-Bommer, Art. 20 N 21; vgl. zum Ganzen auch das Urteil der Strafkammer des Kantonsgericht St.Gallen ST.2011.6-SK3 und ST.2012.51-SK3 E. III.6.b). Demgemäss wurde im Rahmen des Berufungsverfahrens mit Verfügung vom 6. Mai 2014 eine Ergänzung des Gutachtens vom 6. Juni 2012 angeordnet, in dessen Rahmen Dr. med. A. H. beim Beschuldigten bereits eine paranoide Persönlichkeitsstörung (F 60.0) verbunden mit einer Manie (F 30.1) nach ICD-10 diagnostiziert hatte. Die Gutachterin gelangte im Rahmen ihrer Ergänzungsgutachten vom 6. und 17. Juni 2014 zum Schluss, dass die Schuldfähigkeit des Beschuldigten nicht vermindert war. Insbesondere wird im

Gutachten festgehalten, die psychiatrischen Diagnosen (paranoide Persönlichkeitsstörung [F 60.0] und Manie [F30.1]) würden nicht implizieren, dass die Steuerungsfähigkeit und die Einsicht in das Unrecht der Taten, vermindert oder nicht vorhanden gewesen seien. Bei sämtlichen Taten, die zur Diskussion ständen, habe der Beschuldigte das tun wollen, was er getan habe. Die Ausführungen der Gutachterin erscheinen zwar als sehr knapp. Sie erweisen sich jedoch im Ergebnis als überzeugend, nachdem das Verhalten des Beschuldigten vor, während und nach der Tat zeigt, dass er sich an die wechselnden Erfordernisse der Situation anpassen, auf die Gelegenheit zur Tat bzw. diese gar konstellieren konnte (vgl. hierzu BGE 133 IV 145 E. 3.3; 132 IV 29 E. 5.1). Entsprechend ist – mit dem Beschuldigten – von dessen voller Schuldfähigkeit auszugehen. Gleich zu entscheiden wäre im Übrigen selbst dann, wenn man entgegen den vorstehenden Ausführungen davon ausgehen wollte, die Ergänzungsgutachten vom 6. und 17. Juni 2014 seien ungenügend. So liess der Beschuldigte mit Schreiben seines Verteidigers vom 19. Mai 2014 ausdrücklich erklären, dass er «gänzlich auf eine psychiatrische Begutachtung verzichtet» und eine Zwangsbegutachtung «verweigern» würde. Vor diesem Hintergrund wäre deshalb von einer weiteren Begutachtung abzusehen und von der vollen Schuldfähigkeit des Beschuldigten auszugehen (vgl. hierzu BGer 6B_417/2010 E. 3.1 mit Hinweis auf 6S. 658/2000, wo zusätzlich erwogen wird, dass in dieser Konstellation die nachträgliche Rüge einer Verletzung von Art. 20 StGB als Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und damit rechtsmissbräuchlich anzusehen wäre).

77

Art. 382 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Keine Beschwerdelegitimation des Anzeigeerstatters. Keine unmittelbare Betroffenheit bei Strafnormen, welche allgemeine öffentliche Interessen schützen.

Anklagekammer, 2. Juli 2014

Aus den Erwägungen:

II.2.a) Als weitere Eintretensvoraussetzung für die Ergreifung eines Rechtsmittels ist die Legitimation einer Partei erforderlich. Zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist, wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids und damit eine Beschwerde ist nur dann zu bejahen, wenn der Beschwerdeführer selbst in seinen eigenen Rechten unmittelbar und direkt betroffen ist. Als in ihren Rechten unmittel-

bar verletzt wird diejenige Person betrachtet, welcher durch das Delikt unmittelbar ein Schaden zugefügt wurde bzw. zu erwachsen drohte; d. h. der Träger des durch die betreffende Strafnorm geschützten Rechts oder Rechtsguts. Für eine Beschwerdelegitimation ungenügend sind eine blosse Reflexwirkung bzw. Fälle, in denen Personen bloss faktisch und nicht in einer eigenen Rechtsposition oder bloss mittelbar bzw. indirekt in ihren Rechten betroffen sind (Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St.Gallen 2011, Rz. 233, 248; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., N 515, 518).

b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat er sich mit der Strafanzeige nicht als Privatkläger statuiert. Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren beteiligen zu wollen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Als geschädigte Person gilt die Person, die durch eine Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 Abs. 1 StPO). Bei der Verunreinigung von Trinkwasser (Art. 234 StGB) handelt es sich um eine strafbare Handlung gegen die öffentliche Gesundheit. Geschützte Rechtsgüter sind die Gesundheit der Menschen oder die Vermögen als Tierhalter einer unbestimmten Anzahl Personen (BSK StGB II – Ackermann, Art. 234 N 3). Das Lebensmittelgesetz bezweckt, die Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen zu schützen, welche die Gesundheit gefährden können (Art. 1 Bst. a LMG), den hygienischen Umgang mit Lebensmitteln sicherzustellen (Bst. b) und die Konsumenten im Zusammenhang mit Lebensmitteln vor Täuschungen zu schützen (Bst. c). Die vom Beschwerdeführer angerufenen Strafnormen schützen damit durchgehend allgemeine öffentliche Interessen.

Schützt ein Straftatbestand primär allgemeine, öffentliche Interessen, so gilt auch jene Person als Geschädigte, deren private Interessen materieller oder ideeller Natur durch die Straftat unmittelbar (mit-)beeinträchtigt wurden. Keine Geschädigtenqualität begründet demgegenüber eine lediglich mittelbare Beeinträchtigung, die erst durch das Hinzukommen weiterer Elemente (wie z. B. Schadenersatzpflicht aus Vertrag oder Gesetz) eintritt (Guidon, a. a. O., Rz. 279; Oberholzer, a. a. O., Rz. 518). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass ihm selber Trinkwasser geliefert worden sei; eine unmittelbare (Mit-)Beeinträchtigung liegt damit nicht vor. Der Beschwerdeführer ist damit nicht Geschädigter im Sinne der Strafprozessordnung, damit kommt ihm auch keine Privatklägerstellung zu.

Eine unmittelbare Beeinträchtigung kann der Beschwerdeführer – entgegen seiner Auffassung – auch nicht daraus ableiten, dass gegen ihn ein Strafverfahren geführt wird wegen Verunreinigung von Trinkwasser, welches aus der gleichen Fassungsanlage gewonnen wird. Ebenso wenig führen die in diesem Strafverfahren gegen ihn erhobene Zivilklage und das bislang nicht entschädigte «faktische» Düngeverbot bzw. der damit zusammenhängende Ertragsausfall zu einer unmittelbaren Betroffenheit. Diese stellen blosse Reflexwirkungen bzw. faktische Interessen dar und genügen nicht zur Begründung einer unmittelbaren Betroffenheit. Im Übrigen kann der Beschwerdeführer diese Einwände und Rügen im Zusammenhang mit

der Grundwasserschutzzone in dem gegen ihn geführten Strafverfahren vorbringen. Der Beschwerdeführer ist weder in eigenen, rechtlich geschützten Interessen verletzt, noch liegt eine unmittelbare (Mit-)Beeinträchtigung in den eigenen, rechtlich geschützten Interesse durch die zur Anzeige gebrachten, angeblichen Straftaten vor.

Der Beschwerdeführer ist somit blosser Anzeigeerstatter. Einem solchen stehen keine weitergehenden Verfahrensrechte zu (vgl. Art. 301 Abs. 3 StPO); entsprechend ist er auch nicht zur Beschwerdeerhebung legitimiert (Guidon, a. a. O., Rz. 293). Im Übrigen ist festzuhalten, dass auch kein Ausnahmetatbestand vorliegt, welcher vorliegend ein Eintreten zu rechtfertigen vermöchte (vgl. hierzu Guidon, a. a. O., Rz. 281 ff. und Rz. 294 ff.). Dies wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde mangels Beschwerdelegitimation nicht einzutreten ist.

78

Art. 422 StPO (SR 312.0). Verfahrenskosten: Haftkosten fallen nicht unter die Verfahrenskosten gemäss Art. 422 StPO.

Kantonsgericht, Strafkammer, 20. November 2014

Aus den Erwägungen:

III.

2. a) Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Ausgenommen sind die Kosten für die amtliche Verteidigung; vorbehalten bleibt Art. 135 Abs. 4 StPO (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus den Gebühren zur Deckung des Aufwands und den Auslagen im konkreten Straffall (Art. 422 Abs. 1 StPO). Art. 422 Abs. 2 StPO nennt beispielhaft («namentlich»; vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1326; BSK StPO-Domeisen, Art. 422 N 6; Griesser, in Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], StPO Komm., Art. 422 N 7; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 422 N 3) solche Auslagen. Die Kosten für die Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind dabei nicht aufgeführt.

b) Noch unter dem bis Ende 2010 geltenden St. Galler Strafprozessgesetz (StP; sGS 962.1) zählten die Haftkosten zu den (zusätzlichen) Untersuchungskosten nach Art. 259 StP und konnten dem Beschuldigten auferlegt werden (Oberholzer, Strafprozessrecht, 2. Auflage, N 1808; vgl. ebenso BGE 124 I 170 E. 2.e und g zu einer entsprechenden Regelung im Kanton Waadt). Auch gemäss Art. 172 Abs. 1

des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege (BStP; SR 312.0, in Kraft bis Ende 2010) hatte vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 der Verurteilte «in der Regel die Kosten des Strafverfahrens» zu tragen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 133 IV 187 E. 6.3; BGer 6S. 116/2007 E. 4.3) fielen darunter auch die Haftkosten.

c) In Art. 493 Abs. 2 Bst. b des Vorentwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung wurden die Kosten der Untersuchungs- und Sicherheitshaft ausdrücklich zu den Barauslagen gezählt (vgl. ebenfalls S. 284 des Begleitberichts zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung sowie S. 162 des Berichts der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Aus 29 mach 1). Im Vernehmlassungsverfahren wurde die Möglichkeit der Überwälzung dieser Kosten auf die beschuldigte Person bemängelt (vgl. die Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren durch das Bundesamt für Justiz, Februar 2003, S. 87). Der Entwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung führte die Haftkosten in Art. 429, der dem heute geltenden Art. 422 StPO entspricht, nicht mehr auf (BBl 2006 1520 f.). Die Botschaft zur Schweizerischen Strafprozessordnung geht nicht weiter darauf ein, weshalb die Streichung der Haftkosten erfolgte (BBl 2006 1325 f.).

d) Die Lehre, sofern sie sich damit überhaupt auseinandersetzt, vertritt überwiegend die Auffassung, Haftkosten seien nicht Teil der Verfahrenskosten respektive würden nicht unter die Auslagen gemäss Art. 422 Abs. 2 StPO fallen (BSK StPO-Domeisen, Art. 422 N 19; Griesser, a. a. O., Art. 422 N 19; Oberholzer, Strafprozessrecht, 3. Aufl., N 1684; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht, Zürich 2011, Fn 686; Küng, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger [Hrsg.], Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Bern 2008, S. 419 f.; Commentario CPP Mini Art. 422 N 3; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 422 N 3 und Art. 426 N 3; in Schmid, Handbuch StPO, 2. Aufl., N 1776 Fn 40 wird die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber habe die Haftkosten nicht zu den Verfahrenskosten zählen wollen [vgl. auch N 1784; in diesem Sinne auch Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012, S. 242 Fn 11]; a. A. Pitteloud, Code de procédure pénale suisse, Zürich 2012, N 1299; CR CPP-Chapuis, Art. 422 N 7 f.).

e) In Art.9 Abs.2 des Reglements des Bundesstrafgerichts über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren (BStKR; SR 173.713.162, in Kraft seit dem 1. Januar 2011) sind die Kosten der Inhaftierung ausdrücklich von den Auslagen respektive den Verfahrenskosten ausgenommen (Art.1 Abs.1 BStKR). Entsprechend sieht das Bundesstrafgericht unter Anwendung der Schweizerischen Strafprozessordnung davon ab, die Haftkosten einer verurteilten Person aufzuerlegen (vgl. die Entscheide des Bundesstrafgerichts SK.2013.37 E.7.2.3; SK.2012.21 E.4.1.3; SK.2012.10 E.8.3; SK.2010.33 E.6.3; SK.2010.31 E.7.4; SK.2010.23 E. VI.2.2).

f) Nach Art. 380 Abs. 1 StGB tragen die Kantone die Kosten des Straf- und Massnahmenvollzugs. Der Verurteilte wird gegebenenfalls in angemessener Weise an den Vollzugskosten beteiligt (Art. 380 Abs. 2 StGB; vgl. auch Art. 14 des Konkordats der ostschweizerischen Kantone über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 29. Oktober 2004 [sGS 962.51], Art. 62 EG-StPO [sGS 962.1], Art. 23 StPV [sGS 962.11] und Art. 28 Abs. 2 der Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten [sGS 962.14]).

3. a) Anhand der Gesetzesmaterialien ist davon auszugehen, dass die Nichterwähnung der Haftkosten in Art. 422 Abs. 2 StPO ein qualifiziertes Schweigen darstellt, der Gesetzgeber also die Haftkosten bewusst von den Auslagen gemäss Art. 422 Abs. 2 StPO respektive von den Verfahrenskosten (Art. 422 Abs. 1 StPO) ausgenommen haben wollte. Dem sowie dem Grossteil der Lehre und der Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts folgend sind die Haftkosten nicht zu den Verfahrenskosten nach Art. 422 StPO zu zählen und können dem Beschuldigten folglich auch nicht (gemäss Art. 426 Abs. 1 oder Art. 428 Abs. 1 StPO) auferlegt werden. Es ist insbesondere nicht angezeigt, die Kostentragung von Vollzugs- und Haftkosten unterschiedlich zu handhaben. Zwar verfolgen die Untersuchungs- und Sicherheitshaft auf der einen sowie der Straf- und Massnahmenvollzug auf der anderen Seite unterschiedliche Ziele. Die erstandene Haft ist allerdings gemäss Art. 51 StGB auf die Strafe anzurechnen; hinsichtlich einer schliesslich zu vollziehenden Freiheitsstrafe sind der Freiheitsentzug zufolge Haft und der eigentliche Strafvollzug einander gleichgestellt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies nicht auch bezüglich der Kostentragungspflicht der Fall sein sollte, ansonsten verurteilte Personen durch die Übernahme der Haftkosten faktisch für einen Teil der Strafvollzugskosten aufkommen müssen. Dies würde dem Grundgedanken von Art. 380 Abs. 1 StPO widersprechen.

b) Auf die Dauer der Haft kann die beschuldigte Person zudem vielfach bloss beschränkt Einfluss nehmen. Sofern die beschuldigte Person nicht aus der Haft in den vorzeitigen Strafvollzug (Art. 236 StPO) übertritt respektive übertreten kann oder aus der Haft entlassen wird, endet die Haft mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils (Art. 220 StPO). Die Rechtskraft ist vom Zeitpunkt des Entscheids des Gerichts (vgl. Art. 437 Abs. 3 StPO) beziehungsweise letztlich auch von der Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft (Art. 324 ff. StPO) abhängig. Die Dauer der Haft wird folglich insbesondere durch die betriebliche Organisation der Strafbehörden und deren Geschwindigkeit bei der Fallerledigung bestimmt. Es wäre stossend, den Umfang der Kostentragungspflicht einer verurteilten Person von Umständen abhängig zu machen, die sie höchstens mittelbar zu ihren Gunsten beeinflussen kann.

c) Der Einbezug der Haftkosten in die Auslagen ist ohne ausdrückliche Erwähnung in Art. 422 Abs. 2 StPO auch unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips kritisch zu beurteilen (zu weiteren verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. BSK StPO-Domeisen, Art. 422 N 19). Haftkosten fallen häufig an und sind angesichts

von Fr. 30.– pro Hafttag vergleichsweise beträchtlich, insbesondere etwa in Relation zu den unter Art. 422 Abs. 2 Bst. e StPO aufgeführten Post- und Telefonspesen. Angesichts der möglichen finanziellen Konsequenzen, die sich durch die Auferlegung der Haftkosten an die beschuldigte Person ergeben, wäre deren Nennung in der Aufzählung von Art. 422 Abs. 2 StPO zu erwarten respektive ergibt sich aus dem Fehlen, dass der Gesetzgeber die Haftkosten nicht zu den Auslagen nach Art. 422 StPO zählte.

d) Der Bund oder die Kantone können für die von ihnen zu tragenden Kosten auf Personen Rückgriff nehmen, die vorsätzlich oder grob fahrlässig die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert haben (Art. 420 StPO). Bei Antragsdelikten können der antragsstellenden Person zudem bereits im Entscheid der Strafbehörde die Verfahrenskosten auferlegt werden, die sie mutwillig oder grobfahrlässig bewirkt hat und die nicht von der beschuldigten Person zu tragen sind (Art. 427 Abs. 2 StPO).

Die Staatsanwaltschaft (unter Verweis auf Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 426 N 3) äussert in diesem Zusammenhang die Bedenken, die Haftkosten könnten auch keiner Drittperson, die z. B. durch eine falsche Anschuldigung die Untersuchungshaft provoziert hat, auferlegt werden, wenn die Haftkosten nicht zu den Verfahrenskosten gezählt werden. Selbst wenn der Einwand der Staatsanwaltschaft zuträfe (a. M. allerdings BSK StPO-Domeisen, Art. 422 N 19), würde sich dies auf wenige (hypothetische) Fälle beschränken.

Die von der Staatsanwaltschaft geäusserten Bedenken geben angesichts dessen und insbesondere unter Berücksichtigung der zuvor genannten Gründe folglich keinen hinreichenden Anlass, die Haftkosten unter die Verfahrenskosten gemäss Art. 422 StPO zu subsumieren.

79

Art. 429 StPO (SR 312.0). Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche. Wer nach der Parteimitteilung betreffend Verfahrenseinstellung keine Ansprüche geltend macht, verzichtet implizit auf diese (Verwirkung).

Anklagekammer, 4. Juni 2014

Aus den Erwägungen:

II.

2. Die mit der detaillierten Kostennote des Anwalts des Beschwerdeführers geltend gemachten Verteidigerkosten von insgesamt Fr. 9369.15, einschliesslich darin enthaltene Barauslagen und Mehrwertsteuer, wurden mit dem angefochte-

nen Entscheid vollumfänglich geschützt. Dies ist nicht strittig. Der Beschwerdeführer verlangte aber nachträglich zusätzliche Barauslagen von Fr. 838.20 für den Beizug eines externen Forensikexperten. Zudem macht er neu «eine Entschädigung und Genugtuung» gemäss Art. 429 Abs. 1 Bst. b StPO von insgesamt Fr. 4316.17 geltend. Er begründet dies im Wesentlichen mit wirtschaftlichen Einbussen, welche ihm aus notwendiger Beteiligung am Strafverfahren entstanden seien. […].

3. Die Strafbehörde prüft die Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche der freigesprochenen beschuldigten Person gemäss Art. 429 Abs. 1 StPO von Amtes wegen. Sie kann die beschuldigte Person auffordern, ihre Ansprüche zu beziffern und zu belegen (Art. 429 Abs. 2 StPO). Diese Regel soll insbesondere eine Ungleichbehandlung mit anwaltlich nicht vertretenen Personen vermeiden (BSK StPO – Wehrenberg/Bernhard, Art. 429 N 31). Hieraus lässt sich der Umkehrschluss ziehen, dass von – wie im vorliegenden Fall – anwaltlich vertretenen Personen erhöhte Anforderungen in Bezug auf die rechtzeitige, umfassende und substantiierte Geltendmachung verlangt werden können.

Zudem kann auf die Ansprüche gemäss Art. 429 Abs. 1 StPO verzichtet werden. Dazu braucht es eine explizite Verzichtserklärung, es sei denn, eine beschuldigte Person unterlasse die Bezifferung ihrer Ansprüche, auch nachdem sie von den Strafverfolgungsbehörden ausdrücklich dazu aufgefordert wurde. In diesem Fall darf die Strafverfolgungsbehörde von einem impliziten Verzicht auf die Entschädigung ausgehen. Eine Entschädigung kann dann auch in einem späteren Verfahrensschritt nicht mehr geltend gemacht werden (BSK StPO – Wehrenberg/Bernhard, Art. 129 N 31). Unterlässt ein potentieller Ansprecher Anmelden, Beziffern und Belegen von Ansprüchen, obwohl er dazu aufgefordert wurde und dies hätte tun können, verliert er seine Ansprüche (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. A., Art. 429 N 14).

4. Im vorliegenden Fall wurde dem anwaltlichen Verteidiger die beabsichtigte Einstellung des Strafverfahrens mit der (neuen) Parteimitteilung vom 9. April 2014 angezeigt und gleichzeitig Frist von 5 Tagen für «allfällige Anträge» angesetzt. Der anwaltliche Vertreter des Beschwerdeführers hat hiervon offensichtlich Kenntnis genommen und in der Folge bereits am 10. April 2014 eine (detaillierte) Kostennote eingereicht. Darin wurde zwar «die Geltendmachung allfälliger Schadenersatzansprüche unseres Mandanten» ausdrücklich vorbehalten. Diesbezüglich wurde aber weder um Fristerstreckung ersucht, noch wurden innert der damals noch laufenden Frist entsprechende Forderungen gestellt. Dies, obwohl die nachträglich geltend gemachten Entschädigungsansprüche wegen wirtschaftlicher Einbussen infolge notwendiger Beteiligung am Strafverfahren in der Zeit vom 26. November 2012 bis 5. November 2013 entstanden sein sollen, und damit ohne Weiteres innert Frist gemäss der Parteimitteilung hätten eingefordert werden können. Unter diesen Voraussetzungen durfte die Vorinstanz von einem impliziten Verzicht auf die Geltendmachung von weiteren Entschädigungen gemäss Art. 429 Abs. 1 StPO ausgehen. Auch hat damit der Beschwerdeführer seine über die gemäss Eingabe sei-

nes Anwalts vom 10. April 2014 hinausgehenden Ansprüche verwirkt und kann sie in einem späteren Verfahrensschritt, d. h. hier mit der Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung, nicht mehr geltend machen.

Das Dargelegte gilt umso mehr für die erst nach Ablauf der in der Parteimitteilung vom 9. April 2014 angesetzten 5-tägigen Frist am 22. April 2014 (Postaufgabe), somit verspätet, geltend gemachte Erhöhung des Honorars. Diese Erhöhung wird mit Auslagen für einen vom Beschwerdeführer beigezogenen Forensikexperten von insgesamt Fr. 838.20, inkl. MwSt., begründet. Gemäss der detaillierten Rechnung dieses Experten vom 10. April 2014 fand noch am Tag zuvor (9. April 2014) eine Sitzung in Zug statt. Die Rechnung ging am 11. April 2014 beim anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers ein (Eingangsstempel). Es wäre deshalb ohne Weiteres möglich gewesen, (auch) diese Kosten innert Frist gemäss Parteimitteilung in Rechnung zu stellen. Dies unterblieb jedoch. Vielmehr wurde das entsprechende Schreiben erst nach Erhalt der angefochtenen Einstellungsverfügung der Post übergeben.

Insgesamt ist deshalb in Bezug auf die streitigen Entschädigungen von einem impliziten Verzicht ausgehen. Sie können nicht mehr geltend gemacht werden.

4. Rechtsanwälte und Rechtsagenten

80

Art. 12 Bst. a BGFA (SR 935.61). Verletzung der anwaltlichen Berufsregeln durch die Einforderung und Entgegennahme von Kostenvorschüssen im Rahmen von strafrechtlichen Beschwerdeverfahren, in welchen das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt worden war, und durch deren Nichtoffenlegung gegenüber den Gerichtsinstanzen.

Anwaltskammer, 29. April 2014

Aus den Erwägungen:

II.2. Rechtsanwälte haben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben (Art. 12 Bst. a BGFA). Die Treuepflicht gebietet dem Rechtsanwalt, die Interessen des Klienten nach besten Kräften zu wahren und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigen könnte. Die berufsrechtliche Treuepflicht soll das Vertrauen in die Person des Anwalts und in die Anwaltschaft an sich stärken (Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 12 N 25). Rechtsanwälte sind verpflichtet, amtliche Pflichtverteidigungen und unentgeltliche

Rechtsvertretungen zu übernehmen (vgl. Art. 12 Bst. g BGFA). Nach Art. 12 Bst. i BGFA haben Rechtsanwälte ihre Klienten bei der Übernahme des Mandates über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufzuklären.

Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter und amtlichen Verteidiger ist es nicht gestattet, zusätzlich zur Entschädigung aus der Staatskasse vom Klienten ein Honorar zu fordern bzw. sich von der verbeiständeten Partei entschädigen zu lassen (BGer 2A.196/2005 E. 2.3 m. w. H.; BGE 122 I 322 E. 3.b; ZR 105 [2006] Nr. 14; Beschluss KG080003 des Obergerichts Zürich vom 6. November 2008, E. 16, publiziert in: plädoyer 1/2009, S. 78 f.; Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 149–149a). Eine Widerhandlung gegen dieses «Verbot» stellt einen Verstoss gegen Art. 12 Bst. a BGFA dar (vgl. ZR 105 [2006] Nr. 14; Beschluss KG080003 des Obergerichts Zürich vom 6. November 2008, E. 17, publiziert in: plädoyer 1/2009, S. 78 f.; a. A. Fellmann, er sieht es als Verletzung von Art. 12 Bst. g BGFA an; in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 149b, N 35b). Gemäss dem Bundesgericht stellt in solchen Konstellationen bereits die Einforderung von Kostenvorschüssen eine disziplinierungswürdige Standeswidrigkeit dar: Ist das Gesuch um (unentgeltliche) Verbeiständung für ein Scheidungsverfahren eingereicht, darüber aber noch nicht entschieden worden, darf der Anwalt von seiner Klientschaft keine Kostenvorschüsse einfordern (vgl. BGer 2A.196/2005 E. 2.3). Auch gemäss Fellmann darf ein Rechtsanwalt keine Kostenvorschüsse verlangen, wenn der Klient mittellos ist und deshalb einen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung hat (Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 167 m. w. H.). Geleistete Kostenvorschüsse sind gegenüber den Behörden bzw. Gerichten offenzulegen, da damit zu rechnen ist, dass eine allfällige Entschädigung aus der Staatskasse entsprechend reduziert wird (vgl. BGer 2A.196/2005 E. 2.1; Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 149a).

Keine Verletzung von Berufsregeln kann nur dann angenommen werden, wenn dem Klienten diejenigen Bemühungen in Rechnung gestellt werden, die vor der Stellung eines Gesuchs entstanden sind und bevor ein Rechtsanwalt als unentgeltlicher Rechtsvertreter in Aussicht genommen wurde (Beschluss KG080003 des Obergerichts Zürich vom 6. November 2008, E. 18, publiziert in: plädoyer 1/2009, S. 78 f.). Kein Verstoss gegen das Verbot, dem Klienten zusätzliche Bemühungen in Rechnung zu stellen, liegt zudem vor, wenn der Anwalt dem Klienten diejenigen Bemühungen in Rechnung stellt, welche das Gericht bei der Festsetzung der Entschädigung nicht berücksichtigt hat. In Betracht fallen namentlich prozessfremde Bemühungen (ZR 105 [2006] Nr. 14; Beschluss KG080003 des Obergerichts Zürich vom 6. November 2008, E. 18, publiziert in: plädoyer 1/2009, S. 78 f.; Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 149c).

3.a) Soweit Rechtsanwalt R. für das Mandat betreffend Beratung in Sachen Leasing einen Kostenvorschuss eingefordert (Fr. 500.–) bzw. entgegengenommen (Fr. 250.–) hat, so betrifft dies sowohl eine vom Strafverfahren prozessfremde Bemühung als auch ein Mandat, für welches weder eine unentgeltliche Prozessfüh-

rung beantragt noch bewilligt worden wäre. Die Einforderung bzw. Entgegennahme des entsprechenden Kostenvorschusses ist daher nicht zu beanstanden.

b) Rechtsanwalt R. klärte seinen Mandanten über die Aussichtslosigkeit des Beschwerdeverfahrens und der amtlichen Verteidigung in diesem Verfahren auf. Da der Mandant dennoch eine Beschwerdeeinreichung wünschte, reichte Rechtsanwalt R. am 26. Juli 2013 bei der Anklagekammer eine Beschwerde zusammen mit einem Gesuch um amtliche Verteidigung ein. Am 27. Juli 2013 verlangte er von seinem Mandanten einen Kostenvorschuss von Fr. 750.–. Rechtsanwalt R. teilte seinem Mandanten zudem mit, dass er den Kostenvorschuss zurückzahlen werde, wenn das Gesuch um amtliche Verteidigung im Beschwerdeverfahren vor der Anklagekammer bewilligt würde. Der Mandant überwies am 2. August 2013 Fr. 550.– und am 26. August 2013 Fr. 200.–. Für die anschliessende Beschwerdeeinreichung beim Bundesgericht klärte Rechtsanwalt R. seinen Mandanten erneut über die Aussichtslosigkeit der Beschwerde auf und forderte am 15. Oktober 2013 einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 1500.–.

c) Die Einforderung eines Kostenvorschusses nach der Stellung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege bzw. -verbeiständung stellt nach der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Verletzung der Berufsregeln dar. Rechtsanwalt R. hat damit gegen Art. 12 Bst. a BGFA verstossen, indem er am 26. Juli 2013 bei der Anklagekammer ein Gesuch um amtliche Verteidigung stellte und am 27. Juli 2013 von seinem Mandanten einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– einverlangte. Unerheblich ist, ob über das Gesuch um amtliche Verteidigung zum Zeitpunkt der Einforderung des Kostenvorschusses bereits entschieden worden ist; nach der Stellung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege stellt die Einforderung eines Kostenvorschusses eine Verletzung der Berufsregeln dar. Entweder ist ein Klient mittellos und es ist deshalb ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen, oder aber er ist nicht mittellos und in der Lage, Kostenvorschüsse zu bezahlen.

Entgegen der Auffassung von Rechtsanwalt R. ist es nicht zulässig, ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen und vom Mandanten zusätzlich einen «bedingten Kostenvorschuss» zu verlangen, der im Falle der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zurückgezahlt wird. Eine solche Rechtsauffassung kann auch nicht aus dem von Rechtsanwalt R. zitierten Beschluss der Aufsichtskommission Zürich vom 6. November 2008 abgeleitet werden. An der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung vermag auch die zitierte Auffassung von Stefan Meichssner (Aktuelle Praxis zur unentgeltlichen Rechtspflege, in: Jusletter 7. Dezember 2009, FN 125) nichts zu ändern. Die durch den Mandanten (jedoch vor der Einreichung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege) geleisteten Kostenvorschüsse wären – entgegen der Auffassung von Rechtsanwalt R. – auch nicht an diesen zurückzuerstatten, sondern dem Gericht offenzulegen, damit eine allfällige staatliche Entschädigung entsprechend reduziert werden kann. An der Pflicht zur Offenlegung von Kostenvorschüssen vermag der Umstand, dass im Formular der

Staatsanwaltschaft zu den finanziellen Verhältnissen der beschuldigten Person keine entsprechende Rubrik aufgeführt wird, nichts zu ändern. Wird (insb. bei der Einleitung eines Strafverfahrens) ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bzw. amtliche Verteidigung gestellt, sind in der Regel zuvor keine Kostenvorschüsse verlangt oder bezahlt worden und dürfen solche – gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. oben E. II.2.a) – auch nicht anschliessend an die Gesucheinreichung verlangt werden. Damit besteht auch keine Notwendigkeit für die Aufnahme einer entsprechenden Rubrik in das genannte Formular. Auch der Umstand, dass im Gegensatz dazu das Formular «Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege» eine Rubrik «Kostenvorschüsse» aufweist, vermag daran nichts zu ändern. Vielmehr zeigt dieses Formular, welches Rechtsanwalt R. bekannt ist, klar auf, dass geleistete Kostenvorschüsse gegenüber den Behörden für den Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich und immer offenzulegen sind. Rechtsanwalt R. hat die von ihm geforderten Kostenvorschüsse, welche von seinem Mandanten auch geleistet wurden, der Beschwerdeinstanz offenbar nicht offengelegt, vielmehr wollte er diese seinem Mandanten im Falle der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zurückerstatten. Damit hat er die Behörden über die Leistungsfähigkeit seines als mittellos bezeichneten Mandanten getäuscht.

Rechtsanwalt R. hat, indem er – trotz dem am 26. Juli 2013 gegenüber der Beschwerdeinstanz gestellten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung – am 27. Juli 2013 von seinem Mandanten zusätzlich Kostenvorschüsse verlangte sowie entgegennahm und diese Kostenvorschüsse der Beschwerdeinstanz nicht offenlegte, gegen Art. 12 Bst. a BGFA verstossen. Ebenfalls einen Verstoss gegen Art. 12 Bst. a BGFA stellt die nachfolgende Einforderung eines Kostenvorschusses für das Verfahren vor dem Bundesgericht dar, obwohl auch in diesem Verfahren ein Gesuch um amtliche Verteidigung gestellt worden war.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Rechtsanwalt R. durch die Einforderung und Entgegennahme von Kostenvorschüssen im Rahmen von strafrechtlichen Beschwerdeverfahren, in welchen das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt worden war, und deren Nichtoffenlegung gegenüber den Gerichtsinstanzen die Berufsregel der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung nach Art. 12 Bst. a BGFA mehrfach verletzt hat.

e) Abschliessend und der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass – entgegen der Auffassung von Rechtsanwalt R. – dem Ansehen des Anwaltsstandes durch eine Nichtübernahme einer umfassenden (auch psychologischen und persönlichen) Betreuung eines Klienten nicht geschadet wird; vielmehr erscheint es für einen Anwalt geboten, auf die Führung von aussichtslosen Prozessen zu verzichten (vgl. VZR, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich, Zürich 1988, S. 73). Rechtsanwalt R. hat bei der Anklagekammer (wie auch beim Bundesgericht) Beschwerde eingereicht, obwohl er selber davon spricht, seinen Mandanten über die hohen Verlustgefahren aufgeklärt zu haben. Er habe seinen Mandanten darauf hingewiesen, dass die Gewinnaussichten beträchtlich gerin-

ger seien als die Verlustgefahren und «die Anklagekammer voraussichtlich das Gesuch um amtliche Verteidigung mit der Begründung abweisen werde, die Beschwerde sei aussichtslos». Sein Mandant habe trotzdem die Einreichung einer Beschwerde um jeden Preis verlangt. Eine Führung von Prozessen um jeden Preis erscheint jedoch äusserst fragwürdig und liegt letztlich kaum im Interesse des Anwaltsstandes wie auch des Mandanten selbst.

4.a) Die Verletzung von Berufsregeln ist nach Art. 17 BGFA mit Verwarnung, Verweis, Busse bis zu Fr. 20 000.– oder einem befristeten oder dauernden Berufsausübungsverbot zu ahnden. Bei der Wahl und Bemessung der Sanktion ist dem verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen. Welche Massnahme verhältnismässig ist, entscheidet sich nach der Schwere des Verstosses, dem Mass des Verschuldens und dem anwaltlichen Leumund (Poledna, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 17 N 23 ff.).

b) Der von Rechtsanwalt R. begangene mehrfache Verstoss gegen Art. 12 Bst. a BGFA ist erheblich. Durch die unentgeltliche Rechtspflege soll bedürftigen Personen der Zugang zur Gerichtsbarkeit sichergestellt werden. Wird gleichzeitig zu einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom Mandanten ein Kostenvorschuss eingefordert bzw. geleistet und den Gerichten nicht offengelegt, so leistet der Staat Prozesskostenhilfen, auf die kein Anspruch bestehen würde oder zumindest nicht im vollen Umfang. Entweder wird ein effektiv mittelloser Mandant in eine Zwangslage gebracht, oder aber der Staat wird über die tatsächliche Leistungsfähigkeit der gesuchstellenden Person getäuscht. Zusätzlich besteht die Gefahr der Bereicherung eines Rechtsanwalts zu Lasten des Mandanten bzw. des Steuerzahlers, wenn jener die Kostenvorschüsse nicht offenlegt und sowohl den Vorschuss als auch die staatliche Leistung er- bzw. behält. Insgesamt wird mit einem solchen Vorgehen der Sinn und Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege ausgehöhlt. Zudem schadet ein solches Geschäftsgebaren dem Vertrauen in den Anwaltsstand. Hinsichtlich des Verschuldens ist darauf hinzuweisen, dass Rechtsanwalt R. das Formular «Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege» bekannt war und er dementsprechend um die Pflicht zur Offenlegung von Kostenvorschüssen hätte wissen müssen. Zudem besteht zur Frage der Zulässigkeit von Kostenvorschüssen nach Stellung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege eine klare bundesgerichtliche Rechtsprechung. Das Verschulden kann daher nicht mehr als leicht bezeichnet werden. Rechtsanwalt R. ist jedoch zugute zu halten, dass er sich in seiner Stellungnahme für den Fall einer Berufsregelverletzung entschuldigte und in Aussicht stellte, ein entsprechendes Vorgehen künftig nicht mehr zu praktizieren, da er die Feststellungen der Anwaltskammer umsetze und respektiere. Der anwaltliche Leumund von Rechtsanwalt R. ist ungetrübt.

c) Angesichts dieser Bemessungsgründe erscheint eine Busse von Fr. 1000.– für die von Rechtsanwalt R. begangenen Berufsregelverletzungen (Art. 12 Bst. a BGFA; mehrfach) als angemessen.

81

Art. 12 Bst. a und Bst. c BGFA (SR 935.61). Verletzung der anwaltlichen Berufsregeln durch mehrmalige Einforderung von Schuldanerkennungen für das Anwaltshonorar sowie durch Abschluss eines Pfandvertrages und einer in diesem Zusammenhang erhobenen Hauptinterventionsklage gegen den (ehemaligen) Mandanten.

Anwaltskammer, 29. April 2014

Aus den Erwägungen:

II.2.a) Rechtsanwälte haben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben (Art. 12 Bst. a BGFA). Die Treuepflicht gebietet dem Rechtsanwalt, die Interessen des Klienten nach besten Kräften zu wahren und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigen könnte. Die berufsrechtliche Treuepflicht soll das Vertrauen in die Person des Anwalts und in die Anwaltschaft an sich stärken (Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 12 N 25). Die Treuepflicht von Art. 12 Bst. a BGFA erstreckt sich auch auf die Gestaltung der finanziellen Seite des Mandates. Sie wird insbesondere durch das Stellen von Zwischenrechnungen verbunden mit der Auferlegung an den Klienten, eine Richtigbefundserklärung abzugeben, verletzt (vgl. Sterchi, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, S. 42). Das unmittelbare Verlangen einer Schuldanerkennung bei Rechnungsstellung ist ausschliesslich im eigenen Interesse des Rechtsanwalts, ohne dass es dafür wie beim Kostenvorschuss eine Rechtfertigung gibt. Die Wirkungen bestehen lediglich darin, dass dem Klienten allfällige Einwände zu Honorarhöhe, Umfang der Bemühungen oder Qualität der Dienstleistung abgeschnitten werden. Es geht insofern nicht wie beim Kostenvorschuss um eine legitime Honorarsicherung, sondern um einen mit der Treuepflicht nicht vereinbaren Schutz des Rechtsanwalts vor einer ordentlichen Prüfung der von ihm in Rechnung gestellten Bemühungen. Verlangt ein Rechtsanwalt von seinem Klienten für eine diesem gestellte Honorarrechnung die Leistung einer Schuldanerkennung, so liegt ein Verstoss gegen das Gebot der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vor (GVP 2006 Nr. 109; vgl. ferner Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 173a; VZR, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich, Zürich 1988, S. 157).

b) Rechtsanwalt R. hat den Anzeiger unbestrittenermassen im Rahmen von Zwischenabrechnungen im Scheidungsverfahren am 5. Juli 2012, am 11. September 2012 und am 19. November 2012 Schuldanerkennungen über ein Honorar von Fr. 3362.90, Fr. 5200.– und Fr. 2800.– unterzeichnen lassen. Ebenso hat er am 14. August 2013 eine Schuldanerkennung für das strafrechtliche Mandat vor der Staatsanwaltschaft S. vom 15. März 2012 bis zum 2. August 2013 vom Anzeiger eingeholt und eine fünfte Schuldanerkennung in einem gesellschaftsrechtlichen

Mandat unterzeichnen lassen. Durch dieses Vorgehen, d. h. das Einfordern einer Schuldanerkennung unmittelbar nach der Präsentation der betreffenden Rechnung, hat Rechtsanwalt R. dem Anzeiger verunmöglicht, das Honorar zu prüfen bzw. prüfen zu lassen oder allfällige Einwände dagegen zu erheben. Er hat sein eigenes, rein finanzielles Interesse über das Interesse des Mandanten, insbesondere an einer ordentlichen Überprüfung des Honorars, gestellt und eine solche Überprüfung vorab zu einem Klageverfahren verunmöglicht. Überdies wurde damit der Mandant in ein Betreibungsverfahren gedrängt, anlässlich welchem er sich nun gezwungen sieht, eine Aberkennungsklage mit der entsprechenden Beweispflicht zu führen. Durch dieses Vorgehen wurde also auch ein in Bezug auf die Person des Klägers vorgenommener Rollentausch zu Lasten des Mandanten erwirkt. Dieser wurde in die – mit der entsprechenden Beweispflicht verbundene – Rolle des Klägers gezwungen bzw. gedrängt und hat allfällige Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

c) Rechtsanwalt R. hat mit der wiederholten Einforderung von Schuldanerkennungen hinsichtlich seines Anwaltshonorars mehrfach gegen die Berufsregel der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 Bst. a BGFA verstossen.

3.a) Rechtsanwälte sind verpflichtet, in dem Kanton, in dessen Register sie eingetragen sind, amtliche Pflichtverteidigungen und im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege Rechtsvertretungen zu übernehmen (Art. 12 Bst. g BGFA). Sie klären ihre Klientschaft bei Übernahme des Mandates über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung auf und informieren sie periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars (Art. 12 Bst. i BGFA). Zu den Aufklärungspflichten des Rechtsanwalts gehört auch die Pflicht, bedürftige Klienten auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege aufmerksam zu machen und nötigenfalls die erforderlichen Massnahmen zu treffen. Der Rechtsanwalt muss rechtzeitig bei der zuständigen Behörde ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellen und darf nicht zuerst Vorschüsse verlangen, die den Klienten zwingen, Schulden zu machen (Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 148, N 167; VZR, a. a. O., S. 56).

Eine unrichtige Beratung, ein prozessual falsches Vorgehen oder ein bloss taktisch oder psychologisch unkluges Vorgehen stellen hingegen regelmässig noch keine Verletzung der Treuepflicht dar (Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 26). Die sich aus dem Auftragsverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten ergebenden materiellrechtlichen Streitigkeiten müssen vor dem Richter im ordentlichen Verfahren ausgetragen werden (vgl. BGE 106 Ia 340). Zu diesen, dem ordentlichen Richter vorbehaltenen Entscheidungen zählen insbesondere die Fragen, ob der Rechtsanwalt im Rahmen des erteilten Auftrags gehandelt hat, ob der Auftrag richtig und sorgfältig ausgeführt worden ist, ob die Tätigkeit des Rechtsanwaltes notwendig oder zweckmässig und die geleistete Arbeit qualitativ genügend war, ob ganz allgemein das Honorar geschuldet oder ob die geleisteten

Vorschüsse richtig und vollständig in Abzug gebracht worden sind, ob der in Rechnung gestellte Aufwand tatsächlich erbracht worden ist oder ob der Gebührentarif nach dem Willen der Parteien überhaupt anwendbar ist (vgl. Sterchi, a. a. O., S. 125; VZR, a. a. O., S. 159; Wolffers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, S. 168 f.).

Rechtsanwälte meiden jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen (Art. 12 Bst. c BGFA). Obschon im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt, erfasst diese Berufsregel auch allfällige Konflikte zwischen eigenen Interessen des Rechtsanwalts und solchen seiner Klientschaft (BGer 2A.733/2006 E. 11.1; Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 92). Konflikte zwischen den Interessen des Klienten und persönlichen Interessen des Rechtsanwaltes können vor allem dann entstehen, wenn der Rechtsanwalt finanzielle Bindungen zu seinem Klienten unterhält (vgl. Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 94 ff., mit Beispielen). Eine Forderungsabtretung zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Klienten ist nicht per se unstatthaft. Ein Rechtsanwalt muss bei Personen, die bereits in finanziellen Problemen stecken – soweit nicht eine unentgeltliche Prozessführung in Frage kommt – sicherstellen dürfen, dass er seine Dienstleistungen nicht entschädigungslos zu erbringen hat. Er hat dabei allerdings in geeigneter Weise vorzugehen und gegebenenfalls auf die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls Rücksicht zu nehmen (BGer 2A.733/2006 E. 11.2; Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 95b).

b) Zwischen dem Anzeiger und Rechtsanwalt R. ist umstritten, ob eine (genügende) Aufklärung über die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgt ist. Unbestritten ist, dass statt der Stellung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zwischen ihnen am 5. Juli 2012 ein Pfandvertrag abgeschlossen wurde. Gegenstand des Pfandvertrags bildete eine Forderung des Anzeigers gegen seine Ehefrau aus Güterrecht von über Fr. 200 000.–, davon wurden Fr. 45 000.– an Rechtsanwalt R. verpfändet. Dieser Pfandgegenstand soll Rechtsanwalt R. gemäss Pfandvertrag als Sicherheit und zur Durchsetzung des Honorar- und Bonusanspruchs dienen. Am […]. November 2013 erhob Rechtsanwalt R. eine Hauptinterventionsklage beim Kreisgericht K. gegen den Anzeiger und dessen Ehefrau. Rechtsanwalt R. macht geltend, er habe damit verhindern wollen, dass der Anzeiger «die verpfändete Forderung im Scheidungsverfahren zerstör[e] (keine volle Tilgung durch Verrechnung mit Unterhaltsschulden)». Offenbar befürchtet Rechtsanwalt R., dass der Anzeiger seine güterrechtliche Forderung gegenüber seiner Ehefrau mit offenen Unterhaltsschulden ihr gegenüber ganz oder teilweise verrechnen und damit die Forderung bzw. Sicherheit aus dem Pfandvertrag untergehen könnte. Diese Möglichkeit wurde offenbar schon früher diskutiert, zumal Rechtsanwalt R. für diesen Fall im September 2012 die Vereinbarung über das Erfolgshonorar anpassen wollte. Bereits der Abschluss des Pfandvertrages vom 5. Juli 2012 über eine Forderung aus Güterrecht im Rahmen des Scheidungsverfahrens war im vorlie-

genden Fall problembehaftet, da der Anzeiger gegenüber seiner Ehefrau offene Unterhaltsschulden hatte und sich damit die Frage einer Verrechnung dieser sich gegenüberstehenden offenen Forderungen aufdrängte. Dies war offensichtlich auch für Rechtsanwalt R. klar, zumal er im September 2012, mithin nur zwei Monate nach Abschluss des Pfandvertrages, einen entsprechenden Vorbehalt im Zusammenhang mit dem Erfolgshonorar anbringen wollte. Es drängte sich in einer solchen Konstellation also auf, dass sich Rechtsanwalt R. mit dem Abschluss eines derartigen Pfandvertrages in eine Interessenkollision zwischen dem eigenen Interesse an der Durchsetzung der Pfandforderung und dem Interesse des Mandanten an einer speditiven finanziellen Bereinigung der offenen Forderungen unter den Ehegatten und damit einem raschen Verfahrensabschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung begab. Damit stellt bereits der Abschluss des Pfandvertrages eine Interessenkollision dar, spätestens manifestiert sich jedoch diese Interessenkollision mit der Erhebung der Hauptinterventionsklage beim Kreisgericht K. Hiermit versuchte Rechtsanwalt R. klar, seine eigenen Interessen (Honorar) gegen die Interessen des (ehemaligen) Mandanten durchzusetzen. Insbesondere die in der Hauptinterventionsklage aufgeführte Aufforderung an die ehemalige Gegenpartei (Ehefrau im Scheidungsverfahren), sich am Aberkennungsprozess zu beteiligen und die Argumente von Rechtsanwalt R. im Scheidungsverfahren gegen den Anzeiger zu verwenden, richtet sich klar gegen den ehemaligen Mandanten. Ein solches Vorgehen ist unzulässig und verstösst in klarer Weise gegen die Interessen des ehemaligen Mandanten von Rechtsanwalt R. Der Umstand, dass das Mandatsverhältnis im August 2013 aufgelöst worden war, vermag daran nichts zu ändern. Das Verbot der Interessenkollision bzw. die Treue- und Schweigepflicht bestehen auch über das Mandatsende hinaus weiter; ein Rechtsanwalt kann sich nicht durch eine Mandatsauflösung vom Verbot der Interessenkollision «befreien» und anschliessend gegen seinen ehemaligen Klienten vorgehen (vgl. dazu im Falle eines klassischen Parteiwechsels Fellmann, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 12 N 108).

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Rechtsanwalt R. durch den Abschluss des Pfandvertrages und die anschliessende Hauptinterventionsklage beim Kreisgericht K. gegen das Verbot der Interessenkollision (Art. 12 Bst. c BGFA) verstossen hat.

Damit kann offen bleiben, ob eine den Berufsregeln genügende Aufklärung über die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgt ist. Ob dem Anzeiger aus einer allenfalls ungenügenden Aufklärung ein Schaden erwachsen ist, welcher durch Rechtsanwalt R. verursacht worden wäre, stellt überdies eine materiellrechtliche Fragestellung dar, welche nicht in die Zuständigkeit der Anwaltskammer fällt und Gegenstand der Haftungs- bzw. Aberkennungsklage ist. […]

[…]

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Rechtsanwalt R. durch die mehrmalige Einforderung von Schuldanerkennungen für sein Anwaltshonorar wie auch durch den Abschluss des Pfandvertrages und der in diesem Zusammenhang erho-

benen Hauptinterventionsklage gegen den Anzeiger die Berufsregel der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung nach Art. 12 Bst. a BGFA mehrfach und das Verbot der Interessenkollision gemäss Art. 12 Bst. c BGFA verletzt hat.

7.a) Die Verletzung von Berufsregeln ist nach Art. 17 BGFA mit Verwarnung, Verweis, Busse bis zu Fr. 20 000.– oder einem befristeten oder dauernden Berufsausübungsverbot zu ahnden. Bei der Wahl und Bemessung der Sanktion ist dem verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen. Welche Massnahme verhältnismässig ist, entscheidet sich nach der Schwere des Verstosses, dem Mass des Verschuldens und dem anwaltlichen Leumund (Poledna, in: Fellmann/Zindel, a. a. O., Art. 17 N 23 ff.).

b) Die von Rechtsanwalt R. begangene Verletzung der Berufsregeln ist erheblich. Der Verstoss gegen Art. 12 Bst. a BGFA durch die Einforderung von mehrmaligen Schuldanerkennungen wiegt schwer, weil er in eindeutiger Weise die Interessen des Rechtsanwalts voranstellt und so das für die optimale Interessenwahrung notwendige Vertrauensverhältnis untergräbt. Der aus der Verletzung dieser Pflicht resultierende Anschein, dass nicht das wohlverstandene Interesse des Klienten im Zentrum der auftragsrechtlichen Beziehung steht, stellt die Integrität des Anwaltsstands bei entsprechender Duldung erheblich in Frage (vgl. GVP 2006 Nr. 109). Nicht anders verhält es sich bei der Verletzung des Verbots der Interessenkollision. Auch hier hat Rechtsanwalt R. mit der Erhebung der Hauptinterventionsklage seine finanziellen Interessen vorangestellt, das in ihn gesetzte Vertrauen des Mandanten verletzt und gar eine Verzögerung und Erschwerung des Scheidungsverfahrens seines ehemaligen Mandanten in Kauf genommen. Zudem hat er die ehemalige Gegenpartei explizit aufgefordert, sich seiner Interventionen gegenüber seinem ehemaligen Mandanten anzuschliessen und damit faktisch «die Seite gewechselt». Bei dieser Vorgehensweise ging es Rechtsanwalt R. einzig um seine eigenen finanziellen Interessen, welche er in pflichtwidriger Weise über jegliche Interessen des Mandanten stellte. Rechtsanwalt R. ging systematisch und zielgerichtet vor, um den eigenen Profit zu maximieren. Das Verschulden von Rechtsanwalt R. ist daher auch hier erheblich. Schliesslich erscheint auch der Ton in der Stellungnahme von Rechtsanwalt R. bedenklich; die Eingabe enthält unsachliche Elemente und zielt vornehmlich darauf ab, den ehemaligen Klienten schlecht zu machen. Die Einreichung einer derartigen Stellungnahme in einem Disziplinarverfahren ist einem anwaltlichen Vorgehen unwürdig. Der anwaltliche Leumund von Rechtsanwalt R. ist ungetrübt.

c) Angesichts dieser Bemessungsgründe erscheint eine Busse von Fr. 3000.– für die von Rechtsanwalt R. begangenen Berufsregelverletzungen (Art. 12 Bst. a BGFA mehrfach; Art. 12 Bst. c BGFA) als angemessen.

5. Schuldbetreibung und Konkurs

82

Art. 81 Abs. 1 und Art. 265 Abs. 1 SchKG (SR 281.1). Die in einem Konkursverlustschein verurkundete, vom Gemeinschuldner anerkannte Konkursforderung kann einer gerichtlich zugesprochenen Forderung verrechnungsweise entgegengehalten werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 5. März 2014

Aus den Erwägungen:

In der Regeste zu BGE 116 III 66 hielt das Bundesgericht fest, dass der Konkursverlustschein keinen urkundlichen Beweis für den Bestand einer Gegenforderung bilde, die dem Begehren um definitive Rechtsöffnung i. S. v. Art. 81 Abs. 1 SchKG verrechnungsweise entgegengehalten werden könne. In dieser allgemeinen Formulierung überzeugt die Regeste ebenso wenig wie die Begründung: Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der fragliche Entscheid in einem Verfahren betreffend eine staatsrechtliche Beschwerde und damit lediglich im Rahmen einer Willkürprüfung erging, wobei die Kognition noch zusätzlich dadurch eingeschränkt war, dass das Bundesgericht lediglich zu beurteilen hatte, ob das Obergericht Zürich in Willkür verfallen sei, als es verneint habe, dass das Bezirksgericht mit der Annahme, der Konkursverlustschein bilde keinen Urkundenbeweis für eine verrechenbare Gegenforderung, klares Recht verletzt habe. Bezeichnenderweise erklärt denn das Bundesgericht auch, es spreche «jedenfalls unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür nichts dagegen, die(se) im Zusammenhang mit dem Pfändungsverlustschein entwickelte Rechtsprechung gleichermassen auf den Verlustschein i. S. v. Art. 265 Abs. 1 SchKG anzuwenden» (E. 4.b, S. 68). Es gibt – in der Sache – sehr wohl Gründe, den Pfändungs- und den Konkursverlustschein in Bezug auf seine Qualität als Urkundenbeweis unterschiedlich zu behandeln und den Konkursverlustschein, in welchem eine anerkannte Konkursforderung verurkundet ist, als Beweisurkunde i. S. v. Art. 81 Abs. 1 SchKG zu betrachten. Auszugehen ist dabei davon, dass ohne Weiteres nachvollziehbar ist, dass mit Rücksicht auf den Charakter als blosse amtliche Bestätigung und mangels Beteiligung des Schuldners an der Ausstellung «ein … Pfändungsverlustschein für sich allein keinen urkundlichen Beweis für den Bestand einer Gegenforderung bilde, die dem Begehren um definitive Rechtsöffnung verrechnungsweise entgegengehalten oder mit der die Aufhebung einer Betreibung (Art. 85 SchKG) erwirkt werden könne» (E. 4.a, S. 68, unter Hinweis auf BGE 102 Ia 364 E. 2a und BGE 98 Ia 355 E. 2). Beim Konkursverlustschein verhält es sich aber insofern anders, als zwar auch er eine amtliche Bescheinigung über eine ungenügende Deckung im Konkurs bildet, als darin aber, sofern der Konkursit dies auch tut, ausdrücklich festgehalten ist, dass der Schuldner

die Forderung «anerkannt» habe (Art. 265 Abs. 1 Satz 2 SchKG; vgl. auch Art. 244 SchKG und Art. 55 KOV). Auch wenn in der Folge die Konkursverwaltung an diese Erklärung nicht gebunden ist (Art. 245 Satz 2 SchKG) und sein mag, dass «der Gemeinschuldner angesichts der besonderen Umstände durchaus in Versuchung geraten könnte, gut ausgewiesene Forderungen zu bestreiten, derweil er zweifelhafte Ansprüche ihm nahestehender Gläubiger anerkennt» (E. 4.b, S. 69), ändert dies – und nur darauf kann es im Verhältnis zum Gläubiger ankommen – nichts daran, dass der Schuldner bestätigt, und dies in einer Urkunde festgehalten ist, dem Gläubiger einen bestimmten Betrag zu schulden. Weshalb diese Urkunde in beweismässiger Hinsicht anders als ein Dokument behandelt werden sollte, in welchem der Schuldner – ebenfalls ohne Angabe eines Rechtsgrunds – eine Schuld anerkennt und bei welcher unbestritten ist, dass es als Beweisurkunde i. S. v. Art. 81 Abs. 1 SchKG tauglich ist (BSK SchKG I-Staehelin, N 10 zu Art. 81 SchKG, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung auch des Bundesgerichts), ist nicht nachvollziehbar. Dies gilt hier umso mehr, als der Gläubiger nicht einmal ansatzweise geltend macht, entgegen der Anerkennung im Konkursverfahren bestehe die Forderung (…) nicht, was den Beweiswert des Verlustscheins indiziell sogar noch verstärkt. Berücksichtigt man schliesslich, dass der Gläubiger auch bei Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens zufolge Annahme der Tilgung durch Verrechnung nach wie vor die Möglichkeit hat, über den Bestand seiner Ersatz- bzw. Entschädigungsforderung nochmals ein ordentliches bzw. angesichts des Streitwerts resp. der Materie ein vereinfachtes Verfahren einzuleiten (BGE 83 II 263 E. 2; BSK SchKG I-Staehelin, N 82 zu Art. 84 SchKG), ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Konkursverlustschein, in dem eine vom Schuldner anerkannte Forderung verurkundet ist, geeignet ist, i. S. v. Art. 81 Abs. 1 SchKG den Urkundenbeweis für eine verrechenbare Gegenforderung zu erbringen (wie hier BSK SchKG I-Staehelin, N 13 zu Art. 81 SchKG, mit weiteren Hinweisen, und OGer Zürich vom 25. September 2012 i. S. RT.110.187-O/U; a.M. BSK SchKG II-Huber, N 12 zu Art. 265 SchKG, und Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 238).

83

Art. 260 SchKG (SR 281.1). Rechtzeitigkeit des Abtretungsbegehrens gemäss Art. 260 SchKG.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 22. September 2014

Aus den Erwägungen:

5. a Gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG ist jeder Gläubiger berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendma-

chung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet. Handelt es sich um ein summarisches Konkursverfahren, so kann die Anhörung der Gläubiger bzw. die Ansetzung einer Frist zur Stellung des Abtretungsbegehrens auf dem Zirkularweg oder durch Publikation erfolgen (BSK SchKG II – Berti, Art. 260 N 25; KUKO SchKG – Bürgi, Art. 260 N7; Walder/Kull/Kottman, SchKG, 4. A., Bd. II, Art. 260 N 5).

Eine Frist, innert welcher die Abtretung zu verlangen ist, sieht das SchKG nicht vor. Gemäss Bürgi (KUKO SchKG, Art. 260 N13) wird praxisgemäss eine Frist von zehn Tagen zur Stellung eines Abtretungsbegehrens angesetzt. Da die Frist nicht gesetzlich festgelegt sei, handle es sich – trotz der praxisgemässen Dauer von zehn Tagen – jeweils um eine behördlich angesetzte Frist, weshalb diese grundsätzlich erstreckbar sei (a. A. Entscheid AB Basel-Stadt vom 31. Januar 1977, in: BlSchK 1980 Nr. 26 S. 59, wonach die Frist einer gesetzlichen Frist nahekomme und unerstreckbar sei; offen gelassen in Pra 101 (2012) Nr. 121 [= BGE 138 III 219] E. 3.4.1).

Im ordentlichen Verfahren ist gemäss Art. 48 Abs. 1 KOV in der Einladung zur zweiten Gläubigerversammlung zu vermerken, dass Abtretungsbegehren in der Versammlung selbst oder spätestens binnen zehn Tagen nach ihrer Abhaltung zu stellen seien. Ist ein früherer Entscheid erwünscht, so kann den Gläubigern durch Zirkular eine angemessene Frist angesetzt werden, binnen der sie der Konkursverwaltung mitzuteilen haben, ob sie den Anspruch gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG anstelle der Masse bestreiten wollen (vgl. Art. 48 Abs. 2 KOV). Die Frist zur Stellung von Abtretungsbegehren im ordentlichen Konkursverfahren beträgt damit (mindestens) zehn Tage bzw. muss zumindest angemessen sein.

b) Geht man in Anlehnung an Lehre und Rechtsprechung sowie in analoger Anwendung von Art. 48 KOV für den Regelfall von einer (mindestens) zehntägigen Frist aus, so bleibt vorliegend zwischen den Parteien einzig strittig, wann diese Frist zu laufen begonnen hat. Das Konkursamt stellt sich auf den Standpunkt, das fristauslösende Ereignis sei der Versand des Zirkulars vom 8. Juli 2014 (Fristbeginn am 9. Juli 2014, Fristende damit am 18. Juli 2014), während die Beschwerdeführerin den Empfang des Zirkulars (Empfang am 9. Juli 2014, Fristbeginn am 10. Juli 2014) als massgebend erachtet. Gründe, welche eine kürzere Frist als anzeigt erscheinen liessen, wurden vom Konkursamt weder geltend gemacht, noch sind solche aus den Akten ersichtlich.

Gemäss Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 ZPO beginnen Fristen, die durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, am folgenden Tag zu laufen. Fristbeginn ist der Eintritt eines Ereignisses wie beispielsweise die erfolgte Zustellung einer Mitteilung (BSK SchKG I – Nordmann, Art. 31 N 20). Als Mitteilung wird die Bekanntmachung von bestimmten Tatsachen, insbesondere von betreibungsrechtlichen Verfügungen, angesehen. Dazu gehören auch Mitteilungen, welche eine bestimmte rechtliche Wirkung erzeugen und Ausgangspunkt für eine betreibungsrechtliche Vorkehr des Adressaten bilden, weshalb sie generell mit einer Fristansetzung verbunden sind (BSK SchKG I – Nordmann, Art. 34 N 4).

Das Zirkularschreiben ist als eine solche, empfangsbedürftige Mitteilung zu qualifizieren, bei welcher die Frist mit Eintritt eines Ereignisses, nämlich mit der erfolgten Zustellung, ausgelöst wird. Die Auffassung des Konkursamtes, wonach der Fristbeginn mit der Ausstellung des Zirkularschreibens durch das Konkursamt, also am 8. Juli 2014, ausgelöst wurde und am 9. Juli 2014 unbesehen um die effektive Zustellung begann, entspricht demgegenüber nicht dem Gesetz. Die zehntägige Frist zur Anmeldung von Abtretungsbegehren wurde vielmehr erst mit der erfolgten Zustellung ausgelöst. Die Beschwerdeführerin hat das Zirkularschreiben unbestrittenermassen am 9. Juli 2014 in Empfang genommen. Damit begann die zehntägige Frist am 10. Juli 2014 (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 ZPO) und lief bis zum 19. Juli 2014. Da dieser Tag ein Samstag war, endete die Frist am nächsten Werktag, d. h. dem Montag, 21. Juli 2014 (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 3 ZPO). Das Abtretungsbegehren der Beschwerdeführerin vom 21. Juli 2014 ist daher als rechtzeitig zu qualifizieren.

Zum gleichen Schluss führt auch ein Blick auf Art. 48 KOV, wonach die zehntägige Frist ab der Gläubigerversammlung, also ab dem Tag der effektiven Kenntnisnahme möglicher Abtretungsansprüche, läuft. Dafür, dass der Fristenlauf vorliegend nicht – wie üblich – an die Kenntnisnahme (bzw. Zustellfiktion) des fristauslösenden Schreibens gebunden, sondern bereits mit dem Versand dieses Schreibens begonnen haben soll, findet sich weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung eine Stütze. Damit muss das Zirkularschreiben aber auch unter diesem Aspekt als empfangsbedürftige Mitteilung qualifiziert werden.

c) Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass es zulässig wäre, ein fixes Fristende vorzusehen (vorliegend 18. Juli 2014), so wäre diese Frist vorliegend zu kurz bemessen gewesen, da unter Berücksichtigung der Frist für eine allfälllige Zustellfiktion noch eine Frist von lediglich zwei Tagen für das Abtretungsbegehren verbleiben würde, was klar ungenügend wäre. Ist aber unklar, wann die Gläubiger ein Schreiben entgegen nehmen werden, müsste die Frist für eine Zustellfiktion in die Berechnung bzw. Festsetzung eines Fixtermins miteinfliessen. Damit wäre ein Fixtermin per 18. Juli 2014 auch unter diesem Aspekt unzulässig und damit aufzuheben.

Ob die im Gläubigerzirkular zur Abtretung angesetzte Frist letztlich einer gesetzlichen Frist gleichkommt und damit effektiv unerstreckbar bliebe, muss an der vorliegenden Stelle nicht entschieden werden.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde zu schützen und die Verfügung vom 22. Juli 2014 aufzuheben ist. Das Konkursamt […] ist anzuweisen, die am 21. Juli 2014 der Post übergebenen Abtretungsbegehren der Beschwerdeführerin als rechtzeitig erfolgt entgegenzunehmen.

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

84

Art. 8 BV (SR 101). Im Gegensatz zur obligatorischen Volksschule sind für die freiwilligen, primär leistungsorientierten Mittelschulen im Kanton St.Gallen individuelle Lernziele nicht vorgesehen. Hier müssen die Lernziele von allen Schülerinnen und Schülern erreicht werden. Eine Verringerung von inhaltlichen Prüfungsanforderungen, wie die Nichtberücksichtigung bzw. weniger starke Gewichtung von Rechtschreibe- und Grammatikfehlern in Sprachfächern, ist deshalb auch dann abzulehnen, wenn eine Schülerin oder ein Schüler aufgrund einer Behinderung bei der Rechtschreibung und Grammatik benachteiligt ist. Dagegen ist bei behinderten Schülerinnen und Schülern im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob spezielle formale Prüfungserleichterungen zu gewähren sind.

Erziehungsrat, 19. Februar 2014

A. S., der seit dem Schuljahr 2012/13 das Gymnasium der Kantonsschule X. besucht, leidet gemäss zwei in den Jahren 2007 und 2012 durchgeführten schulpsychologischen Abklärungen an einer Legasthenie. Der schulpsychologische Dienst des Kantons St.Gallen (nachfolgend SPD) hielt in seinem Bericht vom 19.Dezember 2012 fest, dass sich die Legeasthenie bei S. auf der aktuellen Klassenstufe vor allem in einem langsameren Arbeitstempo (Lesefähigkeit) und einer fehlerhaften Rechtschreibung in allen Sprachen auswirke.

B. Mit Verfügung vom 7. Oktober 2013 gewährte die Rektoratskommission der Kantonsschule X. für S. verschiedene Nachteilsausgleiche. Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um Zeitverlängerungen in Prüfungen, in welchen das Leseverständnis eine grosse Rolle spielt, der Nichtbewertung der Rechtschreibung in nichtsprachlichen Fächern, die spezielle Strukturierung von Prüfungen mit guter Leserlichkeit der Schrift sowie die Möglichkeit, anstelle einer schriftlichen Prüfung ei-

ne mündliche Prüfung zu beantragen (Entscheidkompetenz darüber liegt bei der Lehrperson). Weitergehende Nachteilsausgleiche lehnte die Rektoratskommission ab. Einen dagegen erhobenen Rekurs wies der Erziehungsrat ab.

Aus den Erwägungen:

3. a) Der in Art. 8 Abs. 1 BV enthaltene Gleichheitssatz verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Ein Entscheid verletzt den Grundsatz der Rechtgleichheit dann, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (BGE 125 I 173 E.6b).

b) Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Im Unterschied zum Gleichbehandlungsgebot zwischen den Geschlechtern (Art. 8 Abs. 3 BV) enthält das allgemeine Diskriminierungsgebot nach Art. 8 Abs.2 BV kein Egalisierungsgebot; für Behinderte wird der Gesetzgeber jedoch angehalten, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen vorzusehen (Art. 8 Abs. 4 BV).

Art. 8 Abs. 2 BV verbietet grundsätzlich sowohl eine direkte Diskriminierung, d. h. eine Diskriminierung durch fehlende Gleichbehandlung, als auch eine indirekte Diskriminierung als Folge fehlerhafter Differenzierung. Eine indirekte Diskriminierung ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (BGE 126 II 377 E.6c).

c) Behinderung im Sinn von Art. 8 Abs. 2 und 4 BV wird umfassend verstanden. Darunter fallen sämtliche körperlichen, geistigen und psychischen Beeinträchtigungen, soweit sie im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben zu Benachteiligungen im Sinn von Diskriminierung, Herabminderung oder Ausgrenzung führen (Margrith Bigler-Eggenberger, in: Ehrenzeller/Mastronardi.S.chweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., St.Gallen/Zürich 2008, Rz. 99 zu Art. 8 BV). Eine Legasthenie gilt als Behinderung, wenn sie sich auf die Leistungen in der Ausbildung schwerwiegend auswirkt (vgl. Andrea Aeschlimann-Ziegler, Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht von Kindern und Jugendlichen mit einer Behinderung, Bern 2011, S. 13 ff.).

d) Das eidgenössische Behindertengelichstellungsgesetz (SR 151.3; abgekürzt BehiG) ist auf die unter kantonaler Hoheit stehenden Mittelschulen nicht direkt anwendbar (Bundesgerichtsentscheid 2D_7/2011 vom 19. Mai 2011 E.2.4; BGE 133 I 156 E.3.6.4), kann jedoch zur Konkretisierung des Gehalts des Diskriminierungsver-

bots herangezogen werden (VerwGE B 2012/231 vom 27. August 2013 E.4.1.; Margrith Bigler-Eggenberger, a. a. O., Rz. 101 zu Art. 8 BV).

e) Der Staat ist weder aufgrund der Rechtsgleichheit noch aufgrund spezifischer Grundrechte verpflichtet, sämtliche faktischen Ungleichheiten zu beheben. Das schlägt sich zwangsläufig auch in der Möglichkeit nieder, bestimmte Berufe zu ergreifen oder höhere Schulen zu besuchen. Viele Berufe wie auch gewisse Ausbildungen erfordern besondere Eigenschaften und Fähigkeiten, die nicht alle Menschen im gleichen Masse besitzen. Der blosse Umstand, dass einzelne Personen ohne eigenes Verschulden diese Fähigkeiten nicht besitzen, kann nicht dazu führen, dass die Anforderungen reduziert werden müssten. Dementsprechend wird auch eine Verringerung von inhaltlichen Prüfungsanforderungen bzw. eine mildere Bewertung aufgrund einer Behinderung von der bundesgerichtliche Rechtsprechung und der überwiegenden schweizerischen Rechtslehre abgelehnt (Bundesgerichtsentscheid 2P.140/2002 vom 18. Oktober 2002 E.7.5; BGE 122 I 130 E.3c; Hördegen/Richli, Rechtliche Aspekte der Bildungschancengleichheit für Lernende mit Dyslexie oder Dyskalkulie im Mittelschul-, Berufsbildungs- und Hochschulbereich, in: Lichtsteiner Müller [Hrsg.], Dyslexie, Dyskalkulie, Bern 2011, S. 84 f. m. w. H.). Dagegen ist bei behinderten Schülerinnen und Schülern im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob spezielle formale Prüfungserleichterungen, wie z. B. eine Prüfungszeitverlängerung, zusätzliche Pausen oder eine stärkere Prüfungsgliederung zu gewähren sind (vgl. VerwGE ZH VB.2010.00696 vom 1. März 2011, E.4.3; BVGE 2008/26 E.4.5).

4. a) S. wird unter den gleichen Bedingungen wie seine Mitschülerinnen und Mitschüler bzw. teilweise unter angepassten Bedingungen geprüft. Eine direkte Diskriminierung liegt somit nicht vor. Zu prüfen ist jedoch, ob durch die Nichtgewährung von weiteren Nachteilsausgleichen eine indirekte Diskriminierung vorliegt.

b) Aus den Berichten des SPD geht hervor, dass sich die Legasthenie von S. auf das Lesetempo auswirkt und zu einer fehlerhaften Rechtschreibung führt. Dass in den sprachlichen Fächern die Probleme in der Rechtschreibung einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Noten haben, erscheint aufgrund der Ausführungen des Rekurrenten sowie der eingereichten Aufsätze glaubhaft. Zudem geht aus dem Zwischenstand der Noten vom 8. November 2013 hervor, dass S. vor allem in den sprachlichen Fächern ungenügende Leistungen erzielte (Deutsch 3.5, Französisch 2.5, Englisch 3.0). Allerdings waren seine Noten im November 2013 teilweise auch in anderen Fächern ungenügend (Biologie, 3.5, Physik 3.0, Geschichte 3.5). Inwieweit die ungenügenden Leistungen auf seine Legasthenie zurückzuführen sind, lässt sich aufgrund der vorliegenden Angaben nicht abschliessend beurteilen. Die Frage kann aber aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen gelassen werden.

c) Ziel des Gymnasiums ist unter anderem die Vorbereitung auf das Hochschulstudium und auf anspruchsvolle Aufgaben in der Gesellschaft (Art. 9 MSG und

Art. 5 des Regelments der EDK über die Anerkennung von gymnasialen Maturitätsausweisen [sGS 230.311, abgekürzt MAR]). Zu den Bildungszielen gemäss Art. 5 Abs.3 MAR gehört unter anderem die Fähigkeit, sich klar und treffend zu äussern. In den Mittelschulen wird nach dem kantonalen Lehrplan unterrichtet (Art. 8 MAR). Gemäss Lehrplan gehört das Bemühen um sprachliche Richtigkeit und die Kenntnis des Regelsystems der deutschen Sprache zu den grundsätzlichen Zielen. Zu den Lernzielen in Deutsch der 2. Klasse gehört sowohl die Rechtschreibung als auch die Grammatik (Lehrplan für das Gymnasium im Kanton St.Gallen vom 21. Juni 2006, S. 12 ff.). Auch in den Fächern Französisch und Englisch gehört die Fähigkeit, sich schriftlich kompetent auszudrücken zu den Grundfertigkeiten bzw. zu den Lernzielen. Dazu gehört auch die Beherrschung der Orthographie und der Grammatik (Lehrplan, S. 18 ff. und 29 ff.).

Im Gegensatz zur obligatorischen Volksschule sind für die freiwilligen, primär leistungsorientierten Mittelschulen im Kanton St.Gallen fördernde Massnahmen wie individuelle Lernziele nicht vorgesehen. Hier müssen die Lernziele von allen Schülerinnen und Schülern erreicht werden. Auch unter Prüfungsbedingungen müssen die Schülerinnen und Schüler der Mittelschulen in der Lage sein, sich schriftlich korrekt auszudrücken. Eine Verringerung von inhaltlichen Prüfungsanforderungen ist deshalb auch dann abzulehnen, wenn eine Schülerin oder ein Schüler aufgrund einer Behinderung in dieser Hinsicht benachteiligt ist (vgl. auch vorstehend Ziff. 3 Bst. e).

d) Die vom Rekurrenten beantragten Nachteilsausgleiche gehen über formale Prüfungserleichterungen hinaus, weil sie geeignet sind, die inhaltlichen Leistungsanforderungen zu verringern. Dies gilt insbesondere für die Anträge, die Rechtschreibefehler in den Fächern Englisch, Französisch und Deutsch nicht zu berücksichtigen oder weniger stark zu gewichten (3. und 4. Eventualantrag gemäss Rekurs, vorstehend Bst. H). Gleichermassen gilt dies, wenn «typische legastheniebedingte Rechtschreibefehler» in den Fächern Englisch und Französisch nicht berücksichtigt werden (2. Eventualantrag). Wird z. B. ein fehlender Buchstabe in einem Wort bei S. wegen seiner Legasthenie – anders als bei seinen Mitschülerinnen und Mitschülern – nicht als Rechtschreibefehler bewertet, kann dies zu neuen Rechtsungleichheiten führen. Daran vermag auch die Argument des Rekurrenten nicht zu ändern, dass S. zwar oft wisse, wie ein Wort geschrieben werde, ihm aber bestimmte Rechtschreibefehler dennoch «einfach passieren» würden. Solche Arten von Fehlern kommen teilweise auch bei anderen Schülerinnen und Schülern vor, z. B. wegen fehlender Konzentration oder wegen Belastungen in Prüfungssituationen. Allein die Tatsache, dass bei S. solche Rechtschreibefehler häufig vorkommen, vermag es nicht zu rechtfertigen, ihn gegenüber seinen Mitschülerinnen und Mitschüler bei der Bewertung anders zu behandeln. Da auch bei S. andere als legastheniebedingte Rechtschreibefehler vorkommen können und da bei der Nichtbewertung von legastheniebedingten Rechtschreibefehlern das Problem besteht, dass sich bei der Korrektur kaum mit der erforderlichen Klarheit bestim-

men lässt, welche Fehler auf die Legasthenie zurückgeführt werden können (vgl. dazu Weisshaupt/Jokeit, Zur Neuropsychologie von Dyslexie und Dyskalkulie, in: Lichtsteiner Müller [Hrsg.], a. a. O., S. 38 f.), wäre S. im Ergebnis aufgrund seiner Behinderung privilegiert bzw. bessergestellt als seine nichtbehinderten Mitschülerinnen und Mitschüler. Dies umso mehr, als S. schon von formalen Prüfungserleichterungen, wie z. B. Prüfungszeitverlängerungen, profitieren kann, welche den vom Rekurrenten geltend gemachten Zeit- und Energieverlust zur Korrektur von allfälligen Fehlern ausgleichen.

Die Anträge des Rekurrenten, welche eine stärkere Gewichtung der mündlichen Leistungen in Englisch und Französisch (2. Antrag des Gesuchs und 1. Eventualantrag im Rekurs) bzw. allgemein eine Zulassung von mehr mündlichen Leistungsnachweisen, wie z. B. Vorträge (1. Antrag des Gesuchs) fordern, können ebenfalls zu einer Herabsetzung der Leistungsanforderungen in den sprachlichen Fächern führen, weil sie zur Folge haben, dass die Rechtschreibung, die notwendigerweise schriftlich geprüft werden muss, weniger stark gewichtet wird. Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz dem Rekurrenten insoweit entgegen gekommen ist, als sie S. die Möglichkeit einräumt, anstelle einer schriftlichen Prüfung bei der zuständigen Lehrperson eine mündliche Prüfung zu beantragen. Zu der in diesem Zusammenhang erwähnte Rechtsauskunft des Amtes für Mittelschulen ist anzumerken, dass in ihr festgehalten wird, dass die Lernziele von allen Schülerinnen und Schülern, unabhängig von ihrer individuellen Fähigkeiten und Beeinträchtigungen, erreicht werden müssen und dass die Rechtschreibung einzig in nichtsprachlichen Fächern nicht bewertet werden soll.

(…)

e) Der Rekurrent macht geltend, dass die beantragten Nachteilsausgleiche nicht die Matura betreffen würden. Es handle sich um zeitlich begrenzte Nachteilsausgleiche, um zur Matura zu gelangen. Weiter führt er aus, dass sich die Lese- und Rechtschreibeleistung von S. im Lauf der Jahre immer mehr derjenigen der gleichaltrigen Schülerinnen und Schüler annähere.

Aus dem Schreiben des SPD vom 27. September 2013 geht hervor, dass S. trotz vielen Therapiestunden im Lesen und Schreiben immer Schwierigkeiten haben werde. Wenn diesbezüglich keine wesentlichen Verbesserungen zu erwarten sind, wäre S. mit zeitlich begrenzten Massnahmen nicht gedient, weil auch für die Maturaarbeit und die Maturaprüfung gute Lese- und Schreibkompetenzen inklusive Rechtschreibung vorausgesetzt werden. Ausserdem müssen die Schülerinnen und Schüler für die Hochschulreife nicht nur die Maturaprüfung bestehen, sondern zuvor zu bestimmten Zeitpunkten auch die Promotionsbedingungen nach Massgabe von Art. 1 ff. die Promotionsreglements des Gymnasiums (SchBl 1998 Nr. 7–8) in der Fassung gemäss VI. Nachtrag (SchBl 2013 Nr. 7–8) erfüllen.

2. Bürgerrecht

85

Art. 14 Bst. c BüG (SR 141.0); Art. 13 Abs. 1 Bst. a BRG (sGS 121.1). Wurde gegen eine einbürgerungswillige Person ein Nachsteuerverfahren eingeleitet, bedeutet dies nicht automatisch, dass gegen sie ein Strafverfahren hängig ist. Der Vorwurf der Nichtbeachtung der Rechtsordnung setzt eine Würdigung der Gesamtsituation voraus. Bei einer Verurteilung wegen vorsätzlicher Steuerhinterziehung ist daher auch zu berücksichtigen, wann das fehlbare Verhalten stattfand und inwieweit die betroffene Person seither ihren finanziellen Verpflichtungen nachgekommen ist.

Departement des Innern, 17. Dezember 2014

Aus den Erwägungen:

5.

5.1. Gemäss Art. 14 Bst. c BüG haben einbürgerungswillige Personen die schweizerische Rechtsordnung zu beachten bzw. gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. a BRG müssen sie sich sichtbar an die Rechtsordnung und an die Werte der Bundesverfassung halten. Im Rahmen dieses Kriteriums kann folglich allgemein das Verhalten bei der Ausübung von Rechten wie auch bei der Erfüllung von Pflichten berücksichtigt werden. In erster Linie bezieht sich dieses Kriterium aber auf einen einwandfreien straf- sowie betreibungsrechtlichen Leumund. Ein hängiges Strafverfahren führt regelmässig zur Sistierung oder Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs. Ein Eintrag im Privatauszug des schweizerischen Strafregisters oder darin nicht gelöschte bzw. entfernte Vor- oder Jugendstrafen dürfen die gleiche Auswirkung haben. Eine Ausnahme drängt sich in diesem Zusammenhang jedoch bei den Übertretungsdelikten auf (vgl. Botschaft zum Gesetz über das St.Galler Bürgerrecht vom 8. Dezember 2008, a. a. O., 23). Stehen entsprechende Delikte zur Diskussion, so sind diese differenziert nach ihrem Unrechtsgehalt und in Berücksichtigung der Gesamtsituation zu beurteilen (vgl. VerwGE B 2011/229 vom 31. Mai 2012). Des Weiteren wird erwartet, dass einbürgerungswillige Personen ihren finanziellen Verpflichtungen – insbesondere auch gegenüber dem Staat – nachkommen. Hängige Betreibungen stellen für die Einbürgerung ein Hindernis dar. Wurde in den fünf Jahren vor Einreichung des Einbürgerungsgesuch ein Verlustschein ausgestellt oder ein Konkursverfahren eröffnet, so ist dies gleichfalls negativ zu werten. Darüber hinaus kann sich auch die Nichtbeachtung zivilrechtlicher Verpflichtungen – wie beispielsweise die Nichtbezahlung von Unterhaltsbeiträgen oder eine mietrechtliche Ausweisung – nachteilig auf die Beurteilung der Einbürgerungseignung auswirken (vgl. Botschaft zum Gesetz über das St.Galler Bürgerrecht vom 8. Dezember 2009 in: ABl 2010, 23).

Der noch zum Bürgerrechtsgesetz vom 5. Dezember 1955 (nGS 27–76, in Kraft bis 31. Dezember 2010) ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes ist bezüglich des Kriteriums der Beachtung der Rechtsordnung zu entnehmen, dass es auf die Umstände des Einzelfalls ankomme. Das Kriterium dürfe lediglich dann anhand eines einzigen Merkmals beurteilt werden, wenn das Merkmal in dieser Hinsicht auch über genügend Aussagekraft verfüge. Folglich sei es zwar sachgerecht, im schweizerischen Strafregister nicht erscheinende Bussenverfügungen in die Eignungsbeurteilung einzubeziehen, doch dürfe allein aus deren Vorhandensein nicht zwingend auf einen schlechten strafrechtlichen Leumund geschlossen werden. Handle es sich beim Einbürgerungsbewerber ansonsten um einen unbescholtenen Einwohner der Schweiz, so müsse er in einem kurzen Zeitraum schon mehrere, wenn auch nur geringfügige Taten verübt haben, solle sich der Ermessensentscheid, dass sich diese Person um die schweizerische Rechtsordnung nicht kümmere, nicht als sachfremd und damit als nicht willkürlich erweisen (vgl. VerwGE B 2011/229 vom 31. Mai 2012 Erw. 4.3.2. f.)

5.2. Die Vorinstanz wirft den Rekurrenten in der Hauptsache vor, sie hätten im Einbürgerungsgesuch vom 2. Mai 2013 mittels ihrer Unterschrift bestätigt, dass sie die rechtsstaatliche Ordnung respektieren würden und gegen sie keine Strafverfahren hängig seien. Diese Angaben träfen nicht zu, denn am 28. August 2012 sei gegen sie ein Nachsteuer- und Steuerstrafverfahren eröffnet worden. Der Abschluss des Verfahrens sei am 16. September 2013 und der Strafbefehl am 14. Oktober 2013 erfolgt. Der Rekurrent habe eine Busse wegen vorsätzlicher Steuerhinterziehung erhalten. Die Rekurrenten hätten bei der Einreichung des Einbürgerungsgesuchs folglich verschwiegen, dass kurz zuvor ein Strafverfahren gegen sie eingeleitet worden sei. Ausserdem liege die Busse wegen vorsätzlicher Steuerhinterziehung zeitlich nicht weit zurück und der Rekurrent sei beruflich im Treuhand- und Steuermetier tätig. Somit handle es hierbei um eine schwerwiegende Angelegenheit, auch wenn die der Busse zu Grunde liegende Nichtdeklaration der Einkünfte rund zwölf Jahre zurückliege. Eine allfällige Nichtbeachtung der Steuerpflicht könne sich nachteilig auf das Einbürgerungsverfahren auswirken. (…)

5.3. Das Nachsteuerverfahren verläuft getrennt vom Steuerstrafverfahren. In Bezug auf das Nachsteuerverfahren hält Art. 199 Abs. 1 des Steuergesetzes (sGS 811.1; abgekürzt StG) fest, dass die nicht erhobene Steuer samt Zins als Nachsteuer eingefordert wird, wenn sich aufgrund von Tatsachen oder Beweismitteln, die der Steuerbehörde nicht bekannt waren, ergibt, dass eine Veranlagung zu Unrecht unterblieben oder eine rechtskräftige Veranlagung unvollständig ist, oder wenn eine unterbliebene oder unvollständige Veranlagung auf ein Verbrechen oder Vergehen gegen die Steuerbehörde zurückzuführen ist. Gemäss Art. 201 Abs. 1 StG ist dem Steuerpflichtigen die Einleitung des Nachsteuerverfahrens unter Angabe des Grunds schriftlich mitzuteilen. Er ist dabei auch auf die Möglichkeit der späteren Einleitung eines Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung aufmerksam zu machen, wenn ein solches bei der Einleitung des Nachsteuerverfahrens weder ein-

geleitet wird noch hängig ist, noch von vornherein ausgeschlossen werden kann. Das Steuerstrafrecht ist nachfolgend in Art. 247 StG bis Art. 275 StG geregelt. Kommt es zu einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung, so besteht gemäss Art. 257 Abs. 1 StG die Verpflichtung, den Angeschuldigten die Einleitung des Untersuchungsverfahrens unter Angabe des Anfangsverdachts schriftlich zu eröffnen.

Die Eröffnung eines Verfahrens bewirkt dessen Rechtshängigkeit. Diese endet mit dem förmlichen Abschluss des Verfahrens durch die handelnde Behörde (vgl. BGE 140 II 298 Erw. 5.4 m. w. H.).

Das Willkürverbot ist auf Bundesebene in Art. 9 BV festgehalten. Die St.Galler Kantonsverfassung gewährleistet den Schutz vor Willkür nach Massgabe der Bundesverfassung (Art. 2 Bst. c KV). Gemäss der hierzu ergangenen Rechtsprechung ist ein Entscheid bzw. Beschluss nicht schon dann willkürlich, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem und offensichtlichem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Es muss sich folglich um einen Fall grober Unrichtigkeit handeln (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl., Diss. St.Gallen 2003, Rz. 82 ff.; Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 804 ff.).

5.4. Das Gesuch der Rekurrenten um Einbürgerung in die politische Gemeinde A ging am 2. Mai 2013 in der Gemeindekanzlei A ein. Die Unterzeichnung durch die Rekurrenten erfolgte am 18. April 2013. Mit der Unterschrift bestätigten die Rekurrenten unter anderem, dass gegen sie keine Strafverfahren hängig seien. Am 14. Oktober 2013 sprach das kantonale Steueramt gegenüber dem Rekurrenten einen Strafbefehl aus. Darin wurde er wegen vorsätzlicher Steuerhinterziehung von Kantons- und Gemeindesteuern schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 3390.– belegt. Gleichzeitig erhielt er eine Bussenverfügung für die Hinterziehung der direkten Bundessteuer in der Höhe von Fr. 610.–. Beide Bussen gehen darauf zurück, dass der Rekurrent im Jahr 2002 Einkommen von Fr. 16 700.– aus unselbständiger Tätigkeit bei X nicht deklariert hat. In den Erwägungen wird festgehalten, dass ein entsprechendes Untersuchungsverfahren am 27. August 2013 eingeleitet worden ist. Das Gemeindesteueramt A hat die Vorinstanz mit Notiz vom 15. Oktober 2013 darüber informiert, dass gegen die Rekurrenten am 28. August 2012 ein Nachsteuer- und allenfalls Steuerstrafverfahren eröffnet und gemäss telefonischer Abklärung beim kantonalen Steueramt am 14. Oktober 2013 ein Strafbefehl versandt worden sei.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass gegen die Rekurrenten im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Einbürgerungsgesuchs am 18. April 2013 kein Steuerstrafverfahren hängig war. Das Steuerstrafverfahren wurde erst mit der Einleitung des entsprechenden Untersuchungsverfahrens am 27. August 2013 anhängig gemacht.

Gestützt auf die Auskunft des Gemeindesteueramtes A war gegen die Rekurrenten am 18. April 2013 zwar ein am 28. August 2012 eingeleitetes Nachsteuerverfahren hängig, doch handelt es sich hierbei um kein Steuerstrafverfahren. Die Rekurrenten wussten dazumal noch nicht, ob es tatsächlich zur Einleitung eines Steuerstrafverfahrens kommt, weshalb das Gemeindesteueramt A in der Notiz vom 15. Oktober 2013 auch folgerichtig nur von einem allfälligen Steuerstrafverfahren spricht. Insofern kann den Rekurrenten nicht vorgeworfen werden, sie hätten anlässlich der Einreichung ihres Einbürgerungsgesuchs falsche Angaben gemacht.

Die Rekurrenten weisen im Übrigen keinen Eintrag im schweizerischen Strafregister auf. Da es bei der Prüfung der Einbürgerungseignung zulässig ist, auch im Register nicht verzeichnete Delikte zu berücksichtigen, durfte die Vorinstanz dennoch den Strafbefehl sowie die damit einher gehenden Bussen trotz ihrer Qualifikation als blosse Übertretungen in ihre Eignungsbeurteilung einbeziehen. Mit dem erforderlichen Blick auf die Gesamtsituation wäre allerdings ebenfalls zu berücksichtigen gewesen, dass der Strafbefehl bzw. die entsprechenden Bussen auf ein Verhalten des Rekurrenten im Jahr 2002 zurückgehen und er sich seither keiner Übertretungen mehr schuldig gemacht hat. Gegen die Rekurrenten sind auch keine Betreibungen hängig. Ebenso wenig wurden Verlustscheine auf sie ausgestellt oder Konkursverfahren gegen sie eröffnet. Die Rekurrenten sind ihren finanziellen Verpflichtungen somit abgesehen von dem Vorfall im Jahr 2002 durchgehend nachgekommen. Aufgrund der vorliegenden Akten bestehen zudem keine Hinweise darauf, dass die Rekurrenten seither anderweitig gegen zivilrechtliche Pflichten verstossen hätten. Der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist, dass die Rekurrentin am 31. März 2006 wegen Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit Innerorts um 18 km/h mit dem Betrag von Fr. 350. – gebüsst wurde, sich seither aber ebenfalls keiner Übertretung mehr schuldig gemacht hat. Insgesamt genügen die in den Akten belegten Bussen folglich nicht, um gestützt darauf den Rekurrenten die Einbürgerungseignung wegen fehlender Beachtung der Rechtsordnung bzw. fehlendem Respekts vor der rechtsstaatlichen Ordnung sowie den Werten der Bundesverfassung abzusprechen. Es handelt sich um einmalige Vorfälle, deren Unrechtsgehalt insbesondere auch infolge der seither vergangen Zeit als zu geringfügig anzusehen ist.

Abschliessend ist festzuhalten, dass der an die Rekurrenten gerichtete Vorwurf des Verschweigens eines hängigen Strafverfahrens anlässlich der Einreichung des Einbürgerungsgesuchs nicht den Tatsachen entspricht und der Strafbefehl sowie die Bussenverfügung vom 14. Oktober 2013 in Würdigung der Gesamtsituation nicht ausreichen, um den Rekurrenten die Einbürgerungseignung wegen fehlender Beachtung der Rechtsordnung bzw. fehlenden Respekts vor der rechtsstaatlichen Ordnung sowie den Werten der Bundesverfassung abzusprechen. Diese Ablehnungsgründe vermögen nicht zu überzeugen. Die Vorinstanz hat ihr in diesem Zusammenhang zustehendes Ermessen demnach missbräuchlich bzw. willkürlich gehandhabt.

6. (…)
7. (…)
8. (…)
9. Zusammenfassend ist im Ergebnis festzuhalten, dass der Rekurs insoweit gutgeheissen wird, als die in Ziff. 1 der vorinstanzlichen Verfügung beschlossene Ablehnung der Bürgerrechtserteilung aufgehoben wird. Der Rekurs wird abgewiesen, soweit die Rekurrenten die Erteilung des Bürgerrechts der politischen Gemeinde A sowie der Ortsgemeinde AB beantragen. Die Angelegenheit wird stattdessen zur Durchführung des Auflage- und Einspracheverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

86

Art. 13 Abs. 1 Bst. g BRG (sGS 121.1); Art. 2 BRV (sGS 121.11). Bestehen Zweifel am Vorhandensein genügender Deutschkenntnisse, so ist die einbürgerungswillige Person seitens des Einbürgerungsrates auf ihre Mitwirkungspflicht bei der Ermittlung des Sachverhalts – Beibringen eines bestandenen Deutschtests auf den Niveau B1 (GER) – aufmerksam zu machen und ihr sind die Folgen der fehlenden Mitwirkung – Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs – aufzuzeigen. Andernfalls kann die Ungewissheit über das Vorhandensein genügender Deutschkenntnissen nicht zu Ungunsten der einbürgerungswilligen Person ausgelegt und ihre Einbürgerungseignung gestützt darauf nicht verneint werden.

Departement des Innern, 28. Oktober 2014

Aus den Erwägungen:

5.

5.1. Wie erwähnt rügt die Vorinstanz, die Deutschkenntnisse von X seien ungenügend, weshalb Art. 13 Abs. 1 Bst g BRG nicht erfüllt und er für eine Einbürgerung nicht geeignet sei. (…)

Demgegenüber argumentieren die Rekurrenten, X habe verschiedene Deutschkurse besucht und das «Niveau B1» erreicht. Sein Deutsch klinge zwar ausländisch, er könne sich aber mit allen gut verständigen und mühelos Zeitung lesen.

5.2. Gemäss Art. 13 Abs. 1 BRG sind Ausländerinnen und Ausländer – unter anderem – dann integriert, wenn sie über gute Deutschkenntnisse zur Verständigung mit den Behörden und der einheimischen Bevölkerung verfügen. Die Deutschkenntnisse sind durch einen Test nachzuweisen, sofern sie nicht offenkundig vorhanden sind (Art. 13 Abs. 1 Bst. g BRG). Die Regierung hat in der Verordnung über

das St.Galler Bürgerrecht die Anforderungen an die Kommunikationsfähigkeit der Ausländerinnen und Ausländer in deutscher Sprache konkretisiert (Art. 13 Abs. 2 BRG). Art. 2 BRV hält fest, dass über gute Deutschkenntnisse verfügt, wer wenigstens das im Anhang zu diesem Erlass aufgeführte Referenzniveau B1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen des Europarates (GER) erreicht.

Gemäss Art. 17 BRG hat der Einbürgerungsrat die für die Einbürgerung massgebenden Sachverhalte festzustellen (Abs. 1). Bei der ordentlichen Einbürgerung im Allgemeinen führt er mit der gesuchstellenden Person das Einbürgerungsgespräch (Abs. 2).

5.3. In den Akten befinden sich zwei Kursbestätigungen vom 11. Mai 2009 und 14. Februar 2011, welche die Kursbesuche «Deutsch Intensiv A2» und «Deutsch Niveau B1» durch X belegen. Allein aufgrund dieser Kursbestätigungen lässt sich allerdings nicht sagen, ob X das durch die Kurse angestrebte Ziel des Vorhandenseins von Deutschkenntnissen auf dem für eine Einbürgerung mindestens erforderlichen Niveau B1 (GER) tatsächlich erreicht hat. Immerhin äussert die Vorinstanz aufgrund ihres im Einbürgerungsgespräch vom 5. November 2013 von X gewonnenen Eindrucks nach wie vor Zweifel an deren Vorhandensein. Allein das Vorhandensein solcher Zweifel vermag allerdings ebenso wenig als Nachweis für das Nichtvorhandensein genügender Deutschkenntnisse zu genügen, wie die blosse Bestätigung von Kursbesuchen als Nachweis für das Vorhandensein genügender Deutschkenntnisse gelten kann. Die Aktenlage lässt somit keinen eindeutigen Schluss betreffend die Qualität der Deutschkenntnisse von X zu.

Auch wenn grundsätzlich die einbürgerungswillige Person ihre Eignung zur Einbürgerung nachzuweisen hat, so bleibt es doch Aufgabe des Einbürgerungsrates die für die Einbürgerung massgebenden Sachverhalte von Amtes wegen abzuklären. Vorliegend hat die Vorinstanz X zwar mit Schreiben vom 6. Januar 2009 und 10. Februar 2009 den Besuch von Deutschkursen nahegelegt, es im Nachgang der von ihm eingereichten Kursbestätigungen aber trotz der im Einbürgerungsgespräch vom 5. November 2013 an seinen sprachlichen Fähigkeiten nach wie vor bestehenden Zweifeln unterlassen, ihn ausdrücklich auf die Notwendigkeit aufmerksam zu machen, zum Nachweis genügender Deutschkenntnisse einen bestandenen Niveau B1-Test (GER) einreichen zu müssen, andernfalls sein Einbürgerungsgesuch nicht positiv beurteilt werden könne. Unter diesen Umständen kann die Ungewissheit über die bei X vorhandenen Deutschkenntnisse nicht zu seinen Lasten und zu Gunsten der Vorinstanz ausgelegt werden. Für ein solches Ergebnis hätte die Vorinstanz X an seine Mitwirkungspflicht bei der Ermittlung des Sachverhalts – Beibringen eines bestandenen Deutschtests auf den Niveau B1 (GER) – aufmerksam machen müssen und ihm die Folgen der fehlenden Mitwirkung – Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs – aufzeigen müssen. Dementsprechend vermag der bei X genannten Ablehnungsgrund der fehlenden Deutschkenntnisse nicht zu überzeugen.

5.4. Betreffend die in das Einbürgerungsgesuch von X einbezogenen Ehefrau Y ist weder den Ausführungen der Vorinstanz noch den Akten eine Begründung für eine fehlende Einbürgerungseignung zu entnehmen. In dieser Hinsicht erübrigt sich somit eine weitergehende Prüfung.

5.5. In Berücksichtigung der vorstehenden Ausführung ist der Rekurs folglich insoweit gutzuheissen als die angefochtene Verfügung in Bezug auf die Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs von X und Y aufgehoben wird. (…)

6. (…)

7. (…)

7.3. Da vorliegend der Sachverhalt für eine Beurteilung der Einbürgerungseignung der Rekurrenten nicht hinreichend geklärt ist, wird die Angelegenheit zur Vornahme weiterer Sachverhaltsabklärungen und zur anschliessenden Neubeurteilung und Beschlussfassung über das Einbürgerungsgesuch der Rekurrenten an die Vorinstanz zurückgewiesen.

8.

8.1. Wird eine Angelegenheit durch die Rechtsmittelinstanz an die Vorinstanz zurückgewiesen, ist diese an die Rechtsauffassung gebunden, die dem Rückweisungsentscheid zugrunde liegt (Art. 34 Abs. 2 BRG i.V. m. Art. 56 Abs. 2 VRP).

8.2. Zur Klärung der Deutschkenntnisse von X wird die Vorinstanz ihn im Nachgang zur Rückweisung zur Beibringung eines bestandenen Deutschtests auf den Niveau B1 (GER) aufzufordern haben mit dem Hinweis, dass andernfalls seinem Einbürgerungsgesuch nicht zugestimmt werden könne.

8.3. In Bezug auf die in das Einbürgerungsgesuch von X einbezogene Ehefrau Y ist je nach Resultat der Abklärungen betreffend die Deutschkenntnisse von X zu prüfen, ob für Y gegebenenfalls ein separates Einbürgerungsverfahren – unter Einbezug des Kinds Z – in Betracht kommt. Sollte die vorinstanzliche Beurteilung der Einbürgerungseignung von Y negativ sein, so ist diese Schlussfolgerung zudem zu begründen.

3. Raumplanung, Baurecht, Gewässernutzung und -schutz

87

Art. 25 Abs. 1 und 2 RPG (SR 700). Eröffnet eine Baubewilligungsbehörde ihren abschlägigen Gesamtentscheid gleichzeitig mit zwei zustimmenden Teilverfügungen des AREG und des AFU, verstösst sie gegen den Grundsatz der Verfahrenskoordination.

Baudepartement, 28. August 2014

Aus den Erwägungen:

2.1. Gemäss Art. 25 Abs. 1 RPG ordnen die Kantone die Zuständigkeit und das Verfahren im Bereich der Raumplanung. Sie legen für alle Verfahren zur Errichtung, Änderung oder Zweckänderung von Bauten und Anlagen Fristen und deren Wirkungen fest (Art. 25 Abs. 1bis RPG). Die bundesrechtliche Regelung umfasst einerseits die kantonale Zuständigkeit und das Verfahren der Bewilligungen im Einzelfall, andererseits haben die Kantone auch Zuständigkeiten und Verfahren zum Erlass von weiteren Planarten (namentlich von Richtplänen) zu regeln (A. Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 25 N 4). So sind die Kantone insbesondere zuständig zur Bestimmung derjenigen Behörde, die das Baubewilligungsverfahren (Art. 22 ff. RPG) und die Koordination auf kantonaler Ebene (Art. 25a RPG) zu regeln hat (vgl. Waldmann/Hänni, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 25 N 4). Die kantonale Verfahrensautonomie wird durch das übergeordnete Bundesrecht jedoch eingeschränkt. So hat gemäss Art. 25 Abs. 2 RPG bei allen Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen die zuständige kantonale Behörde zu entscheiden, ob diese zonenkonform sind oder ob für diese bei fehlender Zonenkonformität eine Ausnahmebewilligung erteilt werden kann. Als direkt anwendbares Bundesrecht untersagt Art. 25 Abs. 2 RPG den Kantonen die Übertragung der Entscheidungskompetenz auf eine regionale oder kommunale Behörde. Durch die Bestellung einer zentralen kantonalen Instanz soll der Gefahr einer rechtsungleichen Behandlung der Baugesuche durch die Gemeindebehörden vorgebeugt und die Durchsetzung einheitlicher Grundsätze für das gesamte Kantonsgebiet ermöglicht werden (Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung: Grundlagen für die Raumplanung, Bern 1981, Art. 25 N 5; Ruch, a. a. O., Art. 25 N 26; BGE 115 IB 308 f.; VerwGE B 2008/11 vom 19. August 2008 Erw. 4.1 f.).

2.2. Der kantonale Gesetzgeber erfüllt die Vorgabe von Art. 25 Abs. 2 RPG in Art. 87bis Abs. 1 des Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt BauG), wonach vor Erteilung der Bewilligung für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen die von der Regierung bezeichnete kantonale Stelle angehört werden muss. Diese hat zu prüfen, ob die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Art. 2 des Regierungsbeschlusses über den Vollzug von Art. 77 Abs. 2 und Art. 87bis BauG (sGS 731.10) erklärt das AREG zu der bei allen Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen zuständigen Stelle des Kantons für den Entscheid, ob diese zonenkonform sind oder ob für sie eine Ausnahmebewilligung erteilt werden kann.

2.3. Daran ändert auch nichts, dass das Baugesuch gemäss Art. 3 des Gesetzes über die Verfahrenskoordination in Bausachen (sGS 731.1; abgekürzt VKoG) bei der politischen Gemeinde einzureichen ist und die politische Gemeinde das Baugesuch gemäss Art. 4 Bst. b VKoG im Rahmen ihrer Zuständigkeit abweist, wenn die Baute oder Anlage offensichtlich nicht bewilligt werden kann. Zwar zeigt Art. 4 Bst. b VKoG, dass der politischen Gemeinde bei Baubewilligungsverfahren betreffend Bauten ausserhalb der Bauzone «im Rahmen ihrer Zuständigkeit» ebenfalls eine Verfügungskompetenz zukommt. Indes ist diese Zuständigkeit auf den Bereich des

kantonalen und kommunalen Baupolizeirechts beschränkt und umfasst namentlich die wichtigen Fragen der Zonenkonformität und der Erteilung einer Ausnahmebewilligung nicht. Dieses koordinierte Vorgehen entspricht der in Art. 25 Abs. 2 RPG vorgegebenen Kompetenzaufteilung zwischen der politischen Gemeinde und den kantonalen Behörden (VerwGE B 2008/11 vom 19. August 2008 Erw. 4.1 f.).

2.4. Im Kanton St.Gallen sind somit nach Art. 80 Abs. 1 BauG (unter der Einschränkung von Art. 87bis BauG) und Art. 4 VKoG die politischen Gemeinden Baubewilligungs- und Koordinationsbehörde in einem. Die Bewilligungsbehörde erteilt eine Baubewilligung nach einer Gesamtbeurteilung des Bauvorhabens auf Grund des Baugesuchs, der Pläne, der Einsprachen und der Vernehmlassung des Gesuchstellers als Gesamtentscheid. Eine Aufteilung in «Teilbewilligungen» ist dabei unzulässig, da die nachträgliche Aufteilung des ursprünglichen Gesuchs gegen das Prinzip der Einheit des baurechtlichen Entscheids verstossen würde (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, RZ. 852 mit Hinweisen; VerwGE B 20122/213 vom 31. Mai 2012 Erw. 3.2 mit Hinweisen).

2.5. Sind für die Verwirklichung eines Bauprojekts verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden und besteht zwischen diesen Vorschriften ein derart enger Sachzusammenhang, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander angewendet werden können, muss die Rechtsanwendung materiell gleichzeitig und widerspruchsfrei koordiniert erfolgen. Dies gilt insbesondere, wenn für die Errichtung oder Änderung einer Baute oder Anlage Verfügungen mehrerer Behörden nötig sind (Art. 25a Abs. 2 Bst. d sowie Abs. 3 und 4 RPG). Art. 25a RPG kommt auch dann zur Anwendung, wenn für die verschiedenen Bewilligungen (Verfügungen) nur eine Behörde zuständig ist (Waldmann/Hänni, a. a. O., RZ. 23 zu Art. 25a RPG). Das Koordinationsgebot gilt in verfahrensmässiger Hinsicht in dem Sinn, dass ein Bauvorhaben als Ganzes in einem einheitlichen Rechtsmittelverfahren angefochten werden können muss (GVP 2000 Nr. 79 S. 202 mit Hinweisen). Ein einheitliches Rechtsmittelverfahren fällt nur dahin, wenn die zur Bewilligung eines Vorhabens massgeblichen Rechtsfragen teils durch Bundes- und teils durch kantonale Behörden zu beurteilen sind bzw. das projektierte Bauvorhaben nach der gesetzlichen Regelung aus einem dem kantonalen und einem dem eidgenössischen Recht unterliegenden Teil besteht und eine Ausdehnung der einen oder anderen Kompetenz nicht möglich ist. In diesen Fällen beschränkt sich die Koordination auf eine inhaltlich abgestimmte Rechtsanwendung (Urteil des Bundesgerichtes 1A.141/2006 vom 27. September 2006 Erw. 5.1; VerwGE B 20122/213 vom 31. Mai 2012 Erw. 3.2 mit Hinweisen).

2.6. Im vorliegenden Fall ist offensichtlich, dass die Vorinstanz als zuständige Koordinationsbehörde gegen den Grundsatz des Verbots widersprüchlicher Verfügungen (Art. 25a Abs. 3 RPG) verstossen hat. Indem sie ihren abschlägigen Gesamtentscheid gleichzeitig mit den zwei zustimmenden Teilverfügungen des AREG und des AFU eröffnet hat, hat sie keine materielle Koordination vorgenommen und damit gegen einen elementaren Grundsatz der Verfahrenskoordination verstossen.

88

Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV (SR 814.201). Bei der Prüfung der Bewilligungsfähigkeit einer bestehenden zonenwidrigen Terrasse in der Grünzone Freihaltung sind im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung die kantonal- und kommunalrechtlich statuierten Zonenvorschriften sowie die eidgenössisch und kantonalrechtlich geregelten Gewässerabstandsbestimmungen zu beachten. Die innerhalb des übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstands anzuwendende Bestandesgarantie richtet sich seit Inkrafttreten der Gewässerschutzverordnung ausschliesslich nach Bundesrecht. Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist auf das Recht abzustellen, das im Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheides gilt.

Baudepartement, 19. Juni 2014

Aus den Erwägungen:

4.4. […] Nachdem feststeht, dass es sich bei der umstrittenen Terrasse nicht um einen blossen Ersatz für eine vorbestehende Anlage, sondern um eine Neuanlage handelt, ist augenscheinlich, dass eine Bewilligung gestützt auf Art. 24c RPG nicht erteilt werden kann. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung werden zwar bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt, und sie dürfen nach Art. 24c Abs. 2 RPG u. a. abgebrochen, massvoll erweitert und wieder aufgebaut werden. Art. 24c RPG ist jedoch nach Art. 41 Abs. 1 RPV nur auf Bauten und Anlagen anwendbar, die rechtmässig erstellt oder geändert worden sind. Weil vorliegend am fraglichen Standort nie eine Terrasse vorbestanden hat, kommt ein Ersatz schon rein begrifflich nicht in Frage.

4.5. […]

4.5.1. […] Eine Erweiterung ist jedoch nur dann als massvoll zu betrachten, wenn die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt (Art. 42 Abs. 1 erster Satz RPV). […]

4.5.2. Selbst wenn also die Identität einer Baute oder Anlage durch neue bauliche Massnahmen gewahrt würde, müsste weiter geprüft werden, ob die Erweiterung mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar ist. Diese Prüfung ist mit der Interessenabwägung, wie sie Art. 24 Bst. b RPG verlangt, vergleichbar (Waldmann/Hänni, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 24 b N 22). In materieller Hinsicht wird dabei verlangt, dass alle sich widerstreitenden räumlichen Interessen – seien sie öffentlicher oder privater Natur – ermittelt, gegeneinander abgewogen und mit sachgerechten Erwägungen gewichtet werden. Soweit einzelne Aspekte der allgemeinen Interessenabwägung durch positives Verfassungs- oder Gesetzesrecht geregelt werden, sind Bauvorhaben vorweg nach diesen Sondernormen zu prüfen. Zu berücksichtigen sind alle Vorschriften,

deren sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Geltungsbereich betroffen ist. Dazu zählen insbesondere die Immissionsschutzgesetzgebung des Umweltschutzgesetzes (SR 814.01) und seiner Ausführungsvorschriften, das Natur- und Landschaftsschutzrecht von Bund und Kantonen oder die Gewässerschutz-, Wasserbau-, Jagd- und Waldgesetzgebung (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 24 N 21 ff.).

4.6. Im Rahmen dieser Interessenabwägung sind im vorliegenden Fall namentlich die kantonal- und kommunalrechtlich statuierten Zonenvorschriften sowie die eidgenössisch und kantonalrechtlich geregelten Gewässerabstandsbestimmungen zu beachten:

4.6.1. Wie ausgeführt, liegt das bestehende Wohnhaus vollständig im üG. Die umstrittene Terrasse reicht hingegen über das üG hinaus und liegt mit rund zwei Dritteln ihrer Fläche in der GF. Nach Art. 17 Abs. 1 BauG umfassen Grünzonen Gebiete, die nicht überbaut werden dürfen. Sie dienen beispielsweise der Freihaltung von Flächen vor Überbauung (Bst. a). Oberirdische Bauten und Anlagen sind darin nur zulässig, soweit der Zweck der Zone sie erfordert (Art. 17 Abs. 2 erster Satzteil BauG). Art. 15 Abs. 1 BauR sieht ebenfalls vor, dass in den im Zonenplan mit«Freihaltung F» bezeichneten Grünzonen keine oberirdischen Bauten und Anlagen zulässig sind. Unter diesen Umständen ist offenkundig, dass die Terrasse nicht nachträglich bewilligt werden kann. Sie liegt grossteils in der GF, wo nur oberirdische Bauten zulässig sind, die der Zweck der Zone erfordert. Die Erstellung eines Gartensitzplatzes auf einer Holzterrasse ist für GF jedoch nicht erforderlich, sondern steht dem Zweck der Zone geradezu diametral entgegen. […]

4.6.2. Gleiches gilt bezüglich der Frage des Gewässerabstands:

4.6.2.1. Für Bauten und Anlagen gilt gegenüber Seen und Flüssen ein kantonaler Mindestabstand von 25 Meter, gegenüber Bächen von 10 Meter und innerhalb der Bauzonen gegenüber Bächen mit einem mittleren Gerinnequerschnitt unter 0,2 m^2 von 4 Meter. Der Abstand wird bei Seen ab mittlerem Sommerwasserstand, bei den übrigen Gewässern ab Schnittpunkt des mittleren Wasserstandes mit der Uferböschung gemessen (Art. 59 Abs. 1 BauG). Zudem ist am 1. Juni 2011 die revidierte eidgenössische GSchV in Kraft getreten, welche die Kantone verpflichtet, entlang der Gewässer Gewässerräume festzulegen, die künftig grundsätzlich von Bauten und Anlagen freigehalten werden müssen. Für die Zeit bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums hat der Bundesrat in der GSchV unmittelbar anwendbare Übergangsbestimmungen erlassen, die verbindlich festlegen, wie breit momentan die beidseits eines Gewässers verlaufenden Uferstreifen sein müssen und welche Nutzungen darin zulässig sind. Nach Abs. 2 der Übergangsbestimmungen der GSchV gelten – solange die Kantone den Gewässerraum noch nicht festgelegt haben – die Vorschriften von Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV für Bauten und Anlagen entlang von Gewässern auf einem beidseitigen Streifen von je 20 m (bei Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle über 12 m Breite). Diese Übergangsbestimmungen haben zur Folge, dass neue Bauten und Anlagen nach Art. 41c Abs. 1 GSchV im Gewässerraum nur mehr erstellt werden dürfen, wenn

sie standortgebunden sind und im öffentlichen Interesse liegen. Aufgrund dieser eidgenössischen Übergangsbestimmungen gelten die im kantonalen Baugesetz definierten Gewässerabstände nur mehr subsidiär. Soll eine Baute oder Anlage innerhalb des übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstands erstellt werden, kann eine Baubewilligung nur erteilt werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 41c GSchV und gegebenenfalls auch nach Art. 77 BauG erfüllt sind (Kreisschreiben des Bau- und des Volkswirtschaftsdepartementes des Kantons St.Gallen an die politischen Gemeinden vom 16. Mai 2012, Ziff. 2.1, S. 3 f.; Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2012/II/Nr. 1).

4.6.2.2. Die kantonalrechtlich relevante 25-m-Gewässerabstandslinie verläuft durch das Ferienhaus, was zur Folge hat, das die ostseitig vorgelagerte Terrasse vollständig innerhalb des kantonalen Gewässerabstands liegt. Weil die Gemeinde den Gewässerraum nach Art. 41a und 41b GSchV noch nicht festgelegt hat, gelten zusätzlich die übergangsrechtlichen Bestimmungen. Die übergangsrechtlich geltende 20-m-Gewässerabstandslinie verläuft rund 2,5 m östlich des Ferienhauses und damit mitten durch die umstrittene Terrasse.

4.6.2.3. Somit zeigt sich, dass die Terrasse die kantonalen und die eidgenössisch vorgegebenen Gewässerabstände unterschreitet. Auch aus diesem Grund hätte die Baubewilligung deshalb verweigert werden müssen.

4.6.2.4. […]

4.6.2.5. […] Die innerhalb des übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstands anzuwendende Bestandesgarantie richtet sich seit Inkrafttreten der Gewässerschutzverordnung am 1. Juni 2011 ausschliesslich nach Art. 41c Abs. 2 GSchV, mithin nach Bundesrecht. Die kantonalen Bestimmungen zur Bestandes- und Erweiterungsgarantie nach Art. 77bis BauG haben deshalb keine eigeständige Bedeutung mehr. Art. 41c Abs. 2 GSchV gewährleistet die Bestandesgarantie aber nur in ihrer allgemeinen, aus der Eigentumsgarantie (Art. 26 der Bundesverfassung, SR 101) abgeleiteten Form und enthält weder eine Erweiterungs- noch eine Wiederaufbaugarantie. In ihrer allgemeinen Form gewährleistet die Bestandesgarantie lediglich Bestand, Unterhalt und zeitgemässe Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen. Eingriffe in die Substanz, wie namentlich Wiederaufbauten, Umbauten, Erweiterungen oder Zweckänderungen sind indessen unzulässig (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 465 mit Hinweisen). Auch neubauähnliche Umgestaltungen sind durch die Bestandesgarantie in ihrer allgemeinen Form nicht gedeckt (Urteil des Bundesgerichtes 1P.418/2002 vom 16. Dezember 2002 Erw. 3.4.2 mit Hinweisen; BDE Nr. 39/2012 vom 27. August 2012 Erw. 4.1.1). Es ergibt sich somit, dass das Erstellen einer neuen Terrasse durch die Bestandesgarantie nicht gedeckt ist.

4.6.2.6. […] In Baubewilligungsangelegenheiten ist – zumindest sofern eine intertemporalrechtliche Regelung fehlt – stets auf das im Zeitpunkt der Eröffnung des endgültigen Bewilligungsentscheides massgebende Recht abzustellen (GVP 1978 Nr. 2). Eine Baubewilligung kann nachträglich somit nur für den Fall erteilt

werden, dass das zum Zeitpunkt der Eröffnung des Bewilligungsentscheides geltende Recht eine Bewilligung überhaupt noch zulässt. Gerade das ist vorliegend indessen nicht der Fall, weil die am 1. Juni 2011 in Kraft getretene Revision der Gewässerschutzverordnung nach Art. 41c Abs. 1 Bauten und Anlagen innerhalb des Gewässerraums bzw. des übergangsrechtlich geltenden Gewässerabstands nur mehr unter sehr restriktiven Bedingungen, die vorliegend nicht gegeben sind, zulässt. Nur soweit die materielle Rechtmässigkeit von Bauten, Anlagen und Nutzungen (meistens im Rahmen von Wiederherstellungsverfahren) zu beurteilen ist, findet das zum Zeitpunkt der Errichtung massgebende Recht Anwendung und ist auf das in der Zwischenzeit geänderte Recht nur abzustellen, wenn dieses für den Eigentümer der Baute günstiger ist (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2002/II/Nr. 14; BDE Nr. 68/2009 vom 30. Dezember 2009 Erw. 5.1). Diese Beurteilung führt dann jedoch nicht zur nachträglichen Erteilung der Baubewilligung, sondern bestenfalls zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, falls die Baute oder Anlage zum Zeitpunkt der Erstellung noch bewilligungsfähig gewesen wäre.

89

Art. 24bis Abs. 1 BauG (sGS 731.1). Der mit dem III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz am 1. Februar 1997 in Kraft getretene Art. 24bis Abs. 1 BauG, wonach durch Markierungslinien die Lage und die höchstzulässige horizontale Ausdehnung von Bauten und Anlagen festgelegt werden, ist auch auf Baubereiche in vor diesem Zeitpunkt erlassenen Überbauungsplänen anwendbar.

Baudepartement, 11. August 2014

Aus den Erwägungen:

3.

3.1. Art. 24bis Abs. 1 BauG bestimmt, dass durch Markierungslinien die Lage und die höchstzulässige horizontale Ausdehnung von Bauten und Anlagen festgelegt werden. Diese Bestimmung ist im Rahmen des III. Nachtragsgesetzes zum Baugesetz in das Gesetz aufgenommen worden und somit am 1. Februar 1997 in Kraft getreten. Markierungslinien gehen vorbehältlich einer anderen Regelung im Überbauungsplan allen anderen Abstandsvorschriften (insbesondere Grenz-, Gebäude-, Strassen- und Waldabstand) vor, ungeachtet dessen, ob es sich um geschriebene Abstandsvorschriften oder um Baulinien handelt (ABl 1994, 2279).

3.2. […]

3.2.1. Wie aufgezeigt, wurde Art. 24bis BauG erst mit dem III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz eingeführt. Eine verbindliche Festlegung der Lage und Stellung der Bauten war bis zu diesem Zeitpunkt nur durch das Instrument des Gestaltungsplans möglich. Mit Art. 24bis BauG wurde eine neue gesetzliche Grundlage geschaffen, um auch im Überbauungsplan durch Markierungslinien die Lage und die höchstzulässige horizontale Ausdehnung von Bauten und Anlagen verbindlich festzulegen (H. Hess, Das III. Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz: Planungsrecht, Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St.Gallen vom 7. April 1997, S. 9). Der Überbauungsplan X. aus dem Jahr 1991 basiert somit ursprünglich nicht auf dieser Rechtsgrundlage. Auch ist zutreffend, dass bis 1997 grundsätzlich nur mit einem Gestaltungsplan eine Möglichkeit bestand, die Position und Ausdehnung der Bauten und Anlagen festzulegen (vgl. Art. 28 Abs. 1 BauG, wonach eine Überbauung projektmässig bis in Einzelheiten, beispielsweise durch Festlegung des Grundrisses, geregelt werden kann).

Baubereiche bezwecken im Allgemeinen die Bestimmung von Freihaltebereichen und Bereichen, in denen Bauten und Anlagen errichtet werden können. Sie werden mit Markierungslinien festgelegt. Da Letztere erst im Jahr 1997 im Baugesetz aufgenommen wurden, bestand bis zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich keine Grundlage, um in den Überbauungsplänen Baubereiche auszuscheiden. Dennoch erfolgte dies in der Praxis regelmässig. Der Gesetzgeber sah sich im Rahmen des III. Nachtragsgesetzes zum Baugesetz deshalb gezwungen, für die Festlegung von Baubereichen in den Überbauungsplänen mit der Einführung von Art. 24bis BauG ein entsprechendes Instrumentarium zu schaffen. Mit dieser Regelung wurde somit für die Baubereiche, die in bestehenden Überbauungsplänen bereits ausgeschieden waren, nachträglich eine rechtliche Grundlage geschaffen. Art. 24bis BauG ist vorliegend deshalb anwendbar.

3.2.2. Auch wenn die Umgrenzungen im Überbauungsplan X. nicht als Markierungslinien bezeichnet sind, entsprechen sie in ihrer Wirkung solchen. Abzustellen ist dabei insbesondere auf Art. 3 besV, welcher festhält, dass Bauten nur innerhalb der Baubereiche zulässig sind. Aus der Legende des Überbauungsplans ergibt sich zudem, dass es sich um Baubereiche mit «Begrenzungslinien» handelt. Diese «Begrenzungslinien» sind Markierungslinien im Sinn von Art. 24bis BauG und erfüllen deren Aufgabe. Die Baubereiche geben somit die Stellung und die maximal zulässige horizontale Ausdehnung der zulässigen Bauten vor. Die Bauten sind komplett, insbesondere auch mit allen Vorbauten, wozu auch Dachvorsprünge gehören, innerhalb dieser Baubereiche anzuordnen.

3.2.3. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtmässigkeit eines Sondernutzungsplans grundsätzlich nur im Planverfahren bestritten werden kann. Eine spätere akzessorische Anfechtung im Baubewilligungsverfahren ist im Interesse der Rechtssicherheit und der Planbeständigkeit nur in Ausnahmefällen möglich. Dass die Begrenzungslinien und Art. 3 besV im Überbauungsplan X. 1991 ohne gesetzliche Grundlage eingeführt wurden, hätte somit bereits im Planerlassver-

fahren gerügt werden müssen. Da kein Ausnahmefall vorliegt, ist im Baubewilligungsverfahren die Rüge, wonach eine solche Regelung mangels Grundlage im Baugesetz unrechtmässig sei, nicht zulässig. Eine akzessorische Prüfung fällt nicht in Betracht (vgl. zum Ganzen auch VerwGE B 2013/49 vom 8. Juli 2014 Erw. 4.2 f.).

90

Art. 33 Abs. 2 BauG (sGS 731.1). Die Umzonung zweier Grundstücke im Gemeindeeigentum von der Gewerbe-Industriezone in die Wohn-Gewerbezone aus finanziellen Gründen vermag bei unveränderten Verhältnissen die gewichtigen privaten Interessen des benachbarten Industriebetriebs an der Beibehaltung der Zonenordnung nicht zu überwiegen.

Baudepartement, 25. April 2014

Die Gemeinde ist Eigentümerin zweier grosser im Zentrum gelegener Grundstücke Nrn. 0000 und 0001 im Gebiet «Z.», die nicht überbaut sind. Sie sind der Gewerbe- und Industriezone GI zugeteilt. Das Grundstück Nr. 0000 stösst im Nordwesten auf einer Länge von rund 100 m an das Grundstück Nr. 0002, das zur Hälfte mit einem Fabrikationsgebäude der X. AG überbaut ist. Mit zwei Teilzonen- und Überbauungsplänen aus den Jahren 2003 und 2008 wurde – auch in Bezug auf die erwähnten Grundstücke im Gebiet «Z.» und im Hinblick auf die Betriebsentwicklung des bestehenden Gewerbebetriebs der X. AG – unter anderem der Bereich der Gewerbe-Industriezone ausgeweitet. Die X. AG, der auch das angrenzende Grundstück Nr. 0003 gehört, baute gestützt hierauf im Rahmen einer ersten Erweiterungsetappe die Fabrikhalle auf Grundstück Nr. 0002. Im Zusammenhang mit der Genehmigung eines Projektierungskredits für die Erstellung eines Feuerwehrdepots auf Grundstück Nr. 0000 formierte sich ein Bürgerkomitee, das für eine Umzonung in die Wohn- und Gewerbezone anstelle des Feuerwehrdepots warb. In der Folge wurde das Feuerwehrdepot von der Bürgerversammlung abgelehnt. Die Gemeinde entschied sich daher im Rahmen einer Gesamtrevision des Zonenplans, die Grundstücke Nrn. 0000 und 0001 in die Wohn-Gewerbezone WG4 umzuzonen, sodass entsprechend dem Vorschlag des Bürgerkomitees eine markante Wertsteigerung der Grundstücke erzielt werden könne. Gegen diese Umzonung erhob die X. AG Einsprache, welche der Gemeinderat abwies. Dagegen erhob die X. AG Rekurs beim Baudepartement und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

Aus den Erwägungen:

2.1.4. Zonenpläne können aufgehoben oder geändert werden, wenn es aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist, insbesondere wenn sich die Grund-

lagen ihres Erlasses wesentlich geändert haben oder wenn wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind (Art. 33 Abs. 2 Bst. a in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 BauG). Dasselbe gilt, wenn der Zweck des Erlasses nicht erreicht wird und dem Grundeigentümer unzumutbare Nachteile erwachsen (Art. 33 Abs. 2 Bst. b BauG). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so hat der Grundeigentümer Anspruch auf Aufhebung oder Änderung eines Planerlasses (Art. 33 Abs. 2 BauG). Diese kantonalen Bestimmungen führen den Grundsatz von Art. 21 Abs. 2 RPG näher aus, wonach Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst werden, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben, wobei eine Veränderung auch rein faktischer Natur sein kann. Ein Zonenplan kann seinen Zweck zwar nur erfüllen, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweist. Pläne sind aber änderbar, weil dem Grundeigentümer kein Anspruch auf dauernden Verbleib seines Landes in derselben Zone zukommt und weil Planung und Wirklichkeit bei Bedarf in Übereinstimmung gebracht werden müssen. Für die Frage, ob die Änderung der Verhältnisse erheblich ist und damit ein öffentliches Interesse an einer Planänderung besteht, bedarf es einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung unter anderem der Geltungsdauer des anzupassenden Zonenplans, seines Inhalts, des Ausmasses der beabsichtigten Änderung und deren Begründung. Je neuer ein Zonenplan ist, umso mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden, und je einschneidender sich die beabsichtigte Änderung auswirkt, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die für die Planänderung sprechen (u. a. Urteile des Bundesgerichtes 1A.162/2002 vom 10. Dezember 2002 Erw. 5.2; 1C_306/2010 vom 2. Dezember 2010 Erw. 2.1 f.; 1C_534/2012 vom 16. Juli 2013 Erw. 2.3.1; Waldmann/Hänni, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 21 N 11 f., 14 ff.). Selbst wenn folglich eine erhebliche Änderung der Verhältnisse seit der letzten Plananpassung vorliegt, hat eine neue Anpassung nicht zwingend, sondern nur nötigenfalls zu erfolgen und ist eine Abwägung des begründeten öffentlichen Interesses mit dem Gebot der Rechtssicherheit vorzunehmen (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 21 N 18).

Nach Ablauf des Planungshorizonts, der für Bauzonen 15 Jahre beträgt (Art. 15 Bst. b RPG), sind Zonenpläne grundsätzlich einer Überprüfung zu unterziehen und nötigenfalls anzupassen. Im Rahmen dieser Gesamtrevision können auch veränderte politische Vorstellungen zum Ausdruck kommen. Je näher eine Planungsrevision dieser Frist kommt, desto geringer ist deshalb das Vertrauen auf die Beständigkeit des Plans, und umso eher können auch geänderte Anschauungen und Absichten der Planungsorgane als zulässige Begründung für eine Revision berücksichtigt werden (Urteile des Bundesgerichtes 1C_534/2012 vom 16. Juli 2013 Erw. 2.3.1; 1C_306/2010 vom 2. Dezember 2010 Erw. 2.1).

2.2. Der heute gültige Zonenplan datiert vom 28. März 1995 und war somit bei Einleitung der Ortsplanungsrevision rund 11 Jahre bzw. im Zeitpunkt der Verabschiedung des ersten überarbeiteten Planentwurfs bereits 15 Jahre alt. Die von der Gemeinde vorgenommene allgemeine Überprüfung des Zonenplans im Rahmen einer Gesamtrevision, welche auch die Überarbeitung der übrigen Ortsplanungsin-

strumente wie des kommunalen Richtplans und der Schutzverordnung vom 28. März 1995 sowie eine Teiländerung des Baureglements vom 22. Dezember 2004 umfasst, ist somit zweifellos gerechtfertigt. Umstritten ist, ob die Voraussetzungen für die konkret in Bezug auf die beiden Grundstücke Nrn. 0000 und 0001 vorgenommene zonenplanliche Änderung gegeben sind.

3. […]

3.1. […]

3.2. Für eine Plananpassung müssen gewichtige Gründe tatsächlicher oder rechtlicher Art vorliegen. Eine blosse Veränderung in der Einstellung der Bevölkerung zur Überbauung ist nicht hinreichend (BGE 109 IA 113; T. Tanquerel, Art. 21 N 40, in: Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch (Hrsg.), Kommentar RPG, Zürich/Basel/Genf 2010; GVP 1999 Nr. 93 Erw. 3b). Vorliegend kann allein aus dem Nein der Bürgerschaft zum geplanten Feuerwehrdepot ohnehin noch kein genereller Verzicht auf eine gewerblichindustrielle Nutzung des Gebiets «Z.» und damit auf veränderte Verhältnisse abgeleitet werden. Zwischenzeitlich eingetretene wirtschaftliche Entwicklungen oder eine neue Lage der öffentlichen Finanzen können sodann zwar eine faktische Veränderung der Verhältnisse bewirken und damit z. B. neue Bedürfnisse des Gemeinwesens auslösen, die bei der Erstellung des Nutzungsplans noch nicht berücksichtigt werden konnten (vgl. Tanquerel, a. a. O., Art. 21 N 37). Davon ist vorliegend jedoch nicht die Rede. Überdies war bereits im Zeitpunkt der erstmaligen Zuteilung der gemeindeeigenen Grundstücke zur Gewerbe-Industriezone bekannt, dass für Land in der Wohn-Gewerbezone höhere Bodenpreise verlangt werden könnten. Diesbezüglich hat sich somit keine Veränderung der Verhältnisse ergeben. Für die erstmalige Zuteilung der fraglichen Grundstücke zur Gewerbe-Industriezone, welche mit den späteren Überbauungs- und Teilzonenplänen «Z.» und «Z. II» im Grundsatz bestätigt wurde, dürften denn auch andere Überlegungen ausschlaggebend gewesen sein. Die Vorinstanz hat es jedoch unterlassen, diese zu erläutern und zur Frage, ob und inwiefern sich die für die bisherige Planung massgeblichen Verhältnisse erheblich geändert haben und eine Plananpassung überhaupt erforderlich ist, eine Auflistung und Abwägung aller massgebenden Interessen vorzunehmen; auch hat sie nicht geprüft, ob einer solchen Anpassung nicht das Erfordernis der Rechtssicherheit und das Vertrauensschutzprinzip entgegenstehen.

3.2.1. Dem von der Vorinstanz angeführten Interesse der Bürgerschaft an der Realisierung eines finanziellen Mehrwerts auf den beiden gemeindeeigenen Grundstücken gegenüberzustellen wäre beispielsweise das unter anderem fiskalisch und damit ebenfalls auch finanziell motivierte Interesse des Gemeinwesens, ortsansässige Unternehmen zu fördern und damit Arbeitsplätze erhalten und die eigene Positionierung als Wirtschaftsstandort stärken zu können (vgl. dazu auch Art. 1 Abs. 2 Bst. b RPG). Im Richtplan hatte die Vorinstanz denn auch als Ziel unter anderem den «Erhalt ortsansässiger Betriebe insbesondere an zentralen Lagen» formuliert und konkret bezogen auf den Betrieb der Rekurrentin festgehalten, dass

dieser «an seinem zentralen Standort im Siedlungsgebiet erhalten bleiben» solle. Die Rekurrentin weist jedoch darauf hin, dass mit der vorgesehenen Umzonung der fraglichen Grundstücke in die Wohn-Gewerbezone der aktuelle Standort der X. AG ernsthaft in Frage gestellt sei, da sie aus der unmittelbaren Nachbarschaft mit Wohnnutzung Konflikte befürchte. Im Rahmen parallel anhängiger Einsprache- bzw. Rekursverfahren zur Zonenplanung führte die Vorinstanz sodann aus, dass die Gemeinde innerhalb des bestehenden Siedlungsgebiets nur noch über minimale Reserven an Gewerbe-Industrieflächen verfüge. Alle weiteren Reserven seien entweder gebunden für die Erweiterung bestehender Betriebe oder es handle sich um verteilte kleine Teilflächen von Grundstücken ohne Entwicklungsmöglichkeiten. Diese Reserven würden für den nächsten Planungshorizont von 15 Jahren nur noch Raum für drei neue Betriebsstandorte bieten, obwohl auch durch die Konzentration der Besiedlung im Zentrum ein künftiger Bedarf für Aussiedlungen von dort noch ansässigen Betrieben in die hierfür besser positionierten Gewerbe-Industriezonen bestehe. Die Entwicklungsmöglichkeiten für den gewerblichindustriellen Sektor seien damit für die nächste Planungsperiode nur noch in eingeschränktem Mass vorhanden. In dieser Frage erfolgte offenbar sogar ein Vorstoss seitens der örtlichen Industrie- und Gewerbevereinigung. Mit der auf den Grundstücken Nrn. 0000 und 0001 vorgenommenen Umzonung, welche zum einen eine weitere Reduktion der vorhandenen Gewerbe-Industriefläche zur Folge hätte und zum andern den Betriebsstandort der Rekurrentin ernsthaft gefährden würde, setzt sich die Vorinstanz in Widerspruch zu ihren eigenen im Rahmen der Richt- und Zonenplanung gemachten Aussagen.

3.2.2. Ebenfalls keine Auseinandersetzung erfolgte mit den privaten Interessen der Rekurrentin, welche als unmittelbare Nachbarin der Grundstücke Nrn. 0000 und 0001 von der Umzonung massgeblich betroffen wäre.

3.2.2.1. Wie die Rekurrentin ausführt, ist sie als grösserer Industriebetrieb in der Metall- und Kunststoffbearbeitung tätig […]. Erst kürzlich sei eine 60 Tonnen schwere Presse gekauft und installiert worden. Die Erschütterungen würden über den Untergrund weitergeleitet (Körperschall). Vibrationen und Lärm seien unabdingbare Begleitumstände dieser hoch entwickelten industriellen Produktion, welche sich mit Wohnbauten in unmittelbarer Nachbarschaft nicht vertragen würde. Gearbeitet werde zurzeit in zwei Schichten, möglich wären auch drei. Die zweite Etappe der Betriebserweiterung auf der noch unbebauten Fläche des eigenen Grundstücks Nr. 0002 sei mit Blick auf die umstrittene Umzonung vorläufig zurückgestellt worden. In den Betriebsstandort – die Gebäude, Betriebseinrichtungen und den Maschinenpark – sei aber in der Vergangenheit erheblich investiert worden, dies gestützt auch auf die Zusicherungen der Behörden, dass der Standort weiter erhalten bleibe und entwickelt werden könne.

3.2.2.2. Nach dem in Art. 9 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben hat der Bürger einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, wobei sowohl Verwaltungs-

akten als auch behördliche Auskünfte eine Vertrauensgrundlage bilden können (B. Weber-Dürler, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in: ZBl 6/2002, S. 288 ff. mit Hinweisen). Der Vertrauensgrundsatz kommt unter anderem dann zum Tragen, wenn dem Betroffenen behördliche Zusicherungen über die Fortdauer der bisherigen Nutzungsordnung gemacht wurden. Der Schutz des Vertrauens in eine solche Zusicherung setzt indes voraus, dass sie sich auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht, dass sie ferner von der für die Planung zuständigen Behörde abgegeben worden ist, dass der Bürger im Vertrauen darauf nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat und in der Zwischenzeit keine Gesetzesänderung eingetreten ist. Sind diese Voraussetzungen gegeben, müssen ausserdem das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts und jenes des Vertrauensschutzes gegeneinander abgewogen werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist unter anderem auch dann zu beachten, wenn der von einer Planänderung Betroffene aus anderen Gründen mit einer längeren Dauer der bestehenden Nutzungsordnung rechnen durfte und dies für die zuständigen Behörden erkennbar war (Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 21 N 12, 18; Tanquerel, a. a. O., Art. 21 N 41 f.).

3.2.2.3. Vorliegend erfolgte der Anstoss für die im Jahr 2003 genehmigten planungsrechtlichen Massnahmen – den Überbauungs- und den Teilzonenplan «Z.» mit entsprechendem Teilstrassenplan – mit der in zwei Etappen geplanten Betriebserweiterung der später von der Rekurrentin übernommenen Y. AG. Mit dem Überbauungsplan sollte nebst der Arealerschliessung «eine massvolle Entwicklung des Baugebiets» erreicht werden […]. Die mit dem Teilzonenplan «Z.» beschlossene teilweise Zuteilung des Grundstücks Nr. 0003 zur Gewerbe-Industriezone GI wurde damit begründet, dass «für die mittel- bis langfristige betriebliche Entwicklung der Y. AG» auch ein Teil des ihr gehörenden Grundstücks Nr. 0003 benötigt wurde. Das Ziel des Teilzonenplans «Z.» lag dementsprechend darin, «die betrieblich zweckmässige Entwicklung des Industriebetriebs an seinem gewachsenen Standort» zu ermöglichen. Die Y. AG realisierte denn auch in der Folge die erste Etappe ihrer Erweiterung […]. Im Planungsbericht vom 30. März 2007 zum Überbauungs- und Teilzonenplan «Z. II» wurde in der Folge bestätigt, dass der Teilzonen- und Überbauungsplan «Z.» «für die Betriebsentwicklung der Y. AG erstellt» worden sei. […] Die entsprechenden Änderungen wurden mit dem Überbauungs- und dem Teilzonenplan «Z. II» vom 28. März 2008 umgesetzt.

3.2.2.4. Aus der Vorgeschichte ergibt sich, dass im Gebiet «Z.» in den vergangenen rund zehn Jahren gleich zweimal ortsplanerische Änderungen vorgenommen wurden, die jeweils ausdrücklich auch dazu dienen sollten, den Bestand und Ausbau des heutigen Betriebsstandorts der Y. AG bzw. der Rekurrentin zu sichern. In der erst hälftigen und im zweiten Schritt gänzlichen Umzonung des Grundstücks Nr. 0003 liegt sodann eine implizite Bestätigung der bereits vorbestehenden Zuteilung des übrigen Gebiets «Z.» – worunter eben auch der Grundstücke Nrn. 0000 und 0001 – zur Gewerbe-Industriezone GI, wobei jeweils nicht nur ein Überbau-

ungsplan aufgelegt, sondern die verfolgte Planungsabsicht gegenüber der Öffentlichkeit auch in zwei Zonenplanänderungen kommuniziert worden war; in beiden Fällen wurde das fakultative Referendum jedoch nicht ergriffen und ist folglich der entsprechende planerische Entscheid von der Bürgerschaft gutgeheissen worden. Unter diesen Umständen aber durfte die Y. AG bzw. später die Rekurrentin darauf vertrauen, dass die letztmals im Jahr 2008 – und somit bereits während der laufenden Ortsplanungsrevision – auch von der Bürgerschaft bestätigte Zuteilung des Gebiets «Z.» zur Gewerbe-Industriezone GI und die damit verbundene ausdrückliche Unterstützung ihrer betrieblichen Strategie nicht nach wenigen Jahren widerrufen werden. Es ist sodann offensichtlich, dass die Rekurrentin bereits mit der Realisierung der ersten Erweiterungsetappe beträchtlich in den Standort investiert hat. Das private Interesse der Rekurrentin an der Beibehaltung der bisherigen Zonierung wiegt somit schwer; sie kann sich zudem zu Recht auf den Vertrauensschutz berufen. Wichtige ortsplanerische Interessen, welche trotz der bisher stets bestätigten Zonenzuteilung eine Neuordnung gebieten und entsprechend das private Interesse der Rekurrentin überwiegen würden, wurden nicht geltend gemacht. Das blosse Interesse, beim Verkauf der gemeindeeigenen Grundstücke einen höheren Bodenpreis erzielen zu können, reicht jedenfalls nicht aus.