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 213.12). Der Schulweg muss zwar auf jeden Fall zumutbar sein, es besteht umgekehrt aber kein Anspruch auf die Zuteilung zum nächstgelegenen Standort. Es ist zulässig, Schülerinnen und Schüler aus pädagogischen Gründen (konkret zur sprachlichen Durchmischung der Klassen) nicht dem nächstgelegenen Schulhaus zuzuteilen. Dabei ist jedoch das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten.

Verwaltungsgericht, 28. April 2015

L. wurde in die 1. Klasse des Schulhauses A. eingeteilt. Der kürzeste Weg von seinem Wohnort zum Schulhaus beträgt rund 1300 Meter. Der Schulweg ins Schulhaus B., wo ebenfalls erste Klassen geführt werden und die Schwester von L. die Schule besucht, ist demgegenüber in wenigen Minuten zu bewältigen. Die Rekursstelle Volksschule hiess den Rekurs der alleinerziehenden, einer Teilzeitarbeit nachgehenden Mutter von L. entgegen den Ausführungen des Schulrates, der auf das gemeindeeigene Zuweisungskonzept verwiesen hatte, wonach die Schülerinnen und Schüler in erster Linie sprachlich durchmischt und in zahlenmässig ausgeglichene Klassen eingeteilt würden, wobei Fremdsprachigkeit und Klassengrösse die Haupt-, Geschlechterverteilung, Schulweglänge und die Einteilung von mehr als einem Kind aus dem gleichen Kindergarten Nebenkriterien seien, gut und wies L. dem Schulhaus B. zu. Das Verwaltungsgericht weist die vom Schulrat erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3. Streitgegenstand ist die Frage, ob die Vorinstanz den Zuteilungsentscheid der Beschwerdeführerin zu Recht aufgehoben und L. dem Schulhaus B. zugewiesen hat.

4. 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 Unterricht 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). Aus dem Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht – und aus dem Anspruch auf Chancen- und Rechtsgleichheit (vgl. BGer 2C_495/2007 vom 27. März 2008 E. 2.2) – ergibt sich auch ein verfassungsmässiger Anspruch auf einen zumutbaren Schulweg. Die Zuteilung in ein etwas weiter entferntes Schulhaus greift 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, veröffentlicht in ZBl 109/2008 S. 494 ff., E. 2.4 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung). Ein Rechtsanspruch auf Einteilung ins nächstgelegene Schulhaus besteht deshalb nicht (vgl. VerwGE B 2013/174 vom 12. Februar 2014 E. 3.1 = GVP 2014 Nr. 1, www.gerichte.sg.ch; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2008.00537 vom 21. Januar 2009 E. 4.2.1, www.vgr.zh.ch).

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; zum Ganzen vgl. auch GVP 2014 Nr. 1 E. 2.1).

5.

5.1. Gemäss Art. 26 VSG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über den Volksschulunterricht (sGS 213.12, VVU) bildet der Schulrat unter Berücksichtigung von Quartiergrenzen und Schulwegen nach Leistungsfähigkeit, sozialer Herkunft und Muttersprache ausgeglichene Klassen. In den Regelklassen der Primar- und Sekundarschule beträgt die Zahl der Schülerinnen und Schüler 20 bis 24 (Art. 27 Abs. 1 lit. a VSG).

5.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale (oder eidgenössische) Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Der Umfang der kommunalen Autono-

mie ergibt sich aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren Verfassungs- und Gesetzesrecht (statt vieler vgl. BGE 139 I 169 E. 6.1; 138 I 242 E. 5.2; 136 I 395 E. 3.2.1; 135 I 233 E. 2.2; je mit Hinweisen).

Im Kanton St. Gallen sind die Gemeinden autonom, soweit das Gesetz ihre Entscheidungsfreiheit nicht einschränkt (Art. 89 Abs. 1 KV). In der Rechtsetzung hat die Gemeinde Entscheidungsfreiheit, wenn das Gesetz keine abschliessende Regelung trifft oder die Gemeinde ausdrücklich zur Rechtsetzung ermächtigt (Abs. 2). Nach Art. 92 KV erfüllt die Schulgemeinde die ihr durch das Gesetz übertragenen Aufgaben im Schul- und Bildungsbereich. Träger der Volksschule sind die Schulgemeinden (Art. 4 Abs. 1 VSG). Dabei erfüllt der Schulrat deren Aufgaben, die nicht durch Gesetz, Gemeindeordnung, Reglement oder Vereinbarung anderen Organen übertragen sind (Art. 111 Abs. 2 VSG). In diesem Rahmen führt und organisiert der Schulrat die Schule (Art. 111 Abs. 1 VSG). Dessen kommunaler Autonomiebereich gewinnt durch verschiedene materielle Bestimmungen weiter an Konturen. Was die Klassenbildung betrifft, regelt der Regierungsrat gestützt auf Art. 26 VSG in Art. 1 Abs. 1 VVU nur die grundlegenden Anforderungen (Grundsätze der Klassenbildung) und überlässt dem Schulrat die Umsetzung dieser Vorgaben. Insofern kommt der Beschwerdeführerin in der hier strittigen Klassenbildung bzw. Schulhauszuteilung Autonomie zu (zum Ganzen vgl. BGer 2C_274/2014 vom 29. Juli 2014 E. 2.1 bzw. GVP 2014 Nr. 1 E. 3.1). Ob diese durch den vorinstanzlichen Entscheid verletzt worden ist, gilt es nachfolgend zu prüfen.

5.3. In ihrem Autonomiebereich kann sich eine Gemeinde dagegen zur Wehr setzen, dass eine kantonale Rechtsmittelbehörde die den betreffenden Sachbereich ordnenden kommunalen, kantonalen oder bundesrechtlichen Normen falsch anwendet oder ihre Prüfungsbefugnis überschreitet (statt vieler vgl. BGE 128 I 3 E. 2b mit Hinweis). Konkret ist die Kognition nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts auch im Rekursverfahren – entgegen der anderslautenden Auffassung der Vorinstanz in E. 3e des angefochtenen Entscheids und der dort zitierten Lehrmeinung (J. Raschle, Schulrecht der Volksschule im Kanton St. Gallen, 2. Aufl., St. Gallen 2008, S. 188) – auf blosse Rechtskontrolle beschränkt. Denn im Bereich der Autonomie einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt kann sich der Rekurrent vor der kantonalen Rekursinstanz nicht auf die Unangemessenheit der Verfügung oder des Entscheids berufen (vgl. Art. 46 Abs. 2 VRP; GVP 2014 Nr. 1 E. 3.1). Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gilt diese Einschränkung ohnehin (vgl. Art. 61 Abs. 1 VRP).

Ein Ermessensmissbrauch – und damit eine von den kantonalen Rechtsmittelinstanzen zu korrigierende 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, a.a.O., Rz. 742). Der allgemeine Rechtsgleichheitsgrundsatz gemäss Art. 8 Abs. 1 BV verpflichtet die Behör-

den, 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 öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten müssen sich vernünftig begründen lassen beziehungsweise sachlich haltbar sein (vgl. z. B. BGE 136 I 345 E. 5 mit Hinweisen). Willkür liegt immer dann vor, wenn ein staatlicher Akt sinn- und zwecklos, offensichtlich unhaltbar oder sachlich nicht begründbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem und offensichtlichem Widerspruch steht, eine Norm oder einen klaren unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür geht immer mit grober Unrichtigkeit einher, liegt aber nicht bereits vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre (vgl. z. B. BGE 134 I 140 E. 5.4 mit Hinweisen).

5.4. Die Vorinstanz hat L.s Schulweg an sich gerade noch als zumutbar erachtet. Sie kam jedoch zum Schluss, die vorgenommene Zuteilung greife übermässig in die persönlichen Interessen des Schülers ein. Interessen, welche gegen seine Zuteilung ins Schulhaus B. sprächen, habe die heutige Beschwerdeführerin weder dargetan noch seien solche ersichtlich. Die Vorinstanz begründete damit sinngemäss, die angefochtene Verfügung sei nicht verhältnismässig. In den Augen der Beschwerdeführerin ist diese Begründung nicht nachvollziehbar. Die offensichtlich vorteilhaftere Behandlung von L. wirke sich rechtsungleich auf alle anderen Schülerinnen und Schüler aus. Gerade auf die rechtsgleiche Behandlung aller Kinder lege sie aber besonderen Wert. Mehrere Kinder müssten an näher gelegenen Schulhäusern vorbeigehen und zu Gunsten pädagogisch sinnvoll zusammengesetzter Klassen einen längeren Schulweg in Kauf nehmen. Aus dem Umkreis des Schulhauses B. betreffe dies neben L. neun weitere Kinder. Etwa 20 der 55 Erstklässler hätten einen Schulweg von über einem Kilometer; der längste betrage über zwei Kilometer. Die besonderen Umstände von alleinerziehenden Elternteilen berücksichtigt die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben nicht. Dies sei bei der herrschenden Häufigkeit von Ein-Eltern-Haushalten nicht praktikabel. Die Rechtsgleichheit in Bezug auf eine sinnvolle Klasseneinteilung geniesse gegenüber den Individualinteressen «einzelner Eltern» Vorrang. L. könne den vorgesehenen Schulweg bewältigen, weshalb die Vorinstanz sein Individualwohl in unverantwortlicher Weise über das Allgemeinwohl und die pädagogischen Interessen aller Kinder gestellt habe.

5.5. Die Beschwerdeführerin hat dargelegt, dass die Schulhauszuteilung nach pädagogisch sinnvollen Kriterien erfolgen solle, wobei Fremdsprachigkeit bzw. Sprachdurchmischung das Hauptkriterium sei. In der Beschwerde macht sie weiter geltend, dass es aufgrund der sozio-kulturell unterschiedlich zusammengesetzten Quartiere Klassen mit einem Überhang an Kindern mit Migrationshintergrund gäbe, wenn an diesen Zuteilungskriterien nicht weiter festgehalten würde. Damit würden speziell diese fremdsprachigen Kinder in ihrer schulischen Entwicklung beeinträchtigt. Weiter macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, L. sei aus diesen pädagogischen Gründen in ein weiter weg gelegenes Schulhaus eingeteilt worden.

5.5.1. Aus den Klassenlisten der jeweils als Doppelklassen geführten ersten und zweiten Klassen ergibt sich mit Blick auf das Hauptzuweisungskriterium folgendes:

Schulhaus A.:	PS1a /PS2a	19 Kinder	davon 4 «Ausländer» (21 %)
Schulhaus C.:	PS1a /PS2a	16 Kinder (effektiv fremdsprachig: 25 %)	davon 6 «Ausländer» (37,5 %)
	PS1b /PS2b	17 Kinder	davon 3 «Ausländer» (17,6 %)
Schulhaus B.:	PS1a /PS2a	20 Kinder	davon 4 «Ausländer» (20 %)
	PS1b /PS2b	20 Kinder (effektiv fremdsprachig: 20 %)	davon 7 «Ausländer» (35 %)

Der Anteil von Kindern mit Migrationshintergrund liegt in allen Klassen zwischen 17,6 und 25 Prozent. Das Verhältnis zwischen ihnen und den Kindern von deutschsprachigen Eltern ist in den Klassen ungefähr gleich. Damit wird das angestrebte Ziel der ausgewogenen Durchmischung erreicht. Dies bedingt jedoch, wie aus der Tabelle in act. 7/3 hervorgeht, dass etliche Schülerinnen und Schüler an den nächstgelegenen Schulhäusern vorbeigehen und den Unterricht in weiter entfernt liegenden Schulhäusern besuchen müssen. Betroffen sind Kinder, die den Schulhäusern A. und C. zugeteilt worden sind; umgekehrt muss keines der ins Schulhaus B. eingeteilten Kinder einen weiteren Weg auf sich nehmen als für den Schulbesuch unbedingt notwendig. Ähnlich wie L. wurden dagegen auch die Schülerinnen Nr. 9 /PS1a C. und Nr. 11 /PS1a A. behandelt: Die Distanz zwischen Wohnadresse und Schulhaus B. beträgt bei ihnen 130 bzw. 120 Meter. Stattdessen müssen beide einen Schulweg von rund 1000 Meter auf sich nehmen.

5.5.2. Die Beschwerdeführerin wendet diese beiden gesetzlichen Kriterien zur Schulhauszuteilung weder grob unrichtig, d.h. willkürlich, noch in einer Art und Weise an, die zu Rechtsungleichheiten führt. Die Klassen sind, wenn man die Kinder deutscher Eltern nicht den fremdsprachigen hinzurechnet, in ähnlichem Mass durchmischt und von der Grösse her ausgeglichen. Die Durchmischung bringt es mit sich, dass teilweise längere Schulwege in Kauf genommen werden müssen. Es liegt somit auf der Hand, dass es durch den gewählten Zuteilungsmodus zu Zielkonflikten mit anderen gleichwertigen gesetzlichen Kriterien – zu berücksichtigen sind namentlich auch die Quartiergrenzen und die Schulwege (vgl. Art. 1 Abs. 1 VVU) – kommen kann. Über diese ist im Einzelfall wertend bzw. abwägend zu entscheiden.

5.6. Die Vorinstanz hat die Gutheissung des Rechtsmittels auf das Ergebnis einer Verhältnismässigkeitsprüfung gestützt, wozu sie entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin grundsätzlich befugt ist (vgl. E. 4.3 hiervor). Sie hat ausgeführt, L.s Schulweg liege an der oberen Grenze des Zumutbaren. Auf die entsprechenden Erwägungen 6 und 7 des angefochtenen Entscheids kann ohne weiteres verwiesen werden; sie sind zutreffend und die Beschwerdeführerin hat die vorinstanzlichen Feststellungen betreffend der Schulwege nicht bestritten.

5.6.1. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels

geeignet und notwendig sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden, d.h. Zweck und Mittel müssen in einem vernünftigen Verhältnis stehen. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Eingriff erreicht werden kann (vgl. z. B. Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 1735 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts).

5.6.2. Die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Gewichtung der Zuteilungskriterien bringt unter Umständen längere Schulwege mit sich, als dies bei einer Beschulung im nächstgelegenen Quartierschulhaus der Fall wäre. Die Beschwerdeführerin begründet dies mit dem öffentlichen Interesse an einer pädagogisch sinnvollen Klassenzusammensetzung, was an sich zulässig ist. Das Verhältnismässigkeitsprinzip bleibt gewahrt, wenn der längere Schulweg im Einzelfall tatsächlich notwendig ist, um dieses Ziel zu erreichen. Aus dem Erfordernis einer ausgewogenen Zweck-Mittel-Relation ergibt sich aber, dass das öffentliche Interesse, einen Schüler einem weiter entfernten Schulhaus zuzuteilen, um so grösser sein muss, je länger sein Schulweg dadurch wird. Absolut begrenzt wird die Zuteilungsautonomie der Gemeinde durch die individuelle Zumutbarkeit des Schulweges für den betroffenen Schüler.

5.6.3. Der Schulweg ins Schulhaus A. ist für L. an der oberen Grenze des Zumutbaren. Die Zuteilung in dieses Schulhaus bedarf deshalb eines gewichtigen und konkreten öffentlichen Interesses; ein pauschaler Verweis auf die Zuteilungskriterien genügt unter diesen Umständen nicht. Aus den Eingaben der Beschwerdeführerin ergibt sich keine zureichende Begründung, weshalb L. den Unterricht mit Blick auf die Zuteilungskriterien im Schulhaus A. besuchen muss. Die Beschwerdeführerin legte nicht dar, dass die sprachliche Durchmischung oder die Klassengrössen durch den angefochtenen Entscheid aus dem Gleichgewicht gebracht würden. Dies ist auch nicht ersichtlich. Die Doppelklasse im Schulhaus A. umfasst (ohne L.) 19 Kinder, davon 4 fremdsprachige. Je 20 Kinder (inkl. L.) besuchen die beiden Doppelklassen im Schulhaus B., davon sprechen 3 bzw. 4 nicht Deutsch als Muttersprache. Gegen ein überwiegendes öffentliches Interesse an L.s Zuteilung ins Schulhaus A. spricht zudem, dass der Schüler Nr. 5 aus der Klasse PS1b B. – dieser wohnt in unmittelbarer Nachbarschaft von L. und ist ebenfalls deutscher Muttersprache – in das Schulhaus B. zugewiesen werden konnte. Demgegenüber sind die privaten Interessen von L. am Schulbesuch im Schulhaus B. ausgewiesen. Nicht nur ist der Schulweg um ein Vielfaches kürzer und wird damit seiner familiären Situation besser gerecht, L. kann den kurzen und gefahrlosen Schulweg darüber hinaus zusammen mit seiner Schwester M. zurücklegen. Diese Interessen überwiegen. Die Vorinstanz hat die Zuteilungsverfügung zu Recht aufgehoben. Es ist entgegen den Befürchtungen der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich, inwiefern dadurch an ihrem Zuteilungsmodus nicht mehr festgehalten werden könnte. Die Beschwerde ist abzuweisen, […].

2

Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101); Art. 52 VRP (sGS 951.1). In komplexeren Verfahren ist das Vorhandensein eines Aktenverzeichnisses Voraussetzung dafür, dass die Verfahrensbeteiligten ihr Akteneinsichtsrecht wirksam wahrnehmen und sich insbesondere über die Vollständigkeit der Akten Rechenschaft geben können.

Verwaltungsgericht, 27. November 2015

Aus den Erwägungen:

3.1.3. Nichtsdestotrotz bleibt festzuhalten, dass die Beschwerdeführer mit ihrer Bemerkung, dass die Akten zum erstinstanzlichen Bauverfahren kein Aktenverzeichnis enthielten, zu Recht auf einen Mangel hinweisen. Die wirksame Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts (Art. 16 VRP) durch die Verfahrensbeteiligten setzt voraus, dass eine vollständige, geordnete und übersichtliche Aktenführung gewährleistet wird (G. Steinmann, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N 55 zu Art. 29 BV). Es wird insbesondere verlangt, dass die Akten in einem chronologischen, vollständigen und im Zeitpunkt des Entscheids in sich geschlossenen Dossier zusammengefasst werden (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003., Rz. 1136). Auch wenn das Bundesgericht aus der verfassungsmässigen Vorgabe von Art. 29 Abs. 2 BV keine allgemeine Pflicht zur Erstellung eines Aktenverzeichnisses herleitet (BGer 5A_341/2009 vom 30. Juni 2009 E. 5.2), ist in komplexeren Verfahren das Vorhandensein eines Aktenverzeichnis Voraussetzung dafür, dass die Verfahrensbeteiligten ihr Akteneinsichtsrecht wirksam wahrnehmen und sich insbesondere über die Vollständigkeit der Akten Rechenschaft geben können. Im streitigen Verwaltungsverfahren hat die Vorinstanz zudem sämtliche Akten, die ihr zum Entscheid zur Verfügung gestanden haben, einzureichen (Art. 52 VRP). Diese Akten sind zu nummerieren und mit einem Aktenverzeichnis zu versehen (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 943 f. und 1136). Das Aktenverzeichnis dient damit auch der Sicherstellung der Vollständigkeit der Akten über mehrere Instanzen hinweg und der besseren Auffindbarkeit einzelner Belege im Rechtsmittelverfahren. – Auf Aufforderung des Verwaltungsgerichts reichte die Vorinstanz unter anderem die dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegenden Akten der beschwerdebeteiligten Politischen Gemeinde ein, wobei letztere zwar chronologisch geordnet sind, aber kein Aktenverzeichnis enthalten. Für künftige Verfahren erfolgt daher der Hinweis an die Vorinstanz und die Beschwerdebeteiligten, dass zusammen mit den nummerierten Akten jeweils ein entsprechendes Verzeichnis einzureichen ist (VerwGE B 2014/48 vom 28. Juli 2015 E. 2.1.1, VerwGE B 2014/71 vom 24. März 2015 E. 2, www.gerichte.sg.ch).

3

Art. 3 EMRK (SR 0.101); Art. 7, Art. 10 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 1 BV (SR 101); Art. 3 Abs. 1, Art. 235 Abs. 1, Art. 429 Abs. 1 lit. c und Art. 431 StPO (SR 312.0); Art. 15, Art. 19, Art. 21, Art. 29, Art. 30, Art. 32 und Art. 48bis GefV (sGS 962.14). Haftentschädigung wegen rechtswidriger sowie ungerechtfertigter Untersuchungshaft. Die Gefängnisinsassen sind angemessen mit Kleidung und Hygieneartikeln zu versorgen (E. III.5.b.aa). Ein Spaziergang von mindestens einer Stunde ist von Beginn der Haft an geboten. Art. 29 GefV bzw. die offenbar vorherrschende Praxis einiger kantonaler Gefängnisse ist nicht mit der EMRK und der Bundesverfassung vereinbar (E. III.5.b.bb und E. 6.b.aa). Bei der Leibesvisitation drängt sich der Beizug eines Arztes grundsätzlich nur bei Untersuchungen im Körperinnern auf (E. III.5.b.cc und E.III.6.b.cc). Die Unterbringung in der Arrestzelle mit reduziertem Sichtschutz wegen voller Belegung der übrigen Zellen ist verfassungs- und konventionswidrig (E. III.6.b.bb).

Kantonsgericht, Strafkammer, 11. August 2015

X. und Y. wird vorgeworfen, im Kellergeschoss ihres damals gemieteten Wohnhauses seit mindestens November 2008 bis zur Hausdurchsuchung vom 25. November 2011 eine Indooranlage zur Produktion von Hanf betrieben bzw. Betäubungsmittel angebaut zu haben. Daneben hätten sie mehrfach Haschisch und/oder Marihuana konsumiert. Das Kantonsgericht erklärt die Beschuldigten im Rückweisungsverfahren (vgl. BGer 6B_523/2014 bzw. 6B_524/2014) der mehrfachen Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel schuldig und verurteilt sie zu je einer Busse von Fr. 500.–. Beide Beschuldigten befanden sich während 15 Tagen in Untersuchungshaft.

Aus den Erwägungen:

III.

Genugtuungsanspruch X.

5. Der Beschuldigte verlangt für die Überhaft eine angemessene Entschädigung. Er macht zudem eine grundrechtsverletzende Behandlung in der Untersuchungshaft geltend. Die Staatsanwaltschaft hat sich dazu nicht vernehmen lassen.

a/aa) Beim Anspruch auf Haftentschädigung ist zu unterscheiden zwischen rechtswidriger (d.h. ungesetzlicher) und ungerechtfertigter Haft. Rechtswidrig ist die Haft nur dann, wenn sie auf einer Verletzung von Rechtsnormen (z. B. Art. 5 EMRK) beruht. Als ungerechtfertigt wird die Haft bezeichnet, wenn sie rechtmässig angeordnet wurde, sich aber hinterher wegen Einstellung des Verfahrens oder Freispruchs oder bei Überhaft als strafprozessual unbegründet erweist (zum Ganzen Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 431 N 2 mit Hinweisen). Sogenannte Überhaft liegt vor, wenn die Untersuchungs- und/oder Sicherheitshaft unter Einhal-

tung der formellen und materiellen Voraussetzungen rechtmässig angeordnet wurde, diese Haft den im Entscheid ausgesprochenen Freiheitsentzug aber nicht erreicht, sondern länger dauert als die tatsächlich ausgefällte Sanktion. Bei Überhaft nach Art. 431 Abs. 2 StPO ist also nicht die Haft per se, sondern nur die Haftlänge ungerechtfertigt. Sie wird erst im Nachhinein, d.h. nach Fällung des Urteils, übermässig (BGE 6B_385/2014 E. 3.2; BGer 6B_365/2011 E. 3.2).

bb) Die erstandene Untersuchungshaft ist an die Busse anzurechnen (BGE 6B_385/2014 E. 3.3; 135 IV 126 E. 1.3.9). Dabei kann von einem der Darstellung des Beschuldigten entsprechenden Umrechnungssatz von Fr. 180.–/Tag ausgegangen werden, der angemessen erscheint. Dem Beschuldigten sind folglich 2 7/9 Tage Untersuchungshaft anzurechnen. Es besteht damit eine Überhaft von 12 2/9 Tagen, die zu entschädigen ist.

cc) Das Bundesrecht setzt keinen bestimmten Mindestbetrag für die Genugtuung fest (Art. 429 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 431 StPO). Bei der Ausübung des Ermessens kommt den Besonderheiten des Einzelfalles entscheidendes Gewicht zu. Nach der Rechtsprechung ist zunächst die Grössenordnung der in Frage kommenden Genugtuung zu ermitteln, wobei Art und Schwere der Verletzung massgebend sind. In einem zweiten Schritt sind die Besonderheiten des Einzelfalles zu würdigen, die eine Verminderung oder Erhöhung der zuzusprechenden Summe nahelegen. Das Bundesgericht erachtet gemäss ständiger Praxis bei kürzeren Freiheitsentzügen Fr. 200.– pro Tag als angemessene Genugtuung, sofern nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine höhere oder eine geringere Entschädigung rechtfertigen. Bei längerer Untersuchungshaft (von mehreren Monaten Dauer) ist der Tagessatz in der Regel zu senken, da die erste Haftzeit besonders erschwerend ins Gewicht fällt (BGE 113 Ib 155 E. 3b; BGer 6B_745/2009 E. .1; 6C_2/2008 E. 2.3; je mit Hinweisen; zuletzt BGer 6B_758/2013 E. 1.2.1). Zur Bestimmung der Höhe der Genugtuung sind die Dauer und Umstände der Persönlichkeitsverletzung massgebend, ebenso die Schwere des vorgeworfenen Delikts und die Auswirkungen auf die persönliche Situation des Beschuldigten, wie etwa die psychische Belastung oder allfällige Probleme im Familien- und Beziehungsleben durch die erfolgte Strafuntersuchung (BSK StPO II-Wehrenberg/Bernhard, Art. 429 N 27 f.; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 1754).

dd) Der Beschuldigte äusserte in der Haft zwar Suizidabsichten, wurde allerdings nach ärztlicher Intervention als hafterstehungsfähig betrachtet. Anhaltspunkte für eine Suizidgefahr vermochte Amtsarzt Dr. med. A. am 3. Dezember 2011 nicht auszumachen. Zu Gunsten des Beschuldigten ist dennoch von einer leicht überdurchschnittlichen Beeinträchtigung seiner psychischen Befindlichkeit durch die Haft auszugehen. Er musste aufgrund seines Zustands diverse Medikamente einnehmen und wurde von seinem Arbeitgeber ermahnt. Zudem wurde in den Lokalmedien über ihn berichtet. Angesichts der verhältnismässig eher kurzen Haftdauer sowie des psychischen Zustands erscheint es deshalb angezeigt, den Genugtuungstagessatz von Fr. 200.– leicht, d.h. um Fr. 50.–, zu erhöhen. Auf

die Befragung der behandelnden Ärzte bzw. die Einholung der Arztberichte kann unter diesen Umständen verzichtet werden, zumal die verschriebenen Medikamente bzw. deren Dosierung aus den Vollzugsakten hervorgehen.

b) Auf Konventionsstufe sieht Art. 3 EMRK vor, dass niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf. Art. 7 BV schreibt vor, dass die Würde des Menschen zu achten und zu schützen ist. Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten (Art. 10 Abs. 3 BV). Jede Person hat ausserdem Anspruch auf Achtung ihres Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV; vgl. auch Art. 2 Abs. 1 lit. a, d und g KV SG [sGS 111.1]). Die Schweiz hat sodann am 7. Oktober 1988 das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (SR 0.106) ratifiziert. Gemäss dessen Art. 1 wird ein Europäischer Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (nachfolgend «Ausschuss gegen Folter») errichtet, der durch Besuche die Behandlung von Personen prüft, denen die Freiheit entzogen ist, um erforderlichenfalls den Schutz dieser Personen vor Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe zu verstärken (zum Ganzen BGE 140 I 125 E. 3.1; bestätigt in BGer 6B_14/2014 E. 6.3.1). Das Ministerkomitee des Europarats hat in Anwendung von Art. 15 (b) der Satzung des Europarates (SR 0.192.030) am 11. Januar 2006 die Empfehlungen Rec(2006)2 zu den europäischen Strafvollzugsgrundsätzen verabschiedet (nachfolgend «Empfehlungen»). Diese Empfehlungen berücksichtigen insbesondere die Arbeit des Ausschusses gegen Folter, wie auch die Regeln, welche dieser in seinen Berichten entwickelt hat. Bezweckt werden soll, dass die Bedingungen des Vollzugs die Menschenwürde nicht beeinträchtigen (BGE 140 I 125 E. 3.2). Die Empfehlungen sind bei der Auslegung der massgebenden Grundsätze zu berücksichtigen (BGer 1B_170/2014 E. 2.2; 1C_229/2008 E. 2.3 mit Hinweisen).

Auf Gesetzesstufe sieht Art. 3 Abs. 1 StPO vor, dass die Strafbehörden in allen Verfahrensstadien die Würde der vom Verfahren betroffenen Menschen achten. Schliesslich darf die inhaftierte Person in ihrer persönlichen Freiheit nicht stärker eingeschränkt werden, als es der Haftzweck sowie die Ordnung und Sicherheit in der Haftanstalt erfordern (Art. 235 Abs. 1 StPO), wobei die Kantone die Rechte und Pflichten der inhaftierten Personen, ihre Beschwerdemöglichkeiten, die Disziplinarmassnahmen sowie die Aufsicht über die Haftanstalten regeln (Art. 235 Abs. 5 StPO). Im Kanton St. Gallen sind diese Rechte und Pflichten in der Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000 (sGS 962.14; nachfolgend «GefV») festgehalten.

aa/aaa) Der Beschuldigte brachte erstmals im vorinstanzlichen Verfahren und später auch im Berufungsverfahren vor, dass er in der Untersuchungshaft nicht über genügend Kleider, Wäsche und Hygieneartikel verfügt habe. Er habe insbesondere während 13 Tagen die gleiche Unterhose tragen müssen. Im Rückweisungsverfahren fügte er dem im Wesentlichen an, dass er während des Waschens seiner Unter-

hose nackt in seiner Zelle habe verweilen müssen, was eine schwere Verletzung der Persönlichkeit darstelle.

bbb) Gemäss Art. 21 Abs. 1 GefV trägt der Gefangene seine eigenen Kleider. Er kann einmal wöchentlich beim Gefangenenbetreuer auf eigene Kosten in beschränktem Umfang Toilettenartikel beziehen (Art. 32 Abs. 1 GefV). Über die abgenommenen Gegenstände wird ein Verzeichnis aufgenommen, wobei Bestandesänderungen laufend nachzutragen sind (Art. 17 Abs. 1 GefV). Gemäss Ziff. 19.6 der Empfehlungen haben die Vollzugsbehörden den Gefangenen Toilettenartikel und allgemeine Reinigungsgeräte und Reinigungsmittel zur Verfügung zu stellen. Gefangene, die nicht über angemessene eigene Kleidung verfügen, sind mit Kleidung auszustatten, die dem Klima angepasst sind (Ziff. 20.1). Der Entzug von Kleidung kann bei einem Häftling Gefühle der Angst und Minderwertigkeit auslösen und ist daher geeignet, ihn zu erniedrigen (EGMR Nr. 20999/05, Urteil vom 7. Juli 2011 in Sachen Hellig v. Deutschland).

ccc) Die Kantonspolizei, welcher die Gefängnisse Uznach und Flums sowie das kantonale Untersuchungsgefängnis unterstehen (Art. 5 Abs. 1 GefV), hält in ihrem Bericht vom 27. März 2015 fest, dass sich nicht mehr nachvollziehen lasse, ob der Beschuldigte über eine eigene Zahnbürste und Zahnpaste verfügt oder solche verlangt habe. In allen Gefängnissen würden zumindest auf Verlangen Hygieneartikel abgegeben. Ebenfalls nicht nachvollzogen werden könne, über welche Kleider der Beschuldigte in Flums verfügt habe. Die Gefängnisse würden aber über Ersatz- und Notwäsche verfügen, welche dem Beschuldigten, hätte er sich bemerkbar gemacht, zur Verfügung gestellt worden wäre.

Die Ausführungen der Kantonspolizei sind vage und stehen den glaubhaften Schilderungen des Beschuldigten gegenüber (vgl. zur Glaubhaftmachung BGer 1B_87/2014 E. 5.2). Für dessen Vorbringen spricht zunächst, dass das Effektenverzeichnis des Beschuldigten keine entsprechenden – und sei es auch nur summarischen – Vermerke enthält. Bei der Beschuldigten wird etwa ausdrücklich aufgeführt: «Plastiksack mit Kleidern» oder «1 Zahnpaste + Z.bürste». Wie vom Beschuldigten vorgetragen, befand sich seine Kleidertasche bei der Beschuldigten, was aus deren Effektenverzeichnis hervorgeht («Tasche braun ‹Prada› mit Kleidern X.»). Es muss aufgrund der Bestandesänderungen davon ausgegangen werden, dass diese – wie die Beschuldigten ausführen – während der gesamten Haftzeit bzw. zumindest bis kurz vor der Entlassung bei der Beschuldigten deponiert war, zumal sich auch auf dem Kostenblatt des Beschuldigten keine entsprechenden Einträge finden. Dass der Beschuldigte – wie er bildhaft darlegt – Kleidung und Hygieneartikel verlangt haben dürfte, liegt angesichts der vorliegenden Umstände auf der Hand. Zweifelhaft ist zudem, ob er bezüglich seiner Rechte hinreichend aufgeklärt wurde. Dem «Merkblatt für Inhaftierte» ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass Hygieneartikel sowie Ersatzwäsche bei Bedarf verlangt werden können.

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte nicht angemessen mit Kleidung und Hygieneartikeln versorgt wurde, was im klaren Gegensatz

zu den erwähnten Mindeststandards steht. Bezeichnend dafür ist, dass die Staatsanwaltschaft aus der geführten Korrespondenz mit dem früheren Rechtsvertreter des Beschuldigten nur von den «wichtigen Aktenstücken» Kopien angefertigt haben will. Es ist aufgrund der dargelegten Umstände offensichtlich, dass sich dieser (und allenfalls auch Dritte) beim zuständigen Staatsanwalt für die Beschaffung der Kleider eingesetzt haben dürfte. Es erübrigt sich damit, den vormaligen Rechtsvertreter des Beschuldigten sowie weitere (nicht ausdrücklich genannte) Drittpersonen zu ihren Bemühungen bei der Kleiderbeschaffung zu befragen. Das gilt auch in Bezug auf die Einvernahme des damaligen Mithäftlings albanischer Nationalität, nachdem aufgrund der vorstehenden Erwägungen feststeht, dass der Beschuldigte nicht adäquat ausgerüstet war.

bb/aaa) Der Beschuldigte rügt sodann, dass ihm in der Untersuchungshaft der gesetzlich vorgeschriebene Hofgang von einer Stunde nicht gewährt worden sei. Er habe sich maximal eine halbe Stunde lang pro Tag im Hof des Gefängnisses bewegen können. An Sonntagen sei gar kein Hofgang gewährt worden. Der Beschuldigte präzisierte im Rückweisungsverfahren, dass ihm im Gefängnis St. Gallen der Hofgang gewährt worden sei, nicht aber in Flums am Sonntag, 4. Dezember 2011.

bbb) Nach Art. 29 Abs. 1 GefV kann der Gefangene täglich wenigstens eine halbe Stunde, nach einem Monat wenigstens eine Stunde unter Aufsicht spazieren. Gemäss Ziff. 27.1 der Empfehlungen soll allen Gefangenen ermöglicht werden, sich mindestens eine Stunde im Freien zu bewegen, wenn es die Witterung zulässt. Das Bundesgericht hielt in diesem Zusammenhang bereits 1976 in BGE 102 Ia 279 fest, dass es Ziel der kantonalen Behörden und des Bundes sein müsse, künftig den Gefangenen einen einstündigen Aufenthalt im Freien zu gewähren (a.a.O. E. 7c). In BGE 118 Ia 64 führte das Bundesgericht im Jahre 1992 aus, dass ein täglicher Spaziergang von wenigstens einer halben Stunde mit Rücksicht auf die geistige und körperliche Gesundheit des Gefangenen das absolute Minimum darstelle. Dort, wo die tatsächlichen Verhältnisse dies zulassen würden, müsse ein täglicher Spaziergang von einer Stunde Dauer gewährleistet werden. Die baulichen, organisatorischen und personellen Voraussetzungen dafür seien zu schaffen (a.a.O. E. 3k). Im Bereich des Ausländerrechts entschied das Bundesgericht schliesslich mehrfach, dass dem Häftling täglich ein einstündiger Spaziergang im Freien gewährt werden müsse (BGE 122 I 49 E. 5a; 122 I 222 E. 4). Es übernahm diese Rechtsprechung vor einigen Jahren auch in Bezug auf Strafgefangene (BGer 6B_55/2008 E. 2).

ccc) Die Kantonspolizei führt im erwähnten Bericht aus, dass dem Beschuldigten der Spaziergang «grundsätzlich im Rahmen einer Stunde» ermöglicht worden sei. Die Ausnahme habe am Sonntag im Gefängnis Flums bestanden, wobei aus betrieblichen und Sicherheitsgründen der Spaziergang nicht habe gewährleistet werden können. Als Kompromiss werde in der Regel dafür unter der Woche ein längerer Spaziergang ermöglicht. Im Bericht vom 18. Mai 2015 wurde ausgeführt, dass den Häftlingen ein Merkblatt ausgeteilt worden sei. Weitergehende Informationen, etwa zu einem möglichen Versetzungsgesuch, seien nicht vermittelt worden.

Die Rüge des Beschuldigten, wonach das Recht auf tägliche Bewegung im Freien verletzt wurde, ist infolge des nicht gewährten Spaziergangs am 4. Dezember 2011 begründet. Er wurde auch nicht hinreichend über die Möglichkeit eines Versetzungsgesuchs orientiert. Dem ausgehändigten «Merkblatt für Inhaftierte/Festgenommene» ist darüber jedenfalls nichts zu entnehmen. Es ist insofern auch nachvollziehbar, dass die Verweigerung des sonntäglichen Spaziergangs zu einer ärztlichen Intervention geführt hat. Auf die Einholung des medizinischen Berichts bzw. die Befragung der Ärzte sowie Mithäftlinge kann deshalb verzichtet werden.

Die Unterlassung ist ferner auch nicht entschuldbar. Die Behörden hatten seit der ergangenen Rechtsprechung ausreichend Zeit, die baulichen, organisatorischen und personellen Voraussetzungen zu schaffen. Ein Spaziergang von mindestens einer Stunde von Beginn der Haft an ist heute geboten (BSK StPO II-Härri, Art. 235 N 28). Soweit zusätzliches Bewachungspersonal erforderlich ist, muss es künftig rekrutiert werden. Art. 29 GefV bzw. die offenbar vorherrschende Praxis einiger kantonaler Gefängnisse ist damit nicht mit EMRK und BV vereinbar. Anzufügen bleibt immerhin, dass seit dem 1. Juli 2015 der tägliche Spaziergang zumindest in den Gefängnissen, die der Kantonspolizei unterstehen, auch an Sonn- und Feiertagen gewährleistet sein soll, was allerdings an den vorliegend zu beurteilenden Verhältnissen nichts zu ändern vermag.

cc/aaa) Der Beschuldigte macht geltend, dass seine Körperöffnungen durch einen Gefangenenbetreuer kontrolliert worden seien. Diese anale Kontrolle sei rechtswidrig.

bbb) Der Gefangene hat bei seinem Eintritt alle mitgeführten Gegenstände vorzulegen. Er wird von einer Person gleichen Geschlechts einer Leibesvisitation unterzogen (Art. 15 Abs. 1 GefV). Besteht der Verdacht, dass der Gefangene Gegenstände einschmuggeln will, können seine Leibesöffnungen kontrolliert werden. Die Kontrolle wird vom Gefängnisarzt durchgeführt (Art. 15 Abs. 2 GefV). Gemäss Ziff. 54.3 der Empfehlungen dürfen die durchsuchten Personen durch die Durchsuchung nicht erniedrigt werden. Die Durchsuchung darf nur von Bediensteten desselben Geschlechts vorgenommen werden, wobei diese Körperhöhlen von Gefangenen nicht untersuchen dürfen (Ziff. 54.4 f. der Empfehlungen). Die intime Untersuchung im Zusammenhang mit einer Durchsuchung darf nur von einem Arzt vorgenommen werden (Ziff. 54.7 der Empfehlungen). Das Bundesgericht hat hierzu festgestellt, dass Leibesvisitationen von einer Person gleichen Geschlechts, sog. «intime», über eine blosse Kleiderkontrolle hinausgehende Leibesvisitationen von einer Person mit medizinischer Ausbildung bzw. von «medizinisch geschultem Fachpersonal» vorgenommen werden müssten. Eigentliche medizinische Untersuchungen seien Ärztinnen und Ärzten vorbehalten (BGE 123 I 221 E. II. 2b; vgl. auch BGE 109 Ia 146 E. 8b). Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung in Art. 85 Abs. 2 StGB kodifiziert und präzisiert (vgl. Baechtold, Strafvollzug, 2. Aufl., Bern 2009, S. 187). Danach kann beim Gefangenen, der im Verdacht steht, auf sich oder in seinem Körper unerlaubte Gegenstände zu verbergen, eine Leibesvisitation durchgeführt werden. Diese ist von einer Person gleichen Geschlechts vorzunehmen. Ist sie mit einer Entkleidung

verbunden, so ist sie in Abwesenheit der anderen Gefangenen durchzuführen. Untersuchungen im Körperinnern sind von einem Arzt oder von anderem medizinischen Personal vorzunehmen.

ccc) Der Beschuldigte bestreitet nicht, dass ein entsprechender Verdacht zur Durchsuchung bestand. Zur eigentlichen Leibesvisitation führt die Kantonspolizei in ihrem Bericht vom 18. Mai 2015 aus, dass sich nicht mehr nachvollziehen lasse, wer die Visitation vorgenommen habe. Die zu inhaftierende Person müsse sich jedoch in der Regel entkleiden und es würden der Mund, die Achselhöhlen, die Fusssohlen sowie durch Spreizen der Beine und Bücken der Genitalbereich besehen. Ein Hineingreifen in Körperöffnungen geschehe nicht. Sei dies notwendig, so erfolge es durch einen Arzt. Der Beschuldigte bestätigte in seiner Stellungnahme vom 28. Mai 2015, dass er dergestalt untersucht worden sei. Zusätzlich seien seine Gesässbacken gespreizt worden. In die Körperöffnungen sei jedoch nicht gefasst worden. Darin kann kein Verstoss gegen die vorstehenden Vollzugsgrundsätze erblickt werden. Der Beschuldigte wurde wegen Betäubungsmitteldelikten festgenommen, weshalb eine eingehende Leibesvisitation angezeigt war. Sodann ist davon auszugehen, dass die Untersuchung durch einen männlichen Gefangenenbetreuer vorgenommen wurde, zumal der Beschuldigte auch nichts anderes behauptete. Dass der Gefangenenbetreuer dabei neben Mund und Achselhöhlen auch oberflächlich den Genitalbereich besah, ist nicht zu beanstanden. Es wurde im Genitalbereich nichts untersucht, was nicht ohne Weiteres einsehbar war. Der Beizug eines Arztes war folglich nicht notwendig. Die Rügen des Beschuldigten erweisen sich in diesem Punkt als unbegründet. Es erübrigt sich, den Gefangenenbetreuer zur Untersuchung zu befragen.

dd) Nicht gefolgt werden kann dem Beschuldigten sodann, wenn er beanstandet, dass er sowohl im Gefängnis Flums als auch in St. Gallen lediglich einmal habe duschen können. Gemäss Art. 30 GefV soll der Gefangene wöchentlich wenigstens einmal duschen können. Zwar sieht Ziff. 19.4 der Empfehlungen im Interesse der allgemeinen Hygiene ein mindestens zweimaliges wöchentliches Duschen bzw. Baden vor. Der vorliegend geltend gemachte Zustand verletzt die konventions- und verfassungsrechtlich geschützte Menschenwürde allerdings nicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte in seiner Zelle über ein Waschbecken mit fliessend Kalt- und Warmwasser verfügte, womit jederzeit die Möglichkeit bestand, sich zu waschen. Eine ausreichende Hygiene war damit gewährleistet, zumal die Haft auch nicht sehr lange dauerte.

ee) Schliesslich bringt der Beschuldigte vor, er sei am 9. Dezember 2011 erst um 15:00 Uhr und damit zu spät aus der Haft entlassen worden. Das Gegenteil trifft zu. Gemäss Art. 19 Abs. 1 GefV wird der Gefangene nach Anordnung der einweisenden Stelle entlassen. Ohne besondere Anordnung erfolgt die Entlassung am Vormittag des Entlassungstags. Gemäss Haftentlassungsverfügung vom 9. Dezember 2011 wurde die Entlassung auf Freitag, 9. Dezember 2011, «um 17 h» angeordnet. Der Beschuldigte wurde damit zu früh in die Freiheit entlassen. Seine Rüge erweist sich als unbegründet.

c) Zusammenfassend ergibt sich ein Zweifaches: Einerseits wurde dem Beschuldigten an einem Sonntag der Spaziergang nicht gewährt. Diese Unterlassung wiegt zwar eher leicht, führt aber dennoch zu einer leichten Erhöhung des Tagessatzes. Andererseits – und dies wiegt weitaus schwerer – erhielt der Beschuldigte während mehreren Tagen keine Hygieneartikel sowie frischen Kleider und war damit zuweilen gar gezwungen, sich nackt in der Zelle aufzuhalten. Dies stellt eine erniedrigende bzw. menschenunwürdige Behandlung dar. Es ist deshalb gerechtfertigt, den Tagessatz auf Fr. 300.– festzusetzen, was gesamthaft eine angemessen erscheinende Genugtuung von Fr. 3666.65 (12 2/9 Tage zu je Fr. 300.–) ergibt. Hinzuzurechnen ist antragsgemäss ein Zins von 5 Prozent seit dem 3. Dezember 2011 (mittleres Verfallsdatum; vgl. Schmid, Handbuch StPO, 2. Aufl., N 1816 mit Hinweis). In diesem Umfang hat der Staat den Beschuldigten zu entschädigen. Im Mehrbetrag ist die Genugtuungsforderung abzuweisen.

Genugtuungsanspruch Y.

6. Die Beschuldigte verlangt für die Überhaft eine angemessene Entschädigung. Sie macht zudem ebenfalls eine grundrechtsverletzende Behandlung in der Untersuchungshaft geltend. Die Staatsanwaltschaft sah sich auch in diesem Zusammenhang nicht veranlasst, Stellung zu nehmen.

a/aa) Die erstandene Untersuchungshaft ist wie oben erwähnt ebenfalls (tageweise) an die Busse anzurechnen. Angesichts der finanziellen Verhältnisse erscheint ein Umrechnungssatz von Fr. 100.–/Tag immer noch als angemessen, was von der Beschuldigten auch nicht beanstandet wird. Der Beschuldigten sind folglich 5 Tage anzurechnen. Damit besteht eine Überhaft von 10 Tagen, die zu entschädigen ist.

bb) Als aussergewöhnliche Umstände, die eine höhere Entschädigung zu rechtfertigen vermögen, sind bei der Beschuldigten die Berichterstattung in den Medien sowie die interne Versetzung der Beschuldigten durch ihre Arbeitgeberin zu nennen. Sie rechtfertigen eine leichte Erhöhung des Tagessatzes. Aufgrund der eher kurzen Haftdauer erscheint deshalb ein Ansatz von durchschnittlich Fr. 220.– pro Hafttag als angemessen.

b) Hinsichtlich der allgemeinen rechtlichen Ausführungen zu den Haftbedingungen kann – abgesehen von nachfolgenden Ergänzungen – auf das bisher bereits Dargelegte verwiesen werden (vgl. E. III.5 oben).

aa) Die Beschuldigte brachte im Berufungsverfahren vor, ihr sei maximal eine halbe Stunde Hofgang gewährt worden. Sie präzisierte im Rückweisungsverfahren, dass ihr am Sonntag 27. November 2011 kein Hofgang gewährt worden sei. Dem Polizeibericht vom 24. März 2015 ist dazu zu entnehmen, dass der Beschuldigten grundsätzlich ein Spaziergang im Rahmen einer Stunde ermöglicht worden sei; im Gefängnis Uznach sei am Sonntag, 27. November 2011, der Spaziergang aus betrieblichen und Sicherheitsgründen nicht möglich gewesen. Es gilt daher, was bereits beim Beschuldigten erwähnt wurde (vgl. E. III.5.b.bb oben). Die Rüge der Beschuldigten, wonach das Recht auf tägliche Bewegung im Freien verletzt wurde, ist infolge des nicht gewährten Spaziergangs am 27. November 2011 begründet.

bb/aaa) Die Beschuldigte bringt weiter sinngemäss vor, dass sie die ersten Tage ihrer Untersuchungshaft in Uznach in der Sicherheitszelle habe verbringen müssen, da das Gefängnis überbelegt gewesen sei. Die Sicherheitszelle in Uznach sei mit einem Fenster direkt zum Hof versehen, wodurch die Mithäftlinge während ihres Hofganges jederzeit Einblick gehabt hätten. Auch die Toilette sei nicht sichtgeschützt gewesen.

bbb) Die Unterbringung in der Arrestzelle ist nach der kantonalen Verordnung nur bei schweren oder wiederholten Disziplinarfehlern vorgesehen (Art. 48bis Abs. 1 GefV). Ziff. 19.3 der Empfehlungen sieht vor, dass Gefangene jederzeit Zugang zu sanitären Einrichtungen haben müssen, die hygienisch sind und die Intimsphäre schützen.

ccc) Im erwähnten Polizeibericht wird ausgeführt, dass das Gefängnis Uznach während der Inhaftierung der Beschuldigten voll belegt gewesen sei. Aus diesem Grund sei die Beschuldigte drei Tage lang in der Arrestzelle des Gefängnisses untergebracht worden. Die Arrestzelle verfüge nicht im eigentlichen Sinn über eine reduzierte Ausrüstung. Sie sei vielmehr vandalensicher ausgerüstet und erwecke damit einen eher spartanischen Eindruck. Sie verfüge über eine Stehtoilette sowie ein zum Innenhof gerichtetes Fenster. Ein Sichtschutz zwecks Wahrung der Intimsphäre bestehe nicht und müsse improvisiert werden. Es ist folglich erstellt, dass die Beschuldigte ohne sachlichen Grund drei Tage in der Arrestzelle verbringen musste. Besonders schwer wiegt dabei, dass sie sich als weibliche Insassin in einer Zelle befand, welche ihre Intimsphäre nicht ausreichend schützte. Gerade in der streng fremdbestimmten Welt des Strafvollzugs muss es gewährleistet sein, dass die Gefangenen in ihrem intimen Lebensbereich ungestört ihren Bedürfnissen nachgehen können. Die Unterbringung in der Arrestzelle verstösst damit gegen die genannten Vollzugsgrundsätze.

cc) Die Beschuldigte macht weiter geltend, dass ihre Körperöffnungen durch eine Gefangenenbetreuerin kontrolliert worden seien. Eine vaginale Kontrolle habe jedoch nicht stattgefunden. Diese anale Kontrolle sei rechtswidrig. Hierzu kann ebenfalls auf das bereits Dargelegte verwiesen werden (vgl. E. III.5.b.cc oben). Angesichts der vorgenommenen Untersuchungen drängte sich der Beizug eines Arztes nicht auf.

dd) Schliesslich rügt die Beschuldigte, dass sie nicht wie protokolliert um 14.00 Uhr, sondern erst am frühen Abend und damit zu spät aus der Haft entlassen worden sei. Ihre Rüge ist unbegründet. Gemäss Haftentlassungsverfügung vom 9. Dezember 2011 wurde die Entlassung per 9. Dezember 2011, um «17 h» angeordnet. Die Beschuldigte wurde anschliessend um 17:00 Uhr und damit rechtzeitig aus der Haft entlassen.

c) Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Der Beschuldigten wurde an einem Sonntag der Spaziergang nicht gewährt. Diese Unterlassung wiegt zwar eher leicht, führt aber dennoch zu einer leichten Erhöhung des Tagessatzes. Weitaus schwerer wiegt hingegen die dreitägige Unterbringung in der Arrestzelle ohne genügenden Sichtschutz bzw. Abtrennung der Toilette. Dadurch wurde in die Intimsphäre der Beschuldigten eingegriffen, was eine erhebliche Persönlichkeitsverletzung darstellt. Dies führt zu einer weiteren Erhöhung des Tagessatzes. Nach dem Dargelegten hat die Beschuldigte einen Genugtuungsanspruch von insgesamt Fr. 3000.– (10 Tage zu je

Fr. 300.–). Hinzuzurechnen ist antragsgemäss ein Zins von 5 Prozent seit dem 3. Dezember 2011 (mittleres Verfallsdatum). In diesem Umfang hat der Staat die Beschuldigte zu entschädigen. Im Mehrbetrag ist die Genugtuungsforderung abzuweisen.

4

Art. 6 EMRK (SR 0.101); Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 BV (SR 101); Art. 6, Art. 9 und Art. 340 Abs. 1 lit. a StPO (SR 312.0). Untersuchungs-, Anklage- und Konzentrationsgrundsatz. Das Gericht darf unter gewissen Umständen vom angeklagten Sachverhalt abweichen, wenn sich aus dem Gesamtkontext der Anklage sowohl der Vorwurf des Raufhandels als auch jener des Angriffs unschwer erkennen lässt (E.II.4). Ein längerer Unterbruch bzw. eine Vertagung der Berufungsverhandlung drängt sich nur ausnahmsweise auf. Der Verteidigung ist im Rahmen ihrer Tätigkeit jedenfalls die sorgfältige Vorbereitung von Einvernahmen und anderen Prozesshandlungen zu ermöglichen, wobei von einem Verteidiger grundsätzlich erwartet werden kann, dass er in der Lage ist, seinen Parteivortrag an die in der Hauptverhandlung abgenommenen Beweismittel anzupassen (E.II.7). Unterlassen die Strafbehörden die Abnahme gebotener Beweise und können diese aus Gründen, die nicht in der Person des Beschuldigten liegen, auch später nicht mehr erhoben werden, so ist die entlastend wirkende Beweisbehauptung dem übrigen Beweisergebnis gegenüberzustellen. Die «Beweisvereitelung» der Strafbehörden kann im äussersten Fall dazu führen, dass eine Wahrunterstellung zugunsten des Beschuldigten erfolgen muss (E.III.3.c.ee).

Kantonsgericht, Strafkammer, 8. Dezember 2014

Den vier Beschuldigten W, X, Y und Z wird [u.a.] vorgeworfen, sich in einer Tiefgarage an einem Angriff beteiligt zu haben. Die Vorinstanz erklärte die vier Beschuldigen [u.a.] des Angriffs schuldig und verurteilte sie zu [teilweise] bedingt aufgeschobenen Freiheits- bzw. Geldstrafen sowie Bussen. Das Kantonsgericht erklärt W und Z des Raufhandels schuldig und spricht X und Y vom Vorwurf des Angriffs frei.

Aus den Erwägungen:

II.

4. Die Verteidigung der Beschuldigten W, X, Z sowie die Staatsanwaltschaft machen sinngemäss geltend, dass eine Verurteilung wegen Raufhandels nicht zulässig sei bzw. eine Verletzung des Anklageprinzips bedeuten würde.

a) Dem Gericht ist es zwar untersagt, über den Anklagevorwurf hinauszugehen. Es darf den angeklagten Sachverhalt jedoch ohne Verletzung des Anklagegrundsatzes in eigenen Worten formulieren und bestimmte belastende Tatsachen als nicht bewiesen erachten (BGer 6B_127/2014 E. 6.3). Es dürfen keine überspitzt formalistischen Anforderungen an die Anklageschrift gestellt werden (BGer 6B_606/2012 E. 1.3). Eine Anklageschrift ist kein Urteil (BGer 6B_199/2011 E. 3.6.1 mit Hinweis auf BGer 6P.183/2006 E. 4.2; vgl. zum Ganzen auch BGer 6B_799/2014 E. 1.4.2).

b) Eine Verurteilung wegen Raufhandels gestützt auf die vorliegende Anklageschrift verletzt das Anklageprinzip nicht. Ein Raufhandel ist eine wechselseitige tätliche Auseinandersetzung von mindestens drei Personen, die den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen zur Folge hat. Demgegenüber erfordert der Angriffstatbestand, dass sich eine oder mehrere Personen, die von einer anderen Streitpartei angegriffen werden, völlig passiv verhalten, ohne selbst Schläge auszuteilen (BSK Strafrecht I-Maeder, Art. 133 N 11 f. mit Hinweisen; vgl. auch BGer 6B_435/2010 E. 4.2.2). Der Anklageschrift lässt sich zwar keine aktive Beteiligung eines der beiden Privatkläger entnehmen. Vielmehr ist die Rede davon, dass sie gegenüber den Angreifern selbst nicht tätlich geworden seien. Entgegen dem Vorbringen der Parteien hält sich eine Verurteilung wegen Raufhandels im Kerngehalt jedoch an den in der Anklageschrift umschriebenen Tathergang. Im Rahmen der Beweiswürdigung wird dabei nicht über den Anklagevorwurf hinausgegangen. Gegenteils wird beim Raufhandel zugunsten der Beschuldigten angenommen, dass sich die Privatkläger aktiv bzw. tätlich an der Auseinandersetzung beteiligt haben. Insgesamt lässt sich aus dem Gesamtkontext der Anklage sowohl der Vorwurf des Raufhandels als auch jener des Angriffs unschwer erkennen. Die Beschuldigten, denen ein entsprechender Würdigungsvorbehalt mit verfahrensleitender Verfügung vom 12. Juni 2014 mitgeteilt wurde, konnten ihren Standpunkt zum Raufhandel ausführlich darlegen. Ihr Recht auf eine wirksame Verteidigung wurde gewahrt.

[…]

7. Der Verteidiger von Z macht eine ungenügende Verteidigung im Berufungsverfahren geltend. Er ersuchte rund eine Woche vor der Berufungsverhandlung um deren Vertagung. Eventualiter wurde die Durchführung des Beweisverfahrens anlässlich der Hauptverhandlung und die anschliessende Vertagung beantragt. Begründet wurde das Gesuch im Wesentlichen damit, dass die Aussagen der Geschädigten für die Sachverhaltserstellung von entscheidender Bedeutung seien. Es werde u.a. darum gehen, eine Aussageanalyse durchzuführen. Es müssten auch die (neu gemachten) Aussagen mit dem Mandanten aufgearbeitet werden, was Zeit in Anspruch nehme. Vor diesem Hintergrund könne (anlässlich der Berufungsverhandlung) unmöglich direkt im Anschluss an die Einvernahmen ein Plädoyer erfolgen. Der Antrag wurde mit verfahrensleitender Verfügung vom 21. November 2014 vorläufig abgewiesen. Anlässlich der Berufungsverhandlung erneuerte die Verteidigung ihren Antrag auf Vertagung. Die Verteidiger von W und Y sprachen sich im Anschluss an die Befragung der Privatkläger sowie der Beschuldigten bzw. nach

Abschluss des Beweisverfahrens gegen eine Vertagung aus; der Rechtsvertreter von X wollte sich nicht definitiv festlegen.

a) Gemäss Art. 340 Abs. 1 lit. a StPO, der auch im Berufungsverfahren gilt (Art. 379 StPO), ist die Hauptverhandlung, wenn allfällige Vorfragen behandelt sind, ohne unnötige Unterbrechung zu Ende zu führen. Im Sinne des Konzentrationsgrundsatzes soll die Hauptverhandlung eine Einheit bilden und wenn möglich in einem Zug durchgeführt werden. Art. 340 Abs. 1 lit. a StPO konkretisiert damit das Beschleunigungsgebot (Art. 5 StPO). Längere Unterbrechungen sind gemäss Schrifttum nur zur Ergänzung der Beweise zulässig (vgl. Art. 339 Abs. 5 StPO; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 1448 mit Hinweis) oder wenn zwingende Gründe – wie Erholungspausen, nachträgliche Beweisergänzungen, unentschuldigtes Fernbleiben einer Partei usw. – dies erfordern (BSK StPO-Hauri/Venetz, Art. 340 N 2; Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 340 N 2; Schmid, Handbuch StPO, 2. Aufl., N 1317; CR CPP-De Preux, Art. 340 N 2; Pitteloud, Code de procédure pénale suisse, Zurich/St-Gall 2012, N 916). Eine Zweiteilung der Hauptverhandlung ist im Übrigen lediglich im Rahmen des Tat- bzw. Schuldinterlokuts vorgesehen (Art. 342 StPO).

Ein längerer Unterbruch kann sich ausnahmsweise auch aufgrund der in Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK verankerten Garantien ergeben. Danach hat der Verteidiger die Interessen der beschuldigten Person in ausreichender und wirksamer Weise wahrzunehmen und die Notwendigkeit von prozessualen Vorkehrungen im Interesse der beschuldigten Person sachgerecht und kritisch abzuwägen. Die beschuldigte Person hat Anspruch auf eine sachkundige, engagierte und effektive Wahrnehmung ihrer Parteiinteressen (BGE 124 I 185 E. 3b mit Hinweisen; BGer 6B_1076/2010 E. 2.2.1; 1P.431/2002 E. 6.1). Der Verteidigung ist im Rahmen ihrer Tätigkeit insbesondere die sorgfältige Vorbereitung von Einvernahmen und anderen Prozesshandlungen zu gewährleisten (vgl. zu den Sorgfaltspflichten BGE 120 Ia 48 E. 2b/bb; BGer 6B_89/2014 E. 1.5.1; 6B_334/2013 E. 4.2; je mit Hinweisen; Vest, St. Galler BV-Kommentar zu Art. 32 N 32; BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 134 N 13).

b) An der Berufungsverhandlung legte der Verteidiger von Z ein dreizehnseitiges Plädoyer vor, worin er nochmals auf die erhobenen Tatvorwürfe einging. Diesem fügte er mündlich einige Bemerkungen an und verzichtete schliesslich auf einen zweiten Vortrag. Der Verteidiger kam damit seiner Pflicht, Z wirkungsvoll und sachgerecht zu vertreten, nach. Zudem wusste er bereits vor der Verhandlung, dass ihm im Anschluss an das Beweisverfahren eine halbe Stunde zur weiteren Vorbereitung seines Parteivortrags zur Verfügung stehen würde. Die Berufungsverhandlung wurde schliesslich nach Abschluss des Beweisverfahrens für rund zwei Stunden unterbrochen, wobei den Verteidigern die Einvernahmeprotokolle der Privatkläger ausgehändigt wurden. Damit verfügte der amtliche Verteidiger über ausreichend Zeit, sein Plädoyer aufgrund der allenfalls neu gewonnen Erkenntnisse anzupassen. Dabei gilt es auch zu berücksichtigen, dass – entgegen der Ansicht des Verteidigers – bereits verwertbare (polizeiliche) Einvernahmeprotokolle der Privatkläger

vorlagen, mit denen sich die Verteidigung im Vorfeld der Verhandlung einlässlich beschäftigen konnte und es offensichtlich auch getan hat. Auch im Übrigen waren – abgesehen von den Konfrontationseinvernahmen – die wesentlichen Beweise abgenommen. Ohnehin darf von einem Rechtsanwalt erwartet werden, dass er gegebenenfalls seinen Parteivortrag an die in der Hauptverhandlung abgenommenen Beweismittel anpasst, sich aufgrund einer geänderten Sachlage hinreichend zu allen sich im Prozess stellenden wesentlichen Fragen äussert und zu Vorbringen der Gegenseite in Rede und Gegenrede Stellung nimmt. Eine Neustrukturierung bzw. Anpassung der Verteidigungsposition, die eine Aussetzung und einen Neubeginn der Berufungsverhandlung erfordert hätte, drängte sich vorliegend nicht auf. Weder Art. 32 Abs. 2 BV noch Art. 6 EMRK wurden somit verletzt.

III.

3. c/ee) Dabei gilt es zu Gunsten der Beschuldigten auch den Umstand zu berücksichtigen, dass die Videosequenzen, welche von den Kameras in der Tiefgarage der A St. Gallen stammten, nicht ausgewertet wurden. Die Verteidiger bemängeln in diesem Zusammenhang, dass den Beschuldigten ein möglicher Entlastungsbeweis vorenthalten wurde und sich dies zu Gunsten der Beschuldigten auswirken müsse.

aaa) Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts. Das Verfahrensrecht hat folglich sicherzustellen, dass der Anspruch der beschuldigten Person auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) nicht beeinträchtigt wird. Art. 6 StPO sieht in diesem Zusammenhang vor, dass die Strafbehörden von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abklären (Abs. 1). Dabei untersuchen sie die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt (Abs. 2). Zu den fundamentalen Verteidigungsrechten gehört dabei der Anspruch der beschuldigten Person, den Entlastungsbeweis mit allen feststellungsbedürftigen, erheblichen und tauglichen Beweisen zu führen (BGE 101 Ia 169 E. 1). Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 107 StPO) räumt dem Betroffenen das Recht ein, erhebliche Beweise beizubringen, mit solchen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken. Dem Mitwirkungsrecht entspricht die Pflicht der Behörden, die Argumente und Verfahrensanträge der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen, sowie die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen (BGE 138 V 125 E. 2.1; 137 II 266 E. 3.2; je mit Hinweisen). Untersuchungsgrundsatz und rechtliches Gehör verpflichten die Behörden nicht, von Amtes wegen oder auf Antrag hin Beweiserhebungen vorzunehmen, wenn sie in willkürfreier Würdigung der bereits abgenommenen Beweise zur Überzeugung gelangen, der rechtlich erhebliche Sachverhalt sei genügend abgeklärt, und sie überdies in willkürfreier antizipierter Würdigung der zusätzlich beantragten Beweise annehmen können, ihre Überzeugung werde auch durch diese nicht mehr geändert (Art. 139 Abs. 2 und Art. 318 Abs. 2 StPO; vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3; 134 I 140 E. 5.3; 129 I 151 E. 3.1; je mit Hinweisen).

bbb) Unterlassen die Strafbehörden die Abnahme gebotener Beweise und können diese aus Gründen, die nicht in der Person des Beschuldigten liegen, auch später

nicht mehr erhoben werden, so verschlechtert sich die Beweissituation. Der Grundsatz fairer Verfahrensgestaltung erfordert in diesen Fällen ein Regulativ, das sich in den Grundsätzen der Unschuldsvermutung, der freien Beweiswürdigung sowie im Grundsatz «in dubio pro reo» wiederfindet (vgl. Art. 6 EMRK, Art. 32 BV, Art. 10 StPO). Deren sachgerechte Anwendung ist grundsätzlich geeignet, die besonderen Gefahren der beweisrechtlichen Lage für die beschuldigte Person aufzufangen und ihrem Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren Genüge zu tun (vgl. dazu ferner BVerfGE 57, 250, 292 f.). Ist ein entsprechendes Beweismittel nicht erreichbar, so ist die entlastende Beweisbehauptung dem übrigen Beweisergebnis gegenüberzustellen. Stellt sich (in antizipierter Beweiswürdigung) heraus, dass auf die Abnahme des Beweises hätte verzichtet werden können, so ist die Unerreichbarkeit des Beweismittels für den Verfahrensausgang ohne Bedeutung (vgl. ZR 105/2006, S. 235 ff., 239; ferner Oberholzer, a.a.O., Rz. 690 sowie BSK StPO-Gless, Art. 139 N 30). Denn es wäre verfehlt, den nicht vorhandenen Beweis isoliert vom weiteren Beweisergebnis als wahr zu unterstellen, würde doch damit dem Gericht durch die Aufstellung entsprechender Beweisbehauptungen eine Entscheidgrundlage aufgenötigt (vgl. ferner BGH 3 StR 218/03; zur Wahrunterstellung BJM 1984, S. 258 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl., München 2012, § 45 N 19 ff.). Im Extremfall kann die «Beweisvereitelung» der Untersuchungsbehörden jedoch dazu führen, dass vom Nachweis zu Gunsten der beschuldigten Person ausgegangen werden muss, sofern nicht ein strikter Gegenbeweis erbracht wird (GVP 1988 Nr. 75 mit Hinweisen).

ccc) Im Polizeirapport vom 14. Juni 2009 wird festgehalten, dass «mit Herr B», dem Sicherheitsverantwortlichen der A, «Rücksprache bezüglich allfälliger Videoaufnahmen» genommen worden sei. Dieser habe sich die Videosequenzen im Zeitraum von 3:00 bis 3:30 Uhr durchgesehen und keine «verdächtigen Feststellungen» machen könne. Er habe auch im Erfassungsbereich der Kameras keine Schlägerei ausmachen können. Dies wirkt sich – wie erwähnt – indiziell zu Gunsten der Beschuldigten aus. Es ist nicht nachvollziehbar, dass die Videoaufzeichnungen nicht ediert und zu den Akten genommen wurden. Durch diese selektive Aktenführung wurden die Entscheidungskompetenz des Gerichts und die Verteidigerrechte eingeschränkt (vgl. dazu Krauss, Der Umfang der Strafakte, in: BJM 1983, S. 57 f.). Das führt nun vorliegend dazu, dass ein für die Wahrheitsfindung bedeutsames Beweismittel der Beweiswürdigung völlig entzogen wurde. Aufgrund der Verkürzung der Beweisgrundlage ist im Folgenden zu prüfen, ob das potentiell entlastende Ergebnis der unterbliebenen Beweiserhebung (fehlende Schlägerei bzw. kein einseitiger Angriff durch die Beschuldigten) so weit entkräftend wirkt, dass sich an der gebildeten Überzeugung des Gerichts etwas ändert.

5

Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK (SR 0.101). Anspruch des Beschuldigten, den Belastungszeugen Fragen zu stellen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) kann ein streitiges Zeugnis von ausschlaggebender Bedeutung ohne Konfrontation mit dem Belastungszeugen verwertbar sein, wenn ausreichend kompensierende Faktoren gegeben sind, um den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren und die Überprüfung der Verlässlichkeit des Beweismittels zu gewährleisten. Im zu beurteilenden Fall konnten Aussagen einer Belastungszeugin mangels ausreichender kompensatorischer Massnahmen nicht verwertet werden (E.III./1c).

Kantonsgericht, Strafkammer, 18. August 2015

Der Beschuldigte arbeitete als Pflegehelfer hauptsächlich im Nachtdienst auf der medizinischen Bettenstation und der Geriatrie des Spitals S. Die Anklage wirft ihm zunächst vor, im Zeitraum vom 1. bis zum 13. Mai 2008 die geschwächte Spitalpatientin A mindestens einmal und höchstens sechsmal veranlasst zu haben, seinen Penis zu drücken, bis er zum Samenerguss kam. Sodann soll der Beschuldigte zwischen dem 8. Juni und 1. Juli 2010 die betagte Spitalpatientin B unter Anwendung von psychischem Druck insgesamt dreimal veranlasst haben, ihn manuell zu befriedigen. Schliesslich wird ihm vorgeworfen, in der Nacht vom 17. auf den 18. Oktober 2010 unter Anwendung von psychischem Druck die Hand der Spitalpatientin C auf seinen Penis gelegt zu haben. Die Vorinstanz erklärte den Beschuldigten der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Anstaltspfleglingen schuldig. Dieser Schuldspruch blieb im Berufungsverfahren unangefochten.

Aus den Erwägungen:

III.

1. a) Die Staatsanwaltschaft trug im Rahmen ihrer Anschlussberufung bzw. an der Berufungsverhandlung zunächst vor, die Aussagen von A vom 5. November 2011, ihres Beistandes vom 15. Juni 2012 sowie des Beschuldigten vom 5. Januar 2012 seien entgegen der Ansicht des Kreisgerichts verwertbar. Letzteres verkenne mit seinem Entscheid die diesbezüglich massgebende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR), welcher diese in den Entscheiden Al-Khawaja und Tahery sowie im Entscheid Pesukic bestätigt habe.

b/aa) Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch des Beschuldigten, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel

zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen (BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 480 mit Hinweisen; vgl. auch BGer 6B_729/2014 E. 2.2). Der Beschuldigte muss namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können (BGE 133 I 33 E. 2.2 S. 37 mit Hinweisen).

bb) Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt grundsätzlich absoluter Charakter zu (BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 481; 129 I 151 E. 3.1 S. 154; vgl. auch BGer 6B_729/2014 E. 2.2). Auf eine Konfrontation der beschuldigten Person oder auf eine ergänzende Befragung von Belastungszeugen/Auskunftspersonen kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur unter besonderen Umständen verzichtet werden, etwa wenn diese berechtigterweise das Zeugnis verweigern, wenn sie trotz angemessener Nachforschungen unauffindbar bleiben, dauernd oder für lange Zeit einvernahmeunfähig werden oder wenn sie verstorben sind. Ausserdem darf der Umstand, dass die beschuldigte Person ihre Rechte nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte, nicht in der Verantwortung der Behörde liegen (BGE 131 I 476 E. 2.2 und 2.3.4 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen BGer 6B_620/2014 E. 1.3.2).

cc) Auch nach der Rechtsprechung des EGMR kann auf eine Konfrontation des Beschuldigten mit dem Belastungszeugen oder auf die Einräumung der Gelegenheit zu ergänzender Befragung des Zeugen unter besonderen Umständen verzichtet werden, etwa wenn der Belastungszeuge berechtigterweise das Zeugnis verweigerte. Erforderlich war in diesen Fällen jedoch, dass der Beschuldigte zu den belastenden Aussagen hinreichend Stellung nehmen konnte, die Aussagen sorgfältig geprüft wurden und ein Schuldspruch nicht allein darauf abgestützt wurde (BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 481 f. mit Hinweisen).

Im Urteil i.S. Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien vom 15. Dezember 2011 relativierte der EGMR seine bisherige Rechtsprechung sodann insofern, als unter Umständen auch ein streitiges Zeugnis von ausschlaggebender Bedeutung («preuve unique ou déterminante») ohne Konfrontation mit dem Belastungszeugen verwertbar sein kann, wenn ausreichend kompensierende Faktoren gegeben sind, um den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren und die Überprüfung der Verlässlichkeit des Beweismittels zu gewährleisten (Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien, a.a.O., § 147, in: Plädoyer 2012 1 S. 65, Plaidoyer 2012 1 S. 56; vgl. dazu Arquint/Summers, Al-Khawaja and Tahery v. UK, forumpoenale 2/2012 S. 112 ff.; Meyer, Die «sole or decisive»-Regel zur Würdigung nicht konfrontierter Zeugenaussagen – not so decisive anymore, HRRS 3/2012 S. 117 ff.; Du-Bois-Pedain, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und der nicht verfügbare Zeuge: Weist der modifizierte Lucà-Test den Weg aus der Sackgasse?, HRRS 3/2012 S. 120 ff.). Auch bei dieser Gelegenheit betonte der EGMR jedoch, dass dies nur gilt, wenn die Einschränkung des Konfrontationsrechts notwendig war, d.h., das Gericht vorgängig vernünftige Anstrengungen unternommen hat, um das Erscheinen des Zeugen vor Gericht sicherzustellen (BGer 6B_125/2012 E. 3.3.1 mit Hinweis auf Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien, a.a.O., § 120 ff.). Diese Rechtsprechung hat der EGMR im Fall

Pesukic gegen die Schweiz bestätigt (Pesukic gegen die Schweiz vom 6. Dezember 2012, § 43 ff., in: Pra2013 Nr. 11 S. 80 ff., Plädoyer 2013 1 S. 68, Plaidoyer 2013 1 S. 56; vgl. zum Ganzen BGer 6B_75/2013 E. 3.3.1).

Im Nachgang zum Urteil i.S. Al-Khawaja und Tahery hat der Gerichtshof unter anderem Fälle beurteilt, bei denen es um die Zulassung der – möglicherweise entscheidenden – Aussage eines anonymen Zeugen (Urteil des EGMR i.S. Ellis und Simms gegen Grossbritannien, Nr. 46099/06, § 81), um die Zulassung der – als «von erheblichem Gewicht» bewerteten – Aussage eines anonymen Zeugen (vgl. das vorerwähnte Urteil des EGMR i.S. Pesukic gegen die Schweiz, § 49) und um die Zulassung der – weder als alleiniges noch als entscheidendes Beweismittel bewerteten – Aussage eines abwesenden Zeugen ging (Urteil des EGMR i.S. Štefančič gegen Slowenien, Nr. 18027/05, § 42). In all diesen Fällen prüfte der Gerichtshof, ob die Garantien ausreichten, um die Zulassung der nicht hinterfragten Zeugenaussagen auszugleichen, und führte eine Gesamtprüfung der Fairness des Verfahrens durch, um festzustellen, ob die Rechte des Beschuldigten unangemessen eingeschränkt wurden (vgl. zum Ganzen Urteil des EGMR i.S. Schatschaschwili gegen Deutschland, Nr. 9154/10, § 66).

Der Begriff des Zeugen im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ist im Übrigen autonom und ohne formelle Bindung an das nationale Recht auszulegen. Als Aussagen von Zeugen gelten all jene, die formell zugelassen sind, dem Gericht zur Kenntnis kommen und von ihm verwendet werden können (BGE 131 I 476 E. 2.2; 125 I 127 E. 6a mit Hinweisen). Auch ein verdeckter Ermittler, der im Strafverfahren nie einvernommen wurde, sondern sich lediglich in einem schriftlichen Bericht zu seinen Beobachtungen äusserte, ist als Zeuge im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK zu betrachten (Urteil des EGMR i.S. Lüdi gegen die Schweiz, Serie A, Bd. 238, Ziff. 42–44; vgl. dazu auch BGE 121 I 306 E. 1c sowie BGer 1P.520/2000 E. 2). Dass sich die Verfahrensgarantie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nicht nur auf mündliche (Zeugen-)Aussagen erstreckt, ergibt sich auch aus weiteren Entscheiden des EGMR (vgl. Urteil des EGMR i.S. Papageorgiou Georgios gegen Griechenland, Recueil CourEDH 2003-VI, § 35 ff.; vgl. zur Konfrontation mit Sachverständigen zudem das Urteil des EGMR i.S. Balsyte-Lideikiene gegen Litauen vom 4. November 2008, § 62 ff.; BGE 127 I 73 E. 3 f. mit Hinweisen sowie Meyer-Ladewig, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl. 2011, N 243 zu Art. 6 EMRK; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2011, N 117 S. 452). Entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ist nicht die mündliche Einvernahme (unter Zeugnispflicht), sondern ob sich eine Person im Strafverfahren schriftlich oder mündlich wie ein Zeuge äussert und es dem Beschuldigten daher möglich sein muss, die Glaubhaftigkeit der belastenden Aussage zu prüfen und deren Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage zu stellen. Der Konfrontationsanspruch soll nicht dadurch umgangen werden können, dass auf die Einvernahme von Personen, welche den Beschuldigten schriftlich belasten, gänzlich verzichtet wird. Die Zeugeneinvernahme bewirkt in solchen Fällen auch, dass die Betroffenen auf die Wahrheitspflicht

und die strafrechtlichen Folgen eines falschen Zeugnisses nach Art. 307 StGB aufmerksam gemacht werden. Dieser Aspekt bildet ebenfalls Bestandteil des Anspruchs auf ein faires Verfahren. Davon zu unterscheiden sind andere belastende Dokumente wie beispielsweise Verträge oder Protokolle von Verwaltungsratssitzungen, deren Ersteller keine Zeugen im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK sind (BGer 6B_102/2011 E. 8.3) und auf welche unter Umständen auch ohne vorgängige Konfrontation mit diesen abgestellt werden kann (vgl. zum Ganzen BGer 6B_125/2012 E. 3.3.2).

c/aa) Zunächst ist zu prüfen, ob die Privatklägerin A nach der polizeilichen Einvernahme vom 5. November 2011 tatsächlich dauerhaft nicht mehr einvernahmefähig und die Einschränkung des Konfrontationsrechts damit im Sinne der vorerwähnten Rechtsprechung nötig war.

Die Staatsanwaltschaft stützte ihren Verzicht auf eine entsprechende Konfrontationseinvernahme offenbar einzig auf das ärztliche Zeugnis von Z, Spezialarzt Neurologie FMH, vom 26. Januar 2012, bei welchem sich A seit Mai 2011 in ambulanter, neurologischer /psychotherapeutischer Behandlung befand. Z führte in seinem Zeugnis Folgendes aus: «Aufgrund der vorliegenden psychiatrischen Erkrankung, erheblichen und mehrfachen Traumatisierungen der Patientin in der Vorgeschichte ist unter aktuellen Exazerbationen posttraumatischer Symptome, ausgelöst bereits durch die polizeilich erfasste und schriftlich umgesetzte Aussage im November 2011, bei geplanter Täter-Opfer Gegenüberstellung von einer neuerlichen Traumatisierung auszugehen. Ein zukünftiger bzw. längerfristiger Behandlungs-/Stabilisierungserfolg der Patientin würde dadurch massiv erschwert, [so] dass dies aus ärztlicher Sicht unbedingt zu vermeiden ist.»

Die vorerwähnten Ausführungen im ärztlichen Zeugnis vom 26. Januar 2012 vermögen keine (dauerhafte) Einvernahmeunfähigkeit der Privatklägerin zu belegen. Zweifel sind zunächst bereits aufgrund der grossen Nähe des Therapeuten zur Privatklägerin angebracht. Diese Nähe lässt Therapeuten gemäss ständiger höchstrichterlicher Praxis etwa in Bezug auf die Erstellung psychiatrischer Gutachten per se als befangen erscheinen (vgl. statt vieler BGer 6B_227/2013 E. 1.3 mit Hinweis). Aber auch im Hinblick auf die Beurteilung der Einvernahmefähigkeit einer mit dem Beschuldigten zu konfrontierenden Privatklägerin kann gemäss Bundesgericht nicht unbesehen «auf das Zeugnis des Hausarztes» abgestellt werden. Entsprechend erachtete es das Bundesgericht als nicht gerechtfertigt, eine Privatklägerin «ohne eingehende Untersuchung durch einen kantonalen Bezirksarzt bzw. Psychiater» dauerhaft von ihrer gesetzlichen Aussagepflicht zu dispensieren (BGer 6B_620/2014 E. 1.4.3).

Aber selbst wenn man vorliegend ein Zeugnis des behandelnden Therapeuten mit Blick auf die anderweitig dokumentierte Krankengeschichte der Privatklägerin als ausreichend betrachten wollte, vermag es für die Annahme einer (dauerhaften) Einvernahmeunfähigkeit nicht zu genügen. So bildet Grundlage der Ausführungen des Therapeuten offenbar die Annahme einer geplanten «Täter-Opfer Gegenüberstellung». Für diese Konstellation ging der Therapeut von einer «neuerlichen Traumatisierung» aus. Zur Verhinderung einer derartigen sekundären und tertiären Viktimisierung

(vgl. dazu BSK StGB-Maier, Art. 152 N 1) sieht das Gesetz nun aber nebst allgemeinen Schutzvorkehren (Art. 149 StPO) zahlreiche weitere Massnahmen vor, um Opfer im Allgemeinen (Art. 152 StPO) und Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität im Besonderen (Art. 153 StPO) zu schützen. Das ärztliche Zeugnis äussert sich in keiner Weise dazu, ob eine neuerliche Traumatisierung beispielsweise auch dann zu erwarten (gewesen) wäre, wenn das Aussehen oder die Stimme der Privatklägerin verändert oder diese abgeschirmt (Art. 149 Abs. 2 lit. d StPO), sie von einer Vertrauensperson, namentlich des Therapeuten, begleitet (Art. 152 Abs. 2 StPO) und insbesondere auf eine Begegnung der Privatklägerin bzw. deren Gegenüberstellung mit dem Beschuldigten (Art. 152 Abs. 3 und 4 sowie Art. 153 Abs. 2 StPO) verzichtet worden wäre (vgl. hierzu auch BGer 6B_620/2014 E. 1.4.3). Es hätte in der Verantwortung der Staatsanwaltschaft gelegen, die diesbezüglich nötigen Abklärungen – gegebenenfalls unter Beizug des Amtsarztes oder eines sachverständigen Psychiaters – in die Wege zu leiten. Erhebliche Zweifel an einer dauerhaften Einvernahmeunfähigkeit trotz Anordnung von Schutzmassnahmen drängen sich dabei auch deshalb auf, weil die Privatklägerin im Gerichtsverfahren gemäss Auskunft ihres Therapeuten grundsätzlich «die Absicht gezeigt [hat], an der Einvernahme teilzunehmen». Als bedenklich erachtete der Therapeut denn auch offenbar vor allem, dass «die Einvernahme unbedingt an der Hauptverhandlung» bzw. «der ganze Rummel – Medien rein, Medien raus – stattfinden müsse», wobei er ergänzend darauf verwies, dass seine Patientin «viel besser in einem Raum befragt worden [wäre], den sie bereits kenne». Auch diese Ausführungen lassen darauf schliessen, dass bei Anordnung geeigneter Schutzmassnahmen jedenfalls im Vorverfahren eine Einvernahme möglich gewesen wäre.

bb) Selbst wenn man entgegen den vorstehenden Ausführungen bejahen wollte, dass die Einschränkung des Konfrontationsrechts notwendig war und sämtliche Anstrengungen zur Durchsetzung des Konfrontationsanspruchs des Beschuldigten wahrgenommen wurden, könnten die zur Diskussion stehenden Aussagen mangels ausreichender kompensatorischer Massnahmen nicht verwertet werden. Es kann diesbezüglich grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen des Kreisgerichts verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Namentlich ist dem Kreisgericht dahingehend beizupflichten, dass die Aussagen von A das alleinige bzw. entscheidende Beweismittel für die Schuld des Beschuldigten darstellen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass A nach den inkriminierten Vorfällen ihren damaligen Beistand informierte und dieser am 15. Juni 2012 als Zeuge befragt wurde. Entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft präsentiert sich die Sachlage vorliegend diesbezüglich anders als im Urteil des EGMR i.S. Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien vom 15. Dezember 2011. Im betreffenden Urteil wurde als einer der kompensierenden Faktoren der Umstand gewürdigt, dass die Zeugin die Vorwürfe unmittelbar nach den fraglichen Vorfällen zwei Freunden erzählt hatte und dass zwischen ihrer Darstellung und jener der Freunde, die im Rahmen der Verhandlung beide einvernommen wurden, nur geringfügige Inkonsistenzen bestanden (Urteil des EGMR i.S. Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien vom 15. Dezember 2011, § 156: «The

reliability of the evidence was supported by the fact that S.T. had made her complaint to two friends, B.F. and S.H., promptly after the events in question, and that there were only minor inconsistencies between her statement and the account given by her to the two friends, who both gave evidence at the trial.»). Wie die Vorinstanz zu Recht erkannte, waren die Aussagen des Beistandes an der Einvernahme vom 15. Juni 2012 vage und offen. In Bezug auf die Tathandlung beschränkte er sich auf die Aussage, A habe ihm erzählt, «dass der Pfleger zu ihr ins Zimmer gekommen sei und sie überzeugt habe, ihn an seinem Glied zu berühren.» Dabei fügte er sogleich an: «Was dann im Detail gelaufen ist, weiss ich nicht mehr». Daran hielt er auch im weiteren Verlauf der Befragung fest («Sie hat mir gesagt, dass er die Fähigkeit hatte, sie dazu zu bringen, ihn zu berühren. Details weiss ich nicht mehr.»). Nach Vorhalt des Protokolls der Einvernahme von A vom 5. November 2011, in welchem diese die inkriminierten Vorfälle schildert, erklärte der Beistand gar: «Zu den Vorfällen kann ich überhaupt nichts Konkretes sagen, dort kenne ich keine Details und sie hat mir auch keine solchen erklärt.» Entsprechend wollte der Beistand denn auch nur bestätigen, dass dies, was er gelesen habe, mit dem, was er gehört habe, einen Sinn ergebe, «wie eine Übereinstimmung». Aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, dass eine Überprüfung der Zuverlässigkeit der Aussage von A anhand der Einvernahme des Beistandes im Sinne einer kompensatorischen Massnahme gerade nicht bzw. nur sehr eingeschränkt möglich ist.

Nichts anderes ergibt sich bei Berücksichtigung der weiteren Aktenstücke. Die Brief- und E-Mail-Korrespondenz bzw. Aktennotizen betreffend die Telefonate des Beistandes vom 14. Mai und 1. Juni 2008 beschränken sich ebenfalls auf eine rudimentäre Schilderung («2 Mal sei etwas passiert, vom 2. Mal wisse er nichts Genaueres. Er schildert das 1. Ereignis folgendermassen: Der Beschuldigte sei nachts ins Zimmer zu Frau A gegangen und habe eine Art Heilung versprochen [handschriftliche Ergänzung: Energie Therapie]. Die Pat. habe sich dabei [vom] Beschuldigten in Bann ziehen lassen. Er habe Anweisungen gegeben, was sie mit ihren Händen machen solle, und die seien schliesslich [handschriftliche Ergänzung: von Brust + Bauch] am Penis des Beschuldigten gewesen.»). Allerdings ergibt sich daraus, dass A offenbar gegenüber dem Beistand nur von zwei Ereignissen gesprochen hatte, währenddessen sie in ihrer Einvernahme ausdrücklich und wiederholt erklärte, es seien «ungefähr 6 solche Übergriffe» gewesen. Gerade an dieser markanten und relevanten Abweichung zeigt sich, dass die Aktennotiz keinen kompensierenden Faktor darstellen kann. Das gilt auch für die zweite Aktennotiz, welche von dem Leiter des Personaldienstes des Spitals S erstellt und vom Beschuldigten unterzeichnet wurde. Sie enthält im Wesentlichen nur die Darstellung des Beschuldigten, wie er sie später anlässlich seiner Einvernahme vom 5. Januar 2012 zu Protokoll gegeben hat.

Zu Recht hat die Vorinstanz sodann darauf hingewiesen, dass sich die Aussagen von A in massgebenden Punkten widersprechen. Angesichts dieser erheblichen Widersprüche kommt der Prüfung der Glaubhaftigkeit ihrer Aussage im Rahmen einer Konfrontationseinvernahme umso grösseres Gewicht zu. Vor diesem Hintergrund

kann bei einer Gesamtprüfung auch in den weiteren Aussagen im Zusammenhang mit den Vorfällen betreffend B und C kein genügender kompensierender Faktor erblickt werden. In Bezug auf C muss dies bereits deshalb gelten, weil die Befragung bzw. Konfrontationseinvernahme ihrer selbst – auch dies in Abweichung zum erwähnten Urteil des EGMR i.S. Al-Khawaja und Tahery – gar nicht möglich war, sondern sich auf deren Sohn beschränken musste. Dieser konnte mangels eigener Beobachtungen einzig wiedergeben, was ihm seine Mutter berichtet hatte («Was ich weiss, weiss ich alles von meiner Mutter.»).

cc) Insgesamt bleibt A für die angeklagten sexuellen Handlungen, welche sie betreffen, hinsichtlich der Anzahl und des Ablaufs der Handlungen die einzige Zeugin; ihre Aussage ist damit das alleinige bzw. entscheidende Beweismittel. Ausreichend kompensierende Faktoren fehlen, um den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren und die Überprüfung der Verlässlichkeit der Aussage von A zu gewährleisten. Dem grundsätzlich absoluten Charakter des Anspruchs des Beschuldigten, A angesichts der erwähnten Widersprüche in ihrer Aussage wenigstens einmal im Verfahren Fragen stellen zu können, muss unter diesen Umständen der Vorrang zukommen.

d) Zusammenfassend sind mit der Vorinstanz das Befragungsprotokoll A vom 5. November 2011 und – aufgrund der Fernwirkung – auch die Fragen 14 bis 17 des Befragungsprotokolls betreffend den Beistand vom 15. Juni 2012 sowie die Fragen 46 bis 51 des Befragungsprotokolls Beschuldigter vom 5. Januar 2012 aus dem Recht zu weisen.

2. Aufenthalt und Niederlassung

6

Art. 47 Abs. 1 und 4 AuG (SR 142.20); Art. 73 Abs. 1 VZAE (SR 142.201); Art. 13 BV (SR 101); Art. 8 EMRK (SR 0.101). Die Nachzugsfristen gemäss Art. 47 Abs. 1 AuG und Art. 73 Abs. 1 VZAE gelten absolut. Sie beginnen nicht generell mit der Übertragung des Sorgerechts zu laufen. Für verpasste Nachzugsfristen sieht der Bundesgesetzgeber in Art. 47 Abs. 4 AuG die Möglichkeit des nachträglichen Familiennachzugs aus wichtigen familiären Gründen vor. Bessere berufliche Möglichkeiten und ein besserer Lebensstandard in der Schweiz sind keine familiären Gründe. Ein wichtiger familiärer Grund liegt nicht vor, wenn den Eltern das Verpassen der Nachzugsfrist anzulasten ist und das Kind kulturell und sprachlich im Heimatland verwurzelt ist und dort die gesamte Schulzeit absolviert und Verwandte hat, welche ihm die altersentsprechend erforderliche Betreuung bieten können.

Verwaltungsgericht, 17. Dezember 2015

Der Beschwerdeführer, geboren 1965, stammt aus dem Kosovo. Der 1985 mit einer Landsfrau geschlossenen Ehe entsprangen drei Kinder, geboren 1986, 1987 und 1997. 1998 wurde die Ehe im Kosovo geschieden und das Sorgerecht der Mutter der Kinder übertragen. Das Sorgerecht eines im Jahr 1999 nachehelich geborenen vierten Kindes wurde ebenfalls seiner Mutter übertragen. Die Kinder blieben bei ihrer Mutter im Kosovo.

Im Mai 2011 heiratete der Beschwerdeführer eine 1959 geborene Schweizerin und erhielt in der Folge eine Aufenthaltsbewilligung. Mit Beschluss des zuständigen kosovarischen Jugendamtes vom 7. August 2012 beziehungsweise Urteil des dortigen Gemeindegerichts vom 5. September 2012 wurde das Sorgerecht über die 1997 und 1999 geborenen Kinder auf den Beschwerdeführer übertragen. Das Migrationsamt wies sein Gesuch vom 24. Mai 2013 um Familiennachzug für die beiden Kinder mit Verfügung vom 13. November 2013 ab mit der Begründung, es sei nicht innert der gesetzlichen Frist gestellt worden und für einen nachträglichen Nachzug lägen keine wichtigen familiäre Gründe vor. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den dagegen erhobenen Rekurs mit Entscheid vom 28. August 2014 ab. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1. Da der Beschwerdeführer nicht über eine Niederlassungsbewilligung, sondern über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, kann er sich für den Nachzug seiner minderjährigen Kinder aus erster Ehe nicht auf Art. 43 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz; SR 142.20, AuG) berufen, welcher den Familiennachzug von Personen mit einer Niederlassungsbewilligung regelt. Seine jetzige Ehefrau ist nicht die Mutter seiner Kinder, weshalb auch Art. 42 Abs. 1 AuG nicht anwendbar ist, obwohl sie die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt (vgl. BGE 137 I 284 E. 1.2 mit Hinweis auf BGer 2C_537/2009 vom 31. März 2010 E. 2.2.2). Alsdann kommt Art. 44 AuG in Betracht, welcher den Nachzug durch Ausländer mit einer Aufenthaltsbewilligung regelt. Art. 44 AuG räumt dem Beschwerdeführer, anders als Art. 42 und 43 AuG, keinen Nachzugsanspruch ein. Der Beschwerdeführer kann sich für einen Familiennachzug seiner Kinder jedoch auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV berufen (E. 2 des angefochtenen Entscheids). Durch das Zusammenleben mit der Schweizer Ehefrau hat er selbst einen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung nach Art. 42 Abs. 1 AuG und damit ein gefestigtes Anwesenheitsrecht (vgl. BGE 137 I 284 E. 1.3; BGer 2C_305/2012 vom 1. Oktober 2012 E. 1.3).

3.2. Das Ausländergesetz beziehungsweise die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201, VZAE) verlangen, dass das Gesuch um Nachzug von Ehegatten und Kindern innerhalb von fünf Jahren und bei Kindern über zwölf Jahren innerhalb von zwölf Monaten eingereicht wird (Art. 47 Abs. 1 AuG beziehungsweise Art. 73 Abs. 1 VZAE). Massgebend ist das Alter des Kindes

bei Einreichung des Nachzugsgesuchs (BGE 136 II 497). Die Fristen beginnen bei Familienangehörigen von Ausländerinnen und Ausländern mit der Erteilung der Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses (Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG beziehungsweise Art. 73 Abs. 2 VZAE).

3.3. Ein nachträglicher, das heisst ein nicht fristgerechter Familiennachzug wird nur bewilligt, wenn hierfür wichtige familiäre Gründe sprechen (Art. 47 Abs. 4 Satz 1 AuG; vgl. BGer 2C_276/2011 vom 10. Oktober 2011, in BGE 137 II 393 nicht veröffentlichte E. 4). Solche liegen unter anderem dann vor, wenn das Kindeswohl schwergewichtig nur durch einen Nachzug in die Schweiz sachgerecht gewahrt werden kann (vgl. Art. 75 VZAE). Unter Hinweis auf BGE 126 II 329 führt die Botschaft vom 8. März 2002 zum Ausländergesetz als Beispiel an, dass die weiterhin notwendige Betreuung der Kinder im Herkunftsland etwa wegen des Todes oder der Krankheit der betreuenden Person nicht mehr gewährleistet ist (BBl 2002 S. 3794 zu Art. 46 E-AuG). Entgegen dem Wortlaut von Art. 75 VZAE ist dabei nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung jedoch nicht ausschliesslich auf das Kindeswohl abzustellen. Zur Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Fristen ist jedoch umgekehrt nicht zwingend erforderlich, dass das Kindeswohl den Nachzug gebietet. Letztlich bedarf es einer Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalles (vgl. BGer 2C_532/2012 vom 12. Juni 2012 E. 2.2; BGer 2C_205/2011 vom 19. September 2012 E. 4.2). Dabei ist dem Sinn und Zweck der Fristenregelung Rechnung zu tragen, welche die Integration der Kinder erleichtern will, indem diese durch einen frühzeitigen Nachzug unter anderem auch eine möglichst umfassende Schulbildung in der Schweiz geniessen sollen. Zudem geht es darum, Nachzugsgesuchen entgegenzuwirken, die rechtsmissbräuchlich erst kurz vor Erreichen des erwerbstätigen Alters gestellt werden, wenn also die erleichterte Zulassung zur Erwerbstätigkeit und nicht (mehr) die Bildung einer echten Familiengemeinschaft im Vordergrund steht (BBl 2002 3754 f. Ziff. 1.3.7.7). Die Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Fristen hat nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme zu bleiben; dabei ist Art. 47 Abs. 4 Satz 1 AuG jeweils dennoch so zu handhaben, dass der Anspruch auf Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK beziehungsweise Art. 13 BV nicht verletzt wird (vgl. BGer 2C_449/2015 vom 4. August 2015 E. 4.2 und 2C_906/2012 vom 5. Juni 2013 E. 3.2 je mit Hinweisen auf 2C_765/2011 vom 28. November 2011 E. 2.1, 2C_205/2011 vom 3. Oktober 2011 E. 4.2 und 2C_709/2010 vom 25. Februar 2011 E. 5.1.1).

Bei der Beurteilung, ob wichtige familiäre Gründe vorliegen, kommt mithin im Wesentlichen die unter dem früheren Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG, BS 1 121) entwickelte Praxis zum Nachzug zu nur einem Elternteil zum Tragen (vgl. BGE 137 I 284 E. 2.3.1 in fine). Danach lagen praxisgemäss keine solchen Gründe vor, wenn im Heimatland alternative Pflegemöglichkeiten bestanden, die dem Kindeswohl besser entsprachen, weil dadurch vermieden werden konnte, dass die Kinder aus ihrer bisherigen Umgebung und dem ihnen vertrauten Beziehungsnetz gerissen wurden.

An den Nachweis der fehlenden Betreuungsmöglichkeit im Heimatland stellte die Rechtsprechung umso höhere Anforderungen, je älter das nachzuziehende Kind war und je grösser die Integrationsschwierigkeiten erschienen, die ihm hier drohten (vgl. BGE 137 I 284 E. 2.2 mit zahlreichen Hinweisen insbesondere auf BGE 136 II 78 E. 4.1 und 4.7, 120 E. 2.1., 133 II 6 E. 3.1.2 und 5.3 mit Hinweis auf das Urteil des EGMR i.S. Tuquabo-Tekle und andere gegen Niederlande vom 1. Dezember 2005 [Nr. 60665/00], 129 II 11 E. 3.3.2, 125 II 585 E. 2c).

4.

4.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe die von der Vorinstanz als massgeblich erachtete einjährige Nachzugsfrist eingehalten, denn er sei erst seit August 2012 (für das 1999 geborene Kind) beziehungsweise September 2012 (für das 1997 geborene Kind) sorgeberechtigt. Zuvor sei es ihm aufgrund eines fehlenden rechtlichen Familienverhältnisses nicht möglich gewesen, den Umzug der Kinder in die Schweiz zu organisieren. Mit seinem Nachzugsgesuch vom 24. Mai 2013 habe er die Jahresfrist seit Erteilung des elterlichen Sorgerechts eingehalten.

4.2. Tatsächlich hat das Bundesgericht in BGE 136 II 78 E. 4.8 festgehalten, der Familiennachzug müsse in Übereinstimmung mit den Regeln des Zivilrechts erfolgen. Daraus lässt sich indessen nicht schliessen, die Fristen von Art. 47 AuG würden generell erst mit der Übertragung des Sorgerechts zu laufen beginnen. Denn es liegt in der Verantwortung der Eltern, eine sachgerechte Regelung des Sorgerechts sicherzustellen, wenn sie sich scheiden lassen (BGer 2C_174/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 3.2). Die Vorinstanz hat richtigerweise erkannt, dass er die beiden Kinder zum Zeitpunkt seines Wegzuges aus dem Kosovo bewusst bei seiner Ex-Frau zurückgelassen und damit akzeptiert hat, die entsprechenden familiären Beziehungen künftig nur besuchsweise und damit eingeschränkt leben zu können. Zudem haben der Beschwerdeführer und seine Ex-Frau trotz dessen Heirat mit einer schweizerischen Staatsangehörigen und der daraufhin erteilten Aufenthaltsbewilligung knapp zwei Jahre mit einem Nachzug der Kinder in die Schweiz zum Vater zugewartet. Dem Beschwerdeführer musste bewusst sein, dass für den Familiennachzug in die Schweiz Fristen bestehen und gewisse gesetzliche Vorgaben, wie beispielsweise das Innehaben des elterlichen Sorgerechts für die nachzuziehenden Kinder, zu erfüllen sind. Letzteres wird durch die Tatsache, dass er in seinem Herkunftsland bei den entsprechenden Behörden beziehungsweise Gerichten die elterliche Sorge für die beiden Kinder aufgrund des geplanten Familiennachzugs beantragte, deutlich. Der Beschwerdeführer moniert, dass er seit seiner Heirat jegliche rechtlichen Schritte unternommen habe, um einen Familiennachzug in die Schweiz in die Wege zu leiten. Tatsächlich aber wurde das Gesuch um die Zuteilung der elterlichen Sorge über das 1997 geborene Kind an das Gemeindegericht am Heimatort der Ex-Frau des Beschwerdeführers erst am 30. Juli 2012, also mehr als ein Jahr nach der Ausreise in die Schweiz und der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, gestellt. Ähnlich verhält es sich beim 1999 geborenen Kind, bei dem die Vereinbarung über die elterliche Sorge auf dem Jugendamt am selben

Ort erst am 7. August 2012 geschlossen wurde. Dies indiziert, dass vorwiegend andere Gründe als diejenigen einer schnellen Familienzusammenführung für den Nachzug massgeblich waren, da der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt hätte, entsprechende Schritte bereits viel früher und damit rechtzeitig einzuleiten. Es besteht deshalb kein Grund, die Frist erst ab der Übertragung des Sorgerechts gelten zu lassen (vgl. dazu BGer 2C_305/2012 vom 1. Oktober 2012 E. 4.5); es ist vielmehr auf die üblichen Fristen abzustellen: Das im Jahr 1997 geborene Kind war bei der Einreichung des Gesuchs um Familiennachzug am 24. Mai 2013 15 Jahre, das im Jahr 1999 geborene Kind 13 Jahre alt, womit die Nachzugsfrist gemäss Art. 73 Abs. 1 VZAE zwölf Monate betrug. Das Familienverhältnis zum 1997 geborenen Kind wurde mit der Geburt, dasjenige zum 1999 geborenen Kind mit der Anerkennung begründet. Zur Berechnung der Nachzugsfrist ist deshalb auf den Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer abzustellen. Das Gesuch wäre demnach innerhalb eines Jahres ab dem 1. Juni 2011 einzureichen gewesen, nachdem dem Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt die Aufenthaltsbewilligung zugesprochen wurde. Mit der Einreichung des Gesuchs am 24. Mai 2013 wurde diese Frist um ein knappes Jahr verpasst, was auch die Vorinstanz treffend feststellte. Ein Nachzug innerhalb der Fristen ist damit ausgeschlossen.

5.

5.1. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, es bestünden aufgrund der veränderten Betreuungssituation unabhängig der geltenden Fristen wichtige familiäre Gründe im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AuG in Verbindung mit Art. 73 Abs. 3 und Art. 75 VZAE, um den Nachzug seiner beiden Kinder auch nachträglich zu bewilligen: Weder die Kindsmutter noch die gesundheitlich angeschlagene Mutter des Beschwerdeführers, welche die Kinder seit der Übertragung des Sorgerechts betreuen würde, seien in der Lage, dies weiterhin zu tun. Es sei ausserdem der ausdrückliche Wunsch der Kinder, zum Beschwerdeführer in die Schweiz zu ziehen.

5.2. Zu klären ist also, ob wichtige Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug im Rahmen von Art. 47 Abs. 4 AuG in Verbindung mit Art. 73 Abs. 3 und Art. 75 VZAE zu bejahen sind. Nach Art. 96 AuG sind bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie der Grad der Integration des Kindes mit einzubeziehen. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid unter anderem zum Schluss, dass weder aus dem Urteil des Gemeindegerichts in Z. vom 7. August 2012 noch aus dem Beschluss des dortigen Jugendamtes vom 5. September 2012 – jeweils betreffend Übertragung der elterlichen Sorge – hervorgehe, dass die Kindsmutter nicht mehr für ihre Kinder sorgen könne. Es bestünden zudem keine Anhaltspunkte oder Hinweise zu deren Gesundheitszustand, welche nahelegen würden, dass sie für die Betreuung der Kinder unfähig wäre. Weiter seien die geltend gemachten gesundheitlichen Probleme (Schwindel und verminderter Blutfluss), unter denen die Mutter des Beschwerdeführers leiden soll, altersbedingte Beschwerden, denen mit entsprechender medikamentöser Behandlung entgegengewirkt werden könne. Diese gesundheitlichen Einschrän-

kungen würden es aufgrund des altersbedingten reduzierten Betreuungsbedarfs der Kinder nicht verunmöglichen, sie im erforderlichen Ausmass weiterhin zu betreuen. Angesichts des Alters der beiden Kinder sei es ausserdem möglich und zumutbar, mit der finanziellen Hilfe des Beschwerdeführers eine Betreuung durch Personen ausserhalb der Familie zu organisieren. Zudem seien beide Kinder im Kosovo aufgewachsen, hätten dort ihre Schulbildung erhalten und die prägenden Jugendjahre verbracht, weshalb sie in ihrem Heimatland sprachlich und kulturell verwurzelt seien. Trotz der besuchten Deutschkurse würden diese Tatsachen eine Eingliederung ins Berufsleben in der Schweiz unter den lokalen Verhältnissen erschweren und dem Sinn und Zweck einer frühzeitigen Integration zuwiderlaufen. Aufgrund der Akten werde vielmehr der Eindruck erweckt, dass der Nachzug im Zusammenhang mit bessern Berufs- und Lebenschancen in der Schweiz und nicht die Bildung einer echten Familiengemeinschaft im Vordergrund stehe. Der Wunsch der Kinder, beim Vater in der Schweiz leben zu wollen, begründe keinen wichtigen familiären Grund für einen verspäteten Familiennachzug. Es bestehe ein öffentliches Interesse daran, den Nachzug von Kindern, die mit erheblichen Integrationsschwierigkeiten zu kämpfen hätten, restriktiv zu handhaben. Das öffentliche Interesse an der Verweigerung des Familiennachzugs überwiege die privaten Interessen des Beschwerdeführers und seiner beiden Kinder. Der Kontakt könne mit den gängigen Kommunikationsmitteln, mit Besuchen sowie gemeinsamen Ferien aufrechterhalten werden.

Der Beschwerdeführer wendete ein, die Vorinstanz habe die dem Sachverhalt zugrunde liegenden Tatsachen unrichtig beurteilt. Das Sorgerecht sei dem Beschwerdeführer nicht pro forma zugeteilt worden. Vielmehr hätten die entsprechenden staatlichen Entscheidungsträger die soziale Situation der beiden Kinder analysiert und seien zum Schluss gekommen, dass es zum Wohle der Kinder besser sei, wenn sie zum Vater in die Schweiz zögen, da sie dort eine bessere Verpflegung, Ausbildung und Erziehung erhielten. Die Mutter sei zudem arbeitslos, weshalb ihr die Möglichkeiten für eine angemessene Betreuung fehlten. Es sei aus den eingereichten Dokumenten im Zusammenhang mit der Gesundheit der Mutter des Beschwerdeführers ersichtlich, dass sie sich keinesfalls weiter um die Betreuung und Erziehung der beiden Kinder kümmern könne. Weiter seien die Kinder in einem Alter, in welchem sie der väterlichen Betreuung und Anleitung bedürften, zumal es jetzt darum gehe, sich einer weiteren passenden Ausbildung bzw. Erwerbstätigkeit zuzuwenden. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei es durchaus sinnvoll gewesen, dass die beiden Kinder die Schulzeit im Kosovo durchlaufen und abgeschlossen hätten, bevor jetzt mit einer Berufsausbildung begonnen werde. Es wäre deutlich schwieriger gewesen, hätten nur ein oder zwei Abschlussjahre in der Schweiz absolviert werden müssen. Zur Vorbereitung des Umzugs seien die beiden seit einiger Zeit intensiv daran, die deutsche Sprache zu erlernen. Ausserdem würden die beiden älteren Schwestern bereits seit einiger Zeit in der Schweiz wohnen, was den Familiennachzug zusätzlich als geboten erscheinen lasse.

5.3.

5.3.1. Fest steht, dass beide Kinder ihre Kindheit und die gesamte Schulzeit im Kosovo verbrachten. Als der Beschwerdeführer im Jahr 2011 in die Schweiz zog, liess er sie zusammen mit der Kindsmutter dort zurück und akzeptierte damit, die entsprechenden familiären Beziehungen künftig nur besuchsweise und damit eingeschränkt leben zu können. Der Einwand, er habe aufgrund des fehlenden Sorgerechts rechtlich keine Möglichkeit gehabt, die beiden Kinder zeitig nachzuziehen, vermag nicht zu überzeugen. Er hätte entsprechende Bemühungen und Vorbereitungen zur Erhaltung des Sorgerechts für die beiden Kinder bereits vor oder zumindest kurz nach seinem Umzug in die Schweiz vornehmen können, was er jedoch offensichtlich nicht gemacht hat. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vom 30. April bis 31. Dezember 2012 arbeitslos war und er daher kein angemessenes Einkommen erzielte, weshalb er mit dem Familiennachzug zuwartete, kann bei genauerer Betrachtung ebenfalls nicht zu dessen Gunsten gewertet werden. So war er in der Zeit vor dem 30. April 2012 vollzeitlich bei der Firma X. GmbH (heutige X. AG) bei einem Bruttolohn von CHF 5600 angestellt, weshalb ein früherer Familiennachzug finanziell verkraftbar gewesen wäre. Zudem erklärte der Beschwerdeführer selbst, dass er die folgenden acht Monate deshalb arbeitslos beziehungsweise – viel wichtiger – ohne Einkommen gewesen war, weil er sich nicht bei der Arbeitslosenkasse angemeldet habe. Dabei ist irrelevant, ob er dies in der Hoffnung auf eine baldige neue Stelle getan hat. Er war für den Einkommensausfall also selbst verantwortlich, weshalb auch dieser Umstand nicht als Grund für das verspätete Nachzugsgesuch gelten kann. Im Übrigen kann der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Beurteilung der wirtschaftlichen Situation, welche zur verspäteten Einreichung des Gesuchs geführt haben soll, weder eine Gehörsverletzung noch eine formelle Rechtsverweigerung vorgeworfen werden. So hat sie lediglich argumentiert, der Beschwerdeführer sei vor Ablauf der Nachzugsfrist bei einem Bruttolohn von CHF 5600 bei der Firma X. GmbH angestellt gewesen, was vor dem 30. April 2012 und damit vor der Arbeitslosigkeit auch der Fall und somit nicht aktenwidrig war.

5.3.2. Es fragt sich, aus welchen Gründen das Sorgerecht über die beiden Kinder von der Kindsmutter auf den Vater übertragen wurde und ob diese Gründe als wichtige Gründe im Sinn von Art. 47 Abs. 4 AuG i.V.m. Art. 73 Abs. 3 und Art. 75 VZAE zu qualifizieren sind. Aus dem Urteil des kosovarischen Gemeindegerichts vom 5. September 2012 betreffend das Sorgerecht des 1997 geborenen Kindes geht hervor, dass der Beschwerdeführer das elterliche Sorgerecht beantragte, weil er in der Schweiz lebe und über bessere materielle Verhältnisse verfüge, um seinen Kindern alle lebensnotwendigen Bedürfnisse zu erfüllen. Dies gab auch die Ex-Frau des Beschwerdeführers zu Protokoll, wobei sie auf ihre Arbeitslosigkeit und die damit verbundenen schlechteren Lebensverhältnisse hinwies. Auch das Kind sagte vor Gericht aus, dass die Kindsmutter aufgrund ihrer Arbeitslosigkeit nicht in der Lage sei, Bildungskosten und weitere Bedürfnisse zu decken, weshalb sie mit einem Umzug zum Beschwerdeführer einverstanden sei. Dem Beschluss des

kosovarischen Jugendamtes vom 7. August 2012 betreffend das Sorgerecht über das 1999 geborene Kind sind keine konkreten Angaben über die Beweggründe zu entnehmen. Diese dürften sich aber mit denjenigen des Urteils des Gemeindegerichts decken, was auch der Beschwerdeführer sinngemäss bestätigt. Zusätzlich macht der Beschwerdeführer geltend, es sei der ausdrückliche Wunsch der Kinder, zu ihm in die Schweiz zu ziehen. Im Übrigen wohnten auch seine beiden älteren Kinder mit ihren Ehegatten in der Schweiz, was zu einer wünschenswerten Gesamtzusammenführung der Familie führte. Wie die Vorinstanz bereits festgestellt hat, geht aus den Akten nicht hervor, dass die Mutter aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage wäre, sich im notwendigen Ausmass um die beiden Kinder zu kümmern. Das Kindeswohl ist also nicht aufgrund einer Krankheit oder gar des Todes der betreuenden Person nicht mehr gewährleistet. Vielmehr geht aus den Akten hervor, dass materielle Gründe und bessere Berufs- und Lebenschancen für die Übertragung des Sorgerechts bzw. das Nachzugsgesuch massgebend waren. Die Arbeitslosigkeit der Kindesmutter und die damit verbundene finanziell schwierige Situation stehen einer angemessenen Betreuung der Kinder nicht entgegen, zumal es dem Beschwerdeführer ohne weiteres möglich und zumutbar wäre, die Kindesmutter finanziell zu unterstützen, um die Bedürfnisse der beiden Kinder zu erfüllen. Dies macht eine Beurteilung der vorgebrachten Betreuungsumstände im Zusammenhang mit dem gesundheitlichen Zustand der Mutter des Beschwerdeführers unbedeutend, da keine gewichtigen Gründe ersichtlich sind, weshalb die Kindesmutter nicht für die Betreuung der Kinder sorgen könnte. Diesem Sachverhalt sind demnach keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu entnehmen. Sodann ist zu berücksichtigen, dass der Kindeswunsch alleine keinen wichtigen familiären Grund nach Art. 47 Abs. 4 AuG darstellt.

5.3.3. Die beiden Kinder sind im Kosovo aufgewachsen und haben ihre bisherige Jugend- und Schulzeit dort verbracht. Sie sind demnach sprachlich und kulturell in ihrem Heimatland sozialisiert und verwurzelt, weshalb ihnen eine Eingliederung ins hiesige Berufsleben und in die lokalen Verhältnisse schwer fallen dürfte. Dies nicht zuletzt aufgrund mangelnder Deutschkenntnisse. Der Beschwerdeführer vertritt diesbezüglich den Standpunkt, seine Kinder seien derzeit intensiv daran, die deutsche Sprache zu erlernen, weshalb ihnen die Integration in der Schweiz leicht fallen würde. Hierzu wurden zwei Dokumente zu den Akten gereicht, welche die Teilnahme der Kinder an einem ersten Teil des Deutschkurses auf Stufe A1 des europäischen Sprachportfolios und die geplante Absolvierung des zweiten Teiles bestätigen. Dieses Niveau befähigt im Normalfall einfache Fragen zu stellen und zu beantworten und andere um etwas zu bitten, sich in einfachen Sätzen und Wendungen vorzustellen und Gespräche und Texte mit vertrautem Inhalt zu verstehen (Goethe Institut, www.goethe.de, Deutschkurse und Deutschprüfungen/Deutschprüfungen/unsere Deutschprüfungen/Goethe-Zertifikat A1: Fit in Deutsch 1). Ob diese Grundkenntnisse der deutschen Sprache ausreichen, um einen erleichterten Einstieg in die Arbeitswelt und den Alltag in der Schweiz zu gewährleisten, ist

fraglich. Überdies genügen elementare Sprachkenntnisse für sich alleine ohnehin nicht für die Annahme, die beiden Kinder würden sich ohne grosse Schwierigkeiten hierzulande integrieren können.

5.3.4. Insgesamt liegen keine wichtigen familiären Gründe im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AuG vor, welche die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ausserhalb der gesetzlichen Nachzugsfristen rechtfertigen.

6. Die Ablehnung des Familiennachzugsgesuchs des Beschwerdeführers muss sich sodann als verhältnismässig erweisen. Gemäss Art. 96 AuG berücksichtigen die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer. Als zulässiges öffentliches Interesse nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK gilt nach bundesgerichtlicher Praxis das Durchsetzen einer restriktiven Einwanderungspolitik, die ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der schweizerischen und der ausländischen Wohnbevölkerung, die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der in der Schweiz bereits ansässigen Ausländer und die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung bezweckt (BGE 135 I 153 E. 2.2.1, 137 I 284 E. 2.1 je mit Hinweisen). Die Vorinstanz erachtete das öffentliche Interesse daran, den Nachzug bei fehlenden wichtigen Gründen nach Art. 47 AuG und von Kindern, die mit Integrationsschwierigkeiten zu kämpfen hätten, restriktiv zu handhaben, als gewichtiger als die privaten Interessen der beiden Kinder und des Beschwerdeführers am Familiennachzug. Diese Wertung der Verhältnismässigkeit ist nicht zu beanstanden, da nach dem bereits Gesagten keine wichtigen familiären Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug vorliegen. Die Verweigerung des Familiennachzugs bedeutet auch nicht, dass die Beziehung und der persönliche Kontakt zwischen Vater und Kindern verhindert werden. Der Kontakt kann mittels Telefonaten, Briefen und gegenseitigen Besuchen sowie gemeinsamen Ferien aufrechterhalten werden. Zusammengefasst ist demgemäss die Beschwerde abzuweisen.

3. Staatsverwaltung

7

Art. 5 OeffG (sGS 140.2). Es ist nicht Aufgabe des OeffG, umfangreiche Recherche-Aufträge durch staatliche Stellen durchführen zu lassen, welche keinen Zusammenhang zu einem konkret umschriebenen Sachverhalt aufweisen und insoweit thematisch nicht (genügend) abgegrenzt sind («fishing expeditions»). Ein Anspruch auf eine nicht näher eingrenzbare Menge von Informationen besteht nicht. Aus der allgemeinen Auskunftspflicht der Verwaltung über ihre Tätigkeit (Art. 8 OeffG) lassen sich keine weitergehenden Informationsansprüche ableiten, als sie sich schon aus Art. 5 lit. a OeffG ergeben. Die Beschwerdeführerin verfügte – im Ergebnis – über sämtliche von ihr verlangten Informationen. Weitere Daten könnten höchstens die von der Vorinstanz gegebenen Auskünfte bestätigen bzw. «belegen». Das OeffG verlangt jedoch von der auskunfterteilenden Behörde nicht, dass sie ihre Auskunft auch «beweisen» muss; dies zumal dann, wenn keinerlei Anlass besteht, deren Richtigkeit anzuzweifeln.

Verwaltungsgericht, 23. September 2015

Am 22. Dezember 2014 ersuchten die Obersee Nachrichten AG, Rapperswil, die Linthkommission, Lachen, um Beantwortung von Fragen betreffend den Linthingenieur B. und das Pachtland des Linthwerks. Die Linthkommission nahm am 18. März 2015 Stellung. Sie beantwortete die teilweise in ihre Zuständigkeit fallenden Fragen zum Linthingenieur und überwies die weiteren Fragen zur Behandlung an die dafür zuständige Linthverwaltung. Die Obersee Nachrichten AG erhob gegen die Verfügung vom 18. März 2015 Beschwerde und verlangte insbesondere, die Vorinstanz sei zu verpflichten offen zu legen, welche Einzelzahlungen von 2000 bis 2014 vom Linthwerk oder von der Linth 2000 an B. in seinen Funktionen als Linthingenieur und Oberbauleiter Linth 2000, an C. als Stellvertreter des Linthingenieurs sowie an die D. AG und deren Mitarbeiter geleistet worden seien und welche Arbeiten diese betroffen hätten. Weiter sei die Vorinstanz zu verpflichten offenzulegen, welche Zahlungen «direkt oder indirekt» an die D. AG für «Ingenieursbela[n]ge, ab 2000 bis 2014» und unter dem Konto «sonstiger Betriebsaufwand» (gemäss Jahresrechnung des Linthwerks) verbucht worden seien. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 4 Abs. 2 der interkantonalen Vereinbarung zwischen den Kantonen Glarus, Schwyz, St Gallen und Zürich über das Linthwerk (sGS 734.331; Linthkonkordat) können Verfügungen der Organe des Linthwerkes mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen angefochten werden, soweit diese Verein-

barung nichts anderes vorsieht. Angefochten ist vorliegend ein Entscheid der Linthkommission, womit die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen gegeben ist. Nach Art. 4 Abs. 1 des Linthkonkordats ist das Recht des Kantons St. Gallen anwendbar, soweit das Linthkonkordat nichts anderes bestimmt. Nach Art. 18 Abs. 2 des Gesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 18. November 2014 (Öffentlichkeitsgesetz; sGS 140.2, OeffG) ist für den Rechtsschutz das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons St. Gallen (sGS 951.1, VRP) anwendbar. Die Beschwerde gegen die Verfügung vom 18. März 2014 wurde rechtzeitig innerhalb der Frist von vierzehn Tagen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 VRP) eingereicht. Sie enthält eine Darstellung des Sachverhalts und eine Begründung (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). Hinsichtlich des Beschwerdeantrags Ziff. 2 ist festzuhalten, dass darauf lediglich insofern einzutreten ist, als er durch die Nennung der einzelnen Informationsgegenstände («Insbesondere sei sie zu verpflichten, …») konkretisiert ist. In diesem Umfang sind die Sachurteilsvoraussetzungen damit erfüllt. Nach Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Beschwerde legitimiert, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Als Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin in ihren eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1. Gemäss Art. 60 Abs. 1 der Kantonsverfassung (sGS 111.1, KV) informieren die Behörden von sich aus oder auf Anfrage über ihre Tätigkeit, soweit keine öffentlichen oder schützenswerten privaten Interessen entgegenstehen. Die Informationsverbreitung und den Zugang zu amtlichen Informationen regelt gemäss Abs. 2 von Art. 60 KV das Gesetz (OeffG). Das in Art. 60 Abs. 1 KV und Art. 1 OeffG statuierte Öffentlichkeitsprinzip dient der Transparenz der Verwaltung und soll das Vertrauen des Bürgers in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren fördern; es bildet zudem eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidfindungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden. Die Interessierten sollen von sich aus, ohne den Nachweis eines schutzwürdigen Interesses, um Information nachsuchen können (VerwGE B 2013/241 vom 19. Februar 2015 E. 3.2.1 mit Hinweisen). In diesem Sinn sieht Art. 5 OeffG vor, dass jede Person, ohne dass sie ein besonderes Interesse geltend machen muss, nach Massgabe dieses Erlasses ein Recht auf Information über die Tätigkeit des öffentlichen Organs und Zugang zu amtlichen Dokumenten hat (Art. 5 OeffG). Das OeffG nennt öffentliche oder schützenswerte private Interessen, welche einer Information entgegenstehen, in nicht abschliessender Weise («…insbesondere…»; Art. 6 Abs. 2 und 3 OeffG). Sodann zählt es Informationen auf, welche vom Recht auf Informationszugang ausgenommen sind (Art. 7).

2.2. Bei der Vorinstanz handelt es sich um ein öffentliches Organ im Sinn von Art. 1 Abs. 2 lit. b OeffG. Streitig ist vorliegend, inwiefern die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz Anspruch auf Bekanntgabe einzelner, an bestimmte Empfänger erfolgte Zahlungen hat. Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung zu den Fragen

zum Linthingenieur unter anderem aus, die Höhe und der Verwendungszweck der Zahlungen sowie die Aufteilung der geleisteten Zahlungen zwischen Linth 2000 und dem Linthwerk seien dem Budget 2015, den Erläuterungen und Aufstellungen über den Personalaufwand der letzten 10 Jahre einschliesslich den Aufstellungen über die in den letzten 10 Jahren an die D. AG geleisteten Entschädigungen zu entnehmen (Beilagen). Von Seiten des Kantons St. Gallen seien keine Zahlungen erfolgt (zu Frage 1). Unter «sonstigem Betriebsaufwand» seien die Pauschalzahlungen an die D. AG gemäss «Leistungsumfang» (beigelegtes Budget 2015 S. 3 sowie Aufstellung der Entschädigungen an die D. AG in den letzten zehn Jahren) zu verstehen (zu Frage 2). In den Jahren 2004 bis 2013 habe das Arbeitspensum des Linthingenieurs 80 Prozent und ab Anfang 2014 60 Prozent betragen (zu Frage 3). Die Einstellung von Personal stelle nach Ziff. 4 Annex 4 Anhang I des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (WTO-Übereinkommen, SR 0.632.231.422) keinen öffentlichen Auftrag dar, welcher dem Beschaffungsrecht unterstellt sei (zu Frage 4). Im Kanton St. Gallen gebe es keine gesetzliche Pflicht zur Ausschreibung offener Stellen (zu Frage 5). Für eine Untersuchung der Arbeitsvergabe an X. durch die Linthkommission bestehe kein Anlass. Soweit ersichtlich, erfolge die «Arbeitsvergabe» durch die ARGE Q. und betreffe ausschliesslich das Innenverhältnis zwischen der ARGE und dem lokalen Lohnunternehmer X. (zu Frage 6). Die übrigen Fragen würden in den Zuständigkeitsbereich der Linthverwaltung fallen und dieser zur weiteren Bearbeitung überwiesen. Soweit in den Fragen 1 und 2 die Auflistung sämtlicher Einzahlungen verlangt werde, sei dem Begehren nicht zu entsprechen. Einerseits würde dies einen unverhältnismässigen Aufwand im Sinn von Art 6 Abs. 2 lit. e OeffG verursachen. Anderseits bestehe kein gesetzlicher Anspruch auf Erstellung von Dokumenten.

2.3. Die Beschwerdeführerin lässt zur Begründung ihres Antrages ausführen, die Abfrage von Einzelzahlungen an bestimmte Empfänger für einen bestimmten Zeitraum sei sehr einfach, rasch und kostengünstig möglich, da die Vorinstanz zweifellos ihre Buchhaltung mit der Standardsoftware SAP-ERP erstelle. Zudem liege kein Fall von «fishing expeditions» vor, welcher eine Einschränkung der Informationspflicht im Sinn von Art. 6 Abs. 2 lit. e OeffG rechtfertigen könnte. Unrichtig sei auch, dass für die Auskunft betreffend die Einzelzahlungen an die D. AG und den Linthingenieur ein neues Dokument hätte erstellt werden müssen. Eine Auskunftspflicht ergebe sich auch gestützt auf Art. 8 OeffG. Zugänglich zu machen seien Dokumente, welche mit einem einfachen elektronischen Vorgang aus vorhandenen Informationen erstellt werden könnten.

Die Vorinstanz weist darauf hin, dass abgesehen davon, dass die Linthkommission nicht über die Standardsoftware SAP-ERP verfüge, sondern für die Finanzbuchhaltung das Programm «Simultan» und für die Objektbuchhaltung Linth 2000 das Programm «Vertec» verwende, die Beschwerdeführerin nicht nur Einsicht in alle Zahlungen an mehrere Kostenstellen verlange, sondern diese Zahlungen auch noch aufgeschlüsselt haben wolle nach bestimmten Funktionen, für deren Ausübung eine Entschädigung geleistet worden sei. Damit würden sich die gewünschten Informationen offen-

sichtlich nicht mehr einfach elektronisch erheben lassen, sondern bedürften einer zusätzlichen Bearbeitung. Entsprechend müssten neue Dokumente erstellt werden, worauf die Beschwerdeführerin keinen Anspruch habe. Entscheidend sei jedoch, dass neben den Pauschalentschädigungen an die D. AG, die im erläuternden Bericht zum Budget 2015 ausgewiesen seien, keine weiteren Zahlungen weder an diese Unternehmung noch an den Linthingenieur oder dessen Stellvertreter erfolgt seien. Ausgenommen seien einzig die Druckkosten bzw. Kosten für das Fotokopieren des Geschäftsberichtes. Dementsprechend könnten von vornherein keine weiteren – von der Beschwerdeführerin vermuteten – Zahlungen aus der Buchhaltung generiert werden. Vorliegend handle es sich offensichtlich um einen Fall von «fishing expeditions». Weil die Zahlen betreffend die Pauschalentschädigung an die D. AG für das Jahr 2014 in der der angefochtenen Verfügung beigelegten Aufstellung noch nicht enthalten seien, würden diese in der Beilage 3 separat ausgewiesen.

3.

3.1. Als amtliches Dokument im Sinn des Gesetzes gilt nach Art. 12 OeffG jede Aufzeichnung, die auf einem beliebigen Datenträger enthalten ist (lit. a), sich im Besitz eines öffentlichen Organs befindet, von dem sie stammt oder dem sie mitgeteilt worden ist (lit. b), die Erfüllung einer Staatsaufgabe betrifft (lit. c) und nicht ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bestimmt ist (lit. d). Die Voraussetzung, wonach die Aufzeichnung auf einem beliebigen Datenträger enthalten sein muss, bedeutet, dass die Aufzeichnung bereits in irgendeiner Form vorhanden sein muss. Das Öffentlichkeitsprinzip bildet keine Grundlage, die Behörde zur Ausfertigung einer noch nicht existierenden Aufzeichnung oder zur Erstellung eines Dokuments zu verpflichten (vgl. Botschaft und Entwurf der st.gallischen Regierung vom 21. Mai 2013, ABl 2013, 1474 ff., 1493, mit Hinweis auf Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vom 12. Februar 2003 [BBl 2003, 1963 ff., 1992). Wenn also ein Dokument besteht, dieses aber nicht verständlich ist, weil z. B. eine Bildlegende oder Erklärung von Bezeichnungen fehlt, hat die Verwaltung nicht die Pflicht, dieses verständlich und nachvollziehbar zu gestalten (vgl. Bühler in: Maurer/Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. A. 2014, Rz. 10 zu Art. 5 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [BGÖ; SR 152.3]). Im Unterschied zum BGÖ (Art. 5 Abs. 2) umfasst der Begriff des amtlichen Dokuments nach st.gallischem OeffG zumindest nach dem Gesetzeswortlaut nicht auch solche Dokumente, die durch einen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können. Die Frage, ob sich ein Recht auf Erstellung von Dokumenten aus Art. 12 OeffG ableiten lässt oder nicht, kann jedoch – wie sich nachstehend ergeben wird – vorliegend offenbleiben.

3.2.

3.2.1. Einer Bekanntgabe entgegenstehende öffentliche Interessen liegen unter Umständen wie erwähnt dann vor, wenn die Datenbekanntgabe einen unverhältnismässigen Aufwand verursachen würde (Art. 6 Abs. 2 lit. e OeffG). In der Botschaft zum OeffG wurde hierzu ausgeführt, dass die Behörde, wenn sie einem Gesuch

um Information unter Berufung auf diese Bestimmung nicht stattgeben wolle, den Zugang erst verweigern werde, wenn es nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ausgeschlossen sei, an Stelle einer Nicht-Information den Informationsumfang zu beschränken oder die Information auf andere Weise als verlangt zu gewähren. Von der Einschränkung nach Art. 6 Abs. 2 lit. e OeffG sei demgemäss nur mit grosser Zurückhaltung Gebrauch zu machen. Die Bestimmung wolle insbesondere «fishing expeditions» oder umfangreichen Recherche-Aufträgen einen Riegel schieben. Das Informationsgesetz (OeffG) solle nicht dazu dienen, Forschungsarbeiten von Privaten auf öffentliche Organe zu delegieren (ABl 2013, 1488).

3.2.2. Der Begriff der «fishing expeditions» stammt aus dem Bereich der internationalen Amtshilfe in Strafsachen und wird als «speculative requests for information that have no apparent nexus to an open inquiry or investigation» (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-38/2014 vom 1. April 2014 E. 2.2.1.2) umschrieben. Wie dargelegt ist es nicht Aufgabe des OeffG, umfangreiche Recherche-Aufträge durch staatliche Stellen durchführen zu lassen, welche keinen Zusammenhang zu einem konkret umschriebenen Sachverhalt aufweisen und insoweit thematisch nicht (genügend) abgegrenzt sind. Deshalb knüpft auch Art. 13 Abs. 2 lit. b OeffG Informationsgesuche an die Bedingung, dass die Dokumente, zu denen Zugang verlangt wird, so genau wie möglich zu bezeichnen sind (ABl 2013, 1488). Zwar muss das Gesuch insoweit, als kein besonderes Informationsinteresse nachzuweisen ist (vgl. vorangehende E. 2. und Art. 5 OeffG) – nicht begründet werden (vgl. ABl 2013, 1487). Jedoch muss es genügend Angaben (Erstellungsdatum, Titel, Referenz, Zeitraum) enthalten, die es der Behörde erlauben, das verlangte Dokument zu identifizieren. Ein Anspruch auf eine nicht näher eingrenzbare Menge von Informationen besteht nicht (vgl. Bend/Schneider in: Maurer/Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. A. 2014, Rz. 39 f. zu Art. 10 Abs. 3 BGÖ: «Das Gesuch muss hinreichend genau formuliert sein.»).

3.2.3. Was die von der Beschwerdeführerin angeführte allgemeine Auskunftspflicht der Verwaltung über ihre Tätigkeit (Art. 8 OeffG) betrifft, ist festzuhalten, dass sich hieraus keine weitergehenden Informationsansprüche ableiten lassen, als sich schon aus Art. 5 lit. a OeffG ergeben. Wenn somit ein Informationsanspruch aufgrund der letztgenannten Bestimmung nicht gegeben ist, so ergibt sich ein solcher auch nicht aus Art. 8 OeffG. Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz in der Vernehmlassung blieben unbestritten. Anhaltspunkte für diesbezügliche Unrichtigkeiten ergeben sich auch aus den Akten nicht. Damit ist insbesondere von der Zusage der Vorinstanz auszugehen, dass neben den an die D. AG geleisteten Pauschalentschädigungen, die im erläuternden Bericht zum Budget 2015 ausgewiesen seien, mit Ausnahme von Druck- und Fotokopierkosten keine weiteren Zahlungen weder an diese Unternehmung noch an den Linthingenieur oder dessen Stellvertreter erfolgt seien. Dies wurde der Beschwerdeführerin nach der unbestritten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz bereits zuvor (vor Anhebung des Beschwerdeverfahrens) mehrfach mitgeteilt. Unter diesen Umständen

verfügt die Beschwerdeführerin – im Ergebnis – über sämtliche von ihr verlangten Informationen. Für das Verwaltungsgericht besteht kein Anlass, die Vorinstanz zu weiteren Datenlieferungen zu verpflichten. Solche Daten könnten höchstens die von der Vorinstanz gegebenen Auskünfte bestätigen bzw. «belegen». Das OeffG verlangt jedoch von der auskunfterteilenden Behörde nicht, dass sie ihre Auskunft auch «beweisen» muss; dies zumal dann, wenn keinerlei Anlass besteht, deren Richtigkeit anzuzweifeln. Die von den Parteien diskutierten Fragen des Vorliegens von «fishing expeditions» und der Unverhältnismässigkeit des Aufwands für eine (weitere) Datenlieferung brauchen bei diesem Sachverhalt nicht näher untersucht zu werden. Die Beschwerde ist dementsprechend abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

8

Art. 21 Abs. 2 PersG (sGS 143.1); Art. 25 Abs. 3 PersG i.V.m. Art. 336 ff. OR (SR 220); Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101); Art. 77 lit. a PersG (sGS 143.1).
Der Arbeitnehmer kann nicht verlangen, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fortsetzt und sich langfristig bindet, wenn bereits während der Probezeit Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit dem übrigen Personal erkennbar werden. Die Kündigung stand schon vor der Anhörung der Klägerin fest. Damit wurde ihr Gehörsanspruch in schwerer Weise verletzt. Die Kündigung erweist sich aufgrund der Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts als missbräuchlich.

Verwaltungsgericht, 23. September 2015

Die Klägerin wurde per 1. Januar 2013 als Mitglied der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde X. angestellt. Noch während der Probezeit wurde das Anstellungsverhältnis durch den Vorsitzenden des Geschäftsausschusses der KESB X. und die KESB-Präsidentin anlässlich einer Besprechung vom 25. Februar 2013 per 4. März 2013 gekündigt und die Klägerin mit sofortiger Wirkung freigestellt. Hierfür legten sie ihr ein von ihnen unterzeichnetes Schreiben vor, welches vom 26. Februar 2013 datierte. Dieses Schreiben wurde ihr zusätzlich, lediglich unterzeichnet durch den Vorsitzenden des Geschäftsausschusses der KESB X., am 26. Februar 2013 zugestellt. Die Schlichtungsstelle in Personalsachen des Kantons St. Gallen überwies das Begehren um Durchführung einer Schlichtungsverhandlung mangels Zuständigkeit an die KESB X., welche eine Entschädigung nach einer mit der Klägerin am 10. April 2013 durchgeführten Besprechung ablehnte. Das Verwaltungsgericht heisst die Klage gut.

Aus den Erwägungen:

2. Die Klägerin beruft sich darauf, dass ihr die Beklagte ohne sachlichen Grund und ohne vorgängige Anhörung gekündigt habe, weshalb eine missbräuchliche Kündigung vorliege und ihr ein Anspruch auf Entschädigung in der Höhe von mindestens einem Monatslohn zustehe. Ihr sei nicht nur ein finanzieller Schaden entstanden, sondern sie habe auch einen Reputationsschaden erlitten, da ihr «plötzlicher» Abgang zu zahlreichen Vorurteilen der lokalen Bevölkerung geführt habe. Die Kündigung sei für sie vollkommen überraschend erfolgt. Sie hätte in keinster Weise erahnen können, dass die Beklagte die Absicht hege, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Im Vorfeld habe es nie irgendwelche Anzeichen hierfür gegeben. Weder sei sie gemahnt noch seien ihre Leistungen bemängelt worden. Anlässlich der Besprechung vom 25. Februar 2013, bei welcher das bereits unterzeichnete Kündigungsschreiben datiert vom 26. Februar 2013 übergeben worden sei, hätten ihr der Vorsitzende des Geschäftsausschusses und die KESB-Präsidentin lapidar zu verstehen gegeben, dass sich der Arbeitgeber während der Probezeit auch ohne Grund von einer Mitarbeiterin trennen könne. Auf ihre Nachfrage hin hätte der Vorsitzende des Geschäftsausschusses eingeräumt, es passe einfach «menschlich» nicht. Bei der Einladung zu diesem Gespräch sei die Kündigung bereits beschlossene Sache gewesen. Ihre Aussagen anlässlich der fraglichen Besprechung seien ohne jegliche Relevanz geblieben. Eine solche pro-forma-Anhörung stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Am 19. Februar 2013 habe sie mit D., Beirat der Beklagten, auf dessen Wunsch hin gesprochen. Dabei seien verschiedene Belange der Behörde diskutiert worden, nachdem diese erst seit dem 1. Januar 2013 bestanden und sich noch in der Aufbauphase befunden habe. Dabei habe sie D. mitgeteilt, dass die Organisation und bestimmte Abläufe bei der Beklagten noch nicht gefestigt seien und auf bekannte Änderungen allenfalls früher hätte reagiert werden können. Ihre Leistungen und ihr Verhalten bei der Beklagten seien aber nicht Besprechungsgegenstand gewesen. D. habe mit keinem Wort erwähnt und keinen Anlass zur Vermutung gegeben, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder Beanstandungen betreffend ihre Leistungen im Raum gestanden hätten. Anlässlich der Kündigung vom 25. Februar 2013 sei dieses Gespräch vom Vorsitzenden des Geschäftsausschusses und der Präsidentin jedoch thematisiert worden. Sie könne sich deshalb des Eindrucks nicht erwehren, dass die Kündigung disziplinarischen Charakter habe resp. es sich um eine Rachekündigung handle. Die von der Beklagten in ihrer Klageantwort vom 23. August 2013 ins Feld geführten Kritiken an ihrer Person und ihrem Arbeitsverhalten müssten als nachträglich konstruiert gelten. An den wöchentlichen Besprechungen, welche die Präsidentin mit jedem Mitglied der KESB durchgeführt habe, sei es darum gegangen, die Arbeitsabläufe in der neu geschaffenen KESB zu definieren, zu überwachen und, falls notwendig, anzupassen. Weiter sei über die laufenden Fälle gesprochen worden, sodass auch in der Startphase der KESB ein guter «Kundenservice» angeboten werden konnte. In den besagten wöchentlichen Besprechungen habe die Präsidentin zu keinem Zeitpunkt ihr Verhalten und/oder ihre Arbeitsweise kritisiert. Auch sei ihr nicht be-

kannt gewesen resp. sei sie von der Präsidentin nicht darüber informiert worden, dass über sämtliche Besprechungen Aktennotizen erstellt worden seien. So habe sie nie die Möglichkeit gehabt, diese einzusehen und dazu Stellung zu nehmen. Es handle sich bei diesen im Personaldossier befindlichen Aktennotizen um einseitige, nachträglich erstellte Behauptungen von Seiten der Beklagten. Sie würden nicht den tatsächlichen Inhalt der Besprechungen wiedergeben. Bereits nach der ersten Woche, am 8. Januar 2013, habe die Präsidentin sie anlässlich der wöchentlichen Routinebesprechung gefragt, ob sie sich eine andere Tätigkeit innerhalb der KESB vorstellen könne, nachdem sie aus persönlichen Gründen für kurze Zeit krankgeschrieben gewesen sei. Diese Anfrage habe von ihr nur als Degradierung aufgefasst werden können. Statt gewähltes Mitglied einer Behörde wäre sie «nur» noch Angestellte der Behörde gewesen. Selbstredend habe einer solchen Degradierung von ihrer Seite nicht zugestimmt werden können. Dass sie entsprechend abgeblockt habe, sei nicht auf mangelnde Kritikfähigkeit oder mangelhafte Arbeitsweise/Arbeitseinstellung zurückzuführen gewesen, sondern auf die Tatsache, dass sie bereits nach so kurzer Zeit mit einer möglichen Degradierung und damit einer Verschlechterung des Arbeitsverhältnisses konfrontiert worden sei. Werde man bereits eine Woche nach Arbeitsbeginn mit einem solchen Gespräch «überfahren», sei eine abweisende Reaktion nur allzu verständlich. Anlässlich der Besprechung vom 17. Januar 2013 habe sie den Fall des gewalttätigen Ehemanns erwähnt, welchen sie zusammen mit dessen Ehefrau zu einer Besprechung zum gemeinsamen Antrag auf Regelung des Besuchsrechts zwischen Vater und Kind eingeladen habe. Erst im Verlaufe dieser Besprechung habe ihr die Ehefrau einen Bundesordner mit Dokumenten übergeben, aus welchen hervorgegangen sei, dass der Ehemann gewalttätig und deswegen schon verurteilt worden sei. Die gemeinsame Einladung könne ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden. Sodann entbehre der Vorwurf von der Präsidentin in der Aktennotiz vom 24. Januar 2013, sie würde keine Telefone entgegennehmen, jeder Grundlage. Da sie als einziges Behördenmitglied in einem 80 Prozent-Pensum gearbeitet habe, seien sämtliche Anfragen von Bürgern vom Sekretariat an sie weiter geleitet worden. Sie habe sich bei den nicht von ihr bearbeiteten Fällen erlaubt, die telefonischen Anfragen nicht direkt zu beantworten, sondern sich zuerst in die Fälle einzulesen, um den Betroffenen anschliessend telefonisch eine kompetente und solide Antwort geben zu können. Weiter sei sie von der Präsidentin dazu «verdonnert» worden, sämtliche Fälle sowie das geplante Vorgehen mit E. zu besprechen. Diese Anordnung der Präsidentin sei besonders stossend und enorm demütigend gewesen, habe es sich doch bei E. um eine «einfache» Mitarbeiterin der Beklagten gehandelt, während sie ein gewähltes Mitglied der Behörde gewesen sei. Somit sei in inakzeptabler Weise ihre Stellung untergraben worden. Es habe sich dabei um eine reine Schikane gehandelt. Bei der Aktennotiz vom 24. Januar 2013 handle es sich mehr um persönliche Animositäten zwischen der Präsidentin und ihr, denn um sachliche Kritik. Betreffend die Aktennotiz vom 7. Februar 2013 gehe es nicht an, dass eine unterstellte Person (E.) sie als vorgesetzte Person in einer solchen Art und

Weise qualifiziere. Offensichtlich sei bei der Beurteilung durch die Präsidentin und durch E. keine Objektivität vorhanden gewesen. Mit Blick auf den zeitlichen Ablauf komme bei ihr das Gefühl auf, dass man sie von Beginn an loswerden wollte, um sie durch E. zu ersetzen. Schliesslich sei ihre Stelle nach der Kündigung mit E. besetzt worden. Darauf deute auch hin, dass vom Gespräch zwischen ihr und D. vom 19. Februar 2013, welches positiv verlaufen sei, keine Aktennotiz erstellt worden sei.

2.1. Zu prüfen ist zunächst, ob sich die ausgesprochene Kündigung auf sachliche Gründe stützte. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber bedarf nach Art. 21 Abs. 1 PersG, welche Bestimmung die Verfahrensbeteiligten im Anstellungsvertrag vom 1./4. Juni 2012 als anwendbar erklärten, eines ausreichenden sachlichen Grundes. Die Bedingung des «ausreichenden sachlichen Grundes» gilt sowohl bei der Kündigung während der Probezeit als auch bei der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Die Motive einer Probezeitkündigung richten sich aber nach dem Sinn und Zweck der Probezeit und damit der Frage, ob sich die gegenseitigen Erwartungen hinsichtlich Arbeitsinhalt und sozialem Umfeld/Verhalten erfüllen. Für die Kündigungsgründe während der Probezeit gilt deshalb ein weniger strenger Massstab als für die zulässigen Gründe bei ordentlicher Kündigung, welche in Art. 21 Abs. 2 PersG ausdrücklich und – entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung («insbesondere») – gemäss der Botschaft der Regierung vom 27. April 2010 abschliessend erwähnt sein sollen (ABl 2010 S. 1585 ff., S. 1622). Ob Letzteres zutrifft, braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. Die Kündigungsschutzbestimmungen gemäss Art. 336 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220, OR) und die hierzu ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung sind sachgemäss anwendbar (Art. 25 Abs. 3 PersG). Die Probezeit soll den Parteien die Möglichkeit bieten, einander kennenzulernen, was zur Schaffung eines Vertrauensverhältnisses notwendig ist. Sie erlaubt den Parteien abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen. Sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen. Das Recht, während der Probezeit mit verkürzter Frist zu kündigen, ist Ausfluss der Vertragsfreiheit. Bei Abschluss des Vertrages liegt es grundsätzlich im Belieben des Arbeitgebers, welchen von mehreren Kandidaten er einstellen will. Ebenso entscheidet der Arbeitnehmer frei, für welche Arbeitsstelle er sich bewirbt. Diese Abschlussfreiheit wirkt in die Probezeit nach, indem die Parteien grundsätzlich den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse frei treffen können. Soweit sich die Kündigung an diesem Zweck der Probezeit orientiert, ist allein darin, dass ihr etwas «Willkürliches» anhaftet, kein Rechtsmissbrauch zu erblicken. Die zulässige «Willkür» entspricht der Freiheit der Parteien, darüber zu entscheiden, ob sie sich langfristig binden wollen (vgl. BGE 134 III 108 E. 7.1.1, BStrafGer RR.2014.312 vom 16. März 2015 E. 6.3.2 und ARV 2010 S. 26 ff., S. 28 sowie P. Helbling, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz, Bern 2013, Art. 8 N 122 mit Hinweis auf BGE 120 Ib 134 E. 2a mit Hinweisen).

Aus den Kündigungsschreiben vom 25./26. Februar 2013 lässt sich nicht ersehen, weshalb der Klägerin gekündigt wurde. Das Schreiben verweist diesbezüglich auf die Besprechung vom 25. Februar 2013. Ein Protokoll dieser Besprechung ist nicht aktenkundig. Weiter lässt sich der Sachverhalt aus den von der Beklagten eingereichten Aktennotizen vom 8., 17., 22., 24. Januar 2013 und 7. Februar 2013, welche der Klägerin nicht zur Berichtigung vorgelegt worden sind und deren Inhalt von der Klägerin bestritten wird, diesbezüglich nicht zweifelsfrei ermitteln. Es finden sich keine ausreichenden Anhaltspunkte für die von der Beklagten in der Klageantwort vom 23. August 2013 geltend gemachten Mängel in der Leistung oder im Verhalten der Klägerin. Nach dem hiervor Gesagten ist die Kündigung indessen auch dann zulässig, wenn den Arbeitnehmer an der unbefriedigenden Situation kein Verschulden trifft. Der Arbeitnehmer kann nicht verlangen, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fortsetzt und sich langfristig bindet, wenn bereits während der Probezeit Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit dem übrigen Personal erkennbar werden. Aus der Klageantwort vom 23. August 2013 («Nicht-Verstehen») und den Aktennotizen lässt sich schliessen, dass sich im Verlauf der Probezeit aus Sicht der Beklagten anhand der konkreten Erfahrungen am Arbeitsplatz zeigte, dass keine Aussicht auf eine fruchtbare Zusammenarbeit bestand. Damit orientierte sich die Kündigung am Zweck der Probezeit und war daher in dieser Hinsicht nicht missbräuchlich, zumal in den Akten eine von der Klägerin behauptete Rachekündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR wegen ihrer Besprechung mit D. vom 19. Februar 2013 nicht ausreichend belegt ist (vgl. Streiff/Von Känel/Rudolf, Arbeitsvertrag, Zürich 2012, N 8 zu Art. 336).

2.2. Weiter stellt sich die Frage, ob die Kündigung formell korrekt erfolgt ist.

Nach Art. 9 der Vereinbarung wählt der Geschäftsausschuss die Mitglieder der Beklagten und die Mitarbeitenden auf Antrag der Präsidentin der Beklagten. Demzufolge ist davon auszugehen, dass auch die Kündigung von Angestelltenverhältnissen auf Antrag der Präsidentin in die Zuständigkeit des Geschäftsausschusses fällt. Der Geschäftsausschuss besteht aus dem Vorsitzenden des Beirats, dessen Stellvertreter bzw. Stellvertreterin und einem weiteren Mitglied des Beirats (Art. 8 der Vereinbarung). Der Vorsitzende vertritt die Beklagte nach aussen (Art. 10 der Vereinbarung). Vorliegend hat der Vorsitzende die Kündigung am 25. Februar 2013 im Namen des Geschäftsausschusses zusammen mit der Präsidentin unterzeichnet. Auf einen entsprechenden Beschluss des Geschäftsausschusses wird jedoch nicht Bezug genommen. Sollte ein Mangel in der Vertretung bestehen, könnte dieser grundsätzlich nachträglich geheilt werden (vgl. Portmann, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 335 OR, N 12). Die Frage kann indessen offen gelassen werden, da die Klägerin keinen solchen Mangel geltend macht sowie diesbezüglich nicht unverzüglich eine Klarstellung verlangte und die Kündigung zurückwies, obschon sie dazu verpflichtet gewesen wäre (vgl. Streiff/Von Känel/Rudolf, a.a.O., N 8 zu Art. 335).

Unbesehen davon, ob die vorliegende öffentlich-rechtliche Kündigung auf einem Beschluss des Geschäftsausschusses der Beklagten oder lediglich auf einer Willens-

erklärung von dessen Vorsitzenden beruhte, stellt sie einen Verwaltungsakt dar. Der Klägerin musste deshalb vorgängig das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) gewährt werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt im öffentlichen Personalrecht uneingeschränkt. Im Rahmen der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses darf die zuständige Behörde erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheidrelevanten Sachlage und mithin erst nach Anhörung der betroffenen Person zu einer Entscheidung gelangen. Der Anspruch ist verletzt, wenn eine Entlassung schon vor der Anhörung faktisch feststeht (zur Publikation vorgesehener BGer 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2 mit Hinweisen). Dementsprechend schreibt Art. 77 lit. a PersG ausdrücklich vor, dass die betroffene Mitarbeiterin vor Eröffnung der Kündigung Gelegenheit zur Stellungnahme erhält (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 und 2 VRP).

Nach der unbestritten gebliebenen Sachverhaltsdarstellung der Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 15. Mai 2014, wurde ihr das Kündigungsschreiben, datiert vom 26. Februar 2013, anlässlich der Besprechung vom 25. Februar 2013 bereits unterzeichnet überbracht. Auch geht aus den Aktennotizen der Beklagten nicht hervor, dass die Klägerin anlässlich der wöchentlichen Sitzungen mit der Präsidentin der Beklagten vom 8., 17., 22., 24. Januar 2013 sowie 7. Februar 2013 und der Besprechung mit D. vom 19. Februar 2013 über die beabsichtigte Kündigung in Kenntnis gesetzt worden ist. Mit anderen Worten stand die Kündigung schon vor der Besprechung vom 25. Februar 2013, d.h. vor der Anhörung der Klägerin, fest. Damit wurde der Gehörsanspruch der Klägerin in schwerer Weise verletzt. Die Kündigung erfolgte rechtswidrig und erweist sich somit auch ohne Rückgriff auf Art. 336 Abs. 1 oder 2 OR aufgrund der Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts öffentlich-rechtlich als missbräuchlich (vgl. demgegenüber die für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ausserhalb von Art. 336 OR anerkannten Missbrauchstatbestände Streiff/Von Känel/Rudolf, a.a.O., N 4 zu Art. 336).

2.3. [vermögensrechtliche Folgen]

4. Erziehung, Bildung und Kultur

9

Art. 31 Abs. 1 VSG (sGS 213.1) i.V.m. Art. 36 Abs. 2 des kantonalen Promotions- und Übertrittsreglements. Wird ein Sekundarschüler am Ende der zweiten Sekundarklasse nicht promoviert, tritt er entweder in die dritte Realklasse über oder wiederholt die zweite Sekundarklasse. Die Promotionsordnung stellt für diesen Fall zwei gleichwertige Alternativen zur Auswahl. Verfügt der Schulrat den Übertritt in die dritte Realklasse, weil er die Klassenwiederholung im Allgemeinen für pädagogisch nicht sinnvoll erachtet, unterschreitet er sein (Auswahl-) Ermessen und begeht einen Rechtsfehler.

Verwaltungsgericht, 28. Mai 2015

Nachdem sich die Eltern des im März 2000 geborenen L. getrennt hatten, zog er mit seiner Mutter und seiner Schwester im April 2013 von Z. nach X. Das Schuljahr 2012/13 beendete er in der ersten Sekundarklasse in Z. Mit Beginn des Schuljahres 2013/14 nach den Sommerferien wechselte er in die zweite Sekundarklasse des Oberstufenzentrums X. In den Promotionsfächern (Mensch&Umwelt, Sprachen und Mathematik) erzielte er im ersten Semester eine ungenügende Notensumme von 10,9. Der Klassenlehrer orientierte die Mutter am 25. April 2014 über die gefährdete Promotion von L. Am 26. Juni 2014 beantragte der Klassenlehrer, L. nach dem Sommerferien der dritten Realklasse zuzuteilen. Die Notensumme betrug in diesem Zeitpunkt 11,4. Die Mutter beantragte, L. sei die Wiederholung der zweiten Sekundarklasse zu ermöglichen. Der Schulrat teilte L. für das Schuljahr 2014/15 der dritten Realklasse zu. Zur Begründung führte er an, die Noten in den Fächern Mathematik und Sprache seien zu tief und es mangle L. an Selbständigkeit, Konzentrationsfähigkeit, Ausdauer und Sorgfalt. Im Zeugnis des zweiten Semesters erreichte L. schliesslich eine Notensumme von 11,4. Seine Leistungsnoten in den Fächern Sprache und Mathematik waren ungenügend (3,7 bzw. 3,5). Die Rekursstelle Volksschule Sarganserland-See-Gaster hiess den von den Eltern dagegen erhobenen Rekurs am 4. August 2014 gut und wies L. der zweiten Sekundarklasse zu. L. sei im vergangenen Schuljahr mit aussergewöhnlichen persönlichen Verhältnissen konfrontiert gewesen. Neben Umzug und Schulwechsel habe er auch eine Veränderung seiner familiären Situation verkraften müssen. Wegen körperlicher Beschwerden nehme er seit einem Monat Ritalin ein. Diese Umstände habe der Schulrat bei der Ausübung seines Ermessens pflichtwidrig nicht berücksichtigt. Gewisse Defizite in Bezug auf Arbeitshaltung und Einsatz seien bei L. sicherlich vorhanden. Indessen habe er sich in der neuen Schule zunächst zurechtfinden müssen. Wiederhole er die Klasse, könne er vom bereits erlernten Stoff profitieren, diesen vertiefen und

leistungsmässig Anschluss finden. Schaffe er dies nicht, stehe ihm immer noch die dritte Realklasse bzw. der Schulabgang offen. Demgegenüber müsse er sich beim vorgesehenen sofortigen Übertritt in die dritte Realklasse unmittelbar mit der sogleich anstehenden Berufswahl befassen. Das Verwaltungsgericht weist die vom Schulrat gegen den Rekursentscheid erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Streitgegenstand ist die Frage, ob die Vorinstanz L.Y. zu Recht erneut der zweiten Sekundarklasse zugewiesen hat.

3. Gemäss Art. 31 Abs. 1 des Volksschulgesetzes (sGS 213.1, VSG) ordnet der Erziehungsrat unter anderem die Beförderung in die nächsthöhere Klasse am Ende des Schuljahres, das Wiederholen von Klassen und den Wechsel zwischen Real- und Sekundarschule durch Reglement (Ingress und lit. a, b und e). Die entsprechenden Ausführungsbestimmungen sind dem erziehungsrätlichen Promotions- und Übertrittsreglement vom 25. Juni 2008 (SchBl 2008 Nr. 7–8 und SchBl 2012 Nr. 3, Promotionsreglement) zu entnehmen. Aus den Bestimmungen des Titels III.B.2. «Oberstufe ohne Niveaugruppen – Promotion» ergibt sich, dass der Schulrat am Ende der zweiten Sekundarklasse auf Grund der Notensumme die definitive Promotion oder die Nichtpromotion verfügt (Art. 32). Wer eine Notensumme von 11,0 bis 11,9 aufweist, wird definitiv promoviert oder nicht promoviert (Art. 35 Ingress und lit. c). Wer nicht promoviert wurde, tritt in die dritte Realklasse über oder wiederholt die zweite Sekundarklasse (Art. 36 Abs. 2). In beiden Fällen – beim Entscheid über die Promotion und über den Übertritt in die Realschule bzw. über die Repetition der zweiten Sekundarklasse – verfügt der Schulrat über Ermessen. Er berücksichtigt die Empfehlung der Lehrpersonen und hört die Eltern an (ebd.). Die Promotionsordnung ist inhaltlich abschliessend und durch die kommunalen Schulbehörden direkt zu vollziehen (VerwGE B 2014/151 vom 4. Dezember 2014 E 3.1.2, www.gerichte.sg.ch; vgl. Raschle, Schulrecht der Volksschule im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2008, S. 106 ff.); das Promotionswesen fällt demnach nicht in den Autonomiebereich der (Schul-) Gemeinden.

4. […]

5.

5.1. Aus der Rekursvernehmlassung und den mit dieser eingereichten Akten ergibt sich, dass der Klassenlehrer L.s Mutter mit Schreiben vom 25. April 2014 über die gefährdete Promotion orientierte. Am 26. Juni 2014 beantragte er, L. in die dritte Realklasse zu promovieren. Offenbar hatte bereits im November 2013 ein Beurteilungsgespräch stattgefunden, in dessen Nachgang der Klassenlehrer den Eltern alle drei Monate telefonisch über L.s Entwicklung berichtet hatte. Nach seinen Angaben seien L.s Leistungen beim Eintritt in die Oberstufe X. überbewertet worden. Er habe die Eltern seit Herbst 2013 mehrmals darauf hingewiesen, dass ein Wechsel in die zweite Realklasse besser wäre. In einer schematischen Beurteilung bewertete er L.s Selbständigkeit, Konzentrationsfähigkeit, Ausdauer und Sorgfalt als

ungenügend. Die restlichen fünf Kriterien bewertete er als neutral oder positiv (z. B. Arbeitstempo). L.s Mutter wurde zum Promotionsantrag angehört und erklärte sich als nicht einverstanden. Als Gründe gab sie an, L. solle sich mit einem besseren Zeugnis bewerben können und mehr Zeit für die Berufswahl erhalten; im Übrigen sei er motiviert zum Wiederholen. Den Antrag der Mutter, L. die zweite Sekundarklasse wiederholen zu lassen, wies der Schulrat am 27. Juni 2014 ab mit der Begründung, L.s Noten in den zwei wichtigen Fächern Mathematik und Sprachen seien zu tief bzw. Selbständigkeit, Konzentrationsfähigkeit, Ausdauer und Sorgfalt überzeugten nicht. Die Eltern bestritten dies in ihrer Rekursschrift vom 2. Juli 2014 nicht. Sie machten aber geltend, L. habe sich aufgrund des Wohnortwechsels bezüglich Schule, Lehrer, Kameraden und Schulsystem umstellen müssen. In einigen Fächern (Mathematik, Französisch, Englisch) sei er noch nicht soweit gewesen wie die Schüler in X. Ferner wiesen die Eltern darauf hin, dass L. rechts motorisch eingeschränkt sei und ab und zu epileptische Anfälle habe. Dennoch bewältige er den Alltag problemlos. Die Konzentrationsschwäche werde seit einem Monat mit Ritalin behandelt.

5.2. In der Rekursvernehmlassung machte die Beschwerdeführerin geltend, die zusätzlichen Probleme wie Scheidung, Wohnortwechsel und die gesundheitlichen Beeinträchtigungen seien den Lehrpersonen, der Schulleitung und dem Schulrat bekannt gewesen und beim Entscheid mit berücksichtigt worden. Gerade auch aus diesen Gründen sei die weitere Beschulung in der Realklasse die beste Lösung. Die Noten in den Fächern Mathematik und Sprache seien so tief, dass sie nach Wiederholung der zweiten Sekundarklasse kaum auf einem Niveau sein würden, das die Berufswahlchancen verbessere. Mit einem guten Realschulabschluss seien die Möglichkeiten mindestens gleich gut oder gar besser.

5.3. Die Vorinstanz hat den Rekurs mit der Begründung gutgeheissen, es sei nicht ersichtlich, inwiefern die schwerwiegenden persönlichen Umstände, mit denen L. im fraglichen Schuljahr konfrontiert worden sei, bei der Ermessensausübung berücksichtigt worden seien. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Schulrat «gerade auch aus diesen Gründen» (Schlusssatz der angefochtenen Verfügung) die weitere Beschulung in der dritten Realklasse als beste Lösung erachtet habe. Diese Schlussfolgerung lasse sich jedenfalls nicht auf die Empfehlung seines Klassenlehrers abstützen. L. lebe seit Frühjahr 2013 nicht mehr mit seinem Vater und seiner älteren Schwester zusammen. Diese Umstände und die wegen der körperlichen Beschwerden notwendig gewordene Ritalin-Einnahme seien so schwerwiegend, dass sie im Rahmen des Ermessensentscheids Niederschlag hätten finden müssen. Zwar könnten gewisse Defizite von L. in Bezug auf Arbeitshaltung und Einsatz angesichts der Noten und der mehrheitlich negativen Leistungsbeurteilung des Lehrers nicht in Abrede gestellt werden. Nachvollziehbar sei aber auch, dass sich L. im neuen schulischen Umfeld zunächst habe zurechtfinden müssen. Der Vermerk des Klassenlehrers, der Schüler sei «überbewertet» worden, greife deshalb zu kurz. Mit einer Wiederholung könne L. vom bereits erlernten Stoff profitieren, diesen vertiefen und leistungsmässig Anschluss finden. Die Möglichkeit, in die dritte Realklasse zu

wechseln, stehe ihm im Anschluss daran noch immer offen. Wäge man sämtliche Umstände ab, sei es gerechtfertigt, L. die Chance einzuräumen, die zweite Sekundarklasse zu wiederholen, dies nicht zuletzt deshalb, weil die Notensumme mit 11,4 zwar tief sei, jedoch noch nicht am unteren Ende der Spanne liege, innerhalb der sogar die definitive Promotion angeordnet werden könne.

5.4. In der Beschwerdeergänzung brachte die Beschwerdeführerin vor, die persönlichen Umstände, namentlich die Scheidung der Eltern, seien beim Aufnahmegespräch im August 2014 nicht thematisiert worden, wohl aber L.s gesundheitliche Beeinträchtigungen. Der Junge habe sich schnell in die Klasse integriert, habe aber Mühe gehabt, dem Unterrichtsstoff zu folgen. Die schwachen Leistungen hätten sich durch das ganze Jahr hindurch gezogen, und L. sei nicht fähig gewesen, seine Lücken in den Sprachfächern aufzuarbeiten. Dafür habe er den Stoff zu Hause zu wenig vertieft und sei mit seinen Arbeiten zu schnell zufrieden gewesen. Persönliche Umstände wie eine Scheidung oder die Umstellung zwischen Schultypen müssten geltend gemacht werden, wenn sie auftreten und nicht erst wenn Konsequenzen drohen würden. Obwohl mehrere Kontakte zwischen Eltern und Lehrpersonen stattgefunden hätten, sei dies kein Thema gewesen. Andernfalls hätte man L. unterstützt. Bezeichnenderweise habe die Mutter während der Anhörung nicht über die Scheidungssituation gesprochen, vor allem gehe es ihr um ein besseres Bewerbungszeugnis. Anzumerken sei, dass L.s besondere Umstände im Rahmen der Ermessensausübung durchaus berücksichtigt worden seien. Zwar habe sie die Verfügung vom 27. Juni 2014 nur knapp begründet. Es entspreche jedoch der Lebenswirklichkeit, dass sich Schulräte intensiv über die Vor- und Nachteile einer Nichtpromotion und deren Auswirkungen auf das Leben eines jungen Menschen austauschen würden. Auch wenn letztlich nur die Beschlüsse protokolliert würden, sei hiervon auch im konkreten Fall auszugehen. Dies habe die Vorinstanz verkannt. Im Übrigen stütze sich der Schulrat bei seinen Promotionsentscheiden auf Ergebnisse der pädagogischen Forschung und Lehre ab und verfüge im Gegensatz zur Vorinstanz über umfassende und aktuelle pädagogische Kenntnisse. Die Lehre empfehle, Klassen-Wiederholungen nur in Ausnahmefällen zu bewilligen. Unter anderem verwies die Beschwerdeführerin auf ein Zeitungsinterview mit dem aargauischen Volksschulleiter, der äusserte, diese Massnahme nütze bekanntlich nichts und verursache lediglich Kosten.

6.

6.1. Unter (Verwaltungs-)Ermessen versteht man einen gesetzlich eingeräumten Entscheidungsspielraum. Er entsteht, wenn die Rechtsfolge einer Rechtsnorm nicht eindeutig festgelegt ist. Dadurch soll der rechtsanwendenden Behörde ermöglicht werden, eine Entscheidung im Einzelfall sachgemäss zu treffen. Art. 36 Abs. 2 Promotionsreglement räumt der zuständigen Behörde sog. Auswahlermessen ein. Wenn eine Schülerin oder ein Schüler nach der zweiten Sekundarklasse nicht promoviert wird, steht der Übertritt in die dritte Realklasse oder die Wiederholung der zweiten Sekundarklasse offen. Die Ausübung des Ermessens durch die erstverfügende Behörde ist nicht beliebig, sondern hat gestützt auf allgemeine Rechtsprinzipien

zweckmässig und angemessen zu erfolgen. Das gilt auch für die Rechtsmittelinstanz, sofern und soweit sie die Ermessensausübung überprüfen kann (zum Ganzen vgl. Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 739 f. mit Hinweisen). Wo der Gesetz- oder Verordnungsgeber Ermessen einräumt, erwartet er von den Verwaltungsbehörden, dass sie sachliche Entscheidungen treffen und den besonderen Umständen des konkreten Falles angemessene Rechtsfolgen anordnen (Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2013 Rz. 1526 mit Hinweis). Damit sachlich verbunden ist die Pflicht, Verfügungen – zumindest in streitigen Fällen – entsprechend schriftlich zu begründen (vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP). Verletzen Verwaltungsbehörden diese Pflichten, indem sie auf sachliche Unterscheidungen verzichten, obwohl der Gesetz- oder Verordnungsgeber einen differenzierten Entscheid für nötig hält, bedeutet das eine Ermessensunterschreitung. Das Ermessen wird diesfalls rechtsfehlerhaft ausgeübt, wogegen die mit voller Kognition prüfenden Rekursinstanzen und auch das nur zur Rechtskontrolle befugte Verwaltungsgericht (vgl. Art. 61 Abs. 1 VRP) einzugreifen haben.

6.2. Aus der Beschwerdebegründung ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin Klassenwiederholungen gegenüber äusserst kritisch eingestellt ist. Sie teilt offenbar die in der pädagogischen Lehre teilweise vertretene Meinung, Wiederholungen nur in Ausnahmefällen anzuordnen. Diese Wertung lässt sich dem Promotionsreglement jedoch nicht entnehmen. Dessen Art. 36 stellt in der streitigen Konstellation Repetition und Übertritt in die dritte Realklasse als gleichwertige Alternativen gegenüber. Ungeachtet der pädagogischen Kenntnisse des Schulratspräsidenten – dieser ist Dozent für Pädagogik an der Pädagogischen Hochschule St. Gallen – ist deshalb im Einzelfall zu begründen, weshalb die eine der anderen Lösung im konkreten Fall vorzuziehen ist. Mit einem allgemeinen Verweis auf Forschungsergebnisse ist diesem Erfordernis nicht beizukommen. Der Verfügung vom 26. Mai 2014 ist zwar zu entnehmen, dass der Schulrat eine Wiederholung der zweiten Sekundarklasse wegen der tiefen Noten in den Fächern Mathematik und Sprache und wegen Schwächen bei der Selbständigkeit, Konzentrationsfähigkeit, Ausdauer und Sorgfalt nicht als sinnvoll erachtete. Tiefe Noten allein können indessen nicht ausschlaggebend sein, denn sie sind Voraussetzung für eine Nichtpromotion. Zudem stellt sich aufgrund der im Beschwerdeverfahren geäusserten generellen Vorbehalte die Frage, ob die Ermessensausübung nicht bereits durch im Promotionsreglement nicht vorgesehene Wertentscheidungen vorweggenommen worden ist. Fragezeichen ergeben sich zudem bei der – für die Vorinstanz letztlich entscheidenden – Berücksichtigung der nicht von der Hand zu weisenden erschwerenden persönlichen Umstände des Schülers. Die Beschwerdeführerin macht zum einen geltend, diese Problematik hätte früher aufgegriffen werden müssen, sei aber von den Eltern nie thematisiert worden. Zum andern will sie genau diese individuelle Situation beim Ermessensentscheid berücksichtigt haben. Es entspreche der Lebenswirklichkeit, dass man sich mit einer Nichtpromotion intensiv auseinandersetze, auch wenn letztlich nur Beschlüsse und nicht die Voten der einzelnen Schulräte protokolliert würden. Inwiefern dies zutrifft, ist

fraglich. Denn der Grundsatzentscheid, L. der dritten Realklasse zuzuweisen, wurde nach Angabe der Beschwerdeführerin auf dem Zirkulationsweg gefällt, gleichwohl er nach Anhörung der Mutter noch definitiv beschlossen wurde. Im Zirkulationsverfahren gibt es naturgemäss keinen Raum für mündliche Diskussionen, die zu protokollieren wären. Dafür, dass sich die Schulräte schriftlich über den Entscheid ausgetauscht hätten, gibt es weder in den Akten noch in der Verfügungsbegründung Hinweise.

6.3. Im Gegensatz dazu ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid, den Beschwerdeeingaben und den Verfahrensakten nicht, dass die Vorinstanz rechtsfehlerhaft entschieden hätte. Dass sie zu einem anderen Ergebnis gelangt ist als die Beschwerdeführerin, mag in deren Augen zwar ärgerlich sein, bietet jedoch keinen Anlass für Anfeindungen. Die Vorinstanz hat sich mit den Verfahrensakten eingehend auseinandergesetzt, die Ermessensausübung der Beschwerdeführerin kritisch überprüft und ist zu einem Ergebnis gelangt, das überzeugt und jedenfalls nicht mit Ermessens- oder anderen Rechtsfehlern behaftet ist. Dies bringt die Beschwerdeführerin auch nicht vor. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass sie ohne Not in den Ermessensspielraum der Beschwerdeführerin eingegriffen hätte.

7. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz den Sachverhalt nicht ungenügend abgeklärt. Schon im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, wonach der Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln ist (vgl. Art. 12 Abs. 1 VRP), nur beschränkt. Es sind nur die von den Beteiligten angebotenen und die leicht zugänglichen Beweise über erhebliche Tatsachen aufzunehmen, wenn zur Wahrung des öffentlichen Interesses keine besonderen Erhebungen nötig sind (vgl. Art. 12 Abs. 2 VRP). Es ist grundsätzlich Sache der Beteiligten, den Verfahrensgegenstand zu bezeichnen und die geeigneten Beweise dafür anzubieten. Dies gilt auch für «Gegenparteien»; insofern besteht eine Substantiierungslast der Beteiligten bzw. eine gewisse Begründungsobliegenheit (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 603 ff.). Im Rechtsmittelverfahren ist der Untersuchungsgrundsatz weiter eingeschränkt. Die Rekurrenten bzw. Beschwerdeführer trifft eine Behauptungslast; sie sind zur Darstellung des Sachverhalts verpflichtet (vgl. Art. 48 Abs. 1 VRP; Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 610). Die übrigen Verfahrensbeteiligten können sich zu den Rechtsmitteleingaben vernehmen lassen, wobei auch dies eine verfahrensrechtliche Obliegenheit darstellt. – Die Beschwerdeführerin hat ihre Stellungnahme im Rekursverfahren knapp gehalten, indem sie sich inhaltlich nicht über das hinaus äusserte, was sie nicht bereits in der (ebenfalls sehr knapp begründeten) Verfügung erläutert hatte. Insbesondere geht aus der Rekursvernehmlassung nicht hervor, weshalb die von den heutigen Beschwerdegegnern geltend gemachten besonderen Umstände noch zusätzlich für den Übertritt in die Realschule sprachen. Vor diesem Hintergrund musste die Vorinstanz keine zusätzlichen Abklärungen treffen und durfte reformatorisch entscheiden.

8. Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, der angefochtene Rekursentscheid wirke sich rechtsungleich auf ähnliche Fälle aus, die künftig und in Vergangenheit jeweils zu Ungunsten einer Wiederholung gefällt würden bzw. bereits

worden seien. Alle Kinder könnten derartige persönliche Umstände geltend machen, zumal sie in der Sekundarschule in der Pubertät seien und sich so oder so in einer Findungsphase befänden. L. sei auch nicht das einzige Kind, welches sich mit der Scheidung seiner Eltern während der Oberstufenzeit abfinden müsse. Kein besonderer Umstand sei ferner, dass L. aus einer anderen Gemeinde zugezogen sei. Aufgrund der Repetition werde L. die zweite Sekundarklasse automatisch etwas besser abschliessen und selbst dann den Sekundarschulabschluss erreichen, wenn seine Leistungen im dritten Oberstufenschuljahr wieder ungenügend sein sollten. Die von der Vorinstanz initiierte Praxis führe zu einer Zweiklassengesellschaft. Wer über die notwendigen Kenntnisse und finanziellen Mittel verfüge, könne eine Wiederholung bewirken und verschaffe sich dadurch einen vermeintlichen Vorteil für die Berufswahl. Sinn und Zweck des Promotionsreglements werde dadurch ausgehebelt, und eine Zuweisung in die dritte Realklasse würde faktisch nicht mehr stattfinden.

Dem ist erstens zu entgegnen, dass allenfalls bereits anders entschiedene ähnliche Fälle einen Rechtsmittelentscheid nicht präjudizieren können und der Gutheissung eines Rechtsmittels per se nicht entgegenstehen. Das Gleichbehandlungsgebot ändert hieran nichts. Zweitens zeigen die Ausführungen der Beschwerdeführerin auch hier, dass sie sich bei ihrer Ermessensausübung nicht von der besonderen Situation leiten liess. So hält sie fest, die von der Vorinstanz angeführten Gründe träfen in der einen oder anderen Form auf sämtliche möglichen Repetenten der zweiten Sekundarstufe zu. Dem ist nicht zuzustimmen. Die gesundheitlichen und familiären Herausforderungen, mit denen L. im zweiten Oberstufenschuljahr konfrontiert worden ist, übersteigen das für einen pubertierenden Jugendlichen gewöhnliche Mass. Wenn die Beschwerdeführerin künftig solche einzelfallbezogene Umstände in ihre Wertungen mit einbezieht und dies aus der Begründung ihrer Promotionsentscheide ersichtlich wird, ist auch die Befürchtung unbegründet, in Zukunft alle nicht promovierten Schülerinnen und Schüler die zweite Sekundarklasse repetieren lassen zu müssen.

1 SchBl 2008 Nr. 7–8 sowie 2012 Nr. 3

10

Art. 53bis VSG (sGS 213.1). Kann sich eine Hochbegabung in der öffentlichen Schule am Aufenthaltsort nicht entfalten, gestattet der Schulrat den Besuch einer den Erziehungs- und Bildungsauftrag erfüllenden und am Standort anerkannten Schule für Hochbegabte. Die Beschwerdeführerin ist zwar überdurchschnittlich begabt, jedoch ist ihre Hochbegabung auch nach zweimaliger Abklärung durch den Schulpsychologischen Dienst nicht nachgewiesen. Da sie bereits an einer Privatschule unterrichtet wurde, bevor Abklärungen getroffen worden waren, hatte die öffentliche Volksschule zudem keine Möglichkeit, sie weitergehend zu fördern. Unter diesen Umständen trifft die Schulgemeinde keine Pflicht, das Schulgeld der privaten Beschulung zu übernehmen.

Verwaltungsgericht, 27. November 2015
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 2C_10/2016 vom 18. Juli 2016)

Die gegen Ende September 2002 geborene Beschwerdeführerin trat im August 2008 nach einem Jahr Kindergarten vorzeitig in die 1. Klasse der Primarschule ein. Im Schuljahr 2011/12 besuchte sie die 4. Klasse. Eine Abklärung durch den Schulpsychologischen Dienst des Kantons St. Gallen (SPD) vom 21./23. Februar 2012 ergab anhand zweier Testverfahren ein überdurchschnittliches Leistungspotenzial, nicht aber eine Hochbegabung der Beschwerdeführerin. Bei diesem Befund könne kein Antrag auf Besuch einer Schule für Hochbegabte gestellt werden. Als Kind mit guter Begabung könne die Beschwerdeführerin grundsätzlich in der Regelklasse beschult und spezifisch gefördert werden. Ab 23. April 2012 liessen die Eltern die Beschwerdeführerin zunächst in der Privatschule «R.», später in der Privatschule «S.» unterrichten. Nach einer neuerlichen Abklärung hielt der Schulpsychologische Dienst am 11. September 2012 fest, bei der Beschwerdeführerin könne von intellektuellen Fähigkeiten im überdurchschnittlichen Bereich, nicht aber von einer Hochbegabung gesprochen werden. Auf Gesuch der Eltern vom 25. November 2012 erteilte der Schulrat eine freiwillige Kostengutsprache von CHF 4000 für die private Beschulung der Beschwerdeführerin in der Zeit vom 1. Dezember 2012 bis 31. Juli 2014. Eine von den Eltern als Privatgutachterin beigezogene Psychologin kritisierte Vorgehensweise und Ergebnisse der Untersuchungen durch den Schulpsychologischen Dienst und kam nach einer eigenen Abklärung am 12. Februar 2013 zum Schluss, die Beschwerdeführerin sei tatsächlich hochbegabt. Ein erneutes Gesuch der Eltern, die Kosten für die Beschulung an den Privatschulen ab 23. April 2012 und die Fahrspesen zu übernehmen, wies der Schulrat am 3. April 2013 ab. Am 6. August 2013 wies er die Beschwerdeführerin ab dem Schuljahr 2013/14 – ohne Rückwirkung – unter Kostengutsprache für Schulgeld und Material, nicht aber für den Schulweg, der sie unterrichtenden Privatschule zu.

Gegen die Verfügung vom 3. April 2013 erhob die Beschwerdeführerin Rekurs beim Erziehungsrat. Am 21. Mai 2014 wies der Erziehungsrat den Rekurs ab, soweit er darauf eintrat. Er stellte auf die beiden Gutachten des Schulpsychologischen Dienstes ab. Die Differenzen zum Privatgutachten seien begründbar. Dass die Beschwerdeführerin am Ende des Schuljahres 2013/14 bereits den Stoff der 6. Primarklasse absolviert und im Frühjahr 2014 die Aufnahmeprüfung an das Untergymnasium bestanden habe, leuchte ein, zumal sie überdurchschnittlich begabte sei und an einer privaten Schule für vorwiegend leistungsstarke Schülerinnen und Schüler mittels zusätzlicher pädagogischer Ressourcen und hoch individualisiert unterrichtet werde. Allein daraus könne nicht auf eine anspruchsbegründende Hochbegabung geschlossen werden. Das Verwaltungsgericht weist die gegen den Rekursentscheid erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1. Art. 19 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) gewährleistet einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Nach Art. 62 Abs. 1 und 2 BV sorgen die für das Schulwesen zuständigen Kantone für den ausreichenden, allen Kindern offenstehenden, an öffentlichen Schulen unentgeltlichen obligatorischen Grundschulunterricht. Die aufgrund von Art. 19 BV garantierte «ausreichende» Grundschulung muss für den Einzelnen angemessen und geeignet sein bzw. genügen, um ihn angemessen auf ein selbstverantwortliches Leben im Alltag vorzubereiten. Aus Art. 19 BV ergibt sich mithin ein Anspruch auf eine den individuellen Fähigkeiten des Kindes und seiner Persönlichkeitsentwicklung entsprechende unentgeltliche Grundschulausbildung an einer öffentlichen Schule. Der Anspruch wird verletzt, wenn die Ausbildung des Kindes in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Chancengleichheit nicht mehr gewahrt ist bzw. wenn es Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten.

Wie andere soziale Grundrechte gewährleistet auch der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht nur einen Mindeststandard. Der grundrechtliche Anspruch umfasst daher nur ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen. Ein Mehr an individueller Betreuung, das theoretisch möglich wäre, kann daraus mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht abgeleitet werden. Mit anderen Worten ist der verfassungsmässige Anspruch auf ausreichenden unentgeltlichen Grundschulunterricht nicht gleichbedeutend mit dem Anspruch auf die optimale bzw. geeignetste Schulung eines Kindes (zum Ganzen vgl. BGE 138 I 162 E. 3 mit Hinweisen; BGer 2P.216/2002 vom 5. Februar 2003 E. 4 f.)

2.2. Die kantonale Schulgesetzgebung konkretisiert den verfassungsmässigen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht – soweit es hier interessiert – wie folgt: Das im Kanton wohnhafte Kind hat das Recht, jene

öffentliche Schule oder anerkannte private Sonderschule zu besuchen, die seinen Fähigkeiten entspricht und deren Anforderungen es erfüllt (Art. 51 des Volksschulgesetzes, sGS 213.1, VSG). Dem Grundsatz nach hat es die öffentliche Schule am Ort zu besuchen, wo es sich aufhält (vgl. Art. 52 VSG). Der Schulrat gestattet ihm aber den Besuch einer (privaten) Schule für Hochbegabte, wenn eine Hochbegabung sich in der öffentlichen Schule am Aufenthaltsort nicht entfalten kann und die Schule den Erziehungs- und Bildungsauftrag erfüllt und am Standort öffentlich anerkannt ist. Die Regierung bezeichnet die Voraussetzungen für den Besuch einer Schule für Hochbegabte, die anerkannten Schulen und den Beitrag der Schulgemeinde an das Schulgeld durch Verordnung (vgl. Art. 53bis Abs. 1 und 2 VSG).

2.2.1. Nach dem Willen des Gesetzgebers (Botschaft und Entwurf der Regierung vom 10. Januar 2006 zum IX. Nachtrag zum Volkschulgesetz, ABl 2006 S. 173 ff.) ist diese Bestimmung restriktiv auszulegen. Intellektuell besonders begabte Kinder sind primär mit verschiedenen pädagogisch-didaktischen Mitteln im Klassenverband zu schulen. Dazu gehören etwa individualisierte oder erweiterte Lernformen, eigenständiges Lernen, kooperatives bzw. interaktives Lernen, offener Unterricht sowie angereicherte, beschleunigte oder selbst bestimmte Lerninhalte. Daneben sind auch schulhausweite Angebote wie klassenübergreifender Unterricht, Schüleraustausch, Projektgemeinschaften oder Fördertage möglich. In der Volksschule sind unter dem Titel «Nachhilfeunterricht» nach Art. 34 Abs. 1 lit. b VSG weiter Einzel- oder Gruppen-Förderstunden denkbar. Zudem bestehen in der Volksschule die beiden besonderen Massnahmen «Vorverlegung der Schulpflicht» (Art. 47 VSG) und «Überspringen einer Klasse» (Art. 31bis VSG). Vorwiegend in der Primarschule gibt es laut Botschaft eine Handvoll Schulkinder, denen der lehrplanmässige Unterricht samt diesen Fördermassnahmen nicht gerecht wird. Der Erziehungsrat habe im Rahmen seiner Rekurspraxis durch Lückenfüllung Vorgaben für diese Fälle gemacht: Höchstbegabten Schülerinnen und Schülern, für die nachgewiesen sei, dass alle schulinternen Fördermassnahmen einschliesslich Überspringen der Klasse erfolglos waren und für die der Schulpsychologische Dienst durch schriftliches Gutachten für den Fall des Verbleibens in der Klasse eine gravierende Beeinträchtigung voraussage, sei eine unkonventionelle Schulung zu ermöglichen und mitzufinanzieren (vgl. GVP 2001 Nr. 86). Die Gesetzesbestimmung von Art. 53bis VSG schaffe im Verbund mit dem späteren Verordnungsrecht nachträglich auch eine Grundlage für diese lückenfüllende Rekurspraxis des Erziehungsrates zur ausserschulischen Förderung eines intellektuell höchstbegabten Volksschul-Kindes.

2.2.2. Von ihrer Verordnungskompetenz hat die Regierung im Hinblick auf die Förderung intellektuell höchstbegabter Schulkinder bislang nur unvollständig Gebrauch gemacht. Aus Art. 11^{quater} der Verordnung über den Volksschulunterricht (sGS 213.12) ergibt sich einzig, dass das Bildungsdepartement den Schulrat im besonderen Fall ermächtigen oder verpflichten kann, einem intellektuell hochbegabten Schüler den Besuch einer Schule für Hochbegabte zu gestatten, und es den Beitrag der Schulgemeinde an das Schulgeld bestimmt.

2.2.3. Der angefochtene Entscheid stützt sich auf das «Konzept Hochbegabtenförderung im Kanton St. Gallen», erlassen vom Erziehungsrat am 23. November 2011 (vgl. www.schule.sg.ch). Demnach werden intellektuell hochbegabte Kinder und Jugendliche primär durch die Regelschule mit niederschwelligen Massnahmen angemessen unterstützt. Die Begabungs- und Begabtenförderung findet auf mehreren Ebenen statt, und zwar durch Anreicherung (zusätzliche, vertiefende Angebote bzw. eine Unterrichtsgestaltung, die durch Differenzierung und Individualisierung den unterschiedlichen Begabungen aller entgegenkommt) und Straffung (Verkürzung des Lernstoffes). Nebst der Förderung im Klassenzimmer kommen nach diesem Konzept klassenübergreifende Anreicherungs- und Ergänzungsangebote zum Zug (Interessen- oder Leistungsgruppen, Ressourcenzimmer, Experimentierräume, Unterstützung durch Fachexpertinnen und Fachexperten). Soweit die Begabungsförderung nicht in den Regelklassenunterricht eingebunden ist, kann sie unter Anrechnung des zusätzlichen Pensenpools – je 100 Schülerinnen und Schülern steht eine zusätzliche Lektion zur Verfügung, bei kleineren Schulgemeinden jedoch wenigstens zwei (vgl. Art. 30 der Weisungen über die fördernden Massnahmen vom Februar 2006, in: Schulblatt 2006, Nr. 7–8) – in ergänzendem Einzel- oder Gruppenunterricht erfolgen.

Das Konzept Hochbegabtenförderung verweist ferner auf die Voraussetzungen von Art. 31 VSG, wonach ausserordentlich begabte und sozial reife Schüler mit Zustimmung der Eltern und nach Anhören des Lehrers eine Klasse überspringen können. Voraussetzungen sind intellektuelle Fähigkeiten im oberen Bereich, überdurchschnittliche Leistungen in mehreren Fachbereichen sowie hohes Durchhaltevermögen und hohe Motivation. In gleichem Zusammenhang wird der vorzeitige Übertritt vom Kindergarten in die Primarschule aufgeführt, der, sofern es der Entwicklungsstand des Kindes erlaubt, eine weitere Massnahme der Akzeleration ist und bei besonderen Begabungen erlaubt, die Zeit, in der die Lernziele erreicht werden, zu verkürzen.

Unter dem Titel «Förderung im besonderen Fall» nennt das Konzept Hochbegabung die Bedingungen, unter denen der Schulrat Schülerinnen und Schüler, deren intellektuelle Hochbegabung mit Begabungsverzerrungen bzw. Schulschwierigkeiten einhergeht, einer besonderen (Privat-)Schule zuweisen kann. Kumulativ müssen

– die dem öffentlichen Volksschulträger zur Verfügung stehenden niederschwelligen Möglichkeiten der Begabtenförderung ausgeschöpft worden sein;
– eine Klasse übersprungen worden sein;
– dem Kind durch ein Gutachten des SPD zum einen ein weit überdurchschnittliches Potenzial im Sinn einer Höchstbegabung attestiert und zum andern bei einem Verbleib in der öffentlichen Volksschule die Gefahr von Lern-, Leistungs- oder Verhaltensstörungen prognostiziert worden sein.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist die Herkunftsgemeinde mit Blick auf die verfassungsmässige Unentgeltlichkeit des Grundschulunterrichts zur Übernahme eines angemessenen Schulgeldes verpflichtet (zum Ganzen vgl. Ziff. 3 des Konzepts Hochbegabung).

2.3. Die Vorinstanz hielt fest, die kumulativen Kriterien für die Zuweisung der Beschwerdeführerin in eine Schule für Hochbegabte seien konkret nicht erfüllt. Der SPD habe in zwei Gutachten festgestellt, dass diese zwar überdurchschnittlich begabt, jedoch nicht hochbegabt im Sinn von Art. 53bis VSG sei. Diese Feststellung könne durch die eingereichten Privatgutachten nicht erschüttert werden. Zudem ergebe sich aus den Akten, dass die dem öffentlichen Schulträger zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Begabtenförderung noch nicht ausgeschöpft worden seien, als die Beschwerdeführerin im April 2012 auf Initiative ihrer Eltern in die Privatschule «R.» übergetreten sei. Bereits im Gutachten des SPD vom 3. April 2012 und im vorangegangenen Gespräch seien vom SPD Möglichkeiten zur Förderung der Beschwerdeführerin in der Regelschule aufgezeigt worden. Die Beschwerdegegnerin habe die Eltern zudem mit Schreiben vom 19. Juni 2012 darauf hingewiesen, dass die Schulsituation bei einem Wiedereintritt der Beschwerdeführerin zu klären sei, und habe damit ihre Bereitschaft signalisiert, die vom SPD vorgeschlagenen Massnahmen zur Begabtenförderung umzusetzen. Auch im Gutachten des SPD vom 11. September 2012 fänden sich Empfehlungen zur erneuten Beschulung der Beschwerdeführerin in der Regelschule. Diese seien im Gespräch mit den Eltern am 19. September 2012 konkretisiert worden und es sei in Aussicht gestellt worden, dass ein allfälliger Wiedereintritt in die öffentliche Volksschule durch Fachpersonen begleitet würde. Insgesamt sei damit offenkundig, dass die Möglichkeiten der Begabtenförderung in der öffentlichen Volksschule noch nicht ausgeschöpft worden seien, weshalb die Zuweisung zu einer Schule für Hochbegabte auch unter diesem Aspekt nicht in Frage komme. Unter diesen Umständen sei nicht mehr zu prüfen, ob bei weiterer Beschulung in der öffentlichen Volksschule die Gefahr von Lern-, Leistungs- oder Verhaltensstörungen bestanden hätte. Immerhin sei aber festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nach Ansicht sowohl der Beschwerdegegnerin als auch des SPD jederzeit hätte in der Regelschule unterrichtet werden können, ohne dass die Gefahr von Störungen der erwähnten Art bestanden hätte.

2.4. Die Beschwerdeführerin lässt geltend machen, schon die Umstände, dass sie mittlerweile zwei Klassen übersprungen habe und die Aufnahmeprüfung an das Untergymnasium der Kantonsschule Burggraben bestanden habe, indizierten ihre Hochbegabung. Zudem habe die Vorinstanz bei der Ermittlung ihrer Intelligenz zu Unrecht auf die Klassennorm statt auf die Altersnorm abgestellt. Da sie im Zeitpunkt der Abklärung bereits eine Klasse übersprungen habe, sei ihr Intelligenzquotient (IQ) von 134 auf 124 Punkte «gedrückt» worden. Richtigerweise müsse der IQ im Verhältnis zum Alter festgelegt werden, wie die Privatgutachterin festgehalten habe. Gleiches habe selbst der Direktor des SPD eingeräumt; nach wie vor gegenteiliger Ansicht sei lediglich die Wiler Regionalstellenleiterin des SPD.

2.4.1. Nach der ersten Abklärung einer allfälligen Hochbegabung durch den SPD (21. und 23. Februar 2012) konstatierte die Schulpsychologin ein überdurchschnittliches Leistungspotenzial und eine klar gute Begabung, jedoch keine Hochbegabung. Wie sich aus der Stellungnahme des SPD vom 13. Dezember 2013 ergibt, ist der

Intelligenzquotient bei der Frage nach einer Hochbegabung ein wesentliches Kriterium, das ab einem Wert von 130 erfüllt ist. Der SPD ermittelte bei der ersten Abklärung aufgrund des «HAWIK-IV» Tests einen Gesamt-IQ von 119, wobei sich bei keinem der Teilbereiche Sprachverständnis, Wahrnehmungsgebundenes Logisches Denken, Arbeitsgedächtnis und Verarbeitungsgeschwindigkeit ein Wert im Bereich der Hochbegabung ergab. Dieser Test ist – so der SPD – ausdrücklich zur Abklärung einer Hochbegabung empfohlen. Ergänzend wurde der IQ nach dem Verfahren «CFT-20R» ermittelt. Im gleichen Schreiben führte der SPD aus, dieses Verfahren ermittle Teilaspekte der Intelligenz und werde somit auch nur ergänzend in die Beurteilung der Fragestellung einbezogen. Nach der Klassennorm der 4. Klasse sei hierbei ein Wert von 124 gemessen worden. Die Altersnorm hätte hingegen einen Wert von 134 ergeben, sei aber nicht beigezogen worden, weil eine breit abgestützte Altersnorm schon dem «HAWIK-IV» habe entnommen werden können. An der gesamten Beurteilung hätte sich hingegen auch nichts geändert, wenn dieser Wert zusätzlich mit einbezogen worden wäre. Der Direktor des SPD hielt in seiner Stellungnahme an die Vorinstanz vom 13. Dezember 2013 fest, richtigerweise hätte beim «CFT 20-R» auf die Altersnorm abgestellt werden müssen. Allerdings handle es sich um ein ergänzendes Verfahren, welches eine zusätzliche Bestätigung zu einem entsprechenden Ergebnis im Test «HAWIK-IV» sein könnte. Für sich allein sei die Aussagekraft des «CFT 20-R» im Hinblick auf die schulische Relevanz beschränkt. Beim zweiten SPD-Untersuch – d.h. am 3. September 2012 – habe aufgrund zu befürchtender Lerneffekte mit dem «PSB-R-Horn» ein anderes Intelligenzprüfverfahren gewählt werden müssen. Auch hier habe die Beschwerdeführerin mit einem IQ von 119.5 nicht im hochbegabten Bereich eingestuft werden können.

2.4.2. Die Beschwerdeführerin rügt konkret lediglich, dass ihr IQ nach dem beim ersten Untersuch angewendeten Verfahren «CFT 20-R» aufgrund der Klassennorm und damit falsch bemessen worden sei. Bereits im vorinstanzlichen Verfahren haben sowohl die Leiterin der Regionalstelle Wil als auch der Direktor des SPD eingeräumt, dass hierbei korrekterweise auf die Alters- und nicht auf die Klassennorm abzustellen gewesen wäre. Gleichzeitig äusserten sie aber, dieses Verfahren sei wegen seiner beschränkten Aussagekraft lediglich «ergänzend» anzuwenden und an der gesamten Beurteilung der Situation hätte sich durch Abstellen auf die Altersnorm nichts geändert. Diese Ausführungen haben weder die Privatgutachterin noch die Beschwerdeführerin bestritten. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz hat die Privatgutachterin im vorinstanzlichen Verfahren namentlich nicht geltend gemacht, die Abweichung zwischen Alters- und Klassennorm sei beim «HAWIK-IV» – und damit beim für das Ergebnis entscheidenden Test – entstanden. Mit dem SPD ist demnach davon auszugehen, dass das Verfahren «CFT 20-R» lediglich ergänzend zu verwenden war und deshalb selbst das Abstellen auf die Altersnorm am Gesamtergebnis nichts geändert hätte. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist deshalb unbegründet. Es ist zudem nicht ersichtlich, inwiefern der Umstand, dass sie vorzeitig in das Untergymnasium

übergetreten ist, hieran etwas ändern könnte. Es steht nämlich durchaus fest, dass sie überdurchschnittlich begabt und leistungsbereit ist.

2.5.

2.5.1. Im Hinblick auf die Fördermassnahmen in der Regelschule rügt die Beschwerdeführerin, dass die Klassenlehrerin bereits in der Anmeldung zur schulpsychologischen Diagnostik und Beratung am 27. Januar 2012 vermerkt habe, sie wisse nicht, was sie noch tun könne und sei mit ihren Möglichkeiten am Ende. Sie macht damit sinngemäss geltend, die dem öffentlichen Volksschulträger zur Verfügung stehenden niederschwelligen Möglichkeiten der Begabtenförderung seien im Zeitpunkt ihres Übertritts an die Privatschule ausgeschöpft gewesen. Nachdem bereits feststeht, dass bei der Beschwerdeführerin zu Recht keine Hochbegabung konstatiert worden ist, vermag auch diese Rüge keine Kostentragungspflicht der Beschwerdegegnerin zu begründen.

2.5.2. Im Übrigen greift die Argumentation der Beschwerdeführerin zu kurz, wenn sie einzig auf diese Äusserung der Klassenlehrerin abstellt. Dem Abklärungsbericht des SPD vom 3. April 2012 sind durchaus zusätzliche Förderhinweise zu entnehmen. Zudem ergibt sich daraus, dass diese in jenem Zeitpunkt bereits mit den Eltern und Vertretern der Beschwerdegegnerin erörtert worden waren. Konkret war die Rede von Dispens vom Unterricht während zwei Lektionen pro Woche, um an anderen Projekten zu arbeiten. Auch werde die Lehrperson den Unterricht noch mehr individualisieren sowie mit der Klasse am Thema «Ausgrenzung und Akzeptanz von Individualität» arbeiten. Auch im Gutachten des SPD vom 19. September 2012 finden sich konkrete (Förder-) Hinweise. Diese wurden am 25. September 2012 an einem Gespräch mit den Eltern, dem Schulratspräsidenten, der Schulleiterin, der Schulischen Heilpädagogin, der Klassenlehrerin und drei Vertretern des SPD weiter konkretisiert, indem Differenzierungsmöglichkeiten und begleitende Massnahmen für einen Wiedereintritt der Beschwerdeführerin in die öffentliche Volksschule (Fachperson, die mit der Klasse das Thema Mobbing aufarbeiten soll, Begleitung der Erwachsenen durch dieselbe Fachperson in der Anfangsphase der Rückschulung) festgelegt wurden. Damit liegt auf der Hand, dass die Beschwerdeführerin durchaus auch im Rahmen der öffentlichen Volksschule mit niederschwelligen Massnahmen hätte weiter gefördert werden können. Dass die Eltern dieses Angebot nicht angenommen haben, ist nicht der Beschwerdegegnerin anzulasten.

2.6.

2.6.1. Die Beschwerdeführerin lässt der Beschwerdegegnerin bzw. den «staatlichen Stellen» treuwidriges Verhalten vorwerfen. Am 26. Oktober 2012 habe die Mutter der Beschwerdeführerin der Schulleiterin mitgeteilt, dass diese per 1. Dezember 2012 wieder in die angestammte Schule zurückkehren werde. Die Kriseninterventionsgruppe (KIG) des SPD sei – wie im Beschlussprotokoll vom 25. September 2012 vorgesehen – mit der fachlichen Begleitung dieses Wiedereintritts betraut worden. In einem Gespräch mit einem Mitarbeiter der KIG sei am 12. November 2012 vereinbart worden, dass die Rückkehr der Beschwerdeführerin vorerst sistiert werde und

später, im Januar 2013, ein Gespräch mit der Beschwerdegegnerin stattfinden solle. Auf Veranlassung der KIG habe dieses nicht stattgefunden; man habe sie glauben lassen, dass stattdessen ein weiteres Privatgutachten zu erstellen sei. Kaum habe dieses vorgelegen, sei es ignoriert worden. Letztlich sei also das geplante Gespräch bezüglich Wiedereintritt verschoben worden mit der Begründung, es sei das Privatgutachten abzuwarten, und später sei den Eltern mitgeteilt worden, eben dieses Gutachten sei nicht von Interesse und es ändere nichts.

Treuwidrig sei auch, dass die Beschwerdegegnerin am 3. April 2012 an den SPD herangetreten sei mit der Frage, ob Beitragszahlungen an den Besuch einer Schule für Hochbegabte beantragt werden könnten, weil die Schule keine Fördermöglichkeiten mehr anbieten könne, und jetzt argumentiert werde, die Fördermöglichkeiten seien damals noch gar nicht ausgeschöpft worden.

2.6.2. Der Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. In der Form des Vertrauensschutzes verleiht er den Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 622 f.). Eine Abweichung vom Gesetz nach den Regeln des Vertrauensschutzes kommt dann in Frage, wenn sich der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben auf Zusicherungen der zuständigen Behörde verlassen konnte und gestützt darauf entsprechende Dispositionen getroffen hat. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass sich das Verhalten der Behörde auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht. Notwendig ist eine gewisse Bestimmtheit und Vorbehaltlosigkeit der Auskunft (vgl. z. B. BGE 125 I 267 E. 4.c; 122 II 113 E. 3b/cc mit Hinweisen; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 668 ff mit Hinweisen).

2.6.3. Die Beschwerdegegnerin wäre allenfalls dann zur Übernahme der externen Beschulungskosten ab April 2012 zu verpflichten, wenn sie eine das berechtigte Vertrauen der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Eltern erweckende Auskunft erteilt hätte. Eine solche geht indes aus den Akten nicht hervor und kann insbesondere nicht darin gesehen werden, dass die Klassenlehrerin die Notwendigkeit der schulpsychologischen Abklärung damit untermauert hat, dass sie aus ihrer Sicht die möglichen Fördermöglichkeiten ausgeschöpft habe. Bei der Abklärung ging es in für die Eltern erkennbarer Weise gerade auch darum, zusätzliche Fördermöglichkeiten im Unterricht an der öffentlichen Volksschule zu evaluieren. Im Übrigen haben die Eltern der Beschwerdeführerin spätestens nach dem Schreiben des Amts für Volksschule vom 5. Juni 2012 gewusst, dass der Privatschulbesuch nur finanziert würde, falls der SPD einen entsprechenden Antrag stellen sollte. Da zu keinem Zeitpunkt ein entsprechender Antrag vorlag, durften sie nicht darauf vertrauen, der Privatschulbesuch werde von der öffentlichen Hand finanziert. Dass die bereits zuvor vorgenommene Einschulung ihrer Tochter an der «R.» in K. aus allein eigener, privater Initiative und ohne behördliche Vertrauensgrundlage erfolgt ist, kann aufgrund der Akten ebenfalls nicht in Frage gestellt werden.

Auch kann der Beschwerdegegnerin nicht angelastet werden, sie habe sich geweigert, die Beschwerdeführerin wieder zu beschulen. Hierzu ist einerseits auf den in E. 2.5.2. hiervor geschilderten Aufwand hinzuweisen, der betrieben wurde, um genau dieses Ziel zu erreichen. Zum andern waren es nach der glaubhaften Schilderung des Direktors des SPD die Eltern, welche im Anschluss daran (trotz gegenteiliger Mitteilung an die Beschwerdegegnerin) die weitere Beschulung an der «S.»-Schule favorisierten und vorantrieben. Dass sie unter den gegebenen Umständen auch für die Kosten selbst aufkommen müssten, war ihnen bekannt.

2.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Entscheid nicht rechtsfehlerhaft und die Beschwerde demnach abzuweisen ist. Eine Hochbegabung der Beschwerdeführerin ist nicht nachgewiesen. Weil diese bereits im April 2012 – und damit kurz nach der ersten schulpsychologischen Abklärung – von ihren Eltern in eine Privatschule überwiesen wurde, hatte die Beschwerdegegnerin gar keine Möglichkeit, sie weitergehend zu fördern. Die örtlich möglichen Fördermassnahmen können deshalb nicht als ausgeschöpft gelten. Ferner erweist sich auch der Verweis auf ein angeblich treuwidriges Verhalten der Beschwerdegegnerin als unbegründet.

5. Gesundheit und Soziales

11

Art. 86 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 87 Abs. 1 lit. f HMG (SR 812.21). Strafbarkeit der Widerhandlungen gegen Bestimmungen der Tierarzneimittelverordnung. Widerhandlungen gegen Bestimmungen der Tierarzneimittelverordnung sind nicht strafbar.

Kantonsgericht, Strafkammer, 22. Oktober 2015

Aus den Erwägungen:

III.

3. a) Gemäss Art. 86 HMG macht sich eines Vergehens schuldig, wer die Gesundheit von Menschen gefährdet, indem er vorsätzlich oder fahrlässig (vgl. Art. 86 Abs. 3 respektive Art. 87 Abs. 3 HMG) insbesondere seine Sorgfaltspflichten im Umgang mit Heilmitteln verletzt (Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG), Arzneimittel ohne Zulassung, ohne Bewilligung oder entgegen anderen Bestimmungen des Heilmittelgesetzes herstellt, in Verkehr bringt, verschreibt, einführt, ausführt oder damit im Ausland handelt (Art. 86 Abs. 1 lit. b HMG) oder Heilmittel abgibt, ohne dazu berechtigt zu sein (Art. 86 Abs. 1 lit. c HMG). Bloss eine Übertretung begeht u.a., wer die Tatbestände

nach Art. 86 Abs. 1 HMG erfüllt, ohne dass dadurch die Gesundheit von Menschen gefährdet wird (Art. 87 Abs. 1 lit. f HMG), und wer gegen eine Ausführungsvorschrift, deren Übertretung für strafbar erklärt wird, oder eine unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn gerichtete Verfügung verstösst (Art. 87 Abs. 1 lit. g HMG). Straferhöhend wirkt sich gewerbsmässiges Handeln aus (Art. 86 Abs. 2 und Art. 87 Abs. 2 HMG).

b/aa) Die Berechtigung zur Abgabe von Heilmitteln i.S.v. Art. 86 Abs. 1 lit. c HMG ergibt sich insbesondere aus den Art. 24 und 25 HMG (BSK HMG-Suter, Art. 86 N 23). Danach dürfen Medizinalpersonen verschreibungspflichtige Arzneimittel – unter den Begriff des Heilmittels fallen Arzneimittel gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG und Medizinprodukte gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b HMG (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a HMG) – u. a. entsprechend den Bestimmungen über die Selbstdispensation abgeben (Art. 24 Abs. 1 lit. b HMG). Personen, die zur Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel berechtigt sind, dürfen auch nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel abgeben (Art. 25 Abs. 1 lit. a HMG).

bb) Die Beschuldigten waren als Tierärzte zur Selbstdispensation von Arzneimitteln berechtigt (vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 der Heilmittelverordnung des Kantons St. Gallen [sGS 314.3]). Entsprechend erfüllten sie durch die Abgabe von Tierarzneimitteln an C die Voraussetzungen von Art. 86 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 87 Abs. 1 lit. f HMG nicht. Sie machten sich nicht gemäss dieser Bestimmung strafbar.

cc) Trotz grundsätzlicher Berechtigung zur Abgabe von Heilmitteln kann die Abgabe von Arzneimitteln im Einzelfall dennoch ein Vergehen gemäss Art. 86 Abs. 1 HMG darstellen. Einerseits können mit der Abgabe Sorgfaltspflichten im Umgang mit Heilmitteln verletzt worden sein (Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG). Andererseits umfasst das Inverkehrbringen gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. b HMG auch das Abgeben von Heilmitteln (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. d HMG).

c/aa) Betreffend die den Beschuldigten vorgeworfenen Arzneimittelabgaben liegt kein Fall der fehlenden Zulassung (vgl. BSK HMG-Suter, Art. 86 N 16, unter Verweis auf Art. 9 und 16 HMG) oder Bewilligung (vgl. BSK HMG-Suter, Art. 86 N 17, unter Verweis auf Art. 5, 18, 28, 30, 34 und 35 HMG) i.S.v. Art. 86 Abs. 1 lit. b HMG vor.

bb) Als «andere Bestimmungen dieses Gesetzes» gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. b HMG kommen bloss Vorschriften in Betracht, die zumindest im Grundsatz im Heilmittelgesetz selbst niedergelegt sind. Zu beachten ist insbesondere die generelle Sorgfaltspflicht nach Art. 3 HMG, welche zumindest eine abstrakte Gesundheitsgefährdung voraussetzt (BGer 6B_444/2010 E. 4.2.2). Für darüber hinausgehende Ausführungsvorschriften ist Art. 87 Abs. 1 lit. g HMG zu beachten (BSK HMG-Suter, Art. 86 N 18).

cc) Auch Sorgfaltspflichten sind bloss dann gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG strafrechtlich sanktioniert, wenn sie im Heilmittelgesetz verankert sind. Sorgfaltspflichten, die einzig aus Ausführungsvorschriften hervorgehen, sind nur dann strafbewehrt, wenn ihre Übertretung entsprechend Art. 87 Abs. 1 lit. g HMG im Ausführungsrecht für strafbar erklärt wird (BSK HMG-Suter, Art. 86 N 10).

dd) Nicht jede Widerhandlung gegen eine Ausführungsvorschrift ist somit nach Art. 87 Abs. 1 lit. g HMG strafbar, sondern ausdrücklich nur der Verstoss gegen eine, deren Übertretung für strafbar erklärt wird. Widerhandlungen gegen Ausführungsvorschriften ohne Übertretungsnorm sind nur im Rahmen der Verwaltungsmassnahmen (Art. 66 HMG) sanktionierbar, nicht hingegen nach Art. 87 Abs. 1 lit. g HMG. Der Vorbehalt der ausdrücklichen Strafbarkeit verwirklicht innerhalb des Ausführungsrechts den allgemeinen Grundsatz «nulla poena sine lege». Die Tat muss stets aus dem Heilmittelgesetz selbst als ausdrücklich strafbar ersichtlich sein. Wenn nur und erst das Ausführungsrecht die Widerhandlung spezifiziert, ist die Strafbarkeit nach Art. 87 Abs. 1 lit. g HMG hingegen nur bei einer ausdrücklichen Strafbestimmung im Ausführungsrecht selbst gegeben (BSK HMG-Suter, Art. 87 N 37).

d) Die Verschreibung und die Abgabe von Tierarzneimitteln respektive die damit zusammenhängenden besonderen Pflichten (BSK HMG-Eichenberger, Vor Art. 42 N 1; zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten vgl. insbesondere Art. 3 HMG) sind in Art. 42 HMG geregelt. Danach darf ein Arzneimittel für Tiere nur verschrieben oder abgegeben werden, wenn die verschreibende Person das Tier oder den Tierbestand kennt (Art. 42 Abs. 1 HMG). Ist das Arzneimittel für Nutztiere bestimmt, so muss die verschreibende Person auch deren Gesundheitszustand kennen (Art. 42 Abs. 2 HMG); dasselbe gilt, wenn ein Tierarzt ein Tierarzneimittel ohne Verschreibung direkt abgibt (BSK HMG-Eichenberger, Art. 42 N 8 und 12). Über die Verschreibung und Abgabe von Tierarzneimitteln hat der Tierarzt Buch zu führen (Art. 43 HMG).

Die Tierarzneimittelverordnung (TAMV) konkretisiert die Bestimmungen des Heilmittelgesetzes zur Abgabe von Tierarzneimitteln (BSK HMG-Eichenberger, Art. 42 N 18). Art. 10 Abs. 1 TAMV wiederholt den Grundsatz, dass Tierärzte vor der Verschreibung oder der Abgabe eines Tierarzneimittels, über das insbesondere zufolge Verschreibungspflicht Buch geführt werden muss (Art. 26 TAMV), den Gesundheitszustand des zu behandelnden Nutztieres oder der zu behandelnden Nutztiergruppe persönlich beurteilen müssen (sog. Bestandesbesuch; Art. 10 Abs. 1 TAMV). Tierärzte sowie Tierarztpraxen können jedoch mit Tierhaltern eine schriftliche Vereinbarung über regelmässige Betriebsbesuche und den korrekten Umgang mit Tierarzneimitteln (sog. TAM-Vereinbarung) abschliessen. In diesem Fall können sie Tierarzneimittel auch ohne vorgängigen Bestandesbesuch verschreiben oder abgeben (Art. 10 Abs. 2 TAMV).

Wenn eine TAM-Vereinbarung besteht, muss der Tierarzt, der die Vereinbarung abgeschlossen hat, den betroffenen Betrieb mindestens zweimal pro Jahr besuchen (TAMV Anhang 1 Ziff. 2 Abs. 1), wobei die Besuche angemessen aufs Jahr zu verteilen sind (TAMV Anhang 1 Ziff. 2 Abs. 3). Anlässlich dieser Betriebsbesuche hat der Tierarzt die aktuelle Gesundheitssituation im Bestand, die seit dem letzten Besuch festgestellten gesundheitlichen Probleme sowie die erfolgten Behandlungen und Nachkontrollen, die seit dem letzten Besuch gestellten Indikationen für Prophylaxemassnahmen und Therapien und die Aufzeichnungen zum Tierarzneimitteleinsatz sowie die Tierarzneimittelablage im Stall zu überprüfen und schriftlich zu dokumentieren (TAMV Anhang 1 Ziff. 1).

e/aa) Gemäss Anklageschrift sollen die Beschuldigten eine Gesundheitsgefahr geschaffen haben, indem sie, ohne die Tiere oder den Tierbestand von C respektive den Gesundheitszustand der Tiere zu kennen, verschreibungspflichtige Tierarzneimittel an C abgegeben hätten. Wie eben erläutert (E.III.3.d), ist die Abgabe von Tierarzneimitteln ohne Kenntnis des Gesundheitszustands des Tieres oder des Tierbestandes nicht per se ausgeschlossen, sondern bei Abschluss einer TAM-Vereinbarung möglich und zulässig. Entsprechend ist davon auszugehen, dass der Gesetz- respektive der Verordnungsgeber mit der Tierarzneimittelverordnung abschliessend regelte, welche Sorgfaltspflichten bei der Tierarzneimittelabgabe im Rahmen einer TAM-Vereinbarung zu beachten sind. Die Sorgfaltspflichten von Art. 3 HMG werden diesbezüglich durch die Bestimmungen der Tierarzneimittelvereinbarung konkretisiert und Art. 3 HMG hat in diesem Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung mehr. Damit ein widerrechtliches Verhalten bei der Abgabe von Tierarzneimitteln im Zusammenhang mit einer TAM-Vereinbarung strafbar ist, braucht es entsprechend Art. 87 Abs. 1 lit. g HMG eine Strafnorm in der Tierarzneimittelverordnung; es widerspräche dem Willen des Gesetz- respektive Verordnungsgebers und der Systematik der Rechtsordnung, die Abgabe von Tierarzneimitteln im Zusammenhang mit einer TAM-Vereinbarung einzig gestützt auf Art. 86 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 87 Abs. 1 lit. f und Art. 3 HMG zu sanktionieren.

bb) Die Tierarzneimittelverordnung enthält keine Strafbestimmungen. Wer gegen eine darin angeordnete Pflicht, z. B. die Dokumentation der Bestandesbesuche gemäss TAMV Anhang 1 Ziff. 1, verstösst, macht sich folglich nicht strafbar. Verwaltungsmassnahmen nach Art. 66 HMG sind vorbehalten (vgl. auch BSK HMG-Suter, Art. 87 N 37).

f/aa) Unbestritten und beweismässig erstellt ist, dass zwischen den Beschuldigten und C seit dem 9. August 2005 eine TAM-Vereinbarung für die Tierarten Rind und Schwein bestand.

bb) Widerhandlungen gegen die TAM-Vereinbarung respektive die Bestimmungen der Tierarzneimittelverordnung wurden vom Gesetz- respektive Verordnungsgeber nicht unter Strafe gestellt. Selbst wenn der angeklagte Sachverhalt vorliegen würde, hätten sich die Beschuldigten daher nicht strafbar gemacht. Sie sind entsprechend von der Anklage des vorsätzlichen Vergehens gegen das Heilmittelgesetz (vorsätzliche gewerbsmässige Abgabe von Tierarzneimitteln ohne Berechtigung) freizusprechen.

12

Art. 48 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 7 LMG (SR 817.0) i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK (SR 817.190); Art. 25 StGB (SR 311.0) i.V.m. Art. 48 Abs. 2 LMG (SR 817.0); Art. 26 StGB (SR 311.0). Strafbar im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. g LMG macht sich, wer Lebensmittel transportiert, die, wie er weiss oder bei pflichtgemässer Sorgfalt wissen könnte, so beschaffen sind, dass sie bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit gefährden bzw. dass sie nicht den Anforderungen des Lebensmittelgesetzes entsprechen. Sodann verpflichtet Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK den Tierhalter, Tiere ohne offensichtliche Verunreinigungen zum Schlachten zu bringen. Diese Norm richtet sich zwar an den Produzenten bzw. den Tierhalter und nicht an den (blossen) Transporteur von Schlachtvieh (E.II./3). Transportiert dieser jedoch stark verschmutzte Tiere, kann er als Gehilfe des Tierhalters im Rahmen des Herstellungsprozesses in Erscheinung treten (E.II./4c/cc).

Kantonsgericht, Strafkammer, 6. März 2015

Am 20. Februar 2014 führte X für die Y GmbH einen Schlachtviehtransport von A nach B durch. Am frühen Morgen (04.00 Uhr) lud er drei Ochsen und zwei Rinder auf dem Tierhaltebetrieb von Z auf und transportierte diese nach B, wo er sie im Schlachthof zur Schlachtung abgab. Bei der Schlachttieruntersuchung zeigten die Tiere starke Verschmutzungen auf. Das Fell dieser Tiere war vor allem am Unterbauch und an der Brust mit ausgeprägten und eingetrockneten Mistrollen behangen. Die Vorinstanz sprach X vom Vorwurf der mehrfachen vorsätzlichen Übertretung des Lebensmittelgesetzes frei. Die Strafkammer hob diesen Entscheid auf und verurteilte X der Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen das Lebensmittelgesetz.

Aus den Erwägungen:

II.

1. Nach Art. 48 Abs. 1 lit. g LMG macht sich strafbar, wer vorsätzlich Lebensmittel, Zusatzstoffe oder Gebrauchsgegenstände so herstellt, behandelt, lagert, transportiert oder abgibt, dass sie den Anforderungen des Lebensmittelgesetzes nicht entsprechen. Die Lebensmittelherstellung nach Art. 48 Abs. 1 lit. g LMG erfasst bei Fleischerzeugnissen gemäss Praxis auch den Schlachtprozess (vgl. BGer 6B_652/2011 E. 1.4 und 6B_653/2011 E. 4.4). Art. 7 Abs. 1 LMG verlangt, dass Tiere, soweit sie zum Herstellen von Lebensmitteln verwendet werden, so beschaffen sind, dass die entsprechenden Lebensmittel die menschliche Gesundheit nicht gefährden. Für die Beurteilung massgeblich sind die Fütterung und Pflege (Art. 7 Abs. 2 lit. a LMG). Zur Pflege von Tieren gehört auch die Reinigung. Nach Art. 9 Abs. 1 lit. c der Verordnung vom 23. November 2005 über das Schlachten und die Fleischkontrolle (VSFK; SR 817.190) hat, wer Tiere hält, die zum Schlachten

bestimmt sind, dafür zu sorgen, dass diese ohne offensichtliche Verunreinigungen zum Schlachten gebracht werden. Die amtliche Kontrolle entbindet den Tierhalter nicht von der Pflicht zur Selbstkontrolle (BGer 6B_635/2012 E. 4.1 und 6B_652/2011 E. 1.3). Die Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK soll einen hygienischen Umgang mit Schlachttierkörpern sicherstellen. Sie konkretisiert Art. 7 LMG. Das Schlachten von stark verschmutzten Tieren kann eine Gesundheitsgefährdung der Konsumentinnen und Konsumenten zur Folge haben und verstösst deshalb gegen Art. 48 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 7 LMG.

2. Vorliegend ist erstellt und unbestritten, dass vier Tiere der Rindergattung, die X am Morgen des 20. Februar 2014 von A nach B transportierte und dort im Schlachthof zur Schlachtung abgab, stark verschmutzt waren und nicht den Anforderungen von Art. 7 LMG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK entsprachen. Fest steht aber auch, dass die Verschmutzungen nicht auf den von X durchgeführten Schlachtviehtransport zurückgingen. Die Tiere wurden ihm bereits in stark verschmutztem Zustand auf dem Tierhaltebetrieb von Z in A zum Transport nach B übergeben.

3. Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, dass X als blosser Transporteur von Art. 9 Abs. 1 VSFK nicht erfasst ist. Nach dieser Bestimmung ist (nur) derjenige, der Schlachttiere hält, verpflichtet, dafür zu sorgen, dass diese ohne offensichtliche Verunreinigungen zum Schlachten gebracht werden (Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK). Die Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 VSFK richtet sich demnach an den Produzenten bzw. den Tierhalter und nicht an den Transporteur von Schlachtvieh. Daher ist von einem (echten) Sonderdelikt auszugehen. X ist unbestrittenermassen nicht Tierhalter, weshalb er selbst nicht gegen die Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 VSFK verstossen kann. Die Pflichten des Transporteurs sind demgegenüber in Art. 9 Abs. 3 VSFK festgelegt. Danach müssen unter anderem für den Transport Massnahmen getroffen werden, die geeignet sind, Verunreinigungen der Tiere zu verhindern. Die Staatsanwaltschaft macht jedoch nicht geltend, X habe diese Pflicht verletzt.

4. a) Die Staatsanwaltschaft wirft X vor, er habe die ihm obliegende Pflicht zur Selbstkontrolle nach Art. 23 Abs. 1 LMG i.V.m. Art. 49 Abs. 1 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV; SR 817.02) verletzt. Die Anklagebehörde brachte im Berufungsverfahren weiter vor, würde der Standpunkt vertreten werden, dass Adressat von Art. 9 Abs. 1 VSFK einzig und allein der Tierhalter sei, so sei zu prüfen, ob Gehilfenschaft im Sinne von Art. 48 Abs. 2 LMG i.V.m. Art. 25 StGB gegeben sei.

b/aa) Wer Lebensmittel, Zusatzstoffe und Gebrauchsgegenstände herstellt, behandelt, abgibt, einführt oder ausführt, muss nach Art. 23 Abs. 1 LMG im Rahmen seiner Tätigkeit dafür sorgen, dass die Waren den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Er muss sie entsprechend der «Guten Herstellungspraxis» untersuchen oder untersuchen lassen. Nach Art. 49 Abs. 1 LGV sorgt die verantwortliche Person im Rahmen ihrer Tätigkeit auf allen Herstellungs-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen dafür, dass die gesetzlichen Anforderungen an Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände eingehalten werden, insbesondere in Bezug auf den Gesundheitsschutz,

den Täuschungsschutz sowie den hygienischen Umgang mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen.

bb) Art. 23 LMG erwähnt das Transportieren nicht. Daraus ergibt sich aber bloss, dass der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit desjenigen, welcher gesundheitsgefährdende bzw. nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Lebensmittel lediglich transportiert, nicht damit begründet werden kann, er habe die Lebensmittel nicht im Sinne von Art. 23 LMG entsprechend der «Guten Herstellungspraxis» untersucht bzw. untersuchen lassen (so BGE 124 IV 297 E. 2c/cc). Nicht die Verletzung der Pflicht zur Selbstkontrolle als solche ist aber die strafbare Handlung, sondern das vorsätzliche oder fahrlässige Transportieren von gesundheitsgefährdenden bzw. nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Lebensmitteln. Auch der nicht zur Selbstkontrolle im Sinne von Art. 23 LMG verpflichtete Transporteur macht sich strafbar, wenn er weiss oder bei der nach den konkreten Umständen gebotenen Sorgfalt wissen könnte, dass die von ihm transportierten Lebensmittel gesundheitsgefährdend sind bzw. nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen (BGE 124 IV 297 E. 2c/cc). Strafbar im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. g LMG macht sich demnach auch, wer Lebensmittel transportiert, die, wie er weiss oder bei pflichtgemässer Sorgfalt wissen könnte, so beschaffen sind, dass sie bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit gefährden bzw. dass sie nicht den Anforderungen des Lebensmittelgesetzes entsprechen (BGE 124 IV 297 E. 2c/dd). Das Bundesgericht führte sodann in zwei Entscheiden vom 30. Januar 2012 aus, dass (auch) der Umgang mit lebenden Tieren vom Anwendungsbereich von Art. 48 Abs. 1 lit. g LMG nicht ausgenommen sei, da diese Bestimmung ausdrücklich auch die Herstellung von Lebensmitteln erfasse. Unter «Herstellen» im Sinne des Lebensmittelgesetzes würden alle Fabrikationsprozesse, Herstellungs- und Verarbeitungsvorgänge, das Schlachten sowie die vorgelagerten Produktionsstufen in der Landwirtschaft verstanden (BGer 6B_652/2011 E. 1.4 und 6B_653/2011 E. 4.4).

Aus diesen gesamthaften Ausführungen ist zu schliessen, dass grundsätzlich die Teilnehmer sämtlicher Stufen des ganzen Herstellungsprozesses die jeweiligen Pflichten treffen und somit auch den Transporteur von Schlachtvieh als Teil dieser Kette.

c/aa) Da sich die Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK nicht gegen X als blossen Transporteur richtet (vgl. vorstehend E.II./3), ist im Folgenden die Frage der Teilnahme bzw. der Gehilfenschaft zu prüfen (vgl. Art. 25 StGB).

bb) Vorab ist festzuhalten, dass Gehilfenschaft zu einer Widerhandlung gegen das Lebensmittelgesetz im Sinne von Art. 48 LMG (Übertretung) strafbar ist (vgl. Art. 48 Abs. 2 LMG und Art. 105 Abs. 2 StGB). Strafbar ist aber die Teilnahme an einem echten Sonderdelikt, d.h. auch der Teilnehmer (z. B. ein Gehilfe), den keine Sonderpflicht trifft, unterliegt der Strafdrohung des Sonderdelikts (allerdings obligatorische Strafmilderung, vgl. Art. 26 StGB und BSK StGB-Forster, Art. 26 N 1 f. mit Hinweisen).

Gehilfe ist, wer vorsätzlich in untergeordneter Stellung die Vorsatztat eines anderen fördert (Trechsel/Jean-Richard, in Trechsel/Pieth (Hrsg.), StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 25 N 1). Der Tatbeitrag des Gehilfen ist somit untergeordneter

Natur und für die Verwirklichung des Deliktes nicht derart «wesentlich», dass sie mit ihm «steht oder fällt». Daher erscheint der Gehilfe nach den konkreten Umständen des Falles auch nicht als «Hauptbeteiligter». Im Gegensatz zum Mittäter will der Gehilfe an der Verwirklichung der Haupttat nicht in massgebender Weise mitwirken. Er sieht die Straftat nicht als «seine eigene». Der Gehilfe weiss jedoch oder nimmt zumindest in Kauf, dass seine Hilfeleistung die Straftat erleichtert bzw. ihre Erfolgschancen erhöht (vgl. zum Ganzen BSK StGB-Forster, Art. 25 N 3 mit Hinweisen, und BGE 120 IV 265 E. 2c/aa). Mithin genügt die blosse Förderung der Tat (BSK StGB-Forster, Art. 25 N 8 mit vielen Hinweisen).

cc) Zwar richtet sich die Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK, welche den Tierhalter verpflichtet, Tiere ohne offensichtliche Verunreinigungen zum Schlachten zu bringen, wie erwähnt nicht an X. Denn dieser war im konkreten Fall lediglich für den Transport des Schlachtviehs besorgt. Indem X jedoch die stark verschmutzten Tiere transportierte, trat er als Gehilfe des Tierhalters Z im Rahmen des Herstellungsprozesses in Erscheinung. Mit seinem Viehtransport trug er dazu bei, dass der Haupttäter bzw. Hauptverantwortliche entgegen der Verpflichtung von Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK offensichtlich verunreinigte Tiere der Gattung der Rinder im Schlachthof B zur Schlachtung abgeben konnte. Er förderte somit die Tat von Z. Dabei hat X vorsätzlich gehandelt (Eventualvorsatz genügt, vgl. BSK StGB-Forster, Art. 25 N 3 mit Hinweisen), hat er doch in der polizeilichen Einvernahme eingeräumt, die Verschmutzungen beim Laden der Tiere festgestellt zu haben. Da die Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK Art. 7 bzw. Art. 48 Abs. 1 lit. g LMG konkretisiert, lag im zu beurteilenden Fall ein Verstoss gegen das Lebensmittelgesetz bzw. gegen die Strafnorm von Art. 48 Abs. 1 lit. g LMG vor. Zwar wiesen insgesamt vier Tiere Fellverschmutzungen auf. Dennoch ist nicht von einer Tatmehrheit, sondern von einer einheitlichen Handlung auszugehen (einmaliges Verladen und Transportieren der verunreinigten Tiere).

5. Damit ergibt sich, dass X der Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen das Lebensmittelgesetz (Art. 25 StGB i.V.m. Art. 48 Abs. 2 LMG und Art. 26 StGB, Art. 48 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 7 LMG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c VSFK) schuldig zu sprechen ist.

13

Art. 23 ATSG (SR 830.1). Verzicht auf eine AHV-Altersrente. Der Verzicht auf eine AHV-Altersrente stellt vorliegend keine Gesetzesumgehung dar und verletzt keine schutzwürdigen Interessen des Beschwerdeführers oder von Drittpersonen.

Versicherungsgericht, 1. Dezember 2015

14

Art. 49 Abs. 4 ATSG (SR 830.1). Berührtsein des Unfallversicherers, der eine Übergangsentschädigung im Sinn von Art. 86 ff. VUV leistet, durch den Taggeldentscheid der Arbeitslosenversicherung verneint.

Versicherungsgericht, 27. Mai 2015

15

Art. 53 Abs. 1 ATSG (SR 830.1). Rückweisung zur materiellen Beurteilung eines prozessualen Revisionsbegehrens betreffend die erste rechtskräftige Leistungsabweisung. Die wegen Beweislosigkeit abschlägige zweite Verfügung, welche den Zeitraum nach der mit der ersten Verfügung erfolgten rechtskräftigen Abweisung eines Leistungsbegehrens betrifft, unterliegt aufgrund der prozessualen Revision ebenfalls einer uneingeschränkten Neubeurteilung. Sie ist zusammen mit der ersten Verfügung aufzuheben und die Sache ist zu ergänzenden Abklärungen und anschliessender Neuverfügung an die Verwaltung zurückzuweisen.

Versicherungsgericht, 23. März 2015

16

Art. 60 und Art. 38 f. ATSG (SR 830.1). Nichteintreten wegen verspäteter Beschwerdeerhebung bei Versand der Verfügung mit der Zustellart A-Post-Plus.

Versicherungsgericht, 5. Februar 2015

17

Art. 23 lit. a BVG (SR 831.40). Beitritt eines Paraplegikers zu einer Vorsorgeeinrichtung bei bestehender Restarbeitsfähigkeit von 50 Prozent. Jahre später volle Arbeitsunfähigkeit nach dem Auftreten mehrerer Krankheiten, die nicht direkte Folge der Paraplegie sind, von dieser jedoch zumindest begünstigt wurden. Eine solche Prädisposition reicht nicht aus, dem Versicherten mit der Begründung der Verschlechterung einer vor Versicherungsbeginn bereits bestehenden Invalidität und unter Berufung auf das Versicherungsprinzip im Rahmen der versicherten Arbeits- bzw. Leistungsfähigkeit von 50 Prozent Leistungen zu verweigern.

Versicherungsgericht, 15. September 2015

18

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (SR 837.0). Arbeitgeberähnliche Stellung. Rücktritt des einzigen Verwaltungsrats. Massgebender Zeitpunkt für das definitive Ausscheiden aus einer Aktiengesellschaft, wenn der einzige Verwaltungsrat zurücktritt.

Versicherungsgericht, 16. November 2015

19

Art. 16 EG-KVG (sGS 331.11). Auf das Einspracheverfahren betreffend Individuelle Prämienverbilligung gelangen die Verfahrensbestimmungen der Bundesgesetzgebung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts umfassend zur Anwendung. Entgegen Art. 30 Abs. 2 lit. a VRP gelten für Einsprachen gegen IPV-Verfügungen in analoger Anwendung von Art. 38 Abs. 4 lit. d ATSG die Gerichtsferien. Ein Nichteintreten auf eine Einsprache wegen formeller Mängel ist bei laufender Einsprachefrist unzulässig.

Versicherungsgericht, 29. Oktober 2015

20

Art. 9, Art. 16, Art. 18 und 19 SHG (sGS 381.1); Art. 92 Abs. 1 Ziff. 8 SchKG (SR 281.1). Angesichts des sozialhilferechtlichen Bedarfsdeckungsprinzips dürfen Verrechnungen von Rückforderungsansprüchen gegenüber Sozialhilfebezügern – im Gegensatz zu sanktionsbedingten Leistungskürzungen – den betreibungsrechtlichen Notbedarf nicht tangieren. Dieser Grundsatz kommt vorab in jenen Fällen zum Tragen, in denen Sozialhilfeleistungen nicht den Charakter einer einmaligen Nothilfe haben und einer (dauerhaft ausgerichteten) Sozialversicherungsleistung insofern nahekommen, als sie – wie vorliegend – während eines längeren Zeitraums ausgerichtet werden. Eine Rückforderungsverrechnung mit laufenden Sozialhilfeleistungen ist zuzulassen, soweit mit den laufenden Leistungen dem Bedarfsdeckungsprinzip bzw. dem betreibungsrechtlicher Notbedarf Genüge getan wird und darüber hinaus ein Überschuss verbleibt (Präzisierung der Rechtsprechung).

Verwaltungsgericht, 30. Juni 2015

Die Eheleute Y. wohnen in Rapperswil-Jona, wo sie seit 1. Januar 2013 finanzielle Sozialhilfe erhalten. Nachdem Zu- und Abflüsse grösserer Geldbeträge auf ihren Bankkonti festgestellt worden waren, wurden sie von der Sozialhilfebehörde der Gemeinde zur Rückzahlung zu Unrecht bezogener Leistungen von CHF 7000 in monatlichen Raten unter Verrechnung mit ihrem Sozialhilfeanspruch verpflichtet. Der Stadtrat wies das dagegen erhobene Rechtsmittel am 13. Mai 2013 ab. Die Verwaltungsrekurskommission hiess den dagegen erhobenen Rekurs am 18. März 2014 gut, soweit sie auf ihn eintrat, und hob den Entscheid des Stadtrates und die Verfügung der Sozialhilfebehörde auf. Das Verwaltungsgericht heisst die von der Politischen Gemeinde Rapperswil-Jona erhobene Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 9 des Sozialhilfegesetzes (sGS 381.1; SHG) hat Anspruch auf finanzielle Sozialhilfe, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann. Finanzielle Sozialhilfe wird nach Art. 11 Abs. 1 SHG so bemessen, dass die hilfebedürftige Person die laufenden Bedürfnisse für den Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln decken kann. Schulden können berücksichtigt werden, wenn dadurch eine bestehende oder drohende Notlage behoben oder vermieden werden kann. Die Regierung kann durch Verordnung Richtlinien von Fachorganisationen der Sozialhilfe allgemein verbindlich erklären (Art. 11 Abs. 2 SHG). Wer um finanzielle Sozialhilfe ersucht, hat nach Art. 16 Abs. 1 SHG wahrheitsgetreu und vollständig Auskunft zu erteilen (lit. a) sowie Amtsstellen und Dritte zu ermächtigen, Auskünfte zu erteilen (lit. b). Wer finanzielle Sozialhilfe bezieht, ist nach Art. 16 Abs. 2 SHG verpflichtet, Tatsachen umgehend zu melden, die Anspruch oder

Berechnung verändern. Nach Art. 18 Abs. 1 SHG hat derjenige, der für sich oder für Familienangehörige finanzielle Sozialhilfe bezogen hat, diese zurückzuerstatten, wenn sich seine finanzielle Lage gebessert hat und die Rückerstattung zumutbar ist. Nach Art. 18 Abs. 2 SHG erstreckt sich die Rückerstattung auf finanzielle Sozialhilfe, welche die unterstützte Person für sich, für die mit ihr verheiratete Person und ihre unmündigen Kinder erhalten hat. Art. 19 SHG bestimmt, dass unrechtmässig erworbene finanzielle Sozialhilfe samt Zins zurückzuerstatten ist. Die Unrechtmässigkeit eines Sozialhilfebezugs mit daraus folgender Rückerstattungspflicht kann sich unter anderem daraus ergeben, dass einer Person aufgrund der Verletzung der Auskunfts- und Meldepflicht im Sinn von Art. 16 SHG zu viel Sozialhilfe ausgerichtet wurde (vgl. Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Aufl. 1999, S. 181).

[…] Die Vorinstanz bejahte im angefochtenen Entscheid eine Rückerstattungspflicht (Art. 19 SHG) des nicht für den Lebensunterhalt verwendeten Betrages (CHF 7000; Darlehensrückzahlungen von CHF 2500 und CHF 4500). Von dieser Feststellung ist nachstehend auszugehen, nachdem sich Anhaltspunkte für eine Unkorrektheit weder den Vorbringen der Beschwerdegegner in der Eingabe vom 30. Mai 2014 entnehmen lassen noch aus den Akten ersichtlich sind.

3.

3.1. Streitig ist im Wesentlichen der Rückerstattungsvollzug, d.h. ob bzw. inwiefern der Rückerstattungsbetrag von CHF 7000 mit laufenden Sozialhilfeleistungen verrechnet werden darf. – Nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 8 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1, SchKG) sind Sozialhilfeleistungen der öffentlichen Hand unpfändbar (BGer 7B.68/2005 vom 20. Juli 2005). Das Verwaltungsgericht erachtete im Urteil B 2007/203 vom 3. April 2008 mit Hinweis auf die erwähnte Unpfändbarkeit von Sozialhilfeleistungen eine Rückforderung von finanziellen Sozialhilfeleistungen durch Verrechnung von 15 Prozent des Sozialhilfeanspruchs während zwei Jahren als nicht zulässig. Rückerstattungen finanzieller Sozialhilfen seien mangels entsprechender Vorschriften im SHG gemäss Art. 104 VRP nach den Grundsätzen für die Vollstreckung von Geldforderungen zu vollziehen und damit im Zwangsvollstreckungsverfahren nach dem SchKG durchzusetzen, was bedeute, dass zur Durchsetzung von Rückerstattungen keine Sozialhilfeleistungen gepfändet werden dürften. Würde die Vollstreckung von Rückerstattungen durch Verrechnung mit laufenden Leistungen zugelassen, stünde dies im Widerspruch zur bundesrechtlich vorgeschriebenen Unpfändbarkeit der Sozialhilfe. Der Vollzug von Rückerstattungsforderungen durch Verrechnung mit laufenden Leistungen sei daher bundesrechtswidrig und damit unzulässig. Zutreffend sei, dass Sozialhilfeleistungen aus den in Art. 17 SHG angeführten Gründen reduziert werden können. Diese Reduktion von Leistungen sei aber nicht vergleichbar mit der Verrechnung einer Leistung mit einer Rückerstattungsforderung. Bei den Tatbeständen, die zu einer Reduktion der Leistungen führen, sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass dem Sozialhilfebezüger Mittel zufliessen würden, die er verschweige, oder dass er eine zumutbare Arbeit aufnehmen könne. Damit seien solche Eingriffe auch keine unzulässigen Einschränkungen

des Existenzminimums. Zudem würden sie auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage beruhen (VerwGE B 2007/203 vom 3. April 2008 E. 2.2).

3.2. Im angefochtenen Entscheid führte die Vorinstanz diesbezüglich mit Hinweis auf die vorerwähnte verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung aus, die den Beschwerdegegnern ausgerichteten Leistungen seien ausreichend, um den notwendigen Lebensunterhalt sicherzustellen. Würden unter diesen Umständen die zurückgeforderten Beträge von laufenden Leistungen abgerechnet, so greife dies in den notwendigen Lebensunterhalt ein und verletze damit Art. 9 und 11 SHG. Zwar seien Leistungskürzungen wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht zulässig (Art. 17 SHG). In solchen Fällen habe die Unterschreitung der Limite für die Deckung der Lebenshaltungskosten aber den Charakter einer Sanktion. Diese sei nicht nach demselben Massstab zu beurteilen wie eine Leistungskürzung zufolge Rückerstattung. Die Möglichkeit einer Leistungskürzung als Sanktion lasse daher eine Rückerstattung durch Verrechnung mit Leistungen für den Grundbedarf nicht gerechtfertigt erscheinen. Hinzu komme, dass vorliegend die Rückerstattung verfügt worden sei, bevor der Entscheid über die Rechtmässigkeit des Leistungsbezugs rechtskräftig gewesen sei. Nach der Regelung des SHG sei über die Rückerstattung in einer gesonderten Verfügung zu entscheiden, welche (anders als eine Leistungsverfügung) bei der Verwaltungsrekurskommission angefochten werden könne, wobei der Rekurs aufschiebende Wirkung habe (Art. 51 Abs. 1 VRP). Würde die Rückerstattung durch Verrechnung mit laufenden Leistungen angeordnet, würde diese Rechtsmittelordnung aus den Angeln gehoben, da die Suspensivwirkung des Rekurses faktisch aufgehoben würde. Dies zeige, dass eine gleichzeitige Verfügung von Leistungen und deren Rückerstattung nicht statthaft sei. Im Schrifttum werde eine Rückerstattung durch Verrechnung mit laufenden Leistungen als zulässig erachtet (C. Häfeli [Hrsg.], Das Schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 192). Dies könne in gewissen Konstellationen gerechtfertigt sein, z. B. wenn die ordentlichen Leistungen aufgrund anderslautender kantonaler Bestimmungen höher seien, als es für die Deckung der Lebenshaltungskosten ausreichend sei.

3.3. Die Beschwerdeführerin wendet unter anderem ein, die Vorinstanz scheine offenbar davon auszugehen, dass zunächst ein (Feststellungs-)Entscheid über die Rechtmässigkeit des Leistungsbezugs vorliegen müsse, bevor über die Rückerstattung verfügt werden könne. Dies treffe jedoch nicht zu. Die Feststellung über den unrechtmässigen Leistungsbezug und die Rückforderung erfolge in ein und derselben Verfügung. In der Sozialversicherung werde es im Fall eines unrechtmässigen Leistungsbezugs zugelassen, dass die entsprechende Rückforderung direkt mit laufenden Leistungen verrechnet werde, soweit dadurch das Existenzminimum gewahrt bleibe. Bei der Festlegung der Höhe der Sozialhilfeleistungen bestehe für die jeweilige Gemeinde ein erheblicher Ermessensspielraum. Die Leistungsansätze der SKOS-Richtlinien würden kein Minimum darstellen, dessen Unterschreitung den Anspruch auf Deckung der laufenden Bedürfnisse nach Art. 11 Abs. 1 SHG verletzen würde. Dies gelte es mit Bezug auf die Verrechnung der Rückforderung unrechtmässiger Leistungsbezüge mit laufenden Sozialhilfeleistungen zu berücksichtigen. Bei

den Beschwerdegegnern übersteige die ausgerichtete Sozialhilfe das betreibungsrechtliche Existenzminimum. Die Beschwerdeführerin wende im Allgemeinen bei der Festsetzung der Sozialhilfe die SKOS-Richtlinien an. Es rechtfertige sich, auch bei der Rückerstattung dieselben Richtlinien zu befolgen, welche eine ratenweise Verrechnung mit laufenden Leistungen (15 Prozent des Grundbetrags) vorsehen würden. Die bundesrechtliche Unpfändbarkeit der Sozialhilfeleistungen nach Art 92 Abs. 1 Ziff. 8 SchKG stehe dieser Verrechnung nicht entgegen. Da kein Eingriff in das Existenzminimum erfolge, sei die Verrechnung von lediglich CHF 200 monatlich als verhältnismässig zu betrachten, zumal damit der Verrechnungsanspruch von 15 Prozent des Grundbetrags nicht ausgeschöpft werde.

3.4.

3.4.1. Das Sozialamt verfügte gegenüber dem Beschwerdegegner am 26. März 2013 sowohl eine Kürzung des Grundbedarfs ab Juni 2013 – als Sanktion für die Verletzung der Meldepflicht (Art. 16 SHG) – als auch eine Rückforderung (Art. 19 SHG) wegen nicht zweckentsprechender Verwendung der Leistungen (für eine Darlehensrückzahlung). Dabei wurde der Vollzugs-Beginn der Rückerstattung (Verrechnung von CHF 200 monatlich mit laufenden Leistungen ab Juni 2014) auf den Zeitpunkt der Beendigung der Grundbedarfs-Kürzung (per Ende Mai 2014) angesetzt. Wie von der Vorinstanz dargelegt (vorstehende E. 3.1), enthält das SHG keine Vorschriften betreffend die Vollstreckung von Geldforderungen der Sozialhilfe-Behörde. Die SKOS-Richtlinien (4. Aufl. 2005 mit Ergänzungen bis 2012) knüpfen die Zulässigkeit einer Rückforderung zum einen an die Bedingung, dass die «gesetzlichen Grundlagen» (in den Richtlinien nicht näher umschrieben) gegeben seien. Zum anderen erachten sie eine ratenweise Rückerstattung durch Verrechnung mit laufenden Leistungen als zulässig, wobei bei der Festsetzung der monatlichen Raten darauf zu achten sei, dass der unterstützten Person insgesamt das absolute Existenzminimum verbleibe (vgl. SKOS-Richtlinien, E. 3). Bei den SKOS-Richtlinien handelt es sich um Empfehlungen (vgl. SKOS-Richtlinien, S. 3). Eine Allgemeinverbindlicherklärung (vgl. Art. 11 Abs. 2 SHG) ist für den Kanton St. Gallen nicht erfolgt (vgl. dazu C. Hänzi, Die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, Basel 2011, S. 321; GVP 2001 Nr. 5).

3.4.2. Mit der Vorinstanz ist vorab festzuhalten, dass der angefochtene Entscheid entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keinen Feststellungsentscheid über die Rechtmässigkeit des Leistungsbezugs als Voraussetzung für den Erlass einer Rückforderungsverfügung voraussetzt. Zu klären ist damit, ob die Beschwerdeführerin in der Verfügung vom 26. März 2013 zu Recht die Rückforderungs-Verrechnung auf einen Zeitraum ab Juni 2014 – und damit lange nach Erlass der Rückforderungsverfügung, des Stadtrats-Beschlusses vom 13. Mai 2013 und auch des angefochtenen Entscheids vom 18. März 2014 – ansetzte.

3.4.3. Der Zweck von Sozialhilfeleistungen besteht nach dem Bedarfsdeckungsprinzip darin, eine konkrete und gegenwärtige (aktuelle) Notlage zu mildern. Der Anspruch erstreckt sich damit nicht auf vergangene, bereits überwundene Notlagen. Sodann schliesst das Bedarfsdeckungsprinzip die Verrechnung mit früheren, zu Un-

recht gewährten Leistungen aus. Im Ausmass der Bedürftigkeit ist Sozialhilfe deshalb auch dann zu gewähren, wenn die betroffene Person in der Vergangenheit aufgrund einer Nichterfüllung der Meldepflicht zu hohe Leistungen erhielt (vgl. Wolffers, a.a.O., S. 74 f.). In diesem Sinn bestimmt auch Art. 125 Ziff. 2 OR, dass wider den Willen des Gläubigers (vorliegend: der Beschwerdegegner als Gläubiger der laufenden Sozialhilfeleistungen) Forderungen, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind, durch Verrechnung nicht getilgt werden können. Zur Festlegung des unbedingt Erforderlichen im Sinn dieser Bestimmung sind die zu Art. 93 SchKG entwickelten Richtlinien für den Notbedarf massgebend. In diesem Zusammenhang wird in der Lehre davon ausgegangen, dass die gemäss Art. 92 Ziff. 8 SchKG gänzlich unpfändbaren Ansprüche auch gänzlich unverrechenbar sind (W. Peter, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. A. 2011, Rz. 9 zu Art. 125 OR). Dabei wird festgehalten, dass Fürsorgeleistungen im Sinn von Art. 92 Ziff. 8 SchKG – d.h. einmalige, auf besondere Notfälle beschränkte Hilfeleistungen, deren Höhe an den erlittenen «Schaden» (gemeint wohl: Notbedarf) angepasst seien – absolut unpfändbar seien, auch wenn sie das betreibungsrechtliche Existenzminimum übersteigen würden (D. Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, Rz. 61 zu Art. 92 SchKG). Demgegenüber wird für Sozialversicherungsleistungen eine Verrechnung lediglich in dem Umfang ausgeschlossen, als die Einkünfte das Existenzminimum nicht übersteigen (vgl. Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband 1990, S. 95 mit Hinweisen). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erachtet letzteres auch für die Rückerstattung von Sozialhilfeleistungen in dem Sinn anwendbar, dass diesfalls nicht in das verfassungsrechtlich geschützte Existenzminimum eingegriffen werden darf (Verwaltungsgericht ZH, Entscheid VB 2007.00337 vom 4. Oktober 2007 E. 6). In einem anderen Entscheid hielt das Verwaltungsgericht Zürich fest, dass das Bedarfsdeckungsprinzip die Verrechnung von Rückforderungen mit Sozialhilfeansprüchen begrenze (Verwaltungsgericht Zürich, VB 2002.00223 vom 5. September 2002 E. 4).

3.4.4. Angesichts dieser – inhaltlich nicht durchwegs in Einklang zu bringenden – Feststellungen erscheint insgesamt der Schluss gerechtfertigt, dass mit Blick auf das sozialhilferechtliche Bedarfsdeckungsprinzip eine Verrechnung von Rückforderungen gegenüber dem Sozialhilfebezüger mit laufenden Leistungen (im Gegensatz zu sanktionsbedingten Leistungskürzungen) jedenfalls nicht den betreibungsrechtlichen Notbedarf tangieren darf (vgl. in diesem Sinn auch C. Häfeli, a.a.O., S. 192 f.). Dieser Grundsatz kommt vorab in jenen Fällen zum Tragen, in denen Sozialhilfeleistungen nicht den Charakter einer einmaligen Nothilfe haben und einer (dauerhaft ausgerichteten) Sozialversicherungsleistung insofern nahekommen, als sie – wie vorliegend – während eines längeren Zeitraums ausgerichtet werden. Hierbei ist zu beachten, dass auch Sozialversicherungsrenten nach Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9a SchKG vom Grundsatz her nicht pfändbar sind, jedoch eine Verrechenbarkeit von laufenden IV-Renten mit einer EL-Rückforderung nach der Rechtsprechung dennoch insoweit möglich ist, als das betreibungsrechtliche Existenzminimum unangetastet bleibt

(vgl. BGE 131 V 249). Mit den Verfahrensbeteiligten ist sodann festzuhalten, dass das SHG keine ziffernmässig bestimmten Leistungen festlegt und den Gemeinden ein Ermessensspielraum bei der Leistungsfestlegung zukommt, wobei es – wie die Vorinstanz zu Recht festhält – selbstredend nicht gerechtfertigt wäre, den Grundbedarf so hoch anzusetzen, dass er auch eine allfällige «Reserve für Rückerstattungen» enthält. Jedoch hat die geschilderte faktische Situation bei der Leistungsfestlegung bzw. der dort bestehende Ermessensspielraum (vgl. dazu auch Hänzi, a.a.O., S. 320 f.) mittelbar zur Folge, dass eine Rückforderungsverrechnung mit laufenden Sozialhilfeleistungen zuzulassen ist, soweit in einem konkreten Fall mit den laufenden Leistungen dem Bedarfsdeckungsprinzip bzw. dem betreibungsrechtlichen Notbedarf Genüge getan wird und darüber hinaus (aufgrund einer «grosszügigen» Leistungsfestlegung) ein Überschuss verbleibt. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der eine Verrechnung im Umfang dieses Überschusses ausschliessen würde. In diesem Sinn ist die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts im Urteil B 2007/203 zu präzisieren. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bzw. in welcher Konstellation eine gänzliche Unverrechenbarkeit zu bejahen wäre, kann konkret – wie sich nachstehend zeigen wird – offenbleiben. Hinsichtlich der Ausführungen der Beschwerdeführerin betreffend eine generelle Kürzung der SKOS-Ansätze durch mehrere Kantone bei der Leistungsausrichtung ist im Übrigen festzuhalten, dass diese Darlegungen für die Beantwortung der Frage der Verrechenbarkeit der Rückforderung mit laufenden Leistungen nicht weiterhelfen. Vorliegend ist allein zu prüfen, ob sich aus dem Vergleich des betreibungsrechtlichen Existenzminimums mit den im konkreten Fall ausgerichteten Sozialhilfeleistungen ein verrechenbarer Überschuss ergibt.

3.5.

3.5.1. Nach Lage der Akten erhalten die Beschwerdegegner seit Januar 2013 finanzielle Sozialhilfe. Diese beinhaltet insbesondere den Grundbedarf, die Wohnkosten, die Kosten der medizinischen Grundversorgung und Kinderbetreuungskosten. Nach den Feststellungen der Beschwerdeführerin erhielten die Beschwerdegegner (im Zeitpunkt der Beschwerde) eine monatliche Unterstützung von CHF 3997.85 (Grundbedarf für den Dreipersonenhaushalt von CHF 1818; Mietzins CHF 1080; Krankenkassenprämien CHF 856.95; Kinderbetreuungskosten CHF 242.90). Hinzu kamen Mietnebenkosten (CHF 813.80 für das ganze Jahr 2013), Kostenbeteiligungen/Selbstbehalte der Krankenkasse und Prämien für Hausrat- und Haftpflichtversicherung. Das betreibungsrechtliche Existenzminimum der Beschwerdegegner errechnete die Beschwerdeführerin mit CHF 4006.95 pro Monat wie folgt: Grundbetrag Ehepaar CHF 1780 + Zuschlag für das Kind CHF 290 + Mietzins CHF 1080 + Krankenkassenprämien CHF 856.95). Sie folgerte hieraus, dass die Sozialhilfeleistung das Existenzminimum aufgrund der von der Sozialhilfe zusätzlich übernommenen, beim betreibungsrechtlichen Existenzminimum nicht berücksichtigten Kosten (z. B. Versicherungsprämien) übersteige. Dieser Schluss lässt ausser Betracht, dass beim Existenzminimum gemäss dem Kreisschreiben der st.gallischen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs über die Berechnung des betreibungsrechtlichen

Notbedarfs, in Kraft seit Januar 2009 (Kreisschreiben Notbedarf; publiziert auf www.gerichte.sg.ch), ein angemessener Betrag für Haftpflicht- und Hausratversicherung berücksichtigt werden kann, sofern nicht bereits in der Einkommensberechnung enthalten. Sodann sind die tatsächlich zu bezahlenden Gesundheitskosten (Selbstbehalte/Franchisen) in voller Höhe einzubeziehen (Kreisschreiben Notbedarf Ziff. 4.3). Überdies sind die vom Sozialamt übernommenen Kinderbetreuungskosten zu berücksichtigen, wenn beachtet wird, dass das Kreisschreiben Notbedarf unter der Rubrik «Verschiedene Aufwendungen» (Ziff. 4.9) unter anderem auch die Kosten der Betreuung von Familienangehörigen aufführt. Mietnebenkosten (Heizungskosten) finden bei der Festlegung des Notbedarfs ebenfalls Berücksichtigung (Kreisschreiben Notbedarf Ziff. 4.2). Angesichts dieser Verhältnisse erreicht bzw. übersteigt das betreibungsrechtliche Existenzminimum die Höhe der ausgerichteten Sozialhilfe, weshalb eine Rückforderungsverrechnung (sowohl im verfügten Betrag von monatlich CHF 200 als auch mit einem tieferen Betreffnis) ausser Betracht fällt.

3.5.2. Die vorstehend angestellten Berechnungen basieren auf den Angaben der Beschwerdeführerin für einen Zeitraum vor Beginn der mit Wirkung ab Juni 2014 verfügten Verrechnung. Die Vorinstanz weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass im Rahmen der verfügungsweisen Verrechnungsanordnung für einen künftigen Zeitraum eine Prüfung des Vorliegens der Verrechnungsvoraussetzungen im Einzelfall gar nicht möglich war, da die künftigen Verhältnisse – d.h. die konkreten Sozialhilfeleistungen und der konkrete Notbedarf ab jenem Zeitraum – nicht bekannt sein konnten. Die Frage, ob sich die streitige Verrechnungsanordnung zusätzlich auch aus diesem Grund nicht aufrechterhalten lässt, braucht jedoch nicht weiter geprüft zu werden. Der Schluss der Vorinstanz, dass die Beschwerdegegner für den Betrag von CHF 7000 zwar rückerstattungspflichtig seien, die Verrechnungsanordnung zur Tilgung der Rückerstattung mit laufenden Leistungen jedoch nicht zulässig sei, erweist sich angesichts der geschilderten Verhältnisse im Ergebnis als begründet. Sollte sich in einem späteren Zeitraum eine Veränderung/Verbesserung der finanziellen Situation der Beschwerdegegner ergeben, ist es der Beschwerdeführerin unbenommen, die ausstehende Rückerstattung (durch Verrechnung oder ordentlicherweise durch Betreibung) bei den Beschwerdegegnern geltend zu machen.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin wendet in formeller Hinsicht ein, die Vorinstanz hätte die verfügte Rückforderung im Grundsatz bestätigen und diesbezüglich den Rekurs abweisen müssen, auch wenn sie die Verrechnung der Rückforderung mit laufenden Leistungen ab Juni 2014 als unzulässig erachtet habe. Da sie dies nicht getan habe, sei die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen. Dieser Einwand trifft zu: Der Rekurs der Beschwerdegegner an die Vorinstanz richtete sich pauschal gegen die verfügte Rückforderung und beanstandete sinngemäss sowohl deren Bestand als auch den Rückforderungsvollzug). Wie dargelegt (E. 2) bestätigte die Vorinstanz in materieller Hinsicht die Rückerstattungspflicht der Beschwerdegegner für CHF 7000. Den Rückforderungsvollzug, d.h. die Anordnung der Verrechnung mit

laufenden Leistungen, beanstandete sie demgegenüber zu Recht. Damit hätte der Rekurs nicht vollständig, sondern nur in dem Sinn gutgeheissen werden dürfen, als die Verrechnungsanordnung unzulässig war; mit Bezug auf den Bestand der Rückforderung als solcher wäre er abzuweisen gewesen. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist somit Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Rekursentscheides aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: «Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Ziff. 1 des Rekursentscheides des Stadtrats und Ziff. 2 des Beschlusses des Sozialamtes werden insoweit abgeändert, als die Rückforderung der zu Unrecht bezogenen Sozialhilfeleistung in Höhe von CHF 7000 nicht direkt am Sozialhilfebudget in Abzug gebracht werden darf. Im Übrigen, d.h. mit Bezug auf den Bestand der Rückforderung, wird der Rekurs abgewiesen».

21

Art. 15 SHG (sGS 381.1). Verlangt das grundsätzlich zur Leistung von Sozialhilfe verpflichtete Gemeinwesen vom Sozialhilfeempfänger, soweit zumutbar eine Erwerbstätigkeit auszuüben, handelt es sich mit Blick auf den Grundsatz der Subsidiarität nicht um eine hoheitliche Arbeitsverpflichtung, sondern um eine Anspruchsvoraussetzung für die vom Staat erbrachte Leistung. Wer zumutbare Arbeit verweigert, hat daher nicht nur mit Kürzungen, sondern auch mit der Einstellung von Sozialhilfe zu rechnen. Als zumutbare Arbeit ist grundsätzlich auch die Teilnahme an Beschäftigungs- und Integrationsmassnahmen, wie beispielsweise eine teilzeitliche Beschäftigung im DOCK St. Gallen, anzusehen. Die Einstellung der finanziellen Sozialhilfe in der Höhe des bei einer 50 Prozent Anstellung erzielbaren Mindesteinkommens von CHF 500 ist deshalb grundsätzlich zulässig.

Verwaltungsgericht, 30. Juni 2015
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 8C_536/2015 vom 22. Dezember 2015)

X. (geb. 1965) wird seit 1. Juli 2012 von den Sozialen Diensten (früher Sozialamt) der Politischen Gemeinde St. Gallen finanziell unterstützt. Seine Versuche, mit diversen Projekten auf selbständiger Basis ein regelmässiges Erwerbseinkommen zu erwirtschaften, sowie seine Bemühungen, eine Festanstellung zu finden, waren bislang nicht erfolgreich. Da er sich weigerte, an einem lohnwirksamen Beschäftigungsprogramm im DOCK St. Gallen zur (Wieder-)Integration in den ersten Arbeitsmarkt teilzunehmen, stellten die Sozialen Dienste die finanzielle Sozialhilfe mit Verfügung vom 24. März 2014 ab April 2014 unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip in

der Höhe des erzielbaren (Mindest-)Einkommens von monatlich CHF 500 ein. Das Departement des Innern (Vorinstanz) hiess den Rekurs von X. (Beschwerdegegner) am 11. Dezember 2014 teilweise gut, hob die verfügte Einstellung der finanziellen Sozialhilfe auf und wies die Angelegenheit zur genauen Abklärung der Arbeits- beziehungsweise Anwesenheitsregelung sowie des erzielbaren Lohns bei einer Teilnahme am Beschäftigungsprogramm an die Sozialen Dienste zurück. Das Verwaltungsgericht heisst die von der Politischen Gemeinde St. Gallen (Beschwerdeführerin) erhobene Beschwerde 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 Beschwerdeführerin, die zum Vollzug der Sozialhilfegesetzgebung zuständig und Adressatin des angefochtenen Entscheides ist, mit welchem die Vorinstanz die teilweise Einstellung der Sozialhilfe für den Beschwerdegegner aufhob, ist zur Erhebung der Beschwerde durch ihre Sozialen Dienste befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP; Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes, sGS 385.1, SHG; Beschluss des Stadtrates vom 3. Oktober 2000; vgl. VerwGE B 2010/191 vom 30. November 2010 E. 1, www.gerichte.sg.ch). Da die kantonalen Behörden die Rechtsmittelbefugnis nicht enger fassen dürfen, als dies für die Beschwerde an das Bundesgericht vorgesehen ist (vgl. Art. 111 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110, BGG; BGE 137 II 30 E. 2.2.1), und gemäss Art. 93 Abs. 1 Ingress und lit. a BGG die Beschwerde an das Bundesgericht gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide zulässig ist, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde, ändert der Umstand, dass mit dem Rekursentscheid die Angelegenheit im umstrittenen Punkt zu weiteren Abklärungen und zu neuer Entscheidung an die verfügende Behörde zurückgewiesen wurde, nichts an der Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin. Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 12. Januar 2015 unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar und des Fristenlaufs am Wochenende rechtzeitig erhoben (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 VRP sowie Art. 145 Abs. 1 Ingress und lit. c und Art. 142 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; SR 272, ZPO) und entspricht inhaltlich und formell den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin hat die sozialhilferechtliche Unterstützung gegenüber dem Beschwerdegegner, die monatlich einen Grundbetrag von CHF 977 und die Wohnkosten von CHF 650 umfasste, aufgrund des Subsidiaritätsprinzips ab April 2014 in der Höhe des bei einem Beschäftigungsgrad von 50 Prozent mindestens erzielbaren DOCK-Einkommens, das heisst um monatlich CHF 500, eingestellt.

2.1. Nach Art. 12 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind, wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen. Bereits die Formulierung stellt klar, dass der Grundsatz der Subsidiarität gilt (vgl. BGE 130 I 71 E. 4.1). Auch Art. 12 der Kantonsverfassung (sGS 111.1, KV), der einen Anspruch auf soziale Sicherung «in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung» vorsieht, betont die Subsidiarität staatlicher Sozialsicherung (vgl. Botschaft und Verfassungsentwurf der Verfassungskommission vom 17. Dezember 1999, in: ABl 2000 S. 165 ff., S. 221). Nach Art. 9 SHG hat Anspruch auf finanzielle Sozialhilfe, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann. Art. 12 SHG verpflichtet dementsprechend eine arbeitsfähige Person, eine ihren Fähigkeiten entsprechende Arbeit anzunehmen. Aus Art. 15 SHG ergibt sich, dass die zuständige Behörde einer sozialhilfebedürftigen Person Arbeit zuweisen kann. Wer arbeitsfähig ist, soll durch Ausübung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit für den Lebensunterhalt selbst aufkommen. Die Bestimmung schränkt in diesem Punkt die freie Wahl des Arbeitsortes ein (vgl. GVP 2000 Nr. 2). Mit Blick auf die individuellen Verhältnisse kann auch eine Teilzeitbeschäftigung in Frage kommen (ABl 1997 S. 1794).

Bundes- und Kantonsverfassung sowie Gesetz knüpfen somit bereits den grundsätzlichen Anspruch auf Hilfe in Notlagen an bestimmte Voraussetzungen, indem sie klarstellen, dass der in Not Geratene nur Anspruch auf entsprechende Leistungen des Staates hat, wenn er nicht in der Lage ist – das heisst wenn es ihm rechtlich verwehrt oder faktisch unmöglich ist –, selber für sich zu sorgen. Keinen Anspruch hat somit, wer solche Leistungen beansprucht, obwohl er objektiv in der Lage wäre, sich – insbesondere durch die Annahme einer zumutbaren Arbeit – aus eigener Kraft die für das Überleben erforderlichen Mittel selber zu verschaffen; denn solche Personen stehen nicht in jener Notsituation, auf die das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen zugeschnitten ist. Bei ihnen fehlt es bereits an den Anspruchsvoraussetzungen, weshalb sich in solchen Fällen die Prüfung erübrigt, ob die Voraussetzungen für einen Eingriff in das Grundrecht erfüllt sind, denn dies setzt einen rechtmässigen Anspruch voraus (vgl. BGE 130 I 71 E. 4 für die vergleichbare Rechtslage im Kanton Solothurn; BGE 139 I 218 E. 3.3 für die vergleichbare Rechtslage im Kanton Bern).

Verlangt das grundsätzlich zur Leistung von Sozialhilfe verpflichtete Gemeinwesen vom Sozialhilfeempfänger, soweit zumutbar eine Erwerbstätigkeit auszuüben, handelt es sich mit Blick auf den Grundsatz der Subsidiarität nicht um eine hoheitliche Arbeitsverpflichtung, sondern um eine Anspruchsvoraussetzung für die vom Staat erbrachte Leistung (vgl. BGer 8C_787/2011 vom 28. Februar 2012 E. 3.2.1 mit Hinweisen). Wer zumutbare Arbeit verweigert, hat daher nicht nur mit Kürzungen, sondern auch mit der Einstellung von Sozialhilfe zu rechnen (Art. 17 Ingress und lit. d SHG; vgl. BGE 139 I 218 E. 3.5 mit Hinweis auf BGE 133 V 353 E. 4.2 und C. Hänzi, Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, Basel 2011, S. 85 ff.). Als zumutbare Arbeit ist grundsätzlich auch die Teilnahme an Beschäftigungs- und

Integrationsmassnahmen anzusehen, selbst wenn das dadurch erzielte Einkommen den Betrag der Unterstützungsleistung nicht erreicht. Bei grundsätzlicher Weigerung, an solchen Massnahmen teilzunehmen, können die (finanziellen) Unterstützungsleistungen vollständig eingestellt werden (vgl. BGE 130 I 71 E. 5 und 6). Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners handelt es sich bei der in Frage stehenden Reduktion der finanziellen Sozialhilfe deshalb – und auch gemäss der strittigen Verfügung der Beschwerdeführerin vom 24. März 2014 – um eine Einstellung und nicht um eine Kürzung.

2.2. Streitig ist, ob dem Beschwerdegegner die Teilnahme am Beschäftigungsprogramm im DOCK St. Gallen zumutbar ist. Zu klären ist, ob die Bedingungen des Beschäftigungsprogrammes unabhängig von der Person des Beschwerdegegners zumutbar sind (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.1) und ob die Verpflichtung zur Teilnahme konkret auch dem Beschwerdegegner zuzumuten ist (dazu nachfolgend Erwägung 2.2.2).

2.2.1. Die Beschwerdeführerin hat keine Ausführungsbestimmungen zum kantonalen Sozialhilfegesetz erlassen. Ihre Praxis orientiert sich – unwidersprochen (vgl. Erwägung 2.3 des angefochtenen Entscheides) – an den Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) und der konkretisierenden Praxishilfe der St. Gallischen Konferenz der Sozialhilfe (KOS-Praxishilfe). Danach ist die Teilnahme an einem von den Sozialhilfeorganen anerkannten lohnwirksamen Beschäftigungsprogramm des zweiten Arbeitsmarkts, mit dem der eigene Unterhalt zumindest teilweise gedeckt werden kann, der zumutbaren Erwerbstätigkeit gleichgesetzt (Ziffer A 5.2 der SKOS-Richtlinien). Diese Gleichsetzung steht auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nach der – entsprechend der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Umschreibung des Begriffs der unzumutbaren Arbeit in Art. 16 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz; SR 837.0, AVIG) – ein Arbeitsangebot das Fähigkeits- und Fertigkeitsniveau der betroffenen Person auch unterschreiten darf; diese darf bloss nicht überfordert werden (vgl. BGE 130 I 71 E. 5.4 mit Hinweis auf kritische Sozialforschung).

Mit Massnahmen wie der in Frage stehenden soll erreicht werden, dass der Hilfsbedürftige in die Lage versetzt wird, für seinen Unterhalt jedenfalls teilweise selbst aufzukommen; zumindest sollen die Aussichten auf eine Wiedereingliederung in das Erwerbsleben verbessert werden. Sie stellen grundsätzlich zumutbare Massnahmen dar, die geeignet sind, die Lage des Sozialhilfeempfängers zu verbessern (vgl. BGE 130 I 71 E. 5.4). Dies gilt beispielsweise für ein Taglohnprogramm auf dem ergänzenden Arbeitsmarkt (sogenannter Marktplatz für alle öffentlichen, gemeinnützigen und privaten Angebote für bezahlte und unbezahlte Tätigkeiten), dessen Projekte einerseits der beruflichen Integration der Arbeitslosen, unter anderem durch das stufenweise Angewöhnen an einen geregelten Arbeitsalltag, anderseits dem öffentlichen Interesse an der Vermeidung längerdauernder Sozialhilfeabhängigkeit (BGE 130 I 71 E. 5.4).

Nach Auffassung des Beschwerdegegners spricht die tiefe Entlöhnung gegen die Zumutbarkeit der Massnahme. Die Vorinstanz ist der Auffassung, aus den Akten und den Informationen im Internet gehe der Lohn des Beschwerdegegners bei einer Beschäftigung im DOCK St. Gallen nicht hervor. In der Verfügung vom 24. März 2014 hat die Beschwerdeführerin den Betrag von CHF 500, um welchen die finanzielle Sozialhilfe monatlich gekürzt werden soll, als «garantiertes monatliches Mindesterwerbseinkommen» bei einer 50-Prozent-Anstellung bezeichnet. Aus den im Internet verfügbaren Angaben (www.dock-gruppe.ch) ergibt sich hinreichend klar, dass Angestellten in der tiefsten Integrationsstufe ein Stundenlohn von brutto CHF 12 zusteht und dass der Stundenlohn mit Erreichen einer höheren Integrationsstufe ansteigt. Bei einer Beschäftigung während 80 Stunden ergäbe sich damit – worauf die Beschwerdeführerin hinweist – ein monatlicher Lohn in der Grössenordnung von CHF 1000. Dieser Lohn erscheint in der Tat tief. Indessen ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine Beschäftigung im sogenannten sekundären oder ergänzenden Arbeitsmarkt handelt, welche der Wiedereingliederung im primären Arbeitsmarkt dient. Die Anforderungen an die zu erbringende Leistung sind dementsprechend tief. Abhängig von den Einsatzmöglichkeiten und seiner konkreten Leistung, kann der Betroffene auch einen höheren Lohn erzielen. Unter diesen Umständen kann die Pflicht zur Teilnahme an dieser Integrationsmassnahme nicht mit dem Hinweis auf den tiefen Minimallohn als unzumutbar bezeichnet werden.

Der Beschwerdegegner beanstandet sodann, dass die Anstellungsbedingungen nicht vor dem Abschluss des Arbeitsvertrags geklärt werden. Dieser Umstand erklärt sich damit, dass es sich bei der Massnahme – wie bereits ausgeführt – um eine Beschäftigung in einem niederschwelligen Bereich des sekundären Arbeitsmarkts handelt, in welchem im Rahmen der Beschäftigungsmöglichkeiten auf die Fähigkeiten und Bedürfnisse der Betroffenen eingegangen werden soll. Zudem sind – soweit auch im Einzelfall zumutbar – sozialhilfeabhängige Personen verpflichtet, gegebenenfalls an einem solchen Beschäftigungsprogramm teilzunehmen. Auf diese Verpflichtung und die Folgen der fehlenden Mitwirkung wurde der Beschwerdegegner frühzeitig und in angemessener Weise, namentlich auf dem Antragsformular, das er am 29. Juni 2012 ausfüllte, und in Gesprächen vom 9. Dezember 2013 und vom 10. Februar 2014 (vom Beschwerdegegner unterzeichnete Aktennotizen) hingewiesen. Zu seinen Fragen hinsichtlich Lohn, Dauer und Inhalt des Arbeitseinsatzes wurde er am 23. Februar 2014 auf die im Internet unter www.dock-gruppe.ch verfügbaren Informationen verwiesen. Zusammen mit dem Schreiben vom 24. Februar 2014 stellte die Beschwerdeführerin ihm das Anmeldeformular samt Merkblatt zu. Am 24. März 2014 besprachen Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner offene Fragen bezüglich der Teilnahme am Beschäftigungsprogramm. Nebst der Verfügung, mit welcher die sozialhilferechtliche Unterstützung um monatlich CHF 500 eingestellt wurde, wurde dem Beschwerdegegner ein Anmeldeformular samt Merkblatt übergeben. Damit bestand ausreichend Gelegenheit, Unklarheiten auszuräumen.

Der Beschwerdegegner befürchtet, es fehle ihm während einer Anstellung im DOCK St. Gallen die Zeit, sich um Arbeit zu bemühen und eigene Projekte zu realisieren. Die Vorinstanz begründete die Rückweisung der Angelegenheit an die Beschwerdeführerin damit, es sei zu klären, ob der Beschwerdegegner – sollte er weniger als die vereinbarten 80 Arbeitsstunden arbeiten können – rechtzeitig darüber ins Bild gesetzt würde beziehungsweise sich während jener Zeit des 50-Prozent-Pensums, in der er nicht beschäftigt werden könne, am Arbeitsplatz aufhalten müsste. Die Befürchtungen erscheinen unbegründet. Die zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften sehen vor, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer möglichst frühzeitig über die Arbeitszeiten bzw. den Stundenplan informieren muss (Art. 47 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel; Arbeitsgesetz, SR 822.11; Art. 69 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111, ArGV 1). Entsprechend trifft das DOCK als Arbeitgeber auch die Pflicht, den Beschwerdegegner frühzeitig darüber in Kenntnis zu setzen, sollte es nicht möglich sein, ihm genügend Arbeit für ein 50-Prozent-Pensum zuzuweisen. Überdies wäre der Beschwerdegegner in einem solchen Fall auch nicht verpflichtet, sich während der frei gewordenen Zeit am Arbeitsplatz aufzuhalten, ansonsten sogenannter Pikettdienst innerhalb des Betriebs vorläge, welcher als normale Arbeitszeit zu entlöhnen wäre (vgl. Art. 15 Abs. 1 ArGV 1). Im Übrigen stellte auch die Beschwerdeführerin klar, dass die Zeit, soweit eine Beschäftigung im Umfang von 50 Prozent nicht möglich sei, selbstverständlich nicht im DOCK «abgesessen» werden müsse. Finde ein Teilnehmer eine feste Stelle, könne er zudem ohne Einhaltung einer Frist kündigen.

Auch mit Blick auf die Einwendungen des Beschwerdeführers erscheint das Beschäftigungsprogramm des DOCK St. Gallen Sozialhilfeempfängern objektiv als zumutbar. Verzichtet ein Sozialhilfeempfänger darauf, diese Einkommensquelle auszuschöpfen, darf deshalb die finanzielle Sozialhilfe mit dem Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip während der vorgesehenen Beschäftigungsdauer in der Höhe des dort bei einem 50-Prozent-Pensum garantierten Mindesteinkommens von CHF 500 grundsätzlich eingestellt werden.

2.2.2. Der Beschwerdegegner macht geltend, die Massnahme sei in seinem konkreten Fall nicht zumutbar. Die Beschäftigungsmassnahme diene der Verbesserung ausserfachlicher Fähigkeiten wie Einfügen im Team, Zuverlässigkeit und Pünktlichkeit. Es sei daher zunächst festzustellen, ob ihm diese Fähigkeiten fehlten. Um die Zumutbarkeit mit Blick auf seine Fähigkeiten prüfen zu können, bedürfe es einer «Stellenbeschreibung». Eine solche sei ihm nie ausgehändigt worden, weshalb auch eine allfällige Überforderung nicht festgestellt werden könnte. Das Vorstellungsgespräch finde erst nach einer verbindlichen Anmeldung für den Arbeitseinsatz statt. Die gleichzeitige Feststellung, die Arbeit entspreche seinen Fähigkeiten und die offenen Fragen würden nach der Anmeldung geklärt, sei widersprüchlich. Der Lohn, der bezahlt werde, sei weder «üblich» noch «verabredet» im Sinn von Art. 322 des Schweizerischen Obligationenrechts (SR 220, OR). Es könne ihm nicht vorgehalten werden, er bringe keine Gründe dafür vor, dass die Arbeit im DOCK nicht Rücksicht

auf seine Fähigkeiten und bisherigen Tätigkeiten nehme oder seinen persönlichen Verhältnissen und seinem Gesundheitszustand nicht angemessen sei, da ja erst nach dem Vorstellungsgespräch alle Informationen vorlägen. Eine Lohnabtretung setze die Zustimmung des Lohnempfängers voraus, eine Lohnpfändung sei nur mit einem Gerichtsurteil und für den das Existenzminimum überschreitenden Teil möglich.

Mit diesen Vorbringen stellt der Beschwerdegegner in erster Linie die grundsätzliche Zumutbarkeit der Verpflichtung arbeitsfähiger Sozialhilfeempfänger, an Integrationsmassnahmen des zweiten Arbeitsmarktes teilzunehmen, in Frage. Insoweit ist er auf die dargelegte Rechtsprechung zu verweisen, nach welcher solche Massnahmen grundsätzlich zumutbar sind (vgl. oben Erwägung 2.2.1). Die Massnahme ist aber auch konkret dem Beschwerdegegner zumutbar. Im Bereich des Sozialhilferechts gilt eine Arbeit als zumutbar, wenn sie dem Alter, dem Gesundheitszustand und den persönlichen Verhältnissen der bedürftigen Person angemessen ist. Bei der Arbeitssuche kann verlangt werden, dass nicht nur im angestammten Beruf, sondern in weiteren Erwerbsfeldern nach Arbeit gesucht wird (SKOS-Richtlinien A.5.2). Der unbestrittenermassen arbeitsfähige Beschwerdegegner macht nicht geltend, der Arbeitspflicht stünden familiäre Pflichten oder gesundheitliche Gründe entgegen (KOS-Praxishilfe zu Ziffer A 5.2 der SKOS-Richtlinien). Solche Hinderungsgründe werden auch aus den Akten nicht ersichtlich.

Bei der Beurteilung der individuellen Zumutbarkeit einer von den spezifischen Fähigkeiten einer betroffenen Person abweichenden Arbeit ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beispielsweise einem Juristen mit Universitätsabschluss zumutbar, die Lücke zwischen zwei Anwaltspraktika mit einer Tätigkeit als Telefonagent in einem Call-Center zu überbrücken (vgl. BGer 8C_878/2011 vom 28. Februar 2012 E. 5.2). Die Teilnahme an einem Angebot des ergänzenden Arbeitsmarktes in der Citypflege Bern erachtete das Bundesgericht – worauf die Beschwerdeführerin zu Recht hinweist – sowohl für einen ausgebildeten Innendekorateur/Grafiker (BGer 2P.147/2002) als auch für einen gelernten Möbelschreiner, Informatiker (Autodidakt) und Absolvent eines einjährigen Grundstudiums in Mediation (ohne Abschluss), der ehrenamtlich und mit grossem Engagement einen Verein für wohltätige Projekte leitet und J+S-Einsätze leistet, ohne jedoch ein regelmässiges Einkommen zu erzielen (BGE 139 I 218), als zumutbar. Der Beschwerdegegner verfügt – wie sich insbesondere aus der Formulierung seiner Beschwerdeeingabe ergibt – zweifellos über die intellektuellen Fähigkeiten, welche ihm eine Integration im ersten Arbeitsmarkt ermöglichen sollten. Allerdings waren seine Bemühungen in den vergangenen drei bis vier Jahren abgesehen von punktuellen Engagements trotzdem erfolglos. Zu den Gründen, die einem länger anhaltenden Erfolg entgegenstanden, ist den Akten nichts zu entnehmen. Soweit es dem Beschwerdegegner schwer fällt, sich über längere Zeit in einem Projekt oder einem Unternehmen einzubringen, bietet das ihm von der Beschwerdeführerin angebotene Integrationsprogramm die Möglichkeit, entsprechende Fähigkeiten zu verbessern. Auch wenn das DOCK St. Gallen in erster Linie Beschäftigung in den Bereichen Industrie, Gewerbe und Recycling sowie im Betrieb

von Brockenhäusern bietet (vgl. www.dock-gruppe.ch), ist aufgrund des Umstandes, dass es sich bei der DOCK-Gruppe um ein Unternehmen mit zahlreichen Standorten und Mitarbeitenden handelt, nicht ausgeschlossen, dass sich dem Beschwerdegegner die Chance bietet, sich seinen von ihm angepriesenen Kenntnissen und Ausbildungen entsprechend im administrativen Bereich einzubringen. Vorinstanz und Beschwerdeführerin weisen zudem zu Recht darauf hin, dass dem Beschwerdegegner bei einem Beschäftigungsgrad von 50 Prozent genügend Zeit für die Stellensuche und allenfalls stundenweise selbständige Arbeit bleibt.

3. Zusammenfassend erweist sich die Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Teilnahme am Beschäftigungsprogramm im DOCK St. Gallen bereits unter Würdigung der vorliegenden Akten als zumutbar, sodass kein Anlass besteht, die vorinstanzliche Rückweisung der Angelegenheit an die Beschwerdeführerin zu bestätigen. Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen. […] Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die auf Grundlage des Subsidiaritätsprinzips verfügte (teilweise) Einstellung der finanziellen Sozialhilfe nur so lange zulässig ist, als dem Beschwerdegegner die Teilnahme am Beschäftigungsprogramm im Dock auch tatsächlich offensteht (vgl. BGE 139 I 218 E. 5.3; Hänzi, a.a.O., S. 91).

6. Strassenverkehr

22

Art. 16 Abs. 2, Art. 16c Abs. 1 lit. a und e und Art. 16cbis Abs. 1 SVG (SR 741.01). Voraussetzung für die Anwendung von Art. 16c Abs. 1 lit. e SVG ist, dass sich ein Unfall ereignete, bei dem ein Mensch getötet oder verletzt wurde. Unmassgeblich ist, ob der Fahrzeugführer schuldhaft oder schuldlos in das Unfallgeschehen verwickelt ist; es kommt allein darauf an, dass sich ein Unfall ereignet, an dem das von ihm geführte Fahrzeug beteiligt ist. Beteiligt an einem Unfall ist damit, wer in irgendeiner Weise am Unfallgeschehen mitwirkte. Es ist nicht erforderlich, dass der Täter die «Flucht ergreift».

Verwaltungsgericht, 30. Juni 2015

Das Tribunale ordinario di Venezia verurteilte den Beschwerdeführer am 22. Juni 2012 in Abwesenheit zu einer bedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten und sprach ein Fahrverbot in Italien für die Dauer von zwei Jahren aus. Ihm lag ein Vorfall vom 25. Juli 2011 zugrunde, bei welchem F. mit seinem Motorrad gestürzt war, nachdem

er eine Vollbremsung eingeleitet hatte, um eine Kollision mit dem Personenwagen des Beschwerdeführers zu vermeiden. Letzterer entfernte sich vom Unfallort, ohne sich um den Verletzten zu kümmern. Die Verletzungen von F. machten eine Spitalbehandlung erforderlich. Gestützt auf eine Mitteilung des Consolate Generale di Svizzera in Mailand vom 8. Juli 2013 eröffnete das Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons St. Gallen am 17. September 2013 ein Administrativverfahren gegen den Beschwerdeführer und entzog ihm den Führerausweis wegen schwerer Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften für die Dauer von drei Monaten. Die Verwaltungsrekurskommission wies den dagegen erhobenen Rekurs mit Entscheid vom 24. April 2014 ab. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1. Nach Art. 16 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes (SR 741.01, SVG) wird nach Widerhandlungen gegen die Strassenverkehrsvorschriften, bei denen das Verfahren nach dem Ordnungsbussengesetz (SR 741.03, OBG) ausgeschlossen ist, der Lernfahr- oder Führerausweis entzogen oder eine Verwarnung ausgesprochen. Das Gesetz unterscheidet in Art. 16a bis 16c SVG zwischen leichten, mittelschweren und schweren Widerhandlungen. Nach einer Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften im Ausland wird der Lern- oder Führerausweis entzogen, wenn im Ausland ein Fahrverbot verfügt wurde und die Widerhandlung nach Art. 16b und 16c SVG als mittelschwer oder schwer zu qualifizieren ist (Art. 16cbis Abs. 1 SVG). Begeht eine Person mit schweizerischem Wohnsitz im Ausland ein Strassenverkehrsdelikt, so kann der Tatortstaat eine Administrativmassnahme allein mit Wirkung für das eigene Staatsgebiet erlassen. Führerausweisentzüge sind nur möglich in Bezug auf die Fahrberechtigung im Tatortstaat; der schweizerische Führerausweis kann als solcher vom Tatortstaat nicht entzogen werden. Damit die schweizerische Behörde über die Aberkennung des schweizerischen Führerausweises auf italienischem Territorium informiert wird, sieht Art. 2 des Europäischen Übereinkommens über die internationalen Wirkungen des Entzuges des Führerausweises für Motorfahrzeuge (SR 0.741.16, nachfolgend: Übereinkommen) vor, dass die Vertragspartei, welche den Entzug angeordnet hat, dies der Vertragspartei, welche den Ausweis erteilt hat, sowie der Vertragspartei, in deren Hoheitsgebiet der Täter seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, mitteilt. Gemäss Art. 3 des Übereinkommens, das sowohl in Italien als auch in der Schweiz gilt, kann die Vertragspartei, der eine solche Entscheidung mitgeteilt worden ist, nach Massgabe ihres Rechts den Entzug anordnen, den sie für zweckmässig erachtet hätte, wenn die der Massnahme zugrunde liegenden Handlungen und Umstände in ihrem eigenen Hoheitsgebiet eingetreten wären.

2.2. Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht kann sich der Beschwerdeführer darauf berufen, die angefochtene Verfügung oder der angefochtene Entscheid beruhe auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt (Art. 61 Abs. 2 VRP). Die Behörde oder das von ihr beauftragte Verwaltungsorgan ermittelt

den Sachverhalt und erhebt die Beweise von Amtes wegen, insbesondere durch Beizug von Urkunden (Art. 12 Abs. 1 VRP). Sind zur Wahrung des öffentlichen Interesses keine besonderen Erhebungen nötig, so sind nur die von den Beteiligten angebotenen und leicht zugänglichen Beweise über erhebliche Tatsachen aufzunehmen (Art. 12 Abs. 2 VRP). Unrichtig ist ein Sachverhalt festgestellt, wenn aus den vorhandenen Beweismaterialien unrichtige Schlüsse gezogen werden, insbesondere indem der Sachverhalt falsch oder aktenwidrig festgestellt wird oder indem Beweise unrichtig gewürdigt werden (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. A. 2003, Rz. 587). Im Übrigen ist die Administrativbehörde – wie bereits die Vorinstanz darlegte – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen der ausländischen Strafbehörde gebunden (BGE 124 II 103; vgl. auch BGer 1C_446/2011 vom 15. März 2012, E. 5.1 mit Hinweisen unter anderem auf BGE 137 I 363 E. 2.3.2 und 136 II 447 E. 3.1).

2.3. Eine schwere Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften begeht unter anderem, wer durch grobe Verletzung von Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt (Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG) oder nach Verletzung oder Tötung eines Menschen die Flucht ergreift (Art. 16c Abs. 1 lit. e SVG). Bei der letztgenannten Bestimmung ist der Begriff der Führerflucht gleich umschrieben wie im Straftatbestand des Art. 92 Abs. 2 SVG (PH. Weissenberger, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 27 zu Art. 16c SVG). Voraussetzung für die Anwendung von Art. 16c Abs. 1 lit. e SVG ist, dass sich ein Unfall ereignete, bei dem ein Mensch getötet oder verletzt wurde. Unmassgeblich ist, ob der Fahrzeugführer schuldhaft oder schuldlos in das Unfallgeschehen verwickelt ist; es kommt allein darauf an, dass sich ein Unfall ereignet, an dem das von ihm geführte Fahrzeug beteiligt ist. Beteiligt an einem Unfall ist damit, wer in irgendeiner Weise am Unfallgeschehen mitwirkte. Es ist nicht erforderlich, dass der Täter die «Flucht ergreift». Beim Straftatbestand des Art. 92 Abs. 2 SVG ist mit Flucht nichts anderes gemeint, als dass sich der Fahrzeugführer vom Unfallplatz entfernt bzw. seine Verfügbarkeit am Unfallplatz vereitelt, ohne seiner gesetzlichen Pflicht, für Hilfe zu sorgen und bei der Feststellung des Tatbestandes mitzuwirken (Art. 51 SVG), nachgekommen zu sein. Mit dem Verbot, den Unfallort zu verlassen, soll eine gesundheitliche Gefährdung des Verletzten verhütet und die rasche Abklärung des Unfallhergangs und die Sicherung der allfälligen finanziellen Ansprüche des Verletzten gewährleistet werden (R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band III: Die Administrativmassnahmen, Bern 1995, Rz. 2407 f. mit Hinweis auf BGE 103 Ib 101 E. 3).

3.

3.1. Vorliegend verurteilte das Tribunale ordinario di Venezia den Beschwerdeführer mit Urteil vom 22. Juni 2012 gestützt auf Art. 189 Abs. 6 und 7 des italienischen Codice della strada zu einer bedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten. Gleichzeitig wurde für die Dauer von zwei Jahren ein Fahrverbot für Italien ausgesprochen. Dem diesem Urteil zugrunde liegenden Polizeirapport vom 23. September 2011 ist

zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer am 25. Juli 2011 schriftlich und in seiner Muttersprache zum Vorgefallenen Stellung genommen hatte. Der Polizeibericht ging davon aus, dass der Beschwerdeführer am 25. Juli 2011 nach dem Sturz des Motorradfahrers, welcher durch die brüske – zur Vermeidung einer Kollision mit dem Auto des Beschwerdeführers eingeleitete – Bremsung bedingt gewesen sei, der Pflicht nicht nachgekommen sei, anzuhalten und der verletzten Person zu helfen. Der Verletzte wurde laut Bericht in ein Spital gebracht; die Verletzungen verheilten nach 19 Tagen.

3.2. Die Vorinstanz ging mit Hinweis auf das unangefochten in Rechtskraft erwachsene Strafurteil von einem für die schweizerischen Administrativbehörden bindend wirkenden Entscheid aus. Hinsichtlich der Einwände des Beschwerdeführers, er sei juristisch dahingehend beraten worden, der Vorfall werde nicht den schweizerischen Behörden gemeldet und er verstehe die italienische Sprache nicht, führte die Vorinstanz aus, beides vermöge ihn nicht zu entlasten. Insbesondere sei die Stellungnahme des Beschwerdeführers ins Italienische übersetzt worden, und er sei im italienischen Verfahren anwaltlich vertreten gewesen. Es hätten ihm somit dieselben Verteidigungsrechte wie in einem Verfahren vor schweizerischen Behörden zugestanden. Eine falsche Beratung seitens der juristischen Vertretung ändere daran nichts. – Der Beschwerdeführer lässt im vorliegenden Verfahren geltend machen, der Sachverhalt sei nicht vollständig abgeklärt worden; wichtige Fragen seien ungeklärt geblieben. Ihn könne im Fall seiner «Vortrittsberechtigung» kein Verschulden am Unfall treffen, nachdem er in sehr niedrigem Tempo auf die Kreuzung zugerollt sei. Das völlige Fehlen von Bremsspuren spreche dafür, dass es sich bei der angegebenen Vollbremsung zur Vermeidung einer Kollision um eine Schutzbehauptung des Gestürzten handle. Der Beschwerdeführer vertrete weiterhin die Ansicht, dass er nicht ins Unfallgeschehen involviert gewesen sei und mit dem Sturz nichts zu tun habe. Aufgrund der Tatsache, dass sich in unmittelbarer Nähe des Unfallortes ein Lebensmittelladen sowie ein Gartenrestaurant befunden hätten, seien derart viele Leute anwesend gewesen, dass eine Hilfeleistung des der italienischen Sprache nicht mächtigen Beschwerdeführers weder erforderlich noch sinnvoll gewesen sei.

Der Beschwerdeführer bestätigt mit diesen Darlegungen im Wesentlichen seinen bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingenommenen Standpunkt, ohne zusätzliche Aspekte bzw. Beweismittel einzubringen. Sein Vorbringen, dass es sich beim Lenker des Motorrads nicht um dessen Halter gehandelt habe und dies für ein Nichtbeherrschen des Fahrzeugs (Motorrads) und/oder für eine unangepasste Geschwindigkeit spreche, steht als nicht weiter belegte Mutmassung im Raum. Soweit der Beschwerdeführer zusätzlich das nicht gute Funktionieren der italienischen Justiz als Argument anführt, ist festzuhalten, dass er selbst bzw. seine italienische Rechtsvertreterin es beim Strafurteil bewenden liessen, ohne den diesem zugrunde liegenden Sachverhalt zu beanstanden. Die Feststellungen der Vorinstanz haben damit auch für das vorliegende Verfahren weiterhin Gül-

tigkeit, zumal es an konkreten Belegen dafür fehlt, dass dem Strafrichter nicht sämtliche relevanten Tatsachen bekannt waren und seine Beweiswürdigung (eindeutig) im Widerspruch zur Tatsachenlage stand (vgl. BGE 124 II 103 E. 1c/aa und BGer 1C_446/2011 a.a.O. E. 5.1).

3.3. Hinsichtlich des in Frage stehenden Sachverhalts kam die Vorinstanz zum Schluss, das Vorbringen des Beschwerdeführers, der Motorradfahrer habe sich beim Sturz nicht verletzt, vermöge ihn nicht zu entlasten. Allein aus dem Umstand, dass sich jener wieder aufgerichtet und das Motorrad begutachtet habe, könne nicht geschlossen werden, er habe sich beim Sturz nicht verletzt. Der Sturz mit einem Motorrad könne zu erheblichen Verletzungen führen, auch wenn der Lenker vorerst einen unverletzten Eindruck hinterlasse. Denn eine Person gelte bereits dann als verletzt, wenn sie kleine bzw. leichte Quetschungen, Prellungen, Verstauchungen oder Schürfungen erleide (act. G 2 S. 6 f. mit Hinweis auf Weissenberger, a.a.O., Rz. 13 zu Art. 92 SVG und BGE 122 IV 356 E. 3b). Der Beschwerdeführer wäre daher verpflichtet gewesen, sich beim Gestürzten über allfällige Verletzungen zu erkundigen. Er sei am Unfall insofern beteiligt gewesen, als F. seinetwegen eine Vollbremsung eingeleitet habe. Ob der Beschwerdeführer am Unfallgeschehen unschuldig gewesen sei, sei für die in Frage stehenden Pflichten des Fahrzeugführers gegenüber dem Opfer des Unfalls nicht von Belang (act. G 2 S. 7 mit Hinweis auf BGE 103 Ib 101 E. 4). Die Vorinstanz bejahte eine schwere Widerhandlung im Sinn von Art. 16c Abs. 1 lit. e SVG.

Der Beschwerdeführer lässt einwenden, der Tatbestand der Führerflucht setze voraus, dass der betreffende Fahrzeuglenker bei einem Verkehrsunfall einen Menschen getötet oder verletzt habe. Entgegen der von der Vorinstanz vertretenen Ansicht reiche es nicht aus, dass der Beschwerdeführer sich am Unfallort befunden und der Verunfallte sich verletzt habe, um damit eine Verletzung von Art. 92 Abs. 1 SVG zu begründen. Dazu ist festzuhalten, dass Art. 16c Abs. 1 lit. e SVG und der Straftatbestand des – hier nicht zur Diskussion stehenden – Art. 92 SVG lediglich insofern eine Übereinstimmung aufweisen, als der Begriff der Führerflucht in beiden Bestimmungen gleich umschrieben ist (vgl. vorstehende E. 2.3). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers setzt Art. 16c Abs. 1 lit. e SVG – anders Art. 92 Abs. 2 SVG, auf welchen sich die von ihm angeführte Literaturstelle bezieht – nicht die Tötung oder Verletzung eines Menschen direkt durch den betreffenden Fahrzeuglenker voraus. Ein Anlass, die nachvollziehbar begründeten Darlegungen der Vorinstanz in Frage zu stellen, besteht damit nicht.

3.4. Gemäss Art. 16cbis Abs. 2 SVG sind bei der Festlegung der Entzugsdauer die Auswirkungen des ausländischen Fahrverbots auf die betroffene Person angemessen zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang darf die Mindestentzugsdauer unterschritten werden. Die Entzugsdauer darf bei Personen, die im Administrativmassnahmenregister (Art. 104b SVG) nicht verzeichnet sind, die am Begehungsort im Ausland verfügte Dauer des Fahrverbots nicht überschreiten. Im Übrigen gilt Art. 16 Abs. 3 SVG, wonach Mindestentzugsdauern nicht unterschritten werden dürfen, und zwar

auch dann nicht, wenn der Betroffene beruflich auf den Führerausweis angewiesen ist oder einen unbescholtenen automobilistischen Leumund vorweisen kann.

Im vorinstanzlichen Entscheid wurde mit Hinweis auf Art. 16c Abs. 2 lit. a SVG sowie Th. Scherrer, Administrativrechtliche Folgen von «Auslandtaten», in: R. Schaffhauser, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St. Gallen 2003, S. 249 und 251 f., festgehalten, der Beschwerdeführer sei im Administrativmassnahmenregister nicht verzeichnet, weshalb die Mindestentzugsdauer drei Monate betrage. Es sei nicht geltend gemacht worden und sei aus den Akten auch nicht ersichtlich, dass er geplant habe, in Italien ein Motorfahrzeug zu lenken, während für ihn dort das Fahrverbot gelte; er bringe jedenfalls nicht vor, von dieser Massnahme der italienischen Behörden stark eingeschränkt worden zu sein. Ein Unterschreiten der Mindestentzugsdauer rechtfertige sich somit nicht. – Diese vorinstanzlichen Darlegungen erweisen sich als begründet und werden vom Beschwerdeführer als solche auch nicht in Frage gestellt. Soweit er den Sinn des Warnungsentzugs drei Jahre nach dem Ereignis in Frage stellen und festhalten lässt, dass er das Seinige aus dem Strafverfahren in Italien gelernt habe, lässt sich hieraus kein Umstand ableiten, aufgrund dessen die Rechtmässigkeit des Ausweisentzugs in Frage zu stellen wäre. Der vorinstanzliche Entscheid lässt sich damit nicht beanstanden.

23

Art. 35 Abs. 1 SVG (SR 741.01). Die Verwaltungsbehörde muss das Ergebnis des Strafverfahrens insbesondere dann abwarten, wenn der Betroffene die Erfüllung des Straftatbestandes bestreitet und die Sistierung des Administrativmassnahmeverfahrens beantragt. Folgt die Administrativbehörde der Feststellung der Strafbehörde, der Straftatbestand sei offensichtlich nicht erfüllt, nicht, muss sie sich eingehend mit den tatsächlichen Feststellungen und der rechtlichen Würdigung der Strafbehörde auseinandersetzen.

Verwaltungsgericht, 17. Dezember 2015

Gemäss Darstellung im Rapport der Kantonspolizei St. Gallen lenkte der Beschwerdeführer an einem Sonntag um 14.00 Uhr einen Personenwagen auf der dreispurigen Autobahn A1 in St. Gallen von St. Gallen-Winkeln in Richtung St. Gallen-Kreuzbleiche. Im «normalen Nachmittagsverkehr» fuhr er auf der Höhe von Kilometer 377.400 (Koordinaten 741548/253144) auf dem mittleren Fahrstreifen rechts an zwei Personenwagen, die auf dem linken Fahrstreifen mit einer Geschwindigkeit von rund 100 km/h unterwegs waren, vorbei. Beim einen der beiden Personenwagen handelte

es sich um ein ziviles Polizeifahrzeug. «Kurze Zeit später» wechselte er auf den linken Fahrstreifen. Die zivile Polizeipatrouille, die ihn in der Folge kontrollierte, hielt ihm vor, auf der «Höhe Sitterviadukt» rechts überholt zu haben, und nahm ihm den Führerausweis auf der Stelle ab.

Das Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt eröffnete am 26. November 2014 ein Administrativmassnahmeverfahren. Der Beschwerdeführer stellte den Sachverhalt teilweise vom Polizeirapport abweichend dar und ersuchte um Aushändigung des Führerausweises, «bis der Nachweis vorliege», dass er «ein Rechtsüberholen vorgenommen habe, welches als grobfahrlässig zu bestrafen» gewesen sei. Das Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt verweigerte am 5. Dezember 2014 die Herausgabe des Führerausweises mit der Begründung, aufgrund der vorliegenden Akten müsse am Sachverhalt nicht gezweifelt werden. Mit Vernehmlassung vom 15. Dezember 2014 hielt der Beschwerdeführer an seiner Sachdarstellung fest und beantragte, das Verfahren sei bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Strafurteils zu sistieren. Mit Verfügung vom 30. Dezember 2014 wies das Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt das Begehren um Sistierung des Verfahrens ab und entzog dem Beschwerdeführer den Führerausweis wegen schwerer Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften für die Dauer von sechs Monaten.

Das Untersuchungsamt St. Gallen, das sich einzig auf die Sachverhaltsdarstellung im Polizeirapport stützte, trat am 12. Januar 2015 auf die Strafsache wegen offensichtlicher Nichterfüllung des fraglichen Straftatbestandes nicht ein. Auf das Wiedererwägungsgesuch, welches der Beschwerdeführer in der Folge beim Strassenverkehrsamt stellte, wurde am 20. Januar 2015 nicht eingetreten. Den gegen die Entzugsverfügung vom 30. Dezember 2015 erhobenen Rekurs wies die Verwaltungsrekurskommission am 28. Mai 2015 ab, soweit sie darauf eintrat. Sie stellte auf den Polizeirapport vom 29. November 2014 ab, erachtete sich an die – ihrer Auffassung nach «nicht leicht verständliche» – rechtliche Beurteilung durch die Strafbehörde, welche sich weder mit dem Sachverhalt noch mit der rechtlichen Subsumtion näher auseinandergesetzt habe, nicht gebunden und den Tatbestand des Rechtsüberholens als erfüllt. Das Verwaltungsgericht heisst die dagegen erhobene Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer vertritt mit Verweis auf die strafrechtliche Erledigung des Vorfalles vom 23. November 2014 mit einer Nichtanhandnahmeverfügung im Wesentlichen die Auffassung, der Nachweis, dass er verbotenerweise rechts überholt habe, sei nicht erbracht.

3.1. Gemäss Art. 35 Abs. 1 SVG ist links zu überholen, woraus sich ein Verbot des Rechtsüberholens ergibt. Ein Überholen liegt vor, wenn ein schnelleres Fahrzeug ein in gleicher Richtung langsamer vorausfahrendes einholt, an ihm vorbeifährt und vor ihm die Fahrt fortsetzt, wobei weder das Ausschwenken noch das Wiedereinbiegen eine notwendige Voraussetzung des Überholens bildet (BGE 126 IV 192 E. 2a). Ausnahmen vom Verbot des Rechtsüberholens sehen Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Verkehrs-

regelnverordnung (SR 741.11, VRV) allgemein und Art. 36 Abs. 5 VRV für Autobahnen und Autostrassen vor (BGer 1C_201/2014 vom 20. Februar 2015 E. 3.1).

Zulässig ist das Rechtsvorbeifahren auf Autobahnen und Autostrassen gemäss Art. 36 Abs. 5 Ingress und lit. a VRV beim Fahren in parallelen Kolonnen, jedoch lediglich in der Weise, dass bloss das Rechtsvorbeifahren an anderen Fahrzeugen gestattet ist (vgl. BGer 6B_19/2011 vom 23. Mai 2011 E. 1.1). Verboten bleibt auch im Kolonnenverkehr das Rechtsüberholen durch Ausschwenken und Wiedereinbiegen (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 VRV; BGer 6A.45/2002 vom 5. September 2002 E. 1.3; BGE 115 IV 244 E. 3). Nach der Rechtsprechung kann von einem Fahren in parallelen Kolonnen nur gesprochen werden, wenn auf den Fahrspuren der entsprechenden Richtung dichter Verkehr herrscht. In Anlehnung an die deutsche Praxis nimmt das Bundesgericht an, Kolonnenverkehr sei «bei längerem Nebeneinanderfahren von mehreren sich in gleicher Richtung bewegenden Fahrzeugreihen» zu bejahen (BGer 1C_551/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 4.2.1 mit Hinweis auf BGE 115 IV 244 E. 3a und 124 IV 219 E. 3a).

Sodann ist das Rechtsvorbeifahren gemäss Art. 36 Abs. 5 Ingress und lit. b VRV auf Einspurstrecken erlaubt, sofern für die einzelnen Fahrstreifen unterschiedliche Fahrziele signalisiert sind. Einspurstrecken dienen zum Einspuren, gegebenenfalls zum Rechtsvorbeifahren, sofern der übrige Verkehr nicht gefährdet wird; auf keinen Fall aber dürfen sie dazu benützt werden, andere Fahrzeuge rechts zu überholen (vgl. BGer 6A.45/2002 vom 5. September 2002 E. 1.4).

Gemäss Art. 44 SVG in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 VRV ist auf Strassen mit mehreren Fahrstreifen in der gleichen Richtung der äusserste Streifen rechts zu benützen; dies gilt nicht beim Überholen, Einspuren, Fahren in parallelen Kolonnen sowie innerorts. Auch auf Autobahnen muss im Interesse der Sicherheit und Flüssigkeit des Verkehrs an der Regel des Rechtsfahrens festgehalten werden. Insbesondere auf Autobahnen mit nur einem Überholstreifen vermindert dies die Gefahr von Auffahrkollisionen und die Verleitung zu verbotenem Rechtsüberholen. Das Gebot des Rechtsfahrens gehört zu den grundlegenden Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts nicht nur in der Schweiz, sondern auch in zahlreichen anderen Ländern (BGer 6B_55/2007 vom 12. Juni 2007 E. 4.1).

3.2. Die Strafbehörde hat in der Nichtanhandnahmeverfügung vom 12. Januar 2015 festgestellt, der Straftatbestand des Rechtsüberholens sei eindeutig nicht erfüllt. Beim fraglichen Autobahnteilstück handle es sich um einen Bereich mit drei Fahrstreifen, für welche unterschiedliche Fahrziele signalisiert seien. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liege ein Überholen vor, wenn ein schnelleres Fahrzeug ein in gleicher Richtung langsamer vorausfahrendes Fahrzeug einhole, an diesem vorbeifahre und vor ihm die Fahrt fortsetze, wobei weder das Ausschwenken noch das Wiedereinbiegen eine notwendige Voraussetzung des Überholens bilde. Hingegen sei ein Ausschwenken für sich alleine oder ein Einbiegen für sich alleine gemäss Art. 44 Abs. 1 SVG wiederum gestattet, wenn die Fahrstreifen für den Verkehr in gleicher Richtung in mehrere Fahrstreifen unterteilt seien und der übrige Verkehr

dadurch nicht gefährdet werde. Aus den Akten ergebe sich somit, dass der fragliche Straftatbestand eindeutig nicht erfüllt sei. Auf die Strafanzeige werde mangels subjektiven Tatbestandes nicht eingetreten.

Der Beschwerdegegner hat den Tatbestand des Rechtsüberholens als erfüllt angesehen mit der Begründung, auch wenn der Beschwerdeführer – anders als im Polizeirapport festgehalten – auf der Einspurstrecke und nicht auf dem 1. Überholstreifen gefahren sei, sei ihm die Präsenz der beiden Fahrzeuge bewusst gewesen. Somit habe er sich gefährlich verhalten, weshalb in jedem Fall ein Rechtsüberholen gemäss Art. 35 Abs. 1 SVG vorliege. Die Vorinstanz stellte demgegenüber auf die Darstellung des Sachverhalts im Polizeirapport – und nicht auf jene in den Stellungnahmen im Administrativverfahren vor dem Beschwerdegegner – ab und kam zum Schluss, am Sachverhalt des Rechtsüberholens könne nicht gezweifelt werden.

3.3.

3.3.1. Soweit der Sachverhalt oder die rechtliche Qualifikation des in Frage stehenden Verhaltens für das Verwaltungsverfahren von Bedeutung ist, muss die Verwaltungsbehörde grundsätzlich das Vorliegen eines rechtskräftigen Strafurteils abwarten (vgl. BGer 1C_47/2007 vom 2. Mai 2007 E. 2 mit Hinweis auf BGE 119 Ib 158). Dies wäre im vorliegenden Verfahren umso mehr angezeigt gewesen, als der Beschwerdeführer gegenüber dem Beschwerdegegner mehrfach geltend machte, der Nachweis, dass er rechts überholt habe, sei nicht erbracht, und die Sistierung des Administrativverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens beantragte (act. 7/9 Seiten 14, 18 und 29 f.). Der Beschwerdegegner musste davon ausgehen, der Beschwerdeführer werde sich auch im Strafverfahren gegen die Feststellung, er habe verbotenerweise rechts überholt, zur Wehr setzen werde.

3.3.2. Ein Strafurteil vermag die Verwaltungsbehörde grundsätzlich nicht zu binden. Allerdings gebietet der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, widersprüchliche Entscheide im Rahmen des Möglichen zu vermeiden, weshalb die Verwaltungsbehörde beim Entscheid über die Massnahme von den tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters nur abweichen darf, wenn sie Tatsachen feststellt und ihrem Entscheid zugrunde legt, die dem Strafrichter unbekannt waren, wenn sie zusätzliche Beweise erhebt oder wenn der Strafrichter bei der Rechtsanwendung auf den Sachverhalt nicht alle Rechtsfragen abgeklärt, namentlich die Verletzung bestimmter Verkehrsregeln übersehen hat. In der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts – namentlich auch des Verschuldens – ist die Verwaltungsbehörde demgegenüber frei, ausser die rechtliche Qualifikation hängt stark von der Würdigung von Tatsachen ab, die der Strafrichter besser kennt, etwa weil er den Beschuldigten persönlich einvernommen hat (BGE 136 II 447 E. 3.1, 127 II 302 nicht publizierte E. 3a, 124 II 103 E. 1c/aa und bb). Auch in diesem Zusammenhang hat sie jedoch den eingangs genannten Grundsatz (Vermeiden widersprüchlicher Urteile) gebührend zu berücksichtigen (BGer 1C_413/2014 vom 30. März 2015 E. 2.2 mit Hinweis auf 1C_424/2012 vom 15. Januar 2013 E. 2.3). Den Strafbefehl muss sich im Administrativverfahren deshalb nicht nur der Fahrzeugführer entgegenhalten lassen; er ist – nach Massgabe der angeführten

Rechtsprechung – auch für das Strassenverkehrsamt beachtlich (vgl. BGer 1C_3/2015 vom 26. August 2015 E. 3). Dies gebietet der Verwaltungsbehörde grundsätzlich, sich einer vertretbaren Ermessensausübung des Strafrichters anzuschliessen, auch wenn sie das Verschulden selber anders beurteilen würde (BGer 1C_746/2013 vom 12. Dezember 2013 E. 3.4).

In tatsächlicher Hinsicht ist gestützt auf die Darstellung des Vorgangs im Polizeirapport und die Angaben des Beschwerdeführers in der unmittelbar anschliessenden polizeilichen Befragung davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auf der mittleren der dreispurigen Autobahn zwischen dem Anschlusswerk St. Gallen-Winkeln und dem Sitterviadukt an zwei auf dem linken Streifen bei einer – mutmasslich – zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h «mit ca. 100 km/h» fahrenden Motorfahrzeugen vorbeigefahren ist. Die Begründung der Nichtanhandnahmeverfügung der Strafbehörde vom 12. Januar 2015 beruht in erster Linie auf der Tatsachen betreffenden Feststellung, dass im fraglichen Autobahnteilstück für die einzelnen Fahrstreifen unterschiedliche Fahrziele signalisiert seien. Wo genau sich das Rechtsvorbeifahren abspielte, kann anhand des Polizeirapports nicht geklärt werden. Einerseits werden die Koordinaten 741548/253144 angegeben, die mit der Sachverhaltsdarstellung, wonach sich der Überholvorgang unmittelbar nach dem Anschlusswerk St. Gallen-Winkeln abspielte, übereinstimmt. Anderseits wurde dem Beschwerdeführer in der polizeilichen Befragung vorgehalten, «Höhe Sitterviadukt», was rund 2,3 Kilometer von den angegebenen Koordinaten entfernt ist, rechts überholt zu haben. Beschwerdegegner und Vorinstanz haben denn auch keine Ausführungen zur Frage der Signalisation gemacht. Insbesondere haben sie keine Tatsachen festgestellt, welche von den Feststellungen der Strafbehörde in der Nichtanhandnahmeverfügung abweichen. Ebensowenig haben sie zusätzliche Beweise erhoben. Unklar ist auch, über welche Distanz der Beschwerdeführer seine Fahrt auf dem mittleren Fahrstreifen fortsetzte, bevor er – «kurze Zeit später» – auf den linken Fahrstreifen wechselte. Unter diesen Umständen ist bereits der Sachverhalt nicht ausreichend klar bestimmt.

In der Folge haben sich Vorinstanz und Beschwerdegegner auch nicht mit der Rechtsfrage auseinandergesetzt, ob der Ausnahmetatbestand gemäss Art. 36 Abs. 5 Ingress und lit. b VRV erfüllt ist. Während die Strafbehörde unter Würdigung der Angaben im Polizeirapport – aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass ihr die vom Beschwerdeführer im Administrativverfahren bekannt gegebene abweichende Sachdarstellung bekannt war – zum Schluss gekommen ist, insbesondere der subjektive Tatbestand sei nicht erfüllt, haben sich Beschwerdegegner und Vorinstanz mit dem Verschulden des Beschwerdeführers nicht auseinandergesetzt.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass in tatsächlicher Hinsicht auf den Polizeirapport und die Feststellungen der Strafbehörde in der Nichtanhandnahmeverfügung vom 12. Januar 2015 abzustellen ist. Die Angaben im Polizeirapport zur Örtlichkeit, in welcher sich das Rechtsvorbeifahren oder -überholen abgespielt haben soll, sind widersprüchlich. Die tatsächliche Feststellung der Strafbehörde, auf der dreispurigen Autobahn seien unterschiedliche Fahrziele signalisiert, wurde weder vom

Beschwerdegegner noch von der Vorinstanz gewürdigt und insbesondere nicht aufgrund eigener Abklärungen widerlegt. In der Folge haben sich Beschwerdegegner und Vorinstanz auch nicht mit der Frage des Ausnahmetatbestandes von Art. 36 Abs. 5 Ingress und lit. b VRV auseinandergesetzt. Unter diesen Umständen bestand mit Blick auf die Vermeidung widersprüchlicher Urteile von Straf- und Administrativbehörde kein Anlass, von der strafrechtlichen Erledigung des Vorfalls vom 23. November 2014 abzuweichen. Die Beschwerde ist dementsprechend gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz ist aufzuheben. Damit fällt auch die ihm zugrunde liegende Entzugsverfügung des Beschwerdegegners vom 30. Dezember 2014 dahin.

24

Art. 8 Abs. 2 und 3 StrG (sGS 732.1). Es liegt in der Natur der Sache, dass der Zufahrtsverkehr auf einer Stichstrasse mit zunehmender Länge abnimmt, weil weniger Anwohner über den hinter- als den vorderliegenden Teil der Strasse fahren. Die unterschiedliche Klassierung der beiden Strassenteile verstösst gegen die kantonalrechtlichen Zuteilungskriterien gemäss Art. 8 Abs. 2 und 3 StrG.

Verwaltungsgericht, 28. Mai 2015

Die Beschwerdeführer 2 sind Eigentümer des Grundstücks Nr. 8 und des Grundstücks Nr. 0, Grundbuch Q. Über diese Grundstücke sowie über die Parzellen Nrn. 2, 3, 4, 5, 6, 7 und 1 führt die X.-strasse, welche gemäss rechtskräftigem Gemeindestrassenplan der Politischen Gemeinde Q. als Gemeindestrasse dritter Klasse eingeteilt ist. Die rund 134 Meter lange und 2,40 Meter bis 2,80 Meter breite X.-strasse ist als Stichstrasse ab der A.-strasse ausgestaltet und dient als Erschliessungsstrasse für acht Wohneinheiten. Sie erschliesst die Grundstücke Nrn. 3, 0, 4 und 8 (nördliche Strassenseite) und Nrn. 6 und 7 (südliche Strassenseite). Die Parzelle Nr. 1 ist zur Hauptsache von Norden erschlossen, verfügt aber an der X.-strasse über einen Autoabstellplatz. Gemäss Zonenplan der Politischen Gemeinde Q. sind die Parzellen Nrn. 3, 0, 4, 1 und 8 der Wohnzone W2, Nrn. 6 und 7 der Wohn-Gewerbe-Zone WG3 zugeteilt.

Die Politische Gemeinde legte einen Teilstrassenplan und das Strassenbauprojekt «Verbreiterung X.-strasse» öffentlich auf. Der Teilstrassenplan sieht vor, die X.-strasse auf einer Länge von rund 66 Meter ab der A.-strasse als Gemeindestrasse zweiter Klasse einzustufen. Der Stadtrat wies die von den Beschwerdeführern 2 erhobene Einsprache am 29. August 2012 ab. Das Baudepartement hiess den von den Beschwerdeführern 2 erhobenen Rekurs am 1. April 2014 gut, hob den Entscheid des

Stadtrates auf und wies die Angelegenheit an und wies die Sache an die Politische Gemeinde zur Einteilung der X.-strasse als Gemeindestrasse zweiter Klasse zurück. Das Verwaltungsgericht weist die Begehren der Politischen Gemeinde, es sei die X.-Strasse teilweise als Gemeindestrasse zweiter Klasse, eventualiter auf der gesamten Länge als Gemeindestrasse dritter Klasse einzuteilen, ab.

Aus den Erwägungen:

5.

Die Beschwerdeführerin 1 bringt vor, die X.-strasse sei nicht mit einer üblichen Stichstrasse gleichzusetzen, die in der Regel auf der ganzen Länge gleich ausgestaltet sei und am Ende über eine Wendemöglichkeit verfüge. Im Westen werde sie eine Breite von 4 Meter zuzüglich einem Bankett von 0,5 Meter gegenüber einer maximalen Breite von 2,8 Meter im Osten aufweisen. An der Grenze der beiden, in der Breite klar zu unterscheidenden Strassenteile werde zudem ein Wendeplatz zu liegen kommen, der die unterschiedlichen Funktionen der beiden Strassenteile hervorhebe. Es gehe somit nicht darum, das Reststück einer Stichstrasse ab jenem Punkt, ab welchem weniger als zehn Häuser erschlossen seien, jeweils der dritten Klasse zuzuteilen. Massgebend für die Abgrenzung der Klassierung sei das aufgrund des Strassenprojekts vorgesehene Ende der Verbreiterung.

5.1. Fest steht im vorliegenden Fall, dass es sich bei der X.-strasse um eine dem Gemeingebrauch gewidmete öffentliche Strasse im Sinne von Art. 1 Abs. 1 StrG handelt, wenngleich sie nicht im Eigentum der Beschwerdeführerin 1 steht. Auch ist unbestritten, dass die bestehende Einteilung der X.-strasse als Gemeindestrasse dritter Klasse angesichts des unbestrittenen Überbauungspotentials auf Parzelle Nr. 7 überprüft werden muss. Sodann wird von keiner Seite in Frage gestellt, dass die X.-strasse nicht als Gemeindestrasse erster Klasse (Art. 8 Abs. 1 StrG) einzuteilen ist. Zu prüfen bleibt, ob die X.-strasse gesamthaft gemäss der von der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid vertretenen Auffassung als Gemeindestrasse zweiter Klasse zu klassieren ist oder ob sie auf ihrer gesamten Länge resp. zumindest auf dem hinterliegenden Teil auf einer Länge von rund 68 Meter als Gemeindestrasse dritter Klasse eingeteilt bleiben darf, wovon die Beschwerdeführerin 1 ausgeht.

5.2. Der Erlass oder die Änderung des Gemeindestrassenplans obliegt der Gemeinde, unter Vorbehalt der Genehmigung des zuständigen Departements (Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 2 StrG). Ob eine Strasse als öffentlich bezeichnet und damit dem Gemeingebrauch gewidmet werden soll und welcher der möglichen Strassenkategorien die Gemeindestrasse zuzuteilen ist, beurteilt sich im Rahmen von Art. 1 ff. und Art. 7 ff. StrG und damit nach kantonalem Recht. Die genannten Vorschriften belassen der Gemeinde jedoch, beispielsweise hinsichtlich der Linienführung der jeweiligen Gemeindestrasse, einen grossen Entscheidungsspielraum (vgl. BGer 1C_46/2010 vom 28. April 2010 E. 2.2 mit Hinweis auf BGer 1P.347/1992 vom 9. Februar 1993 E. 2). Die Gemeindeautonomie ist aber insofern beschränkt, als es den Gemeinden verwehrt bleibt, den in Konkretisierung des Strassengesetzes durch die

kantonale Gerichts- und Verwaltungspraxis gezogenen Rahmen zu überschreiten (vgl. GVP 2011 Nr. 21 E. 4.3.2). Laut Art. 8 Abs. 2 StrG dienen Gemeindestrassen zweiter Klasse der Groberschliessung des Baugebietes und der Erschliessung grösserer Siedlungsgebiete ausserhalb des Baugebietes. Sie stehen in der Regel dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr offen. Unter den Begriff «Groberschliessung» im Sinne von Art. 8 Abs. 2 StrG fallen nicht nur die Hauptstränge der Erschliessung, sondern grundsätzlich auch die Quartierstrassen, sofern sie eine grössere Zahl von Häusern bzw. Wohneinheiten erschliessen (vgl. GVP 2001 Nr. 98 E. 2c/bb). Im Regelfall sind Erschliessungsstrassen innerhalb der Bauzone, die zehn oder mehr ständig bewohnte Wohneinheiten erschliessen, als Gemeindestrasse zweiter Klasse zu betrachten (vgl. GVP 2011 Nr. 21 E. 4.3.3, und GVP Nr. 2001 Nr. 98 E. 2 f und GVP Nr. 1992 Nr. 43). Gemeindestrassen dritter Klasse dienen der übrigen Erschliessung sowie der Land- und Forstwirtschaft. Sie stehen dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr nicht offen (Art. 8 Abs. 3 StrG). Die dritte Klasse ist eine Auffangklasse. Alle öffentlichen Strassen, die nicht zwingend einer höheren Klasse zuzuordnen sind, gehören zu den Gemeindestrassen dritter Klasse (G. Germann, in: Kurzkommentar zum st.gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, St. Gallen 1989, N 16 zu Art. 8). Die Einteilung einer Strasse richtet sich nach der tatsächlichen oder geplanten Funktion einer Strasse. Sie hat unabhängig vom Strassenzustand, von den Eigentumsverhältnissen und den Bezeichnungen gemäss Art. 57 StrG zu erfolgen. Bei der Einteilung ist der Strassenzug als Ganzes zu betrachten. Es geht somit nicht darum, das Reststück einer Stichstrasse ab jenem Punkt, ab welchem weniger als zehn Häuser erschlossen werden, jeweils der dritten Klasse zuzuteilen. Massgebend ist vielmehr, inwieweit eine Strasse in ihrer Funktion als Einheit zu betrachten ist. Für die Abgrenzung eines Strassenzugs soll in der Regel eine Abzweigung, ein Kehrplatz, eine Verengung, eine Kreuzung oder dergleichen massgebend sein (G. Germann, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 8). Die Klassierung der Strassen hat vorausschauenden Charakter. Wohneinheiten, die in naher Zukunft absehbar realisiert werden können, müssen bei der Anzahl der erschlossenen Wohneinheiten mitgezählt werden. Beim unbestimmten Rechtsbegriff «in naher Zukunft» ist eine mittelfristige Perspektive einzunehmen, die deutlich weniger als zehn Jahre betragen muss, da andernfalls die gesetzliche Überprüfungsmöglichkeit nach Ablauf der Zehnjahresfrist gemäss Art. 14 Abs. 3 StrG in Verbindung mit Art. 33 Abs. 1 des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz, sGS 731.1, BauG) obsolet würde. Zudem ist erforderlich, dass konkrete oder realistische Anhaltspunkte für eine mögliche Überbauung mit einer bestimmten Anzahl von ständig bewohnten Wohneinheiten bestehen. Ein Baubewilligungsverfahren muss indessen noch nicht eingeleitet sein, sofern sich die fraglichen Parzellen im Baugebiet befinden und eine Erschliessung über die fragliche Strasse realistisch erscheint (vgl. GVP 2011 Nr. 21 E. 4.5.5).

5.3. Über den vorderen Teil der X.-strasse auf einer Länge von rund 66 Meter sollen in naher Zukunft absehbar auf den Parzellen Nrn. 3, 0, 4, 7 und 8 mehr als zehn ständig bewohnte Wohneinheiten erschlossen werden. Zusätzlich zur beste-

henden Überbauung auf den Grundstücken Nrn. 3, 0, 4 und 8 bestehen insbesondere aufgrund des Baugesuchs vom 18. Mai 2011 unbestrittenermassen konkrete und realistische Anhaltspunkte für eine mögliche Überbauung der Parzelle Nr. 7 mit zehn ständig bewohnten Wohneinheiten. Der vordere Teil der X.-strasse ist von der Beschwerdeführerin deshalb offensichtlich zu Recht als Gemeindestrasse zweiter Klasse eingeteilt worden. Was den hinterliegenden Teil der X.-strasse anbelangt, besteht, abgesehen vom Grundstück Nr. 7, nach den unbestrittenen Angaben im Amtsbericht des AREG vom 8. März 2012 (von Amtes wegen beigezogen) einzig auf der südseitigen Parzelle Nr. 6 in der Wohn- und Gewerbezone WG3 ein theoretisches Überbauungspotential. Bei einer Landfläche von 2090 m² und einer Grundausnützung von 0,65 ist nicht auszuschliessen, dass darauf dereinst anstelle des bestehenden Einfamilienhauses – ohne Gewerbeflächen einzurechnen – 8 bis 15 weitere Wohneinheiten erstellt werden könnten. Aus den Akten ergeben sich indessen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass in naher Zukunft, d.h. innert weniger als zehn Jahren, zusätzliche Wohneinheiten auf Parzelle Nr. 6 erstellt werden. Das Argument der Beschwerdeführer 2, die Parzelle Nr. 6 müsse laut dem Koordinationsblatt IV 13 des kantonalen Richtplans resp. dem Planungsbericht zum Teilzonenplan «B.-strasse» verdichtet werden, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Parzelle Nr. 6 liegt nicht im Perimeter des Teilzonenplans «B.-strasse». Auch ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführern 2 nicht weiter substantiiert, inwiefern die Nutzungsintensität auf Parzelle Nr. 6 in den nächsten zehn Jahren mit anderen nutzungsplanerischen Massnahmen gemäss dem Zwischenergebnis im Koordinationsblatt IV 13 erhöht werden sollte. Über den hinteren Teil der X.-strasse werden demnach weniger als zehn Wohneinheiten erschlossen, zumal nicht erkennbar ist, dass die gemäss Strassenbauprojekt vom 15. August 2011 geplante Hauszufahrt auf Parzelle Nr. 7 geändert werden soll. Es stellt sich daher weiter die Frage, ob der vorder- und der hinterliegende Teil der X.-strasse eine Einheit darstellen. Die Beschwerdeführerin 1 stellt sich auf den Standpunkt, die X.-strasse bestehe nach dem geplanten Ausbau wegen der Verengung auf den letzten 68 Meter und dem gemäss Bauprojekt vom 18. Mai 2011 projektierten Wendeplatz aus zwei deutlich zu unterscheidenden Teilen, weshalb die Vorinstanz zu Unrecht von einem einheitlichen Strassenzug ausgegangen sei. Unabhängig von der Zulässigkeit des geplanten Ausbaustandards, unterscheidet sich die X.-strasse wegen der Verengung auf den letzten 68 Meter und des «Wendeplatzes» grundsätzlich nicht von «üblichen» Stichstrassen. Entgegen anderslautender Darstellung der Beschwerdeführerin 1 muss eine «übliche» Stichstrasse nicht zwingend auf der ganzen Länge gleich ausgestaltet sein, wenn, wie vorliegend, über den hinterliegenden Teil deutlich weniger Wohneinheiten erschlossen werden als über den vorderliegenden Teil. Wenn der Argumentation der Beschwerdeführerin 1 gefolgt würde, müssten die hinterliegenden Teile von Stichstrassen in Bauzonen, über welche weniger als zehn ständig bewohnte Wohneinheiten erschlossen werden, in aller Regel als Gemeindestrassen dritter Klasse klassiert werden, obschon die Beschwerdeführerin 1 gerade dies in Abrede stellt. Ein solches Vorgehen ist nach

dem unter Erwägung 5.2 Gesagten offensichtlich nicht mit den Klassierungskriterien nach Art. 8 Abs. 2 und 3 StrG vereinbar. Folglich kann im konkreten Fall nicht von zwei unterschiedlichen Funktionen des vorder- und des hinterliegenden Teils der X.-strasse gesprochen werden. Vielmehr liegt es nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in Erwägung Ziff. 3.3 des angefochtenen Entscheides in der Natur der Sache, dass der Zufahrtsverkehr auf einer Stichstrasse mit zunehmender Länge abnimmt, weil weniger Anwohner über den hinter- als den vorderliegenden Teil der Strasse fahren müssen. Die X.-strasse bildet demgemäss einen einheitlichen Strassenzug, weshalb auch der hintere Teil der X.-strasse als Gemeindestrasse zweiter Klasse einzuteilen ist. Weitere Gründe für eine unterschiedliche Klassierung der beiden Strassenteile werden von der Beschwerdeführerin 1 nicht dargetan und sind auch nicht erkennbar. Mit der Widmung des hinterliegenden Teils der X.-strasse als Gemeindestrasse dritter Klasse hat die Beschwerdeführerin 1 die kantonalrechtlichen Zuteilungskriterien gemäss Art. 8 Abs. 2 und 3 StrG verletzt und damit den ihr zustehenden Entscheidungsspielraum überschritten. Dies hat die Vorinstanz zu Recht beanstandet, ohne in den Autonomiebereich der Beschwerdeführerin 1 einzugreifen. Die Anträge Ziff. 1, 2 und 4 der Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 sind daher abzuweisen. Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt festzuhalten, dass das «Inaussichtstellen» der Genehmigung des Teilstrassenplans «Verbreiterung X.-strasse» vom 13. Dezember 2012 durch das Tiefbauamt des Kantons St. Gallen an diesem Ergebnis im Individualrechtsschutzverfahren nichts ändert. Selbst der Genehmigungsentscheid stellt nur eine vorläufige Kontrolle dar, an welche die Rechtsmittelbehörde nicht gebunden ist (vgl. BGer 1C_71/2014 vom 19. Februar 2015 E. 2.2.1). Darüber hinaus ist der Beschwerdeführerin 1 nahezulegen, den neuen Teilstrassenplan aus Gründen der Rechtssicherheit ordnungsgemäss mit Datum und Unterschrift des Stadtpräsidenten und des Stadtschreibers zu versehen. Auch ist die Massstabsangabe auf dem Plan (fälschlicherweise 1:200) zu berichtigen.

5.4. Wie hiervor unter Erwägung 5.3 ausgeführt, sind beide Teile der X.-strasse einheitlich als Gemeindestrasse zweiter Klasse einzuteilen. Bei dieser Sachlage ist der Eventualantrag (Ziff. 3) der Beschwerdeführerin 1, es sei festzustellen, dass die X.-strasse auf der ganzen Länge als Gemeindestrasse dritter Klasse einzuteilen sei, abzuweisen. Es kann daher offen bleiben, ob auf diesen Eventualantrag überhaupt einzutreten gewesen wäre (vgl. zu den Voraussetzungen der Feststellung VerwGE B 2011/177 vom 29. August 2012 E. 2.5.1, www.gerichte.sg.ch). Festzuhalten bleibt einzig, dass sich die Beschwerdeführerin 1 mit ihrem Feststellungsbegehren in Widerspruch zu ihrem Beschluss vom 6. Juni 2012 (von Amtes wegen beigezogen) setzt, den Teilstrassenplan vom 15. August 2011 zu widerrufen und die X.-strasse teilweise der zweiten Klasse zuzuteilen.

7. Raumplanung und Baurecht

25

Art. 14 RPG (SR 700); Art. 28 Abs. 1 BauG (sGS 731.1). Die bundesgerichtliche Praxis zum Ausnützungstransfer-Verbot zwischen unterschiedlichen Zonen gilt auch innerhalb des Gestaltungsplans, zumal dieser zwar eine (wegleitende) Ausnützungsberechnungstabelle enthält, jedoch keine verbindlichen Regeln zum Ausnützungstransfer (innerhalb der Bauzone und über die Zonengrenze hinaus) aufstellt.

Verwaltungsgericht, 17. Dezember 2015

Das Grundstück Nr. 002 der Beschwerdeführer mit einer Fläche von 782 Quadratmetern ist der Wohnzone W4, in welcher gemäss Regelbauvorschriften eine Ausnützungsziffer von 0,7 gilt, zugeteilt und liegt im Teilgebiet C eines Gestaltungsplans mit besonderen Vorschriften. Die Baukommission der Gemeinde erteilte den Eigentümern am 26. Mai 2014 die Bewilligung zur Errichtung eines viergeschossigen Mehrfamilienhauses mit einer anrechenbaren Bruttogeschossfläche von 850,76 Quadratmetern unter der Auflage, die Inanspruchnahme des der Zone WG3 zugeteilten Nachbargrundstücks Nr. 005 im Teilgebiet B desselben Gestaltungsplans mit einer Geschossfläche von 150,76 Quadratmetern zur Berechnung der Ausnützungsziffer als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch anzumerken. Das Baudepartement hiess den Rekurs der unterlegenen Einsprecher gut und hob die Baubewilligung auf mit der Begründung, der verfügte Ausnützungstransfer über die Zonengrenze hinaus sei unzulässig. Das Verwaltungsgericht weist die von den Grundeigentümern erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1. Das Baureglement der Gemeinde Wil vom 25. November 1992 (BauR) sieht in Art. 13 Abs. 1 für die Wohnzone W4 (vier Vollgeschosse) eine zulässige Ausnützung von 0,7 vor. Das vorliegend geplante Bauvorhaben überschreitet diese Ausnützung bei einer Grundstückfläche von 782 m² und einer anrechenbaren Bruttogeschossfläche (aBGF) von 850,76 m² mit einem Wert von 1,09 um gut 50 Prozent. Streitig ist unter den Verfahrensparteien, auf welcher Berechnungsgrundlage die höchstzulässige Ausnützung für das Baugrundstück Nr. 002 – unter Einbezug des Gestaltungsplans – zu ermitteln ist. Die Ausnützungsberechnungstabelle des Gestaltungsplans sieht für das Teilgebiet C, in welchem die Überbauung vorgesehen ist, eine aBGF von 700 m² vor. Zu klären ist die Zulässigkeit der Überbauung mit einer aBGF von 850,76 m². – Der Gestaltungsplan gehört zu den Sondernutzungsplänen im Sinn von Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (SR 700; RPG). Damit kann die

politische Gemeinde zur Erreichung einer Gesamtüberbauung mit städtebaulich vorzüglicher Gestaltung die Überbauung einer oder mehrerer Parzellen projektmässig bis in Einzelheiten regeln, wobei im Rahmen der Grundordnung vom Zonen- oder Überbauungsplan abgewichen werden kann (Art. 28 Abs. 1 des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht [BauG], sGS 731.1; GVP 1997 Nr. 69 S. 149). Hierbei darf jedoch die Grenze der materiellen Zonenplanänderung nicht überschritten werden (GVP 2003 Nr. 19). Eine Mehrausnützung ist zulässig, wenn ein besseres Projekt als nach zonengemässer Überbauung verwirklicht wird, die Grösse des Grundstücks dies rechtfertigt und die Interessen der Nachbarn nicht erheblich beeinträchtigt werden (Art. 27 BauG).

2.2. Die Beschwerdebeteiligte hatte die Erteilung der Baubewilligung damit begründet, dass im Gestaltungsplan die zulässige Ausnützung für das Teilgebiet A mit einer aBGF von 4060 m², für das Teilgebiet B mit einer aBGF von 1752 m² und für den Bereich C mit einer solchen von 700 m² festgelegt worden sei. Der damit durch den Gestaltungsplan verbindlich festgelegten höchstzulässigen aBGF von 6512 m² stehe eine Grundfläche von insgesamt 8175 m² gegenüber. Daraus resultiere eine Ausnützungsziffer von rund 0.8. Das Teilgebiet A sei inzwischen überbaut und die dort zulässige aBGF von 4060 m² realisiert worden. Die Teilgebiete B und C seien bislang nicht neu überbaut worden. Das geplante Projekt im Bereich C sehe eine aBGF von 850,76 m² vor und liege damit 150,76 m² über der Ausnützung des Gestaltungsplans für diesen Bereich. Nachdem diese Ausnützungsberechnungstabelle des Gestaltungsplans aber nur wegleitenden Charakter habe, sei die geplante Mehrausnützung zulässig. Dafür sei indessen ein Ausnützungstransfer vom Teilgebiet B (Grundstück Nr. 0005) erforderlich, damit die höchstzulässige aBGF von 6512 m² bei der späteren Überbauung von Grundstück Nr. 0005 nicht überschritten werde.

3.

3.1. Vorweg ist festzuhalten, dass das Instrument des (im Rahmen des Nutzungsplanverfahrens gewährten) Ausnützungsbonus innerhalb des Planperimeters eines Gestaltungsplans (nachstehend E. 3.1.1) von demjenigen des (im Grundbuch einzutragenden) Ausnützungstransfers zwischen zwei benachbarten Grundstücken (nachstehend E. 3.1.2) grundsätzlich zu unterscheiden ist (vgl. dazu BGer 1P.640/2006 vom 29. Mai 2007, E. 4.4).

3.1.1. Nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 BauR kann beim Gestaltungsplan gemäss Art. 28 BauG für das betreffende Plangebiet die Anwendung einer Ausnützungsziffer aufgehoben werden. Art. 22 Abs. 2 BauR verweist im Übrigen auf die Voraussetzungen nach Art. 21 BauR. Absatz 2 von Art. 21 BauR legt die Mehrausnützung für die hier in Frage stehende Zone W4 auf 25 Prozent der zonengemässen Grundausnützung fest. – Für eine Abweichung von der in der Bauordnung enthaltenen Ausnützungsziffer (Art. 13 BauR) bedarf es mit Blick auf Art. 22 Abs. 1 Satz 1 BauR im Gestaltungsplan bzw. in dessen besV verbindlicher Sonderbauvorschriften. Art. 2 der besonderen Vorschriften (besV) des Gestaltungsplans T. sieht in diesem Zusammenhang vor, dass die Bestimmungen des BauR für das Plangebiet gelten, soweit der Gestaltungsplan

mit den nachstehenden Vorschriften (besV) nichts anderes bestimmt. Art. 3 besV listet die verbindlichen (lit. a) und die wegleitenden (lit. b: darunter die Ausnützungsberechnungstabelle vom 20. Oktober 1989) Bestimmungen im Einzelnen auf. Der Gestaltungsplan selbst enthält keine Ausführungen bzw. verbindliche Vorschriften zur zulässigen Ausnützungsziffer im Plangebiet als Ganzes oder in den einzelnen Teilgebieten.

3.1.2. Nach Art. 63 BauG ist die Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken zur Berechnung der Ausnützungsziffer ausnahmsweise zulässig, wenn die betroffenen Grundeigentümer sich schriftlich zu einem Verzicht auf die spätere Überbauung verpflichten. Die zuständige Gemeindebehörde verfügt diese Verpflichtung als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung und lässt sie im Grundbuch anmerken. Nach der Rechtsprechung ist ein Ausnützungstransfer zwischen Parzellen mit verschiedenen Nutzungsziffern bzw. zwischen Bau- und Nichtbauzone (BGE 119 Ia 113; VerwGE B 2009/34 vom 3. Dezember 2009, E. 2.5) unzulässig, wenn er dazu dient, einer Zone mit niedriger Ausnützung eine höhere Nutzung zu ermöglichen. Die Rechtsprechung zum interzonalen Ausnützungstransfer will insbesondere verhindern, dass die vom Zonenplan festgelegten Zonengrenzen missachtet und die vom kommunalen Gesetzgeber beschlossene Unterteilung des Baugebiets geändert wird (BGE 109 Ia 188 E. 3 S. 191 mit Hinweisen). In BGE 109 Ia 188 erklärte das Bundesgericht sogar die Nutzungsübertragung zwischen zwei zu unterschiedlichen Erschliessungsetappen gehörenden Flächen innerhalb derselben Bauzone für unzulässig. Eine Ausnahme vom Übertragungsverbot ist nach der Rechtsprechung nur aufgrund einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift zulässig (BGE 109 Ia 30 E. 6a S. 31 mit Hinweisen; vgl. Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl. 2002, S. 298 f.).

3.2.

3.2.1. Die Vorinstanz legte im angefochtenen Entscheid unter anderem dar, der Umstand, dass der Gestaltungsplan die Ausnützungsziffer nicht verbindlich festlege, bedeute nicht, dass im Plangebiet keine Ausnützungsziffer gelte bzw. diese sich indirekt über das höchstzulässige Gebäudevolumen ergebe. Eine solche Auslegung sei mit Art. 2 besV nicht vereinbar und hätte eine ausdrückliche Sonderbauvorschrift (Ausnützungszifferdispens für den Planperimeter) im Gestaltungsplan selbst erfordert. Das Fehlen einer solchen Vorschrift in den besV habe zur Folge, dass für die höchstzulässige Ausnützung nach wie vor die Regelbauvorschrift (Art. 13 BauR) Anwendung finde. Die Ausnützungsberechnungstabelle sei als lediglich wegleitender Bestandteil der besV nicht grundeigentümerverbindlich und deshalb nicht geeignet, eine höhere Ausnützung im Plangebiet als Ganzem oder in einem Teilgebiet zuzulassen. Bei einer zulässigen Ausnützungsziffer von 0.7 dürfe das Bauvorhaben nur eine aBGF von 547,4 m² aufweisen. Mit einer aBGF von 850,76 m² widerspreche es deutlich den Regelbauvorschriften.

Im Weiteren hielt die Vorinstanz fest, der von der Beschwerdebeteiligten verfügte Nutzungstransfer – Grundbuch-Anmerkung der Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks Nr. 0005 mit einer Geschossfläche von 150,76 m² zur Berechnung der Ausnüt-

zungsziffer als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung gemäss Art. 63 BauG – sei schon deshalb ausgeschlossen, weil die betroffenen Grundstücke Nr. 002 (Zone W4) und Nr. 0005 (Zone WG3) nicht derselben Zone angehören würden. Hinzu komme, dass die Beschwerdebeteiligte beim verfügten Nutzungstransfer nicht ausgehend von der tatsächlichen Grundstücksgrösse und der bestehenden Überbauung auf Grundstück Nr. 0005 eine allenfalls gemäss BauR noch bestehende Ausnützungsreserve ermittelt habe, sondern einzig auf die in der bloss wegleitenden Ausnützungsberechnungstabelle aufgeführten aBGF in den Teilgebieten B und C abgestellt habe. Ein solches Vorgehen sei nicht zulässig, nachdem bezüglich Ausnützung im Plangebiet die Regelbauvorschriften Anwendung finden würden. Selbst wenn ein Ausnützungstransfer über die Zonengrenze zulässig und die aBGF in der Ausnützungsberechnungstabelle verbindlich geregelt wäre, könnte von der dort statuierten höchstzulässigen aBGF von 700 m² für das Teilgebiet C im Baubewilligungsverfahren nicht mittels Nutzungstransfer abgewichen werden.

3.2.2. Die Beschwerdeführer lassen einwenden, die Ansicht der Vorinstanz, wonach ein Nutzungstransfer bei den vorliegenden planungsrechtlichen Verhältnissen nicht zulässig sein solle, basiere auf einer falschen rechtlichen Beurteilung wie auch einer fehlerhaften bzw. unvollständigen Feststellung des Sachverhalts. Es gehe nicht um Ausnützungsverschiebungen zwischen unterschiedlichen Zonen, sondern um Verschiebungen innerhalb eines geschlossenen Gestaltungsplangebietes. Der Gestaltungsplan überlagere in diesem Bereich die Grundnutzungsordnung und schaffe insofern eine eigene Zone. Zudem sei auch eine Ausnützungsübertragung zwischen den in der gleichen Zone befindlichen Teilgebieten A und C möglich und zulässig. Das Teilgebiet A sei wohl bereits überbaut worden, weise aber, verglichen mit dem in der Zone W4 geltenden Dichtemass von 70 Prozent gemäss den Regelbauvorschriften, eine Ausnützungsreserve auf. Selbst wenn, mit der Vorinstanz, im Gestaltungsplangebiet von der Geltung der Ausnützungsziffer gemäss Regelbauvorschriften (0.7; Art. 13 BauR) ausgegangen werde, so wäre dieses Mass noch nicht überschritten, wenn die verfügbare Ausnützungsreserve aus dem Teilgebiet A ins Teilgebiet C transferiert werde. Es verbleibe weiterhin eine nicht beanspruchte Fläche von 148,32 m².

3.3.

3.3.1. Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens und des anschliessenden Rekursverfahrens bildete, wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ausschliesslich der von der Beschwerdebeteiligten bestätigte Ausnützungstransfer von Teilgebiet B bzw. Grundstück Nr. 0005 zu Teilgebiet C bzw. Grundstück Nr. 002. Dementsprechend wurde auch lediglich dieser Transfer als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Sinn von Art. 63 Satz 2 BauG verfügt. Mit Blick auf die geschilderte Rechtsprechung (E. 3.1.2) kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass der verfügte Ausnützungstransfer aufgrund der Zugehörigkeit der beteiligten Grundstücke zu unterschiedlichen Zonen nicht bestätigt werden kann. Die bundesgerichtliche Praxis zum Ausnützungstransfer-Verbot zwischen unterschiedlichen Zonen gilt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer auch innerhalb des Gestaltungsplans, zumal dieser in den besV

keine verbindlichen Regeln zum Ausnützungstransfer (innerhalb der Bauzone und über die Zonengrenze hinaus) aufstellt. Für ihre gegenteilige Auffassung vermögen die Beschwerdeführer keine überzeugende Begründung bzw. ein entsprechendes Präjudiz anzuführen. Ihre Feststellung, wonach der Gestaltungsplan die Grundnutzungsordnung überlagere und insofern eine eigene Zone schaffe, trifft – mangels entsprechender verbindlicher Regelung – zumindest mit Bezug auf die Ausnützungsziffer und den Ausnützungstransfer nicht zu. Die Prüfung der weiteren Frage, ob es sich bei Parzelle Nr. 0005 um ein «Nachbargrundstück» im Sinn von Art. 63 BauG handelt (vgl. dazu Juristische Mitteilungen [Baudepartement Kt. St. Gallen] 2004 II Nr. 14), braucht bei diesem Sachverhalt nicht geklärt zu werden.

Der Gestaltungsplan setzt sich gemäss Art. 3 besV aus verbindlichen und aus wegleitenden Bestandteilen – zu letzteren gehört auch die Ausnützungsberechnungstabelle – zusammen. Wegleitende Bestandteile von Gestaltungsplänen legen das Überbauungskonzept in der Regel bis ins Detail fest. Das Planungsamt hatte sich im Schreiben vom 24. November 1989 an die Baukommission Wil mit der Ausnützungsziffer und der entsprechenden Tabelle auseinandergesetzt. Schon diese Vorprüfung macht deutlich, dass den wegleitenden Bestandteilen eine Bedeutung beigemessen wurde. Der Baugesuchsteller ist indessen nicht bis ins Detail an diese Planbestimmungen gebunden. Sie sind als Richtschnur für die Überbauung zu betrachten. Die Ausnützungsberechnungstabelle beinhaltet eine Bonusregelung in dem Sinn, als für das Teilgebiet C von einer aBGF von 700 m² auszugehen ist. Ohne rechtsgültigen Ausnützungstransfer verunmöglicht die höchstzulässige aBGF für das Teilgebiet C eine im Bauprojekt vorgesehene Ausnützung von 850,76 m².

3.3.2. Die Beschwerdebeteiligte führt aus, anhand der Ausnützungsberechnung der Beschwerdeführer vom 4. September 2014 für die bestehende Überbauung im Teilgebiet A, Parzelle Nr. 006, sei eine genügende Ausnützungsreserve (414,53 m² GF) auf diesem Grundstück nachgewiesen, welche auf das Baugrundstück Nr. 002, Teilgebiet C, übertragen werden könne. Bei einer Grundstücksfläche von 782 m² und einer Ausnützungsziffer von 0.7 betrage die maximal anrechenbare Geschossfläche von Grundstück Nr. 002 547,4 m². Für die Geschossfläche gemäss Bauprojekt von 850,76 m² würden 303,36 m² fehlen. Ein Nutzungstransfer von 303,36 m² aBGF von Grundstück Nr. 006 zu dem sich innerhalb des gleichen Gestaltungsplans befindlichen Grundstücks Nr. 002 sei gemäss ihrer Praxis zulässig.

Hinsichtlich des von den Beschwerdeführern und der Beschwerdebeteiligten im vorliegenden Verfahren thematisierten Ausnützungstransfers von Teilgebiet A zu Teilgebiet C fehlt es an einer Verfügung der Beschwerdebeteiligten im Sinn von Art. 63 Satz 2 BauG. Der angefochtene Rekursentscheid konnte dementsprechend diesen Ausnützungstransfer zum vornherein nicht beinhalten. An diesen formellen Gegebenheiten vermag der Umstand, dass die Vorinstanz auch neue Tatsachen bis zum Zeitpunkt des Entscheids zu berücksichtigen hat (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 641 mit Hinweisen) nichts zu ändern. Auf den erwähnten Aspekt kann somit im vorliegenden Verfahren,

welches einzig die Rechtmässigkeit des Rekursentscheides zum Gegenstand hat, nicht eingetreten werden. Die Prüfung und Verfügung des nunmehr vorgeschlagenen Ausnützungstransfers kann nicht durch das Verwaltungsgericht als Erstinstanz erfolgen, zumal dessen Kognition im Gegensatz zur Rekursinstanz, welche die Nutzungspläne sowohl auf ihre Recht- und Zweckmässigkeit überprüft (BGE 127 II 242; BGE 118 Ib 397), bei der Überprüfung der Nutzungsplanung beschränkt ist. Es ist lediglich zur Rechtskontrolle befugt (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP) und hat sich darauf zu beschränken, über die Einhaltung des Ermessensspielraums zu wachen; es schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 740; GVP 1996 Nr. 9 S. 22; VerwGE B 2009/111 vom 24. August 2010 E. 2. mit Hinweisen, in: www.gerichte.sg.ch). Letzteres ist vorliegend nicht der Fall. Insbesondere kann der Vorinstanz entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, im Rekursverfahren nicht noch weitere – nicht beantragte bzw. von der Beschwerdebeteiligten zuvor nicht geprüfte und verfügte – Ausnützungstransfer-Varianten untersucht zu haben. Die kurze Erwähnung der im Teilgebiet A bestehenden Ausnützungsreserve in der Rekursvernehmlassung vermag hieran nichts zu ändern, zumal noch in der Baubewilligung festgehalten worden war, dass das Teilgebiet A inzwischen überbaut und die dort zulässige aBGF von 4060 m² realisiert worden sei. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer kann das Verwaltungsgericht die von der Vorinstanz aufgehobene Baubewilligung nicht wiederherstellen, weil der darin verfügte Ausnützungstransfer wie dargelegt rechtlich nicht haltbar ist. Den Beschwerdeführern ist es jedoch unbenommen, den Ausnützungstransfer von Teilgebiet A (Grundstück Nr. 006) zu Teilgebiet C (Grundstück Nr. 002) im Rahmen eines Korrekturbaugesuchs einzubringen und von der Beschwerdebeteiligten verfügen zu lassen.

26

Art. 22 Abs. 1 lit. a RPG (SR 700) i.V.m. Art. 17 Abs. 1 und 2 BauG (sGS 731.1). In Grünzonen im Sinne von Art. 17 Abs. 1 lit. a und b BauG gelten die erleichterten Zulässigkeitsvoraussetzungen für unterirdische Bauten und Anlagen gemäss Art. 17 Abs. 2 BauG auch für zugehörige oberirdische Bauten oder Anlagen von Tiefgaragen wie namentlich Zufahrten, Lifte und Treppen.

Verwaltungsgericht, 19. Februar 2015

Die City Parking St. Gallen AG betreibt auf dem der Grünzone A zugewiesenen der Politischen Gemeinde St. Gallen gehörenden Grundstück Nr. C0956, Grundbuch St. Gallen,

auf welchem sich die Parkanlage «Unterer Brühl» sowie ein Teil der Museumstrasse, Gemeindestrasse 2. Klasse, befindet, die Tiefgarage Brühltor. Die Betreiberin erhielt am 3. Dezember 2004 die Bewilligung zur Erweiterung der Tiefgarage unter anderem mit der Auflage, dass spätestens bei Inbetriebnahme der Tiefgarage zumindest auf der Südwestseite eine behindertengerechte Erschliessung (Liftanlage) vorhanden sein müsse und dafür innert 60 Tagen ab Rechtskraft der Baubewilligung ein Nachweis in Form eines Korrekturgesuchs zu erbringen sei.

Am 18. Januar 2013 reichte die City Parking St. Gallen AG ein Baugesuch für den Abbruch der bestehenden Treppenanlage bei der Tonhalle und den Neubau einer Treppen- sowie einer Liftanlage zur Tiefgarage auf der Museumstrasse vor dem Grundstück Nr. C0000 von X. ein. Während des Anzeige- und Auflageverfahrens vom 28. Januar bis 12. Februar 2013 erhob X. Einsprache. Diese Einsprache wies die Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen mit Verfügung vom 22. März 2013 (B 2013/212 act. 9/4/2/3) ab, soweit sie darauf eintrat, und erteilte die Baubewilligung für den Abbruch der bestehenden Treppe sowie den Neubau der Treppen- und Liftanlage insbesondere unter der Auflage, vor Baubeginn eine Konzession für die Beanspruchung des öffentlichen Grundes einzuholen. Das Baudepartement hiess den von X. dagegen erhobenen Rekurs am 23. September 2013 gut und hob die angefochtene Verfügung der Stadt St. Gallen auf.

Das Verwaltungsgericht vereinigt die von der City Parking St. Gallen AG (Beschwerdeführerin 1) und der Politischen Gemeinde St. Gallen (Beschwerdeführerin 2) erhobenen Beschwerden und heisst sie gut.

Aus den Erwägungen:

4. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung steht vorliegend die Zonenkonformität der geplanten Treppen- und Liftanlage in der Grünzone A.

Die Beschwerdeführerinnen lassen hierzu vorbringen, die Grünzone sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Baugebiet, weshalb nicht einzusehen sei, warum der fragliche behindertengerechte Zugang zur bewilligten Tiefgarage im Baugebiet nicht zulässig sei. Die am 3. Dezember 2004 bewilligte unterirdische Parkhauserweiterung habe auch verschiedene damit verbundene Hochbauteile (Entlüftungskamin, Fussgängerausgang Ost und neue überdachte Ausfahrt auf die Torstrasse) umfasst. Alle drei direkt mit der Parkhauserweiterung in funktionalem Zusammenhang stehenden Hochbauten würden sich in der Grünzone A befinden. Zudem habe die Stadt St. Gallen im Rahmen der Erneuerung der Brühltor-Passage auf der Museumstrasse einen Lift und eine WC-Anlage in der Grünzone A bewilligt. Im Weiteren diene die geplante Ersatzbaute für den aufzuhebenden Aufgang bei der Tonhalle, welche zusätzlich einen Lift beinhalte, neben dem Zugang zur Tiefgarage auch der Parkanlage selber bzw. deren Besucher. Viele Parkhausbesucher würden sich entweder in die Parkanlage «Unterer Brühl» oder in den Stadtpark und die Museen begeben, weshalb es sich um eine zwingend notwendige Erschliessungsanlage sowohl der rechtmässig erstellten Tiefgarage als auch der Parkanlage und nicht um eine Baute, die zum Selbstzweck

erstellt werde, handle. Der Treppenaufgang samt Liftanlage sei deshalb keine eigenständige Baute, sondern bilde Bestandteil der unterirdischen Tiefgarage. Eine solche Erschliessungsanlage sei gleichermassen zonenkonform wie die unterirdische Hauptbaute. Dies gelte umso mehr, als die Vorinstanz selber einfache Gebäulichkeiten für Fussballfelder in der Grünzone A als zonenkonform betrachte und die strittigen Anlagen punkto Höhe und Grundfläche um vieles kleiner seien als andere in der Grünzone A zulässige selbständige Bauten und Anlagen. Jede andere Beurteilung würde dazu führen, dass zwar unterirdische Parkhäuser in der Grünzone A gebaut, jedoch die Erschliessungsanlagen wie Treppen oder Lifte ausserhalb der Grünzone erstellt werden müssten. Dies sei weder sinnvoll noch rechtlich begründet und an vielen Standorten gar nicht möglich, weil dann lange Zu- und Weggänge unterirdisch in benachbarte Zonen erstellt werden müssten. Dies könne nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen. Auch aus der Tatsache, dass vorliegend andere Zugänge zur Tiefgarage in anderen Zonen liegen würden, könne nicht auf die Unzulässigkeit der vorliegend strittigen Treppen- und Liftanlage geschlossen werden. Im Übrigen führe keiner der zwei bestehenden Lifte bis ins zweite Untergeschoss der Tiefgarage. Sodann habe sich die Vorinstanz nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine öffentliche Strasse, die eine Grünzone durchquere, überhaupt Bestandteil der Grünzone sei. Bezüglich der Frage der Bebaubarkeit würde öffentlicher Strassenraum innerhalb einer Grünzone nicht gleich behandelt werden können wie die Grünflächen selber. Mithin seien die Bauvorschriften der Grünzone für Bauten auf öffentlichen Strassen überhaupt nicht anwendbar. Treppen- und Liftanlagen auf öffentlichem Strassenraum würden Bestandteil der Strasse bilden. Des Weiteren sei das Kultur- und Museumsquartier in den vergangenen Jahren aufgewertet worden und werde noch an Attraktivität zunehmen. Damit würden die Benutzungsfrequenzen der Parkgarage auch an den weniger stark belegten Wochenenden steigen, womit der Bedarf für einen weiteren behindertengerechten Zugang auf der Ostseite offensichtlich ausgewiesen sei. Demgegenüber vertreten die Vorinstanz in ihren Stellungnahmen vom 13. November 2013 und der Beschwerdegegner in seinen Eingaben vom 10. Januar 2014 die Ansicht, bei einer Grünzone handle es sich grundsätzlich um eine Bauverbotszone. Oberirdische Bauten und Anlagen seien darin lediglich zulässig, wenn der Zonenzweck sie erfordere. Die Grünzone A bezwecke nicht die Errichtung bzw. Erschliessung einer Tiefgarage, sondern die Erhaltung und Schaffung von Sport-, Park- und Erholungsanlagen. Das Bauvorhaben sei deshalb in der Grünzone A zonenfremd. Diesbezüglich spiele auch der Bedarf an einem weiteren Zugang zur Tiefgarage keine Rolle. Ein solcher Bedarf wäre höchstens im Rahmen der Erteilung einer Ausnahmebewilligung von Bedeutung, welche die Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen jedoch nicht geprüft habe. Zwingende Gründe für eine Ausnahmebewilligung seien ohnehin nicht ersichtlich, da der Lift auch auf dem Areal des Stadttheaters erstellt werden könnte, welches in der Zone für öffentliche Bauten liege. Auch würden Rollstuhlfahrer, welche mit dem Auto in die Tiefgarage fahren könnten, die knapp 100 Meter von der 2004 gebauten Liftanlage zum Theater problemlos schaffen.

4.1. Zunächst ist zu entscheiden, ob die geplante Treppen- und Liftanlage von der Beschwerdeführerin 2 zu Recht nach Art. 22 Abs. 1 RPG in Verbindung mit Art. 78 ff. des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz; sGS 731.1, BauG) unter Anwendung der Bauvorschriften der Grünzone A beurteilt worden ist, wovon die Vorinstanz ausgeht, oder ob sie als Strassenprojekt gemäss Art. 39 ff. des Strassengesetzes (sGS 732.1, StrG) hätte behandelt werden müssen.

Für den Strassenbau wird das Planverfahren durchgeführt. Es ersetzt das Baubewilligungsverfahren (Art. 39 Abs. 1 StrG). Laut Art. 1 Abs. 1 StrG gilt das Strassengesetz für öffentliche Strassen. Öffentlich sind Strassen, wenn sie dem Gemeingebrauch gewidmet sind. Auch Wege, die abseits von öffentlichen Strassen liegen und nicht dem Motorfahrzeugverkehr dienen, sind Strassen im Sinne des StrG, soweit keine besonderen Bestimmungen gelten (Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 2 StrG). Zur öffentlichen Strasse gehören nach Art. 3 StrG die Verkehrsflächen und die ihr dienenden Anlagen. Massgebend für die Beurteilung der Frage, was zu einer Strasse gehört, ist die Funktion. Alle Anlagen, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Strasse erstellt bzw. betrieben werden oder Bestand haben, gehören zur Strasse. Als Bestandteile der Strasse gelten namentlich Strassenkörper mit sämtlichen Kunstbauten wie Treppen sowie Schutzbauten wie Unter- und Überführungen für Fussgänger und Radfahrer (vgl. Germann, Kurzkommentar zum st.gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, St. Gallen 1989, N 1 ff. zu Art. 3).

Die geplante Treppen- und Liftanlage auf der Museumstrasse, Gemeindestrasse 2. Klasse, liegt gemäss dem Teilzonenplan der Stadt St. Gallen in der Grünzone A. Sie führt zur Tiefgarage «Brühltor», welche von der privatrechtlichen City Parking St. Gallen AG betrieben wird. Dementsprechend ist nicht umstritten, dass es sich dabei um eine bleibende Baute und Anlage im Sinne von Art. 24 Abs. 2 StrG in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 der Bauordnung der Stadt St. Gallen (sRS 731.1, BO) handelt, welche eine Sondernutzung begründet und damit nach Art. 24 Abs. 1 StrG einer Konzession bedarf. Von einer Unterführung oder einer Treppe, welche dem Gemeingebrauch und nicht ausschliesslich privaten Zwecken dient, kann deshalb vorliegend keine Rede sein. Folglich kann die fragliche Treppen- und Liftanlage nicht als Kunst- oder Schutzbaute oder als Nebenanlage für den Betrieb der Museumstrasse und damit als Bestandteil dieser öffentlichen Strasse angesehen werden. Vielmehr steht diese Anlage nur in mittelbarem Zusammenhang mit der Museumstrasse. Bei dieser Sachlage ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, dass die Beschwerdeführerin 2 die Bewilligungsfähigkeit der projektierten Treppen- und Liftanlage zu Recht nicht im Planverfahren nach dem Strassengesetz, sondern im Baubewilligungsverfahren gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, SR 700, RPG) in Verbindung mit Art. 78 ff. BauG beurteilte. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 1 sind damit im vorliegenden Fall die Bauvorschriften der Grünzone A einschlägig.

4.2. Es ist daher weiter zu prüfen, ob die streitbetroffene Treppen- und Liftanlage in der Grünzone A zonenkonform ist.

Zentrale Bauvoraussetzung ist, dass Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG). Der Zweck der Nutzungszonen ergibt sich abstrakt aus der Umschreibung der Zonenarten (Art. 11 ff. BauG). Die Zonenkonformität im Sinne des Bundesrechts setzt dabei einen funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck voraus (vgl. VerwGE B 2012/128; B 2012/137 vom 22. Mai 2013 E. 5, in: GVP 2013 Nr. 18). Grünzonen sind keine Bauzonen gemäss Art. 15 RPG, sondern Spezialzonen im Sinne von Art. 18 Abs. 1 RPG. Sie umfassen nach Art. 17 Abs. 1 BauG Gebiete, die nicht überbaut werden dürfen. Dennoch ist nicht jede Bautätigkeit ausgeschlossen. Zugelassen sind nach Art. 17 Abs. 2 BauG oberirdische Bauten und Anlagen, soweit der Zweck der Zone sie erfordert. Den Bauten muss zudienende Funktion zukommen; sie dürfen nicht Hauptzweck bilden. Unterirdische Bauten sind in den Fällen von Art. 17 Abs. 1 lit. a und b BauG erlaubt, wenn der Zweck der Zone nicht beeinträchtigt wird. Ist die Zonenkonformität zu bejahen, bedarf es keiner Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG (vgl. Heer, St. Gallisches Planungs- und Baurecht, Bern 2003, N 384 f.). Grünzonen dienen nach Art. 17 Abs. 1 BauG der Freihaltung von Flächen vor Überbauung, insbesondere zwecks Gliederung des Siedlungsgebietes (lit. a), der Erhaltung und Schaffung von Sport-, Park- und Erholungsanlagen (lit. b), der Erhaltung von Schutzgegenständen nach Art. 98 BauG (lit. c) und der Sicherung von Grundwasserschutzzonen oder Grundwasserschutzarealen (lit. d). Nach Art. 17 Abs. 1 lit. b BauG in Verbindung mit Art. 59 Abs. 1 lit. b BO wurden die Grünzonen A zur Erhaltung und Schaffung von Sport-, Park- und Erholungsanlagen festgesetzt. Auf Parzelle Nr. C0956 wird damit die planerische Grundlage für die Erhaltung und Schaffung der öffentlich zugänglichen Parkanlage «Unterer Brühl» geschaffen.

4.3. Nicht umstritten ist im vorliegenden Fall, dass es sich bei der Grünzone A, welcher das Grundstück Nr. C0956 im Bereich der Parkanlage «Unterer Brühl» und der Museumstrasse zugewiesen ist, um eine Spezialzone handelt, welche innerhalb der Bauzonen ausgeschieden worden ist, die bestehende Tiefgarage «Brühltor» als unterirdische Baute in der Grünzone A zulässig und die geplante Treppen- und Liftanlage zur Tiefgarage nur teilweise unterirdisch ist. Mit anderen Worten weisen diese Zugänge zur Tiefgarage unbestrittenermassen auch oberirdische Bauteile (Liftturm und Brüstung) auf. Zu entscheiden ist, ob diese oberirdischen Bauteile der Zugänge gleich zu behandeln sind wie unterirdische Bauten.

Die oberirdischen Bauteile der fraglichen Treppen- und Liftanlage dienen zweifellos der Erschliessung der Tiefgarage und sind deshalb, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht ausführen, funktionell Bestandteile der Tiefgarage und werden nicht zum Selbstzweck erstellt. Die heute geltende Fassung von Art. 17 Abs. 2 BauG geht auf einen Antrag der vorberatenden Kommission des Grossen Rates vom 21. August 1995 zurück (vgl. Protokoll vom 17. Juli 1995 zur fünften Sitzung der Grossrätlichen Kommission vom 26. Juni 1995, S. 138), welchem der Grosse Rat anlässlich des III. Nachtragsgesetzes zum Baugesetz vom 21. Februar 1996 zustimmte (vgl. Protokoll des Grossen Rates vom 27. September 1995, Nr. 777/9 f., S. 3183 f.). Der Gesetz-

geber beabsichtigte, für unterirdische Parkierungsanlagen in den Grünzonen gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. a und b BauG erleichterte Zulässigkeitsvoraussetzungen gegenüber oberirdischen Bauten und Anlagen zu schaffen (vgl. den Bericht der vorberatenden Kommission vom 21. August 1995, Ziff. 3.2.). Müssten die zur Tiefgarage zugehörigen oberirdischen Bauteile, wie hier der Liftturm und die Brüstung, gemäss der Auffassung der Vorinstanz nach den Bestimmungen für oberirdische Bauten beurteilt werden, könnten sie in Grünzonen gar nicht erstellt werden. Sie dienen weder der Gliederung des Siedlungsgebietes noch der Erhaltung und Schaffung von Sport-, Park- und Erholungsanlagen und sind deshalb für den Zonenzweck nach Art. 17 Abs. 1 lit. a und b BauG unter keinen Umständen erforderlich. Eine solch restriktive Auslegung von Art. 17 Abs. 2 BauG ist daher ungerechtfertigt. Wenn der Gesetzgeber erleichterte Voraussetzungen explizit für Tiefgaragen beschliesst, so widerspricht es dem Sinn des Gesetzes, zugehörige oberirdische Bauten oder Anlagen von unterirdischen Parkgaragen wie namentlich Zufahrten, Lifte und Treppen den strengen Regeln für oberirdische Bauten zu unterstellen. Nach dem Gesagten bleibt zu prüfen, ob der geplante Liftturm und die Brüstung die Erhaltung und Schaffung der Parkanlage «Unterer Brühl» beeinträchtigen.

Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht vorbringen, weisen der Liftturm (Glaskonstruktion) und die Brüstung (Sichtbeton) eine vergleichsweise geringe Höhe (3,50 Meter resp. 1,00 Meter) und Grundfläche (5,80 m² bzw. 3,66 m²) auf. Wie die bestehende Fluchttreppe befinden sie sich sodann am Rand der Grünzone A auf der Museumstrasse. Geplant ist kein zusätzlicher Zugang zur Tiefgarage, sondern eine Ersatzbaute für die bestehende Treppe neben der Tonhalle. Bei dieser Sachlage kann zweifelsfrei nicht von einer Beeinträchtigung der Parkanlage «Unterer Brühl» gesprochen werden. Vielmehr erweisen sich die geplanten Bauten zufolge ihres unmittelbaren funktionalen Zusammenhangs mit der Tiefgarage in der Grünzone A klar als zonenkonform. Es braucht deshalb nicht weiter geprüft zu werden, ob sich ein Anspruch auf Realisierung dieser Treppen- und Liftanlage aus einer Ausnahmesituation, der Bestandes- und Erweiterungsgarantie, dem Behindertengleichstellungsgesetz oder dem verfassungsmässig verbürgten Gleichheitsgrundsatz ableiten lässt.

5. Soweit die Vorinstanz und der Beschwerdegegner erst in ihren Vernehmlassungen vom 13. November 2013 bzw. 10. Januar 2014 zu den Beschwerden weiter die Ansicht vertreten, die Konzession für die Sondernutzung der Museumstrasse hätte gleichzeitig mit der Baubewilligung erteilt und eröffnet werden müssen, steht der Berücksichtigung dieser Einwendungen insofern ein Eintretenshindernis entgegen, als sie innert der Rechtsmittelfrist nicht selbständig Beschwerde erhoben haben und das VRP die Anschlussbeschwerde nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht kennt (vgl. VerwGE B 2013/175 vom 21. Oktober 2014 E. 2.5, www.gerichte.sg.ch). Implizit wird damit nämlich eine Dispositivpräzisierung – Rückweisung der Sache zur korrekten Verfahrensabwicklung an die Beschwerdeführerin 2 – beantragt.

6. Unbehelflich bleibt ferner die Rüge des Beschwerdegegners in seiner Beschwerdeantwort vom 10. Januar 2014, die Baute könne nicht bewilligt werden, weil

sie nicht so eingegeben worden sei, wie sie später gebaut werden solle. Massstab für die Beurteilung des vorliegend strittigen Bauvorhabens kann kein hypothetischer Missbrauch der Baubewilligung sein.

27

Art. 25a RPG (SR 700) und Art. 4 lit. e und f VKoG (sGS 731.2). Die Regeln über die Verfahrenskoordination in Bausachen finden auf Sondernutzungspläne und damit auch auf Strassenpläne und -projekte sachgemässe Anwendung. Die Gemeinde hätte deshalb die Einsprache, mit welcher die Erneuerung einer Bacheindolung gerügt wurde, an das für die Erteilung von Ausnahmebewilligungen zuständige kantonale Tiefbauamt leiten müssen. Die Ausnahmebewilligung war den Einsprechern auch nicht eröffnet worden.

Verwaltungsgericht, 24. März 2015

Aus den Erwägungen:

3.

Von Amtes wegen zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin die Koordinationspflicht beachtet hat.

3.1. Art. 25a des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, SR 700, RPG) und auf kantonaler Ebene das Gesetz über die Verfahrenskoordination in Bausachen (sGS 731.2, VKoG) schreiben die materielle und formelle Koordinationspflicht vor. Das VKoG findet gestützt auf Art. 1 Abs. 2 lit. a VKoG auf Sondernutzungspläne und damit auch auf Strassenpläne und -projekte nach dem Strassengesetz sachgemäss Anwendung. Laut Art. 4 lit. e VKoG leitet die Politische Gemeinde die Einsprachen sowie die Stellungnahme des Gesuchstellers dazu an die federführende Stelle des Staates, ausgenommen diese berühren den Zuständigkeitsbereich der staatlichen Stellen offensichtlich nicht. Sie entscheidet im eigenen Zuständigkeitsbereich und eröffnet Verfügungen, Stellungnahmen und Gebührenforderungen gemeinsam und gleichzeitig als Gesamtentscheid (lit. f). Nach Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 1 Ziff. 2.5 der Verordnung über Verfahrenskoordination und Fristen in Bausachen (sGS 731.21, VKoV) ist das Tiefbauamt die federführende Stelle des Staates im Zusammenhang mit Strassen.

3.2. Im vorliegenden Fall haben die Beschwerdeführer K.Y. und N.Y. in ihrer Einsprache vom 10. Mai 2010 gerügt, dass es widerrechtlich sei, den C.-bach mit einer neuen, rund 10 Prozent steilen Betonröhre einzudolen (act. 13/10/6).

Laut Art. 38 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, SR 814.20, GSchG) dürfen Fliessgewässer nicht überdeckt oder eingedolt werden. Dieses Verbot gilt jedoch nicht absolut. Art. 38 Abs. 2 GSchG zählt abschliessend Ausnahmen vom Überdeckungsverbot auf (vgl. BGE 140 I 168 E. 4.2.2). Der Ersatz bestehender Eindolungen und Überdeckungen kann ausnahmsweise bewilligt werden, sofern eine offene Wasserführung nicht möglich ist oder für die landwirtschaftliche Nutzung erhebliche Nachteile mit sich bringt (lit. e). Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass bestehende Eindolungen und Überdeckungen ansonsten nicht erneuert werden dürfen (vgl. ZBl 101/2000 S. 323, 327). Vorbehalten bleiben selbstredend die übrigen in Art. 38 Abs. 2 GSchG genannten Zwecke. Insbesondere sollen Verkehrsübergänge (lit. b) zugelassen werden, um die Überquerung eines Gewässers durch Verkehrsanlagen zu ermöglichen. Bauten, die ein Fliessgewässer parallel, d.h. entlang des Gewässerlaufs verbauen, sind unzulässig (vgl. URP 2008 S. 441, 457 mit Verweis auf BGE 130 II 313 E. 3.6). Ausnahmebewilligungen können nur erteilt werden, wenn sich im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung die für eine offene Wasserführung sprechenden Gründe als weniger gewichtig erweisen als die Gründe für eine Eindolung (vgl. BGer 1A.140/1995 vom 26. Februar 1996 E. 4a in: ZBl 98/1997 S. 321 f.). Zuständig für die Erteilung der Ausnahmebewilligung ist das Tiefbauamt (Art. 41 lit. b des Vollzugsgesetzes zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung [sGS 752.2, GSchVG] in Verbindung mit Art. 5 lit. b der Verordnung zum GSchVG [sGS 752.21, GSchVV]).

Nach dem Gesagten hätte die Beschwerdegegnerin im erstinstanzlichen Verfahren die Einsprache der Beschwerdeführer wegen der gerügten Erneuerung der Eindolung des C.-baches an das Tiefbauamt leiten müssen (Art. 4 lit. e VKoG). Auch hätte sie eine entsprechende, in Kenntnis der Einsprache verfügte Ausnahmebewilligung des Tiefbauamtes für die Erneuerung der Eindolungen des C.-baches und der übrigen Gerinnequerungen entlang der A.-strasse zusammen mit ihrem Einspracheentscheid als Gesamtentscheid eröffnen müssen (Art. 4 lit. f VKoG). Dieser Verstoss gegen die Koordinationspflicht wurde im Genehmigungsverfahren zum Teilstrassenplan «Sanierung A.-strasse» nicht nachträglich «geheilt», da die entsprechende Ausnahmebewilligung des Tiefbauamtes vom 6. November 2013 den Beschwerdeführern, soweit aus den Akten ersichtlich, nicht eröffnet wurde. Die Beschwerde ist deshalb bereits aus diesem Grund teilweise gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin und das Tiefbauamt zurückzuweisen. Das Tiefbauamt hat die Verfügung vom 6. November 2013 in Wiedererwägung zu ziehen, in Kenntnis der Einsprache der Beschwerdeführer eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen und neu zu entscheiden. Die Beschwerdegegnerin hat alsdann abgestimmt auf die Ausnahmebewilligung des Tiefbauamtes neu zu entscheiden. Im Übrigen sind die Beschwerdeführer mit einer persönlichen Anzeige im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StrG von der Durchführung des Planverfahrens und vom Enteignungsverfahren in Kenntnis zu setzen.

8. Abgaben

28

Art. 37b DBG (SR 642.11). Gibt der selbständig Erwerbstätige seine Tätigkeit im Alter von 79 Jahren definitiv auf, könnte er im Zeitpunkt der Erwerbsaufgabe weder einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge beitreten noch Einkaufsbeiträge in eine solche Einrichtung einzahlen. Deshalb besteht kein Raum für eine privilegierte Besteuerung eines fiktiven Einkaufs im Sinn von Art. 37b Abs. 1 Satz 3 DBG. Ob dies auch dann gilt, wenn der Steuerpflichtige die selbständige Erwerbstätigkeit nach dem 65., aber vor dem 70. Altersjahr aufgibt, kann offen bleiben.

Verwaltungsgericht, 24. März 2015

Der Beschwerdeführer gab im Alter von 79 Jahren seine selbständige Erwerbstätigkeit auf. Vom deklarierten Liquidationsgewinn von CHF 3 345 200 schied er einen fiktiven Einkauf in die berufliche Vorsorge in der Höhe von CHF 2 870 200 aus. Die Veranlagungsbehörde setzte den Liquidationsgewinn sowohl für die Kantons- und Gemeindesteuern 2011 als auch für die direkte Bundessteuer 2011 auf CHF 3 355 500 fest. Sie berechnete einen maximalen Einkauf in die 2. Säule von CHF 2 876 887, anerkannte aber die geltend gemachte separate Besteuerung als fiktiver Einkauf nicht. Die von den Steuerpflichtigen gegen die Veranlagung der Jahressteuer auf diesem Liquidationsgewinn erhobenen Einsprachen wies das kantonale Steueramt ab mit der Begründung, da nach dem vollendeten 70. Altersjahr Einkäufe in die berufliche Vorsorge nicht mehr möglich seien, könne auch der Nachweis nicht mehr erbracht werden, die Voraussetzungen für einen fiktiven Einkauf seien erfüllt. Eine Besteuerung zum Vorsorgetarif sei deshalb ausgeschlossen. Die Verwaltungsrekurskommission wies das gegen den Einspracheentscheid zur direkten Bundessteuer erhobene Rechtsmittel im Wesentlichen mit der Begründung ab, für den fiktiven Einkauf gelte das Erreichen des AHV-Alters beziehungsweise das 70. Altersjahr, ab welchem auch keine tatsächlichen Einkäufe in die berufliche Vorsorge mehr möglich seien. Das Verwaltungsgericht weist die dagegen vom Steuerpflichtigen erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist, ob ein Teil des Liquidationsgewinns, den der 1932 geborene Beschwerdeführer per 31. Dezember 2011 mit der Aufgabe seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit erzielte, steuerrechtlich als fiktiver Einkauf in die berufliche Vorsorge zu behandeln ist.

2.1. Die Vorinstanz lehnte die steuerliche Privilegierung einer fiktiven Einkaufssumme in die berufliche Vorsorge mit der Begründung ab, im Gesetz werde zwar

eine – obere – Altersgrenze für die Geltendmachung eines solchen fiktiven Einkaufs nicht ausdrücklich genannt. Die Auslegung der einschlägigen Normen nach Systematik sowie Sinn und Zweck ergebe aber, dass nach Erreichen des AHV-Alters beziehungsweise allenfalls spätestens ab dem 70. Altersjahr keine fiktiven Einkäufe in die berufliche Vorsorge mehr geltend gemacht werden könnten. Da der Beschwerdeführer seinen Betrieb im Alter von 79 Jahren liquidiert habe, könne er keinen fiktiven Einkauf in die berufliche Vorsorge mehr von seinem Liquidationsgewinn abziehen.

Die Beschwerdeführer machen demgegenüber geltend, mit der Berechnung des fiktiven Einkaufs aufgrund der Beitragsjahre bis zum 65. Altersjahr, maximal aber für 40 Beitragsjahre, werde dessen Höhe ungeachtet des Alters des Steuerpflichtigen begrenzt. Der fiktive Einkauf müsse auch bei einem 79-Jährigen berücksichtigt werden, andernfalls er gezwungen wäre, im 69. Altersjahr die selbstständige Erwerbstätigkeit aufzugeben, auch wenn er noch willens und in der Lage sei, die Tätigkeit fortzusetzen. Im Kreisschreiben Nr. 28 der Eidgenössischen Steuerverwaltung zur Besteuerung der Liquidationsgewinne bei definitiver Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit vom 3. November 2010 (Kreisschreiben Nr. 28) würden lediglich bei der Berechnung des maximalen fiktiven Einkaufsbeitrages Altersangaben gemacht. Der Grundsatz, die Besteuerung eines fiktiven Einkaufs könne geltend gemacht werden, «solange nach dem BVG ein Einkauf möglich» sei, beziehe sich auf die Berechnung der Höhe. Der maximale Betrag bleibe gleich, ob die selbstständige Erwerbstätigkeit mit 65 oder mit 79 Jahren aufgegeben werde.

2.2.

2.2.1. Art. 37b DBG mit dem Randtitel «Liquidationsgewinne» sieht in Abs. 1 eine Sonderregel zur Steuerberechnung für den Fall vor, dass die selbstständige Erwerbstätigkeit nach dem vollendeten 55. Altersjahr oder wegen Unfähigkeit zur Weiterführung infolge Invalidität definitiv aufgegeben wird. Danach ist die Summe der in den letzten zwei Geschäftsjahren realisierten stillen Reserven getrennt vom übrigen Einkommen zu besteuern (Satz 1), wobei Einkaufsbeiträge in Einrichtungen der beruflichen Vorsorge gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG abziehbar sind (Satz 2); werden keine solchen Einkäufe vorgenommen, wird die Steuer auf dem Betrag der realisierten stillen Reserven, für den der Steuerpflichtige die Zulässigkeit eines solchen Einkaufs nachweist, zu einem Fünftel der Tarife gemäss Art. 36 DBG berechnet (Satz 3); für den Restbetrag ist der für einen Fünftel davon geltende Satz, mindestens aber zwei Prozent, massgebend (Satz 4). Der Bundesrat hat in der Verordnung über die Besteuerung der Liquidationsgewinne bei definitiver Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit (SR 642.114, LGBV) Ausführungsbestimmungen zu Art. 37b DBG erlassen. Im dritten Abschnitt der Verordnung mit der Überschrift «Fiktiver Einkauf» wird insbesondere die Berechnung des fiktiven Einkaufs geregelt.

2.2.2. Der Wortlaut von Art. 37b Abs. 1 DBG sieht für die privilegierte Besteuerung der Liquidationsgewinne bei Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit eine untere, nicht aber eine obere Altersgrenze vor. Für die Berechnung der Höhe des fiktiven Einkaufs sind gemäss Art. 6 LGBV die Anzahl Jahre vom vollendeten 25. Altersjahr bis

zum Alter im Liquidationsjahr, höchstens jedoch bis zum ordentlichen AHV-Rentenalter massgebend. Für die Berücksichtigung eines fiktiven Einkaufs bei der Berechnung der Steuer ist auch dem Wortlaut der bundesrätlichen Ausführungsbestimmungen keine (obere) Altersgrenze zu entnehmen.

2.2.3. Gemäss Art. 37b Abs. 1 DBG sind Einkäufe abzugsfähig, soweit sie nach Art. 33 Abs. 1 Ingress und lit. d DBG zulässig sind. Für die Erleichterung der Besteuerung aus vorsorgerechtlichen Gründen knüpft die Bestimmung damit am System der beruflichen Vorsorge an, wie es sich aus dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40) ergibt. Die Privilegierung eines fiktiven Einkaufs setzt voraus, dass der Steuerpflichtige die Zulässigkeit eines Einkaufs gemäss Art. 33 Abs. 1 Ingress und lit. d DBG nachweist, aber «keine solchen Einkäufe vorgenommen werden». Eine strikt dem Verweis folgende Auslegung der Bestimmung liesse den Schluss zu, dass nur jenen selbstständig Erwerbenden ein fiktiver Einkauf zusteht, die bereits einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge angeschlossen sind (vgl. auch Kreisschreiben Nr. 28, Ziffer 2.3 des Anhangs II, Bemerkung zu Art. 5 Abs. 1 LGBV). Aus der Systematik der Norm ergibt sich, dass fiktive Einkäufe berücksichtigt werden können, soweit sie an die Stelle zulässiger, aus den realisierten stillen Reserven tatsächlich jedoch nicht vorgenommener Einkäufe in die berufliche Vorsorge treten. Dies deutet darauf hin, dass mit dem Konstrukt der fiktiven Einkäufe jedenfalls – neben der zweiten Säule der beruflichen Vorsorge und über sie hinausgehend – keine neue steuerlich privilegierte Vorsorgeform geschaffen werden sollte. In diese Richtung deutet auch der Umstand, dass Art. 37b Abs. 1 DBG die in Art. 33 Abs. 1 Ingress und lit e DBG genannten abzugsfähigen Einlagen in die gebundene Selbstvorsorge der Säule 3a nicht in die Privilegierung einschliesst.

Auch aus den bundesrätlichen Ausführungsbestimmungen zu Art. 37b DBG ergibt sich nichts anderes. Die Verordnung legt zwar ebenfalls nicht ausdrücklich eine obere Altersgrenze für die Berücksichtigung eines fiktiven Einkaufs fest. Für die Berechnung der Höhe sind gemäss Art. 6 Abs. 2 LGBV die Anzahl Jahre vom vollendeten 25. Altersjahr bis zum Alter im Liquidationsjahr, höchstens jedoch bis zum ordentlichen AHV-Alter, massgebend. Jedenfalls für die Berechnung der Höhe des fiktiven Einkaufs gilt mithin eine obere Altersgrenze, nämlich für Männer die Vollendung des 65. und für Frauen des 64. Altersjahres (vgl. Art. 21 Abs. 1 Ingress und lit. a und b des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; SR 831.10). Da die Altersgrenze in Art. 6 Abs. 2 LGBV im Zusammenhang mit der Berechnung der Höhe eines fiktiven Einkaufs steht, kann allein daraus noch nicht zwingend auf eine altersmässige Begrenzung des Anspruchs als solchen geschlossen werden. Die Verordnungsbestimmungen zum fiktiven Einkauf knüpfen jedoch in verschiedener Hinsicht an den vorsorge- und steuerrechtlichen Regeln der zweiten Säule an. Die Begrenzung der Anzahl Beitragsjahre in Art. 6 Abs. 2 LBGV entspricht der maximalen Beitragsdauer in der beruflichen Vorsorge von 40 Jahren für Männer und 39 Jahren für Frauen wie sie sich aus Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (SR 831.40, BVG) ergibt. Art. 6 Abs. 5

LBGV übernimmt als Maximalbetrag für den fiktiven Einkauf den zehnfachen oberen Grenzbetrag nach Art. 8 Abs. 1 BVG. Art. 8 LBGV verweist für die Besteuerung auf Art. 38 DBG, der seinerseits in Abs. 1 Satz 1 für die Berechnung der Steuer auf Kapitalleistungen aus Vorsorge an Art. 22 DBG anknüpft. Art. 22 Abs. 1 DBG regelt die steuerliche Erfassung der Einkünfte aus Vorsorge in einer abschliessenden Aufzählung und umfasst insbesondere nicht die Einkünfte aus der ungebundenen Selbstvorsorge (Säule 3b; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., N 10 und 11 zu Art. 22 DBG). Auch dieser Verweis spricht dagegen, dass mit dem Konstrukt des fiktiven Einkaufs eine über das Drei-Säulen-Modell hinausgehende Vorsorgeform steuerlich privilegiert werden sollte. In diesem Zusammenhang fällt allerdings auch auf, dass Art. 37b Abs. 1 Satz 3 DBG für die Steuerberechnung nicht auf Art. 38 DBG verweist, sondern selbstständig festlegt, die Steuer auf dem fiktiven Einkauf werde zu einem Fünftel der ordentlichen Tarife nach Art. 36 DBG berechnet.

2.2.4. Aus den Materialien ergibt sich, dass der Bundesrat mit der Erleichterung bei der Steuerberechnung die einkommenssteuerlichen Auswirkungen der fortlaufenden Entstehung der stillen Reserven einerseits und deren Realisierung auf einen Schlag anderseits hinsichtlich der Progressionsbelastung ausgleichen wollte; die Begründung der Entlastung mit der oft fehlenden Altersvorsorge der Betriebsinhaber erachtete er mit Blick auf die Revision des Rechts der beruflichen Vorsorge (vgl. Art. 4 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge; SR 831.40, BVG) als gegenstandslos. Er schlug die Besteuerung zusammen mit dem übrigen Einkommen zum Satz von einem Achtel der in den letzten zwei Geschäftsjahren realisierten stillen Reserven vor (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen [Unternehmenssteuerreformgesetz II] vom 22. Juni 2005, in: BBl 2005 S. 4733 ff., S. 4815 und 4823/24).

Der Ständerat beschloss eine vom übrigen Einkommen getrennte Besteuerung zum Satz von einem Fünftel der realisierten stillen Reserven. Damit wurden die beiden Einkommensarten voneinander losgelöst und die Progression gebrochen. Demgegenüber beschloss der Nationalrat, die in den beiden letzten Geschäftsjahren realisierten stillen Reserven wie Kapitalleistungen aus Vorsorge zu behandeln und sie dementsprechend je einer vollen Jahressteuer zu einem Fünftel des ordentlichen Tarifs zu unterwerfen. Damit sollten die Inhaber kleiner und kleinster Unternehmen, die ihre Mittel im Betrieb behielten, die Möglichkeit bekommen, ihre Altersvorsorge steuerbegünstigt zu bestreiten, allerdings unabhängig davon, ob und in welchem Ausmass sie im Rahmen der zweiten und dritten Säule bereits vorgesorgt haben (vgl. AB 2006 N 1481 ff.). Im Differenzbereinigungsverfahren trug der Ständerat dem Gedanken der Steuerbegünstigung der Vorsorge insoweit Rechnung, als er an seiner Lösung festhielt, sie aber mit der Möglichkeit ergänzte, die gesetzlich zulässigen Einkaufsbeiträge an Vorsorgeeinrichtungen der zweiten und dritten Säule in Abzug zu bringen. Damit sollte die Gleichbehandlung der selbstständig Erwerbenden, die ihr Geschäft liquidieren, mit den Arbeitnehmern bei der Vorsorge hergestellt werden

(vgl. AB 2007 S 23). Der Nationalrat schloss sich dem Ständerat an, wollte aber Gewerbetreibende nicht zwingen, sich in eine Vorsorgeeinrichtung einzukaufen, um kurz darauf die einbezahlten Mittel wieder zu beziehen. Geregelt werden sollten die Fälle, in denen der selbstständig Erwerbende bisher von den Möglichkeiten der beruflichen Vorsorge keinen Gebrauch gemacht hat. Deshalb sah er vor, Steuerpflichtige, die nachweisen, dass ein Einkauf in eine Vorsorgeeinrichtung zulässig gewesen wäre, steuerrechtlich so zu behandeln, wie wenn ein Einkauf in eine Vorsorgeeinrichtung mit anschliessendem Bezug stattgefunden hätte (AB 2007 N 310 ff., insbesondere Votum Bundesrat Merz 311 f.).

Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 37b DBG ergibt sich, dass Ausgangspunkt der erleichterten Besteuerung der Liquidationsgewinne Überlegungen zur Minderung der Wirkung der insbesondere bei der direkten Bundessteuer ausgeprägten Progression bei der Auflösung fortlaufend gebildeter stiller Reserven auf einen Schlag waren. Vorsorgerechtlichen Interessen sollte im Rahmen der Möglichkeiten, wie sie das Recht der beruflichen Vorsorge in der zweiten Säule bietet, Rechnung getragen werden. Soweit der Betriebsinhaber im Zeitpunkt der definitiven Geschäftsaufgabe allerdings nicht einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge angeschlossen ist und deshalb ohne den Beitritt zu einer solchen Einrichtung tatsächlich keinen Einkauf tätigen kann, sollte Art. 37b Abs. 1 Satz 3 DBG die Möglichkeit schaffen, realisierte stille Reserven im Umfang der im Zeitpunkt der Liquidation theoretisch möglichen Einkäufe wie Kapitalleistungen aus einer solchen Einrichtung zu behandeln.

2.2.5. Art. 37b Abs. 1 DBG verfolgt primär den Zweck, die Besteuerung von Liquidationsgewinnen selbstständig Erwerbender zu erleichtern, indem die realisierten stillen Reserven der letzten beiden Geschäftsjahre getrennt vom übrigen Einkommen (Satz 1) und zu einem Satz von einem Fünftel des Betrags (Satz 4) besteuert und Progressionsnachteile ausgeglichen werden. Die genannte Erleichterung basiert auf der Überlegung, dass Liquidationsgewinne grundsätzlich während eines kurzen Zeitraums von einer bis zwei Steuerperioden realisiert werden, die Erarbeitung der zugrunde liegenden stillen Reserven jedoch in aller Regel über einen längeren Zeitraum stattgefunden hat, was unter der Rechtslage vor dem Inkrafttreten von Art. 37b DBG zu einer Progressionsverzerrung führte (vgl. Baumgartner, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. Aufl. 2008, N 3 zu Art. 37b DBG; M. Ledergerber, in: Trex – Der Treuhandexperte, Berufliche Vorsorge bei Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit [Unternehmenssteuerreform II], TREX 2010, S. 218).

Hintergrund der Überlegungen zur Vorsorge ist der Umstand, dass selbstständig Erwerbende nicht selten ihre finanziellen Mittel zeitlebens in ihren Betrieb investieren und daneben keine anderweitige Altersvorsorge aufbauen. Der Liquidationsgewinn aus der Veräusserung des Betriebs stellt dann einen wesentlichen Beitrag an die Finanzierung des Ruhestandes dar. Einer solchen Situation soll der fiktive Einkauf mit einer Tarifermässigung Rechnung tragen. Sicherzustellen ist aber auch die steuerrechtliche Gleichstellung selbstständig und unselbstständig Erwerbender in

der Vorsorge. Der fiktive Einkauf wird getrennt vom übrigen Einkommen und zu einem Fünftel der Tarife nach Art. 36 DBG besteuert und damit so behandelt, als ob der Steuerpflichtige diesen Betrag von einer Vorsorgeeinrichtung als Kapitalleistung erhalten habe (Baumgartner, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 37b DBG). Die Gleichstellung in der steuerlichen Entlastung von selbstständig und unselbstständig Erwerbenden wird also in erster Linie dann gewährleistet, wenn beide hinsichtlich des Zeitraums des Aufbaus, der Höhe und des Zeitpunkts des Bezugs der Vorsorge gleich behandelt werden. Soweit die steuerliche Entlastung in Art. 37b Abs. 1 DBG vorsorgerechtlich begründet ist, soll sie sich deshalb im Rahmen der Möglichkeiten bewegen, wie sie das Recht zur beruflichen Vorsorge mit der zweiten Säule schafft.

Entsprechend Art. 13 Abs. 1 BVG haben Anspruch auf Altersleistungen aus der beruflichen Vorsorge Männer, die das 65. Altersjahr und Frauen, die das 64. Altersjahr zurückgelegt haben. Die Altersleistung wird in der Regel als Rente ausgerichtet (vgl. Art. 37 Abs. 1 BVG). Führt der Versicherte die Erwerbstätigkeit weiter, kann er – soweit das Reglement seiner Vorsorgeeinrichtung dies vorsieht – auch die Vorsorge bis zum Ende der Erwerbstätigkeit, höchstens jedoch bis zur Vollendung des 70. Altersjahrs weiterführen. Dabei können während der Zeit des Aufschubes der Altersleistung nicht nur die Beiträge weiter entrichtet, sondern auch während der Weiterführung der Vorsorge Einkäufe in dieselbe vorgenommen werden, sofern Einkaufsmöglichkeiten vorliegen respektive Beitragslücken bestehen und die betreffende Vorsorgeeinrichtung in diesem Zeitpunkt die Möglichkeit eines Einkaufes vorsieht (vgl. Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, Rz. 738; Mitteilung über die berufliche Vorsorge des Bundesamtes für Sozialversicherungen Nr. 121 vom 6. Januar 2011, S. 3). Ist – spätestens mit dem 70. Altersjahr – das Rücktrittsalter erreicht, tritt der Leistungsfall Alter ein. Der Anspruch auf Altersleistungen entsteht von Gesetzes wegen (vgl. Stauffer, a.a.O., Rz. 736). Dies bedeutet, dass ab diesem Zeitpunkt kein Einkauf in die berufliche Vorsorge mehr getätigt werden kann, da mit dem Eintritt des Vorsorgefalls der Aufbau der beruflichen Vorsorge durch Äufnung des Guthabens abgeschlossen ist und die Phase des Bezuges beginnt. Die Leistungen aus der zweiten Säule werden deshalb in jedem Fall mit Vollendung des 70. Altersjahrs fällig und steuerbar (vgl. Maute/Steiner/Rufener/Lang, Steuern und Versicherungen, 3. Aufl. 2010, S. 195). Weshalb einem selbstständig Erwerbenden ein fiktiver Einkauf und ein steuerlich entlasteter fiktiver Kapitalbezug auch nach dem Erreichen des ordentlichen Rentenalters erlaubt sein sollte, wenn für einen unselbstständig Erwerbenden ein Einkauf in die berufliche Vorsorge nur bis zum Eintritt des Anspruchs auf Altersleistungen und eine allfällige steuerlich entlastete Kapitalleistung aus beruflicher Vorsorge nur bis zur Vollendung des 70. Altersjahrs möglich sind, lässt sich mit Blick auf das Ziel der Gleichstellung nicht begründen. Ebensowenig ist es einem unselbstständig Erwerbenden möglich, den Bezug und die Besteuerung einer Kapitalleistung aus der beruflichen Vorsorge über das vollendete 70. Altersjahr hinaus aufzuschieben.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass ein Gewerbetreibender, der seinen Betrieb nach dem vollendeten 55. Altersjahr oder wegen Invalidität definitiv aufgibt, nicht

gezwungen sein soll, einen Einkauf in seine berufliche Vorsorge zu tätigen oder sich sogar zuerst neu einer solchen Einrichtung anzuschliessen, um kurz darauf die Mittel wieder zu beziehen. Er hat deshalb die Möglichkeit nachzuweisen, dass – im Zeitpunkt der Liquidation – ein Einkauf in eine Vorsorgeeinrichtung gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG zulässig gewesen wäre, um steuerrechtlich so behandelt zu werden, wie wenn ein Einkauf mit anschliessendem Bezug stattgefunden hätte (vgl. BGer 2_809/2011 vom 29. Juli 2012 E. 3.5). Die erleichterte Besteuerung eines fiktiven Einkaufs im Sinn von Art. 37b Abs. 1 DBG im Sinn einer Kapitalleistung aus Vorsorge zulässig ist, wenn der selbstständig Erwerbende im Zeitpunkt, in dem er seine Tätigkeit definitiv aufgibt, einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge beitreten und Einkaufsbeiträge leisten könnte, dies aber tatsächlich nicht tut. Ob ein solcher Beitritt mit Blick auf die Fortführung der Erwerbstätigkeit und der Vorsorge zwischen dem 65. und 70. Altersjahr vorsorgerechtlich möglich wäre, kann offen bleiben, da der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Liquidation seines Betriebes 79-jährig war und die Altersgrenze gemäss Art. 37b DBG überschritten hatte. Dem Beschwerdeführer ist es deshalb nicht möglich nachzuweisen, dass er im Zeitpunkt der definitiven Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge hätte beitreten können. Die Beschwerde ist dementsprechend abzuweisen.

29

Art. 25 Abs. 1 StG (sGS 811.1); Art. 13 Abs. 1 DBG (SR 642.11). Haftung für Nachsteuern. Eine Ehefrau verlangte eine Haftungsverfügung, da ihr Ehemann zahlungsfähig war und die Steuerbehörde wegen eines von ihm verübten Delikts eine Nachsteuerforderung gegen ihn erhob. Dem Begehren um Begrenzung der Haftung auf den Anteil der Ehefrau wurde zwar von der Steuerbehörde entsprochen, aber die Nachsteuer wirkte sich insofern auch auf die Ehefrau aus, als das auf sie entfallende Einkommen in eine höhere Progressionsstufe anstieg.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 21. April 2015

Aus den Erwägungen:

2. a) Die Haftung für eine Nachsteuerforderung stimmt mit jener für die ordentliche Steuerforderung überein (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl. 2013, N 51 f. zu § 160 StG). Die Nachsteuer zielt wie die Revision auf die Wiederaufnahme eines an sich abgeschlossenen Verfahrens ab.

Sie ist demnach keine vom ursprünglichen Steueranspruch verschiedene Forderung, sondern die Mehrsteuer, die sich nach der Revision der ursprünglichen Veranlagung ergibt (P. Locher, Kommentar zum DBG, III. Teil, Basel 2015, N 1 zu Art. 151 DBG). Deshalb ergibt sich die Nachsteuer – wenn vorgängig eine unvollständige Veranlagung vorgenommen wurde – aus der Differenz zwischen der ursprünglichen und der neuen Veranlagung (Locher, a.a.O., N 40 zu Art. 151 DBG).

Nach Art. 25 Abs. 1 StG haften gemeinsam steuerpflichtige Ehegatten solidarisch. Bei ausgewiesener Zahlungsunfähigkeit des einen Ehegatten haftet der andere für den Steueranteil, der auf sein Einkommen und sein Vermögen entfällt. Gemäss Art. 13 Abs. 1 DBG haften Ehegatten, die in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe leben, solidarisch für die Gesamtsteuer. Jeder Ehegatte haftet jedoch nur für seinen Anteil an der Gesamtsteuer, wenn einer von beiden zahlungsunfähig ist. Die Haftungsbeschränkung gilt für alle noch offenen Steuerschulden. Als zahlungsunfähig gilt, wer offenkundig auf eine unbestimmte Zeit nicht über ausreichende Mittel verfügt, um die fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die Zahlungsunfähigkeit kann auf verschiedene Weise belegt werden, namentlich durch Verlustscheine und den Nachweis der Konkurseröffnung (Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das st.gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014, II. Teil Rz. 51). Zahlungsunfähigkeit liegt vorab dann vor, wenn (definitive) Verlustscheine bestehen, der Konkurs eröffnet ist oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen wurde. Diese Kriterien sind nicht die einzigen, welche für eine Zahlungsunfähigkeit sprechen. Eine Zahlungsunfähigkeit muss auch dann anerkannt werden, wenn andere schlüssige Merkmale wie z. B. eine umfassende Überschuldung nachgewiesen werden (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 11 zu Art. 13 DBG; Greminger/Bärtschi, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. Aufl. 2008, N 3 zu Art. 13 DBG). Nach Auffassung der Eidgenössischen Steuerverwaltung ist Zahlungsunfähigkeit gegeben, wenn schlüssige Merkmale nachgewiesen werden, die das dauernde Unvermögen des Schuldners belegen, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen (ESTV, Kreisschreiben Nr. 30 vom 21. Dezember 2010 zur Ehepaar- und Familienbesteuerung nach dem DBG, Ziff. 6.2.1). Zu unterscheiden ist die Situation, wo die Zahlungsunfähigkeit eines Ehegatten noch im Veranlagungsverfahren geltend gemacht wird, von der Situation, wo die Zahlungsunfähigkeit nach Eintritt der Rechtskraft der Veranlagung, im Bezugsverfahren, mit einem entsprechenden Begehren eines Ehegatten geltend gemacht wird. Wird die Zahlungsunfähigkeit des einen Ehegatten erst im Bezugsverfahren geltend gemacht, so muss die Bezugsbehörde – wenn die Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit gegeben ist – eine besondere Haftungsverfügung erlassen, die den Anteil jedes Ehegatten an der Gesamtsteuer festlegt (Greminger/Bärtschi, a.a.O., N 5 zu Art. 13 DBG; Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., II. Teil Rz. 52; StB 25 Nr. 1, Ziff. 5).

b) Im vorliegenden Fall reichte die Beschwerdeführerin und Rekurrentin nach Eintritt der Rechtskraft der Nachsteuerveranlagungen der Kantons- und Gemeindesteuer sowie der direkten Bundessteuer 2004 ein Gesuch an ihre Wohngemeinde

ein mit den Anträgen, sie sei zum einen nach Art. 25 Abs. 1 StG aus der Haftung der gemeinsamen Steuerpflicht betreffend Nachsteuer Kantons- und Gemeindesteuer 2004 und zum andern nach Art. 13 Abs. 1 DBG aus der Solidarhaftung betreffend Nachsteuer direkte Bundessteuer 2004 zu entlassen. Diese beiden Anträge begründete sie damit, dass sie von der im Jahr 2004 von ihrem Ehemann begangenen Straftat, einem Betrug, für welchen ihr Ehemann verurteilt worden sei, nichts gewusst habe und kein Zutun dazu gehabt habe. Ihr Ehemann sei vollumfänglich zahlungsunfähig. Als Beweis hierfür reichte sie einen per 21. Mai 2012 datierten Betreibungsregisterauszug ihres Ehegatten ein. Das Begehren der Rekurrentin bzw. Beschwerdeführerin erging im Nachsteuerbezugsverfahren. Der Betrug bildete Anlass für die Nachsteuer. Die Anträge und die in der Begründung genannten Gesetzesartikel sprechen für ein Begehren um eine Haftungsverfügung.

Die Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit eines Ehegatten ist vorliegend gegeben: Gegen den Ehemann der Rekurrentin und Beschwerdeführerin liegen mehrere Verlustscheine und Pfändungsankündigungen vor. Der Ehemann ist als zahlungsunfähig zu betrachten. Zu Recht hat das Gemeindesteueramt eine Haftungsverfügung betreffend die Nachsteuern zu den Kantons- und Gemeindesteuern 2004 sowie eine Haftungsverfügung betreffend die Nachsteuer zur direkten Bundessteuer 2004 erlassen. Die ausstehenden Nachsteuern (zuzüglich Ausgleichszinsen und abzüglich Verrechnungssteuer und bisher geleisteten Zahlungen) betragen Fr. 58 477.65 (Kantons- und Gemeindesteuern 2004) und Fr. 24 182.– (direkte Bundessteuer 2004).

Bei der Rekurrentin bzw. Beschwerdeführerin und ihrem Ehegatten wurde für die Veranlagungsperiode 2004 sowohl in der ordentlichen Veranlagung als auch in der Nachsteuerveranlagung keine Vermögenssteuer veranlagt. Für die Berechnung der Haftungsanteile ist also nur das steuerbare Einkommen 2004 massgebend. Gemäss herrschender Lehre werden nur die organischen Abzüge – einschliesslich Schuldzinsen, Renten und Alimente – in die Berechnung der Haftungsanteile mit einbezogen (P. Locher, Kommentar zum DBG, I. Teil, Therwil/Basel 2001, N 18 zu Art. 13 DBG; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., N 15 zu Art. 13 DBG; A. Schorno, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 3. Aufl. 2009, N 6 zu § 22 StG; StB 25 Nr. 1, Ziff. 6; a.M. Greminger/Bärtschi, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 14 DBG). Unter Ausserachtlassung der anorganischen (Sozial-)Abzüge ergibt sich für die Steuerperiode 2004 ein steuerbares Einkommen der Ehegatten von insgesamt Fr. 258 126.– (Kantons- und Gemeindesteuer) bzw. Fr. 258 006.– (direkte Bundessteuer). Davon entfallen Fr. 78 119.– bzw. Fr. 77 999.– auf die Ehefrau und Fr. 180 007.– auf den Ehemann.

Die Haftungsquoten wurden durch das Gemeindesteueramt A korrekt berechnet und betragen bei den Kantons- und Gemeindesteuern 2004 69,74 Prozent für den Ehemann und 30,26 Prozent für die Ehefrau. Bei der direkten Bundessteuer 2004 sind es 69,77 Prozent und 30,23 Prozent. Daraus resultiert für die Ehegattin ein Haftungsanteil am Steuerausstand von Fr. 17 695.35 (30,26 Prozent von Fr. 58 477.65) für die Kantons- und Gemeindesteuer 2004 und ein solcher von Fr. 7310.20 (30,23 Prozent von Fr. 24 182.–) für die direkte Bundesteuer 2004. Hinzu kommen die aufgelau-

fenen Verzugszinsen auf diesen Anteilen in der Höhe von Fr. 829.70 (Kantons- und Gemeindesteuer 2004) bzw. Fr. 257.10 (direkte Bundessteuer 2004). Für diese noch ausstehenden Steuerbeträge samt Verzugszinsen haftet alleine die Rekurrentin bzw. Beschwerdeführerin.

Der Umstand, dass die Rekurrentin und Beschwerdeführerin für Fr. 18 525.05 Kantons- und Gemeindesteuer 2004 und für Fr. 7567.30 direkte Bundessteuer 2004 (jeweils inkl. Verzugszins) haftet, obwohl das ihr zuzurechnende steuerbare Einkommen im Jahr 2004 nur Fr. 70 800.– betragen hat, bereits Fr. 9640.70 an die Kantons- und Gemeindesteuer 2004 und Fr. 1112.30 an die direkte Bundessteuer 2004 bezahlt worden sind und das der Nachsteuer unterliegende Einkommen vollumfänglich dem Ehemann zuzurechnen ist, ist auf den ersten Blick nicht ohne weiteres einleuchtend. Die Zahlungen an die Steuern der Periode 2004 sind aber vor dem 15. März 2013 – und damit noch unter der Solidarhaftung der Ehegatten – geleistet worden. Unter solidarischer Haftung bezahlte Steuern werden im Verhältnis der in der Haftungsverfügung festgelegten Anteile angerechnet. Vom Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit an werden die Zahlungen eines Ehegatten individuell an seinen Haftungsanteil angerechnet. Da der Zeitpunkt der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Ehegatten oft schwierig zu bestimmen ist, können Zahlungen erst individuell den Haftungsanteilen zugerechnet werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist oder der zahlende Ehegatte sich ausdrücklich auf die Zahlungsunfähigkeit des andern beruft und eine anteilige Haftung verlangt (StB 25 Nr. 1, Ziff. 7). Im vorliegenden Fall können die Zahlungen der Rekurrentin und Beschwerdeführerin erst seit deren Begehren um Vornahme einer Haftungsverfügung individuell ihrem Haftungsanteil angerechnet werden. Die oben erwähnten Zahlungen wurden indes vorher geleistet. Das Gemeindesteueramt A zog die geleisteten Zahlungen vor der Berechnung der Haftungsquoten von den gesamten ausstehenden Steuern (inkl. Nachsteuern) ab, was dem Grundsatz der solidarischen Haftung entspricht. Die ausstehenden Steuern teilte sie anhand der Haftungsquoten den Eheleuten zu. Obwohl der Einkommensbestandteil, der im Nachsteuerverfahren erfasst wurde, ausschliesslich dem Ehemann zuzurechnen ist, fällt er auch bei der Ehefrau ins Gewicht. Durch die Nachbesteuerung eines Einkommensteils des Ehemannes von Fr. 180 000.– erreichte das Einkommen der Eheleute eine weitaus höhere Progressionsstufe als bei der Veranlagung, welche sich als unvollständig herausstellte. Entscheidend für die Bestimmung der Steueranteile zwischen den Ehegatten kann aber nicht die unvollständige Veranlagung sein. Die Haftungsquoten sind anhand der vollständigen Veranlagung zu ermitteln, was bedeutet, dass der Anteil der Ehefrau nach Massgabe des Gesamteinkommens festzulegen ist und die Ehefrau für diesen Anteil haftet. Obwohl das nachbesteuerte Einkommen dem Ehemann zuzurechnen ist, erhöht es auch die Steuer auf dem bisher veranlagten Einkommen der Ehefrau. Würde die Haftung vollumfänglich dem Ehemann auferlegt, käme dies einer getrennten Besteuerung analog bei getrennten oder geschiedenen Eheleuten gleich, was der gesetzlichen Ordnung widersprechen würde.

c) Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Haftungsverfügungen sowie die Einspracheentscheide der Vorinstanz korrekt sind. Folglich sind der Rekurs und die Beschwerde abzuweisen.

30

Art. 29 Abs. 1 StG (sGS 811.1); Art. 16 Abs. 1 DBG (SR 642.11). Rechtmässigkeit von Einkommensaufrechnungen (vor Abzug der pauschalen Gewinnungskosten) aus selbständigem Nebenerwerb aufgrund der in den Jahren 2007 bis 2010 auf dem Privatkonto des Beschwerdeführers verbuchten Zugänge. Dem Beschwerdeführer gelang es nicht zu beweisen, dass es sich um steuerfreie Vermögenszuflüsse handle.

Verwaltungsgericht, 27. Oktober 2015

Der Steuerpflichtige ist bei einer Versicherungsgesellschaft unselbständig erwerbstätig. Für die Steuerperiode 2006 rechnete die Veranlagungsbehörde auf dem Auszug seines Privatkontos ausgewiesene Bareinzahlungen und Vergütungen von CHF 131 400 abzüglich 15 Prozent Gewinnungskosten als Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit auf. Ein gegen die Aufrechnungen erhobener Rekurs wurde rechtskräftig abgewiesen. Für die Steuerperioden 2007 und 2010 rechnete die Veranlagungsbehörde Bareinzahlungen und Vergütungen in der Höhe von CHF 46 577 (2007), CHF 27 051 (2008), CHF 10 115 (2009) und CHF 1870 (2010) abzüglich eines Kostenanteils von jeweils 15 Prozent. Der mehrfachen Aufforderung im Einspracheverfahren, die Einsprachen zu ergänzen und zusätzliche Informationen zu den Bareinzahlungen einzureichen, kam der Steuerpflichtige nicht nach. Die Einsprachen und die dagegen bei der Verwaltungsrekurskommission erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos. Das Verwaltungsgericht weist die vom Steuerpflichtigen erhobenen Beschwerden ab.

Aus den Erwägungen:

2. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP; Art. 1 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 der Verordnung zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, sGS 815.1; Art. 145 des Gesetzes über die direkte Bundessteuer, SR 642.11, DBG). Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert, und seine Beschwerdeeingaben vom 22. Mai und 26. Juni 2014 entsprechen zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 229 in Verbindung mit Art. 194 Abs. 1 des Steuergesetzes [sGS 811.1; StG] in Verbindung mit Art. 64 und Art. 48 Abs. 1 VRP; Art. 145 in Verbindung mit Art. 140 Abs. 1 und 2 DBG). Auf die Beschwerden ist somit grundsätzlich

einzutreten. Nicht einzutreten ist auf die Begehren, die Veranlagungsberechnungen und die Einspracheentscheide vom 2. September 2013 seien aufzuheben, da die angefochtenen Rekursentscheide an deren Stelle getreten sind (Devolutiveffekt; vgl. BGE 129 II 438 E. 1).

Die Kognition des Verwaltungsgerichts ist auf Rechtsverletzungen beschränkt; der Beschwerdeführer kann sich sodann auch darauf berufen, die angefochtene Verfügung oder der angefochtene Entscheid beruhe auf einem unrichtig oder unvollständig festgestellten Sachverhalt (Art. 61 VRP). Nachdem das Verwaltungsgericht im Steuerrecht nicht an die Begehren der Verfahrensbeteiligten gebunden ist (Art. 196 Abs. 2 StG) und das Novenverbot im Sinne von Art. 61 Abs. 3 VRP in diesem Rechtsbereich nicht gilt (vgl. VerwGE B 2007/218 vom 13. März 2008 E. 2.1, B 2013/8 und 9 vom 12. Februar 2014 E. 4.1 sowie B 2012/266 vom 12. Februar 2014 E. 2.4.1; www.gerichte.sg.ch), sind die vom Beschwerdeführer nachgereichten schriftlichen Auskünfte vom 5. Juni 2014 in die Beweiswürdigung der vorliegenden Verfahren mit einzubeziehen.

3.

3.1. Nach der Reinvermögenszugangstheorie gelten als Einkünfte alle Wirtschaftsgüter, die einem Individuum während bestimmten Zeitabschnitten zufliessen und die es ohne Schmälerung seines Vermögens zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse und für seine laufende Wirtschaft verwenden kann (vgl. Reich, in: Zweifel/Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, 2. Aufl., Basel 2008, Rz. 10 zu Art. 16 DBG). Dabei spielt es keine Rolle, ob die wirtschaftlichen Vorteile dem Steuerpflichtigen von aussen zugeflossen sind bzw. am Markt erwirtschaftet wurden oder ob sie in seiner Vermögenssphäre entstanden. Nach dem aus dem Prinzip der Gesamtreineinkommenssteuer abgeleiteten Einkommenssteuerbegriff unterliegen alle einmaligen und wiederkehrenden Einkünfte der Einkommenssteuer. Entsprechend erklären Art. 29 Abs. 1 StG und Art. 16 Abs. 1 DBG im Sinn von Generalklauseln jeden Einkommenszufluss a priori für steuerbar, sofern keine begriffliche oder normative Ausnahme von der Steuerpflicht besteht. Die (normativen) Ausnahmen werden dabei im kantonalen Steuergesetz in Art. 37 StG abschliessend aufgezählt (Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das St. Gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014, II. Rz. 61 und 74).

3.2.

3.2.1. Laut den im Veranlagungsverfahren auf Aufforderung des Beschwerdegegners vom Beschwerdeführer eingereichten Kontoauszügen beliefen sich die Zuflüsse – unter Ausklammerungen der Salärzahlungen – im Jahr 2007 auf CHF 18 973.68 (Vergütungen) und CHF 35 800 (Bareinzahlungen). Im 2008 lassen sich den Kontoauszügen Bareinzahlungen von insgesamt CHF 27 100 und Vergütungen (Provisionszahlungen) von CHF 7425 entnehmen. Für 2009 weisen die Kontoauszüge Bareinzahlungen im Gesamtbetrag von CHF 8400 sowie eine Gutschrift von CHF 3500 aus. Für 2010 wurde eine Bareinzahlung von CHF 2200 verbucht. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2012 begründete der Beschwerdeführer die Zugänge für 2007 (insgesamt CHF 54 773.68) stichwortartig wie folgt: CHF 9400 diverse Teilrückzahlungen Darlehen A., CHF 3500 Rückzahlung Bevorschussung B., Gewinn Casino, CHF 10 000

und CHF 2473.68 Vergütung C. (zur Bezahlung ihrer Rechnungen während ihres Auslandaufenthalts), CHF 1900 Bezahlung Fotokamera durch D., CHF 1600.– keine Begründung, CHF 8400 Teilrückzahlung diverser Darlehen A., CHF 2800 Verkauf Omega Chronograph an E., CHF 3000 Vorschuss Generalagent, CHF 2400 Gewinn Casino, CHF 3500 Rückzahlung Bevorschussung B., Gewinn Casino, CHF 2800 Restrückzahlung Darlehen A., CHF 3000 Vorschuss Generalagent. A. bestätigte in einem E-Mail vom 17. Oktober 2012 die Rückzahlung der Darlehen «in verschieden hohen Teilbeträgen zwischen Januar und November 2007». Sodann bestätigte C. am 9. Oktober 2012, dem Beschwerdeführer im Jahr 2007 CHF 12 500 zur Bezahlung diverser Rechnungen überwiesen zu haben.

3.2.2. Der vorinstanzliche Entscheid bestätigte die Rechtmässigkeit der Einkommensaufrechnungen (vor Abzug der pauschalen Gewinnungskosten) aufgrund der in den Jahren 2007 bis 2010 auf dem Privatkonto des Beschwerdeführers verbuchten Zugänge von CHF 54 773.68 (2007), CHF 31 825 (2008), CHF 11 900 (2009) und CHF 2200 (2010). Im vorliegenden Verfahren stehen demgegenüber lediglich noch Einkommensaufrechnungen von CHF 33 081.18 (2007), CHF 13 800 (2008) und CHF 9000 (2009) im Streit. Soweit der vorinstanzliche Entscheid darüber hinausgehend Aufrechnungen beinhaltet, blieben diese von Seiten des Beschwerdeführers unbestritten; dies betrifft vorab die vom Beschwerdeführer in den vorinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Uhren- und Kameraverkäufe, Ebay-Geschäfte und Casino-Gewinne. Die Frage, ob – und wenn ja, in welchem Umfang – die streitigen Vermögenszugänge als Einkünfte aus selbständigem Nebenerwerb aufzurechnen sind, beantwortet sich nach Massgabe der im Steuerrecht geltenden Beweislastverteilung. Nach dieser trägt die Steuerbehörde die Beweislast für Tatsachen, welche die Steuerschuld begründen oder mehren, die steuerpflichtige Person für Tatsachen, welche die Steuerschuld aufheben oder mindern (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., VI. Rz. 15, VII. Rz. 23). Beweisbelastet für den Vermögenszugang ist konkret somit der Beschwerdegegner. Nachdem sich die Vermögenszugänge (Bareinzahlungen, Vergütungen) aus den bei den Akten liegenden Kontoauszügen ergeben und der Beschwerdeführer die steuerfreie Herkunft der Zugänge geltend macht, ist er hierfür beweisbelastet (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. A. 2009, Rz. 4 zu Art. 24 DBG).

3.2.3. Im Steuerverfahren kommt der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung (Art. 176 StG). Die Veranlagungsbehörde ist verpflichtet, die für die Besteuerung relevanten Tatsachen von Amtes wegen abzuklären (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., VII. Rz. 19), wobei sie die steuerpflichtige Person auffordert, die erforderlichen Sachdarstellungen und Beweismittel beizubringen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 123 DBG). Der Untersuchungsgrundsatz wird durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert. Eine Mitwirkungspflicht besteht insbesondere für die Beschaffung von Unterlagen, welche nur die Parteien liefern können, und für die Abklärung von Tatsachen, welche eine Partei besser kennt als die Behörde (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 123 DBG; Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O.,

VII. Rz. 25). Die Mitwirkungspflicht besteht ungeachtet der Verteilung der objektiven Beweislast. Die steuerpflichtige Person ist auch hinsichtlich steuererhöhender Tatsachen mitwirkungspflichtig, obwohl hierfür die Veranlagungsbehörde die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., Rz. 5 zu Art. 126 DBG).

3.2.4. Nach Art. 166 StG werden die von der steuerpflichtigen Person angebotenen Beweise abgenommen, soweit sie geeignet sind, die für die Veranlagung erheblichen Tatsachen festzustellen (vgl. auch Art. 41 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und der Gemeinden [StHG]; SR 642.14). Der Steuerpflichtige hat Anspruch darauf, dass die Veranlagungsbehörde die von ihm eingereichten Belege und Unterlagen auf ihre Richtigkeit und Aussagekraft überprüft. Die Nichtabnahme eines angebotenen Beweises bedeutet grundsätzlich eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., VII. Rz. 43 mit Hinweis auf SGE 2009 Nr. 19 und 2004 Nr. 26). Hingegen kennt, abgesehen von Ausnahmen im Steuerstrafrecht, das den Zeugenbeweis ausdrücklich vorsieht (vgl. Art. 188 Abs. 2 DBG und Art. 259 Abs. 1 StG), weder das Bundessteuerrecht noch das kantonale Steuerverfahrensrecht eine Zeugnispflicht. Somit fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für eine Befragung unter der Strafandrohung von Art. 307 des Strafgesetzbuchs (SR 311.0). Während der Zeugenbeweis im Recht der direkten Bundessteuer zugelassen ist (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., Rz. 62 ff. zu Art. 123 DBG), bleibt nach der Rechtsprechung für eine Anwendung des im VRP vorgesehenen Zeugenbeweises im kantonalen Steuerverfahren kein Raum, weshalb dessen Nichtabnahme keine Gehörsverweigerung darstellt (VerwGE B 2011/243 vom 15. Oktober 2012 E. 2.1.1 mit Hinweis auf GVP 1993 Nr. 19, www.gerichte.sg.ch; Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., VII. Rz. 43). Damit die notwendigen Beweismittel beschafft werden können, auferlegt das Steuergesetz nicht nur dem Steuerpflichtigen, sondern auch Drittpersonen und Behörden bestimmte Mitwirkungspflichten (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., VII. Rz. 25 ff.).

3.3.

3.3.1. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, der Verzicht auf die Abnahme eines Zeugenbeweises stelle keine Gehörsverletzung dar. Hinzu komme, dass sich die Pflicht der Steuerbehörde zur Abklärung des Sachverhalts auf die (steuerbegründenden) Einkünfte erstrecke (Art. 12 Abs. 2 VRP). Um den Nachweis von steuermindernden Tatsachen zu führen, habe sich der Beschwerdegegner auf die Abnahme von leicht zugänglichen Beweisen beschränken dürfen. Er sei nicht verpflichtet gewesen, selber aufwendige Abklärungen zum Nachweis von steuermindernden Tatsachen vorzunehmen. Nachdem auch auf Aufforderung hin keine entsprechenden Beweise beigebracht worden seien, habe sich die Vorinstanz nicht mit jeder einzelnen Position auseinandersetzen müssen; dazu wäre sie aufgrund der fehlenden Unterlagen auch nicht in der Lage gewesen. Dem Beschwerdeführer wäre es zudem möglich gewesen, schriftliche Auskünfte der von ihm genannten Personen vorzulegen (Bestätigung der Arbeitgeberin über die Handhabung des Vorschuss-

wesens, schriftliche Erläuterungen durch A. und C.). Dass der Beschwerdegegner an der Beweiskraft der eingereichten Unterlagen gezweifelt habe, sei nachvollziehbar, da diese die Umstände der Transaktionen nicht zu erhellen vermocht hätten. So stimme beispielsweise die von C. bestätigte Summe (CHF 12 500) nicht mit dem effektiven Überweisungsbetrag von CHF 12 481.18, überwiesen in Teilbeträgen von CHF 10 000 und CHF 2481.18 an zwei aufeinanderfolgenden Tagen, überein. Die Bestätigung von A. sei weder unterzeichnet gewesen noch sei sie von ihm eingesandt worden; der Absendervermerk habe auf einen anderen Namen gelautet. Auch seiner Erklärung seien keine Details über die Darlehenshöhe und die Amortisationsraten zu entnehmen. Folglich sei die Rüge der Gehörsverletzung unbegründet.

Im vorliegenden Verfahren lässt der Beschwerdeführer beanstanden, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt und sich mit seinen Erklärungen überhaupt nicht befasst. Die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, indem sie sich hinsichtlich seiner Erörterungen zu den Aufrechnungen einzig und in pauschaler Weise zum Vorschusswesen bei der Arbeitgeberin geäussert habe. Im Weiteren sei das rechtliche Gehör verletzt worden, weil die Vorinstanz sich mit seinem Antrag, bei A., C. und F. schriftliche Auskünfte einzuholen, nicht befasst habe.

3.3.2. Kann von einer Privatperson nach den Umständen eine Handlung oder eine Äusserung über Umstände, die sie besser kennt als die Behörde, erwartet werden und bleibt eine solche aus, so haben die Behörden nicht nach Tatsachen zu forschen, die nicht aktenkundig sind (vgl. BGE 130 II 493 E. 3.2, und BGE 128 II 139 E. 2b). Vorliegend hätte der – beweisbelastete (vgl. vorstehende E. 3.2.2) – Beschwerdeführer, wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, ohne Weiteres bereits in den vorinstanzlichen Verfahren aussagekräftige schriftliche Bestätigungen der von ihm angeführten Personen beschaffen können, um seinen Standpunkt zu untermauern. Die Untersuchungspflicht des Beschwerdegegners tritt in einer Konstellation wie der vorliegenden nicht an die Stelle einer unzureichenden Mitwirkung des Beschwerdeführers. Eine Pflicht des Beschwerdegegners und der Vorinstanz, bei den vom Beschwerdeführer genannten Personen – zum Beweis von steuermindernden Tatsachen – schriftliche Auskünfte einzuholen, bestand aufgrund der geschilderten Gegebenheiten nicht, weshalb der Vorwurf der Gehörsverletzung nicht begründet ist. Der Beschwerdeführer war denn auch im vorliegenden Verfahren nachträglich in der Lage, Stellungnahmen der erwähnten Personen beizubringen (vgl. nachstehende E. 4).

3.4. Der Beschwerdeführer lässt sodann rügen, dass sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid nicht zureichend mit seinen Darlegungen zu den Aufrechnungen 2008 bis 2010 auseinandergesetzt habe. Dadurch sei das rechtliche Gehör verletzt worden. – Die grundsätzliche Pflicht einer Behörde, ihren Entscheid zu begründen, folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Dabei sind die Anforderungen an die Begründungsdichte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls sowie der Interessen der Betroffenen festzulegen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen ge-

nannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Je grösser der Spielraum der Behörde (unter anderem infolge Ermessen) und je stärker der Entscheid in die individuellen Rechte eingreift, desto höhere Anforderungen sind an dessen Begründung zu stellen (BGE 112 Ia 107 E. 2b mit Hinweisen; BGE 118 V 58). Die Verwaltung darf sich nicht damit begnügen, die von der betroffenen Person vorgebrachten Einwendungen zur Kenntnis zu nehmen und zu prüfen; sie hat ihre Überlegungen auch namhaft zu machen und sich dabei ausdrücklich mit den Einwendungen auseinander zu setzen oder zumindest die Gründe anzugeben, weshalb sie gewisse Gesichtspunkte nicht berücksichtigen kann (BGE 124 V 180 E. 2b und BGE 134 I 83 E. 4.1). – Die Vorinstanz begründete den angefochtenen Entscheid im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die einschlägigen rechtlichen Grundlagen und dem massgebenden Sachverhalt. Sie zeigte die Überlegungen, von denen sie sich leiten liess, in zureichender Weise auf und setzte sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinander. Die Begründung für ihren Standpunkt bezüglich der Aufrechnungen für die Jahre ab 2007 ergibt sich klar aus den angefochtenen Entscheiden. Eine Verpflichtung, sich mit jeder tatbeständlichen Behauptung oder jedem Einwand zu befassen, besteht nicht (vgl. BGE 124 V 180 E. 1a und 134 I 83 E. 4.1). Ein Begründungsmangel ist somit nicht ersichtlich.

4.

4.1. Die Vorinstanz kam hinsichtlich der streitigen Aufrechnungen zum Schluss, den stichwortartigen Erklärungen des Beschwerdeführers zu einzelnen Positionen des Jahres 2007 (vorstehende E. 3.2.1) habe es an Beweiskraft gefehlt. Erklärungen zu den die Jahre 2008 bis 2010 betreffenden Positionen seien weder im Veranlagungs- noch im Einspracheverfahren eingereicht worden, obwohl der Beschwerdeführer dazu mit Schreiben vom 13. Juni und 11. Juli 2013 ausdrücklich aufgefordert worden sei. Auch im Verfahren vor der Vorinstanz sei dies nicht nachgeholt worden, so dass die in den Jahren 2008 bis 2010 verbuchten Gutschriften als nicht steuerfrei zu betrachten seien. Im vorliegenden Verfahren lässt der Beschwerdeführer unter anderem ausführen, er nehme zur Kenntnis, dass die Vorinstanz schriftliche Auskünfte als geeignete Beweismittel erachte. Er habe deshalb solche Auskünfte angefordert und zur freien Beweiswürdigung durch das angerufene Gericht eingereicht. Im Übrigen sei die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz rechtswidrig in Verletzung der Beweislastregeln vorgenommen worden. Die Darlehensvergabe an A. entspringe einer Freundschaft und keinem kaufmännischen Verständnis. Zahlreiche Darlehen würden im privaten Bereich ohne irgendwelche Schriftlichkeiten gewährt. Für C. habe der Beschwerdeführer Zahlungsaufträge mit eigenem Geld erledigt; sie habe diese Beträge später an ihn zurückgeführt. Sodann habe das Vorschusswesen bei seiner Arbeitgeberin (Versicherung) auf gegenseitigem Vertrauen basiert. Es sei davon auszugehen, dass F. (Generalagent der Versicherung) die Kompetenz besitze und um die Bedeutung seines Handelns wisse, soweit er gegenüber Mitarbeitern Bartransaktionen vornehme.

4.2.

4.2.1. Zu den in Teilbeträgen erfolgten Darlehensrückzahlungen A. betreffend das Jahr 2007 von insgesamt CHF 20 600 (vgl. vorstehende E. 3.2.1) vermerkte die Vorinstanz, das zur Bestätigung der Rückzahlungen eingereichte E-Mail sei nicht von A., sondern von einer anderen Person versandt und nicht unterzeichnet worden. Entsprechend sei seine Beweiskraft gering. Zudem erscheine es unglaubwürdig, dass ein Darlehen in dieser Grössenordnung formlos ausbezahlt und amortisiert worden sei. Unter kaufmännisch geschulten Personen sei es üblich, zumindest eine Quittung auszustellen. Hinzu komme, dass A. weder die Darlehensbeträge noch die Höhe der Amortisationsraten bestätigt habe, obwohl dies mit geringem Aufwand möglich gewesen wäre.

Im vorliegenden Verfahren lässt der Beschwerdeführer die erwähnten Darlehensrückzahlungen 2007 (in Teilbeträgen von CHF 9400, CHF 8400 und CHF 2800) und 2008 (CHF 4800) durch A. bestätigen. In der schriftlichen Auskunft vom 5. Juni 2014 erklärte A. unter anderem, er kenne den Beschwerdeführer seit Jahren und sei mit ihm eng befreundet. Er habe ihm immer wieder Geld zinslos zur Verfügung gestellt, welches möglichst zeitnah zurückbezahlt worden sei. Im Jahr 2007 habe er Beträge in mehreren Tranchen zugeführt, total etwas mehr als CHF 20 000. Im Jahr 2008 seien es total ca. CHF 5000 gewesen. Der Geldfluss sei stets ohne Schriftlichkeiten erfolgt, was aufgrund des Vertrauensverhältnisses nicht ungewöhnlich sei. Sämtliche Zahlungen hätten zu keinem Zeitpunkt Einkommenscharakter gehabt.

4.2.2. Zu der von C. am 9. Oktober 2012 (vorstehende E. 3.2.1) im Betrag von CHF 12 500 bestätigten Rückzahlung im Jahr 2007 hielt die Vorinstanz fest, es seien tatsächlich nur CHF 12 473.68 (in zwei Tranchen an zwei aufeinanderfolgenden Tagen) überwiesen worden. Dem Kontoauszug lasse sich nicht entnehmen, dass C. die Überweisungen getätigt habe; als Auftraggeber der Zahlungen sei der Beschwerdeführer aufgeführt. Ob er die Beträge in bar erhalten und auf sein Konto überwiesen habe, bleibe offen. Aufgrund dieser Umstände bestünden erhebliche Zweifel an seinen Angaben, zumal auf dem Kontoauszug auch keine Vergütungen an Dritte in dieser Grössenordnung aufgeführt seien, welche Zahlungen im Auftrag von C. bestätigen könnten.

In der Auskunft vom 5. Juni 2014 bescheinigt C. unter anderem, sie habe die vom Beschwerdeführer als Hilfestellung erhaltenen Gelder von total etwas mehr als 12 000 Franken im Frühjahr 2007 zurückbezahlt. Sie habe das Geld in bar übergeben oder bar überwiesen; sicher sei sie zur Zahlungsart aber nicht. Sie habe niemals für irgendwelche Dienste bezahlt, sondern nur für das, was der Beschwerdeführer freundschaftlich vorgeschossen habe.

4.2.3. Hinsichtlich der geltend gemachten Vorschussgewährung führte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus, wenn der Beschwerdeführer einen Mitarbeiter seiner Arbeitgeberin nenne, der die Gewährung von Vorschüssen im Betrieb in der von ihm geschilderten Weise bestätigen könne, fordere er sie (die Vorinstanz) auf, diesen Beweis abzunehmen. Eine solche Beweisabnahme könne jedoch nur mit gehöriger

Mitwirkung der steuerpflichtigen Person erfolgen und setze eine substantiierte Sachdarstellung voraus. Der Beschwerdeführer mache jedoch zum Vorschusswesen seiner Arbeitgeberin keine Angaben; insbesondere lege er nicht dar, weshalb Vorschüsse (anders als Gehaltszahlungen) in bar ausbezahlt würden. Unter diesen Umständen sei sie (die Vorinstanz) nicht gehalten, die dem Beschwerdeführer leicht zugänglichen Firmenunterlagen selbst beschaffen. Sie sei nicht verpflichtet, aufwändige Abklärungen zum Nachweis von steuermindernden Tatsachen vorzunehmen. Der Beweis sei somit auch in diesem Punkt nicht erbracht.

In der im vorliegenden Verfahren nachgereichten schriftlichen Auskunft bestätigte F., dass das System «Lohnvorbezug» bei ihnen über eine Kasse mit Bargeld abgelaufen sei, welche er persönlich verwaltet habe. Das Ganze sei stets legal gewesen. Konkret habe der Beschwerdeführer immer zeitnah die ihm ausbezahlten Gelder in bar zurückgeführt. Welche Beträge auf diese Weise geflossen seien, könne er heute nicht mehr sagen. Der Beschwerdeführer habe eine Zahl von CHF 9000 jährlich genannt, was seines Erachtens ohne weiteres zutreffen könne. Es seien nie ausserhalb der Lohnerfassung Provisionen etc. ausgerichtet worden.

4.3. Die nachgereichten schriftlichen Auskünfte vom 5. Juni 2014 wurden alle mit demselben Datum sowie derselben Form und Schrift ausgefertigt, was darauf hindeutet, dass die Niederschrift (durch eine der beteiligten Personen oder durch einen Dritten) einheitlich für alle drei Personen erfolgt sein dürfte. Die Auskünfte wurden durch die im Adressfeld angeführten Personen handschriftlich unterzeichnet. Eine Salär-Bevorschussung erscheint aufgrund der von F. geschilderten Verhältnisse zwar grundsätzlich dargetan. Jedoch erweist sich die Auskunft von F. – ohne deren Inhalt als solchen in Frage stellen zu wollen – insofern nicht beweiskräftig, als die Bevorschussung von den gewährten Beträgen her nicht belegt ist. Denn F. bescheinigte lediglich, dass eine Bevorschussung von jährlich CHF 9000 «ohne Weiteres zutreffen» könne. Welche Beträge geflossen seien, könne er heute nicht mehr sagen. Damit können die geltend gemachten Barbevorschussungen in den Jahren 2008 und 2009 nicht als zureichend bewiesen gelten. Was sodann die in den nachträglichen Auskünften bescheinigten Darlehensrückzahlungen in den Jahren 2007 und 2008 durch A. und C. betrifft, so ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer die entsprechenden Darlehen im Wertschriftenverzeichnis der Steuererklärungen 2007 nicht aufführte, obschon er für das Folgejahr 2008 weitere Darlehensrückzahlungen durch A. geltend macht. Auch A. selbst deklarierte die Darlehensschulden offenbar nicht in seinen Steuererklärungen, denn er vermerkte in der Auskunft, dass keine Tatbestände vorgelegen hätten, «die jemals in meinen Steuererklärungen auszuweisen» gewesen seien; dies obschon Schulden im entsprechenden Verzeichnis zu deklarieren gewesen wären. Sodann blieb mit Bezug auf sämtliche nachträglich bestätigten Darlehensrückzahlungen unklar, zu welchem Zeitpunkt bzw. in welchem Jahr und welcher Höhe die Darlehen gewährt wurden. Wenn sie an C. vor 2007 gewährt wurden, wären sie auch in ihren Steuererklärungen aufzuführen gewesen; ob dies der Fall ist, lässt sich aufgrund der Akten nicht nachprüfen. C. ist überdies

nicht einmal mehr in der Lage, sich an die Zahlungsart (bar oder Überweisung) zu erinnern, was den Eindruck des Vorliegens von insgesamt unübersichtlichen, im Nachhinein nicht mehr zuverlässig eruierbaren Verhältnissen – insbesondere mit Bezug auf Zeitpunkt und Höhe der Beträge – verstärkt. Soweit das Vorbringen des Beschwerdeführers zutrifft, dass zahlreiche Darlehen im privaten Bereich ohne irgendwelche Schriftlichkeiten gewährt würden, führt dies – wie vorliegend – zu Situationen mit Beweisproblemen. Insgesamt erscheinen die geltend gemachten Darlehensrückzahlungen und Salärbevorschussungen zwar grundsätzlich möglich. Ein zureichender Nachweis der im Einzelnen geflossenen Beträge kann jedoch aufgrund der geschilderten Gegebenheiten nicht als erbracht gelten. Diese Beweislosigkeit hat der Beschwerdeführer zu tragen.

4.4. Damit lässt sich der vorinstanzliche Schluss, dass die Herkunft der auf den Kontoauszügen verzeichneten Gutschriften nach wie vor nicht nachvollziehbar und es dem Beschwerdeführer nicht gelungen sei zu beweisen, dass es sich dabei um steuerfreie Vermögenszuflüsse handle, auch nach Würdigung der nachgereichten schriftlichen Auskünfte vom 5. Juni 2014 nicht beanstanden. Anhaltspunkte, aufgrund welcher die Berücksichtigung eines pauschalen Gewinnungskostenabzuges von 15 Prozent in Zweifel zu ziehen wäre, werden weder geltend gemacht noch sind solche aus den Akten ersichtlich. Weitere Anhaltspunkte für sachverhaltsmässig unrichtige Annahmen lassen sich ebenfalls nicht erkennen. Die vorinstanzliche Ermessensausübung hinsichtlich der Aufrechnung von Geldzuflüssen hat das Verwaltungsgericht, das nach Art. 61 Abs. 1 VRP nur zur Rechtskontrolle befugt ist, zu respektieren. Eine Ermessenskontrolle steht ihm nicht zu; im Fall der Ausübung pflichtgemässen Ermessens ist ihm eine Korrektur verwehrt.

31

Art. 50 Abs. 5 StG (sGS 811.1); Art. 20 Abs. 1bis DBG (SR 642.11). Privilegierte Dividendenbesteuerung, Steuerumgehung. Die Umdeutung einer Dividende in Arbeitslohn durch die Veranlagungsbehörde bei einem als Geschäftsleiter tätigen Inhaber von Vorzugsaktien ist nicht zulässig, wenn die Merkmale einer Steuerumgehung nicht gegeben sind.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 17. September 2015

X ist Aktionär und geschäftsführendes Mitglied des Verwaltungsrats der M AG mit Sitz in S. Im Mai 2012 beschloss die Generalversammlung dieser Gesellschaft eine Statutenänderung, wonach aus dem zu ihrer Verfügung stehenden Bilanzgewinn nach der Zuweisung an die gesetzlichen Reserven nach freiem Ermessen zunächst eine Vorwegdividende bis maximal 50 Prozent des EBIT (Ergebnis vor Zinsen und Steuern)

zuzüglich allfälliger nichtbetriebsnotwendiger (Über-) Abschreibungen zugunsten der Vorzugsaktien der Serie A ausgeschüttet werden kann. In der Steuererklärung 2013 deklarierten X und seine Gattin Y eine ordentliche Dividende 2012 der M AG von Fr. 38 400.– sowie eine Vorwegdividende von Fr. 80 000.–, insgesamt Fr. 118 400.–. Die Einkünfte aus unselbständigem Haupterwerb bei der M AG gaben sie mit Fr. 199 230.– (Ehemann) und Fr. 33 592.– (Ehefrau) an. Die Veranlagungsbehörde qualifizierte die Vorwegdividende von Fr. 80 000.– als Erwerbseinkommen und verweigerte die privilegierte Besteuerung sowohl bei der Kantons- und Gemeindesteuer als auch bei der direkten Bundessteuer. Die dagegen erhobenen Einsprachen wies das kantonale Steueramt ab. X und Y erhoben Rekurs und Beschwerde und beantragten, die Vorwegdividende von Fr. 80 000.– sei nicht als Erwerbseinkommen bzw. Lohn zu besteuern, sondern als Ertrag aus Beteiligungen ab 10 Prozent (Privatvermögen). Die Verwaltungsrekurskommission hat die Rechtsmittel gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

a) Die Vorinstanz erwog, die Generalversammlung der M AG könne dem Geschäftsleiter nach freiem Ermessen eine Vorwegdividende zuweisen. Diese Freiheit, bei der der Geschäftsleiter nach Gutdünken des gesamten versammelten Aktienkapitals einseitig bevorteilt werde, erinnere viel mehr an die Festsetzung eines lohnmässigen Bonus nach dem Jahresabschluss als an eine Dividendenausschüttung. Andernfalls wären die Vorrechte der Inhaber der Vorzugsaktien in den Statuten fest und berechenbar und nicht variabel und nach freiem Ermessen festgeschrieben worden. In der Realität bestehe nicht die Absicht, den Gewinn nach einem Schlüssel auf die Inhaber der Vorzugsaktien bzw. der normalen Aktien aufzuteilen, sondern vielmehr dem Geschäftsleiter nach Gutdünken einen Sonderanteil am Gewinn zukommen zu lassen. Somit liege sinngemäss Lohn in Form einer Bonuszahlung vor. Es sei deshalb festzustellen, dass die äusserliche Gestaltung der Verhältnisse dem wirklichen materiellen Sachverhalt nicht angemessen und von einer Steuerumgehung auszugehen sei. Beim Rekurrenten trete dadurch nämlich eine erhebliche Steuerersparnis ein. Die Veranlagung sei auf der Grundlage des wirklichen materiellen Tatbestandes vorzunehmen. Damit sei eine privilegierte Besteuerung der Einkünfte nicht möglich.

Die Rekurrenten und Beschwerdeführer halten entgegen, der Pflichtige sei für seine Tätigkeit mit einem Bruttogehalt von Fr. 234 126.– entschädigt worden. Dieses Gehalt sei branchenüblich, und eine Umqualifizierung der Vorwegdividende würde zu einem unangemessen hohen Lohn führen. Die Einräumung eines Vorwegdividendenanspruchs für den Vorzugsaktionär hänge einzig mit der Art der Ausgestaltung der Nachfolgeregelung der M AG zusammen. Damit habe man das Ziel verfolgt, das Unternehmen im Familienbesitz zu halten und es dem Pflichtigen zu ermöglichen, das gesamte Aktienpaket zu übernehmen. Dies sei nur finanzierbar, wenn an der eingeschlagenen Dividendenpolitik festgehalten werde. Der Aspekt der Steuereinsparung habe dabei keine Rolle gespielt. Zudem ergebe sich – berücksichtige man

auch den steuerbaren Gewinn der M AG – per Saldo keine Steuerersparnis, sondern eine insgesamt höhere Steuerbelastung. Der Tatbestand der Steuerumgehung sei deshalb nicht erfüllt und eine Umqualifizierung der Vorwegdividende in eine Entschädigung für Arbeitsleistung nicht sachgerecht.

b) Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile aus Aktien, Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaftsanteilen und Partizipationsscheinen (einschliesslich Gratisaktien, Gratisnennwerterhöhungen u. dgl.) sind im Umfang von 60 Prozent steuerbar, wenn diese Beteiligungsrechte mindestens 10 Prozent des Grund- oder Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft darstellen (Art. 20 Abs. 1bis DBG). Auf kantonaler Ebene existiert eine vergleichbare Norm, wobei nicht wie auf Bundesebene das Teileinkünfteverfahren, sondern das Halbsatzverfahren zur Anwendung gelangt. Danach werden ausgeschüttete Gewinne von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften zur Hälfte des für das steuerbare Gesamteinkommen anwendbaren Steuersatzes besteuert, wenn die steuerpflichtige Person mit wenigstens 10 Prozent am Aktien-, Grund- oder Stammkapital beteiligt ist (Art. 50 Abs. 5 StG). Diese Regelung entspricht Art. 7 Abs. 1, wonach die Kantone bei Dividenden, Gewinnanteilen, Liquidationsüberschüssen und geldwerten Vorteilen aus Beteiligungen aller Art, die mindestens 10 Prozent des Grund- oder Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft ausmachen (qualifizierte Beteiligungen), die wirtschaftliche Doppelbelastung von Körperschaften und Anteilsinhabern mildern können. Alle Erträge, die nach Art. 33 Abs. 1 lit. c StG bzw. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG steuerbar sind und aus qualifizierten Beteiligungen stammen, unterliegen der Halbsatz- bzw. Teilbesteuerung. Es kann sich somit um ordentliche oder ausserordentliche Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse oder überhaupt um geldwerte Vorteile, wie verdeckte Gewinnausschüttungen oder Gratisaktien/Gratisnennwerterhöhungen handeln (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 185 f. zu Art. 20 DBG; St. Galler Steuerbuch [StB] 50 Nr. 2 Ziff. 2).

Im Lichte der privilegierten Besteuerung der Dividenden beim Aktionär stellt sich bei der Beurteilung von Leistungen an Personen, die zugleich Arbeitnehmer als auch Aktionäre sind, die Frage der Angemessenheit von Gehalt, Verwaltungsratshonorar und Dividende. Das Bundesgericht äusserte sich in einem sozialversicherungsrechtlichen Fall ausführlich zu dieser Thematik und betonte dabei die Einheit der Rechtsordnung. Die Steuerbehörde habe zu prüfen, ob eine als Lohn deklarierte Leistung in Wirklichkeit eine Gewinnausschüttung darstelle, und sie gegebenenfalls als solche aufzurechnen. Dabei habe die Gesellschaft einen erheblichen Ermessensspielraum; den Steuerbehörden stehe es nicht zu, die Angemessenheit des Lohnes bzw. der Dividende frei zu überprüfen. Von der durch die Gesellschaft gewählten Aufteilung sei abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende bestehe. Dabei sei auf einen Drittvergleich abzustellen, d.h. es sei zu prüfen, ob die gleiche Leistung unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren auch einem aus-

senstehenden Dritten erbracht worden wäre (vgl. BGE 134 V 297 E. 2; B.F. Schärer, Zur Optimierung von Lohn und Dividende – AHV und Steuern, in: Zeitschrift für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht 2008, BestCase Nr. 10).

c) aa) Die Vorinstanz bestreitet die Rechtmässigkeit des an der ausserordentlichen Generalversammlung der M AG vom 25. Mai 2012 gefassten Beschlusses über die Ausgabe von Vorzugsaktien zu Recht nicht. Das Gesetz ermächtigt die Generalversammlung ausdrücklich, auch bisherige Aktien in Vorzugsaktien umzuwandeln (Art. 654 Abs. 1 OR; vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 4 N 156 ff.) und zwar unabhängig davon, ob die Aktien von einer Person oder mehreren Personen gehalten werden. Die Vorrechte können sich namentlich auf die Dividende mit oder ohne Nachbezugsrecht, auf den Liquidationsanteil und auf die Bezugsrechte für den Fall der Ausgabe neuer Aktien erstrecken (Art. 656 Abs. 2 OR). So ist es bspw. möglich, auf Vorzugsaktien vorab eine Dividende von 15 Prozent auszuschütten und alle Aktien am verbleibenden Gewinn gleichmässig zu beteiligen (vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, Bern 1996, Fn 9 zu § 41 N 27). Denkbar wäre auch eine Vorzugsdividende, die quantitativ die Aktienkategorie gegenüber den Stammaktien bevorteilt, z. B. ein Recht auf die anderthalbfache Dividende pro Nennwert. Es geht in diesem Fall um einen schlichten vermögensrechtlichen Zusatzanspruch des Vorzugsaktionärs (Böckli, a.a.O., § 4 N 161). Bei der M AG richtet sich der zugunsten der Vorzugsaktien auszuschüttende Betrag nach dem Ergebnis vor Zinsen und Steuern (EBIT) zuzüglich allfälliger nichtbetriebsnotwendiger Abschreibungen bzw. dem Betriebsergebnis, denn alle nicht der eigentlichen betrieblichen Tätigkeit zuzuordnenden Aufwendungen werden herausgefiltert. Dabei dürfen gemäss Art. 3 der Statuten maximal 50 Prozent des EBIT vorweg ausgeschüttet werden. Die Vorzugsdividende liegt folglich nicht im freien Ermessen der Generalversammlung, wie die Vorinstanz vorbrachte. Vielmehr ist sie begrenzt und in ihrem Maximalbetrag berechenbar. Im Jahr 2013 führte das beim Rekurrenten und Beschwerdeführer zur Ausschüttung einer Dividende von Fr. 118 400.–, davon entfielen Fr. 80 000.– bzw. Fr. 166.67 pro Aktie auf die Vorwegdividende. Sie betrug damit exakt 50 Prozent der insgesamt ausbezahlten Dividende von Fr. 160 000.– (Ordentliche Dividende: 1000 Aktien × Fr. 80.– = Fr. 80 000.–; Vorzugsdividende: 480 Aktien × Fr. 166.67 = Fr. 80 000.–). Da die dem Rekurrenten und Beschwerdeführer ausgerichteten Dividendenzahlungen, wie dargelegt, den gesetzlichen Vorgaben entsprachen, ist zu prüfen, ob ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Vermögen und Dividende bestand und die Dividende in einem angemessenen Verhältnis zum Jahresgehalt des Pflichtigen stand.

bb) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Angemessenheit des beitragsfreien Vermögensertrags nicht in Relation zum Nennwert, sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien zu beurteilen. Das Bundesgericht betrachtet den Steuerwert als geeignete Berechnungsgrundlage (vgl. BGE 134 V 297 E. 2.8). Der Unternehmenswert wurde von der Vorinstanz per 31. Dezember 2013 auf Fr. 4 321 442.64 festgelegt, wobei die titelbezogene Steuerbewertung für die

480 Vorzugsaktien einen Anteil von Fr. 2 397 848.02 ergab. Die Gesamtdividende von Fr. 118 400.– entsprach somit einem Vermögensertrag von rund 4,93 Prozent, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für risikotragendes Kapital einer Aktiengesellschaft nicht als offensichtlich überhöht zu betrachten ist (BGE 134 V 297 E. 3). Darauf lässt auch ein Vergleich mit der Dividendenrendite der St. Galler Kantonalbank schliessen. Im Jahr 2014 betrug diese 4,2 Prozent (vgl. Dividendenpolitik der St. Galler Kantonalbank, unter: www.sgkb.ch/de/ueber-uns/dividenden). Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass der Pflichtige im Jahr 2013 das grösste Aktienpaket hielt und damit ein höheres Risiko (Klumpenrisiko) zu tragen hatte als die übrigen Aktionäre. Vor diesem Hintergrund käme eine Aufrechnung beim Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit nur dann in Frage, wenn die Entschädigung für die Arbeitsleistung des Rekurrenten und Beschwerdeführers im Jahre 2013 unangemessen tief ausgefallen wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der in der Steuererklärung 2013 deklarierte Nettolohn von Fr. 199 230.– liegt deutlich über dem vom Bundesamt für Statistik ausgewiesenen durchschnittlichen Bruttoerwerbseinkommen der unselbständig erwerbenden Führungskräfte. Es lag im Jahr 2013 bei Fr. 130 000.– (vgl. www.bfs.admin.ch). Vor diesem Hintergrund halten die geleisteten Zahlungen auch einem Drittvergleich stand. Es ist davon auszugehen, dass auch einem familienfremden Geschäftsführer dieselben Leistungen erbracht werden müssten.

cc) Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, dass die dem Pflichtigen im Jahr 2013 ausgeschütteten Dividenden in einem angemessenen Verhältnis zu seinem Jahressalär standen. Dass die Vorwegdividende von insgesamt Fr. 80 000.– nur ihm zufloss, ändert daran nichts, zumal damit keine über das übliche Mass hinausgehende und einem Drittvergleich nicht standhaltende Rendite erzielt wurde. Die Ausführungen der Rekurrenten und Beschwerdeführer, dieses Modell sei gewählt worden, um dem Pflichtigen die Übernahme des gesamten Aktienpakets zu ermöglichen, sind nachvollziehbar. Dieser erhöhte seinen Anteil am Unternehmen in der Zwischenzeit bereits auf 51,5 Prozent. Zu berücksichtigen ist, dass der Gesetzgeber mit dem Halbsatz- bzw. Teileinkünfteverfahren die Möglichkeit schuf, die nicht betriebsnotwendigen Mittel eines Unternehmens mit vernünftiger Steuerbelastung zu entnehmen. Dies könnte im umgekehrten Fall beispielsweise auch dann notwendig sein, wenn ein Unternehmen aufgrund hoher thesaurierter Unternehmensgewinne unverkäuflich wäre (vgl. Rabaglio, Unternehmenssteuerreform II: Chancen und Risiken in der Beratung von KMU, Der Treuhandexperte 2/2008, S. 80; L. Vogt, Auswirkungen des per 1.1.2007 gültigen Halbsatzverfahrens auf die Steuerplanung von KMU, Oktober 2006, unter: www.addetto.ch/aktuell.html). Das von der M AG gewählte Vorgehen erscheint deshalb nachvollziehbar und in keiner Weise derart absonderlich, dass es unter Ausklammerung der steuerlichen Konsequenzen geradezu als jenseits jeglicher wirtschaftlicher Vernunft zu beurteilen wäre. Folglich fehlt es bereits am objektiven Moment und damit einer zwingenden Voraussetzung für die Annahme einer Steuerumgehung. Es ist nicht zu prüfen, ob das gewählte Vorgehen unter Einbezug des Steuersubstrats der

M AG überhaupt zu einer erheblichen Steuerersparnis führte (vgl. zur Steuerumgehung Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., N 37 ff. zu VB zu Art. 109–121 DBG).

d) Somit ergibt sich, dass der Rekurs und die Beschwerde gutzuheissen sind.

32

Art. 71 und Art. 72 Abs. 1 StG (sGS 811.1); Art. 20 f. StHG (SR 642.14). Einer Handelsunternehmung mit ausserkantonalem Sitz und einer Zweigniederlassung bzw. Betriebsstätte im Kanton St. Gallen wurde von der sanktgallischen Veranlagungsbehörde zu Recht ein Vorausanteil (Präzipuum) für den Sitzkanton von nur 5 Prozent zugestanden, da die Betriebsstätte in St. Gallen in hohem Masse selbständig war und dort auch zahlreiche wesentliche Leitungsfunktionen ausgeübt wurden.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 17. September 2015

Aus den Erwägungen:

3. Die Rekurrentin macht geltend, die Abkehr von der jahrelang geübten Praxis, einen Vorausanteil von 20 Prozent zu anerkennen, verletze den Grundsatz von Treu und Glauben, da weder die Struktur des Unternehmens noch dessen Geschäftsleitung geändert worden seien. Dies trifft nicht zu. Der Umstand, dass die Vorinstanz bisher mit dem Abzug eines Vorausanteils von 20 Prozent für den Sitzkanton einverstanden war, hindert sie nicht, diesen Abzug in einer nachfolgenden Steuerperiode neu festzulegen. Bei periodischen Steuern kommt einer Veranlagungsverfügung nur für die betreffende Periode Rechtskraft zu, und zwar auch insoweit, als sich der Entscheid auf die interkantonale Steuerausscheidung bezieht. Jeder Kanton ist daher frei, in einer späteren Periode tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse anders als früher zu würdigen (BGE 88 I 240 E. 2; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 6 zu Art. 131 DBG). Im Übrigen macht die Rekurrentin nicht geltend, aufgrund der bisherigen Praxis seien Dispositionen getroffen worden, die sich nun nachteilig auswirkten und nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten (vgl. Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, N 823 ff.)

Streitig ist, ob die Vorinstanz den Sitzkantonen Appenzell Ausserrhoden (bis 13. November 2012) und Schwyz (ab 14. November 2012) zu Recht einen Gewinnanteil von 5 Prozent zuwies oder ob ein solcher von 20 Prozent, wie die Rekurrentin vorbrachte, angemessen gewesen wäre.

a) Die Vorinstanz erwog, der jährliche Mietaufwand habe rund Fr. 100 000.– betragen. Davon seien Fr. 6000.– dem statutarischen Sitz (Kostenanteil der privaten Räumlichkeiten) zuzurechnen. Die Rekurrentin präsentiere sich nach aussen nur mit

ihrer Zweigniederlassung in G (Rechnungsadresse, Homepage). Zudem bezögen die Mitglieder der Geschäftsleitung, M und H, unterschiedlich hohe Gehälter. So werde M jährlich Fr. 130 000.– und H jährlich Fr. 36 000.– vergütet. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sich der Ort der tatsächlichen Verwaltung in G befinde, wo die meisten Zentralleitungs- bzw. Administrationsfunktionen wahrgenommen würden (Service, Verkauf, Spezialverkauf, Buchführung, Logistik, Produktionsplanung, Marketing usw.). Der statutarische Sitz sei wahrscheinlich wegen der Steuerersparnis gewählt worden. Mit dem Präzipuum von 5 Prozent würden allfällige «Overheadarbeiten» grosszügig abgegolten. Für diese, von der Rekurrentin beschriebenen Aufgaben, lägen im Übrigen keine Beweise vor.

Die Rekurrentin bringt dagegen vor, der Anteil von lediglich 5 Prozent werde der Unternehmensstruktur und -führung nicht gerecht und berücksichtige die überaus wesentliche Bedeutung der Zentralleitung durch den Alleinaktionär und Verwaltungsratspräsidenten, an dessen Wohnort sich ihr Hauptsitz befinde, nicht. Damit würde den zentralen Unternehmensfunktionen – insbesondere strategische und wesentliche operative Entscheide, die nach wie vor ureigenste Pflichten des Alleineigentümers seien – zu wenig Rechnung getragen. Der Ort dieser zentralen Leitungsaufgabe liege am Hauptsitz in T. Es sei zu berücksichtigen, dass der Eigentümer alleine über die erforderlichen Kontakte zu den massgebenden Unternehmen in den skandinavischen Ländern verfüge und nur wegen seines Einsatzes und seiner Sprachkenntnisse interessante Geschäftsbeziehungen gepflegt und ausgebaut werden könnten. Ihm oblägen das gesamte Vertragswesen mit den Lieferanten und die Pflege dieser wichtigen Kundenbeziehungen. Deshalb halte er sich pro Jahr während mindestens zwei Monaten in Nordeuropa (v. a. Schweden und Finnland) auf. Er sei zudem für die gesamte finanzielle Struktur, inkl. Controlling, Vermögensverwaltung usw., zuständig. Er alleine akquiriere neue Lieferanten, entscheide über Einkauf, künftige Zusammenarbeit, aber auch über das Lohnwesen sowie die konkrete Strukturierung der Zweigniederlassung. Entscheide des Geschäftsführers der Zweigniederlassung stünden deshalb immer unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch den Verwaltungsratspräsidenten. Der bescheidene Kostenanteil für dessen Büro in T wie auch sein – in Relation zu seiner effektiven Tätigkeit – geringer Lohn seien nicht aussagekräftig. Entscheidend sei vielmehr die Summe aller Bezüge. So hätten die Dividendenbezüge im Jahre 2011 rund Fr. 450 000.–, im Jahre 2012 Fr. 600 000.– und im Jahre 2013 Fr. 3 000 000.– betragen. Setze man diese Bezüge mit dem Lohnbezug des Geschäftsführers der Zweigstelle in Relation, sei von einem Anteilsverhältnis von 25 Prozent auszugehen.

b) Juristische Personen sind aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sich ihr Sitz oder ihre tatsächliche Verwaltung im Kanton befindet (Art. 71 StG). Juristische Personen mit Sitz und tatsächlicher Verwaltung ausserhalb des Kantons sind aufgrund wirtschaftlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sie Teilhaber an Geschäftsbetrieben im Kanton sind, im Kanton Betriebsstätten unterhalten oder an Grundstücken im Kanton Eigentum, dingliche Rechte oder diesen wirtschaftlich gleich-

kommende persönliche Nutzungsrechte haben (Art. 72 Abs. 1 StG). Dies entspricht den Vorgaben gemäss Art. 20 f. StHG. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 127 Abs. 3 BV dürfen die Kantone, in welchen sich Niederlassungen eines interkantonalen Unternehmens befinden, nicht einfach den auf ihrem Gebiet erzielten Ertrag besteuern (objektmässige Ausscheidung), sondern nur eine Quote des Gesamtertrags des ganzen Unternehmens (quotenmässige Ausscheidung). Dabei können die Quoten aufgrund der Buchhaltungen der einzelnen Betriebsstätten (direkte Methode) oder aufgrund von Hilfskriterien (indirekte Methode), d.h. nach Massgabe äusserer betrieblicher Merkmale wie Erwerbsfaktoren (Kapital, Arbeit), Umsatz usw., bestimmt werden. Ziel ist, unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalls einen Massstab zu finden, welcher die Bedeutung der Betriebsstätten im Rahmen des Gesamtunternehmens, d.h. ihren Anteil an der Erzielung des Gesamtertrags am zuverlässigsten zum Ausdruck bringt. Der Bedeutung des Hauptsitzes kann durch Zuweisung eines Vorausanteils (Präzipuum) bei der Gewinnsteuer Rechnung getragen werden. Die Zuweisung eines Präzipuums entschädigt den Sitzkanton für den erhöhten Wertschöpfungsanteil des Sitzes am Gesamtunternehmensergebnis durch die «Overheadarbeiten», welche vorwiegend oder ausschliesslich am Sitz geleistet werden, jedoch dem ganzen Unternehmen zugutekommen. Die Höhe dieses Vorausanteils ist eine Ermessensfrage. Er wird jedoch nur dann gewährt, wenn die Bedeutung des Hauptsitzes nicht bereits in den Erwerbsfaktoren zum Ausdruck kommt. Bei Handelsunternehmen wird für die Gewinnsteuer der Umsatz als massgebendes Ausscheidungskriterium betrachtet. Als Vorausanteil wird in den meisten Fällen 20 Prozent gewährt (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., N 34 f. und N 48 ff. zur Art. 6 DBG; Teuscher/Lobsiger, in: Zweifel/Beusch/Mäusli-Allenspach [Hrsg], Kommentar zu Interkantonalen Steuerrecht, Basel 2011, § 30 N 42). Der Vorausanteil ist jedoch tiefer anzusetzen, wenn der Betriebsstätte eine erhebliche Selbständigkeit zukommt (Höhn/Mäusli, Interkantonales Steuerrecht, 4. Aufl. 2000, S. 412; Teuscher/Lobsiger, a.a.O., § 31 N 36). So ist bspw. eine hälftige Aufteilung des Vorausanteils auf Sitz und Betriebsstätte angebracht, wenn an beiden Standorten wesentliche Zentralleitungsfunktionen wahrgenommen werden (vgl. Locher, Die Praxis der Bundessteuern, III. Teil: Interkantonale Doppelbesteuerung, § 8, II C, 2b Nr. 3). Die Zuweisung eines Vorausanteils ist stets eine Ermessensfrage, die nach Ermittlung der Quoten zu entscheiden ist, wobei das Ermessen in zweierlei Hinsicht zu betätigen ist. Erstens ist zu entscheiden, ob überhaupt ein Vorausanteil gerechtfertigt ist; zweitens ist die Höhe des Vorausanteils zu bestimmen (Höhn/Mäusli, a.a.O., S. 407).

c) Die zivilrechtlichen Bilanz- und Bewertungsgrundsätze sind grundsätzlich auch für das Steuerrecht massgeblich (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., N 6 zu Art. 58 DBG). Aufgrund der Jahresabschlüsse 2012 und 2013 der Rekurrentin lässt sich der Gesamtgewinn des Unternehmens jedoch nicht auf den Sitzkanton Schwyz und den Kanton der Betriebsstätte (St. Gallen) aufteilen, da sämtliche Aufwände und Erträge der Betriebsstätte in G zugeordnet wurden. Hingegen ist den Abschlussun-

terlagen zu entnehmen, dass im Jahr 2012 Fr. 7060.– bzw. 7 Prozent der Mietkosten (inkl. Nebenkosten) auf den statutarischen Sitz in T entfielen; im Jahr 2013 belief sich dieser Anteil auf Fr. 9300.– bzw. 9,5 Prozent. Unter den Parteien ist deshalb nicht streitig, dass ein Teil der zentralen Führungsaufgaben am statutarischen Sitz der Rekurrentin anfielen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass in den Jahren 2012 und 2013 besondere Umstände vorlagen, die die Zuweisung eines Präzipuums rechtfertigten; andernfalls wäre der gesamte Gewinn im Kanton St. Gallen besteuert worden; die Kantone Appenzell Ausserrhoden und Schwyz hätten nichts erhalten. Mit dem Vorausanteil ist folglich ein Ausgleich zu schaffen, der den vorliegenden besonderen Verhältnissen der Rekurrentin Rechnung trägt.

d) Da es sich bei der Rekurrentin um ein Handelsunternehmen bzw. um eine «technische Verkaufsorganisation auf dem Schweizer Markt» handelt (vgl. www.---.ch), beträgt der Vorausanteil 20 Prozent. Dieser Anteil am Gesamtgewinn wird dem Sitz der zentralen Leitung vorweg zugewiesen. Teilt sich diese auf zwei Standorte auf, rechtfertigt sich auch eine entsprechende Aufteilung des Vorausanteils (vgl. Locher, a.a.O., E. 2b). Im vorliegenden Fall ist deshalb zu prüfen, ob die zentrale Leitung, wie die Rekurrentin geltend macht, ausschliesslich am statutarischen Sitz angesiedelt und das Präzipuum folglich diesem Kanton zuzuordnen ist.

aa) Die Geschäftsführung der Rekurrentin besteht aus H und M, die in der Firmenpräsentation auch als Inhaber bezeichnet werden. Sie sind beide Mitglied des dreiköpfigen Verwaltungsrats, wobei H als Präsident des Verwaltungsrates amtet und M die Funktion des Geschäftsleiters innehat. Die Organisationsstruktur der Rekurrentin widerspiegelt die typischen Funktionen eines Handelsbetriebs: Verkauf (8 Personen), Verkaufsinnendienst (5), Buchhaltung (1), kfm. Lehrlinge (2), Produktion (4) sowie Logistik und Lager (4). Der Bereich Marketing, Grafik und Design wird von einem externen Unternehmen betreut (vgl. www.---.ch). In der Unternehmens- bzw. Teampräsentation nicht aufgeführt sind die Bereiche Einkauf, Finanzen und Controlling, Personal sowie Informatik bzw. IT.

bb) Die Ausführungen der Rekurrentin, wonach insbesondere der Einkauf und die Akquisition bzw. Betreuung der Lieferanten in den Verantwortungsbereich des Verwaltungsratspräsidenten fielen, sind nachvollziehbar. Dieser scheint aufgrund seiner früheren Funktion als Textilfachmann und Unternehmensberater in der Textilbranche (Hauptmarkt Schweden) über die notwendigen Sprach- und Branchenkenntnisse des für die Rekurrentin wichtigen nordeuropäischen Marktes zu verfügen (act. 2/7). In einem Handelsbetrieb kommt jedoch dem Verkaufsbereich eine ebenso grosse Bedeutung zu. Der Einkauf ist deshalb hinsichtlich der Relevanz für den Erfolg eines Handelsunternehmens nicht stärker zu gewichten als der Verkaufsbereich, der für den gewinnbringenden Absatz der eingekauften Ware verantwortlich zeichnet. Die Verkäuferinnen und Verkäufer, die Sortimentsspezialisten und die Mitarbeiterinnen des Verkaufsinnendienstes sind aber unbestreitbar in G angesiedelt, und dieser Bereich ist mit 13 Personen – inkl. einem Key Account Manager, der ebenfalls Mitglied der Geschäftsleitung ist – im Verhältnis zum gesamten Personalbestand (26 Personen)

relativ hoch dotiert. Mit Blick auf diese beiden Unternehmensfunktionen kommt dem Gesellschaftssitz deshalb keine grössere Bedeutung zu als der Betriebsstätte. Ins Gewicht fällt jedoch, dass sich in G zusätzlich das Lager und die Produktion (Beschriftung und Näharbeiten) befinden und deshalb davon auszugehen ist, dass dort – bezogen auf den gesamten Handelsprozess (Akquisition/Kundenbetreuung, Einkauf, Lager, Produktion, Verkauf/Kundenbetreuung) – wesentlich höhere Overheadkosten anfallen als in T.

cc) Dass H in der Funktion als Verwaltungsratspräsident eine führende Rolle in strategischen Fragen übernahm, insbesondere im Bereich der Personal-, Finanz- und Anlageplanung, erscheint glaubwürdig. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass dem von ihm präsidierten, für strategische Fragen letztlich zuständigen Verwaltungsrat, neben ihm auch der Geschäftsführer sowie R, Geschäftsführer der auf Steuer- und Unternehmensberatung spezialisierten T AG angehören. Sowohl der Präsident als auch die beiden Mitglieder verfügen über Kollektivunterschrift zu zweien, was den Einwand der Rekurrentin, sämtliche wichtigen strategische Entscheide lägen im Verantwortungsbereich des Verwaltungsratspräsidenten, relativiert. Aus den Akten ist zudem nicht ersichtlich, ob die Verwaltungsratssitzungen in der Regel in T stattfanden. Falls dies nicht der Fall wäre, wäre dies ein Indiz für den eher formellen Charakter des statutarischen Sitzes. Das Steuerdomizil befindet sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an dem Ort, an dem diejenigen Handlungen, welche in ihrer Gesamtheit der Erreichung des statuarischen Zwecks dienen, vorgenommen werden (ASA 56, S. 85; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., N 6 zu Art. 50 DBG). Hinsichtlich des Finanzbereichs ist festzustellen, dass die operative Buchhaltung von einer Mitarbeiterin in G betreut wurde. Zusätzliche Unterstützung erhielt die Rekurrentin von der T AG, welche die Jahresabschlüsse 2012 und 2013 erstellte und in den Steuererklärungen als Ansprechpartnerin aufgeführt wurde. Entsprechend fiel in diesen beiden Jahren Buchführungs- und Beratungsaufwand in der Höhe von Fr. 26 774.49 bzw. Fr. 28 646.48 an. Werden die zentralen Dienstleistungen, welche normalerweise vom Sitz geleistet werden (müssen), von einem Drittunternehmen erbracht, spricht dies nach Ansicht des Bundesgerichts (eher) dafür, dem Sitzkanton kein Präzipuum zuzuweisen bzw. dieses zumindest tief anzusetzen. Dies insbesondere, falls das Drittunternehmen ebenfalls im Sitzkanton steuerpflichtig ist (Zweifel/Beusch/Mäusli-Allenspach, a.a.O., § 30 N 44). Aus dem von der Rekurrentin eingereichten Firmenportrait geht im Übrigen hervor, dass sie wesentliche Teile der zentralen Dienstleistungen an Dritte vergab: Personal (C), Finanzen (T AG), Werbung (K), IT (I/H).

dd) Aus den Akten ist ersichtlich, dass der Präsident des Verwaltungsrats in den Jahren 2012 und 2013 ein Bruttogehalt von je Fr. 36 000.– bezog; dasjenige des Geschäftsführers belief sich in diesen Jahren auf Fr. 122 000.–. Daraus lässt sich hinsichtlich der Aufteilung des Präzipuums jedoch nichts ableiten. Das geringe Gehalt des Verwaltungsratspräsidenten liesse sich sowohl mit einem Teilzeitmandat als auch mit dem Umstand begründen, dass sich der Verwaltungsratspräsident im Wissen um die Dividendenhöhe bewusst ein tiefes Gehalt auszahlen liess. Die Ausschüt-

tungen einer Aktiengesellschaft stehen jedoch in keinem direkten Zusammenhang mit der Arbeitsleistung des Dividendenbezügers, so dass die Ausschüttungen von Fr. 600 000.– bzw. Fr. 2 000 000.– in den Jahren 2012 und 2013 nicht auf ein Anteilsverhältnis von durchschnittlich mindestens 25 Prozent schliessen lassen, wie die Rekurrentin vorbrachte.

e) Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Betriebsstätte in G im Jahre 2013 eine erhebliche Selbständigkeit zukam, die es rechtfertigte, dem statutarischen Sitz der Rekurrentin ein tieferes Präzipuum als 20 Prozent zuzuweisen (vgl. Zweifel/Beusch/Mäusli-Allenspach, a.a.O., § 31 N 36). Der von der Vorinstanz festgelegte Anteil von 5 Prozent erscheint angemessen. Diesen Anteil veranlagte im Übrigen auch der Kanton Appenzell Ausserrhoden für die Staats- und Gemeindesteuern 2012 (1. Januar bis 13. November 2012) mit Verfügung vom 30. September 2014. Dagegen wurde, soweit aus den Akten ersichtlich, kein Rechtsmittel ergriffen. Auf die Befragung des Verwaltungsratspräsidenten und des Geschäftsführers der Rekurrentin kann verzichtet werden, da die Rekurrentin bzw. deren Vertreter Gelegenheit hatten, ihren Standpunkt schriftlich darzulegen. Der rechtlich erhebliche Sachverhalt konnte aufgrund der Ausführungen der Parteien und der Akten ausreichend geklärt werden und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Befragungen zu weiterführenden Erkenntnissen bzw. einer Änderung der rechtlichen Überzeugung des Gerichts führen könnten (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 622 mit Hinweisen).

4. Der Rekus erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

33

Art. 132 Abs. 1 lit. f StG (sGS 811.1); Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG (SR 642.14). Nutzt der Eigentümer ein Zimmer seiner Wohnung bzw. seines Hauses als Büro für seine selbständige Erwerbstätigkeit, ändert dies am Vorliegen einer ausschliesslich selbst genutzten Wohnliegenschaft und an der Möglichkeit eines Aufschubs der Grundstückgewinnsteuer nichts.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 20. Oktober 2015

Aus den Erwägungen:

a) Nach Art. 12 Abs. 1 StHG unterliegen der Grundstückgewinnsteuer Gewinne, die sich namentlich bei der Veräusserung eines Grundstückes des Privatvermögens ergeben, soweit der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis oder Ersatzwert zuzüglich Aufwendungen) übersteigt. Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG bestimmt, dass die Besteuerung bei Veräusserung einer dauernd und ausschliesslich selbstgenutzten Wohnliegen-

schaft (Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung) aufgeschoben wird, soweit der dabei erzielte Erlös innert angemessener Frist zum Erwerb oder zum Bau einer gleichgenutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Das kantonale Recht hat diese Bestimmung mit Art. 132 Abs. 1 lit. f StG wörtlich übernommen.

b) Der Begriff der dauernd und ausschliesslich selbstgenutzten Wohnliegenschaft des Veräusserers ist restriktiv auszulegen (BGE 138 II 105 E. 6.3.1, in: Pra2012 Nr. 88). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist ein quotenmässiger Steueraufschub nicht zulässig (vgl. GVP 2001 Nr. 25 = SGE 2001 Nr. 2, VerwGE vom 15. Februar 2001 i.S. J.). Das Verwaltungsgericht hatte einen Antrag um einen quotenmässigen Steueraufschub beim Verkauf eines Hauses zu beurteilen, welches aus zwei 5- bzw. 5½-Zimmer-Wohnungen und einer 2-Zimmer-Einliegerwohnung bestand. Die 5-Zimmer-Wohnung wurde vom Steuerpflichtigen selbst und die Einliegerwohnung von seinem Sohn bewohnt, während die 51/2-Zimmer-Wohnung vermietet war. Aufgrund des Verhältnisses der Mietwerte ergab sich ein Eigennutzungsanteil von 43,47 Prozent. Das Verwaltungsgericht erwog, es handle sich weder um ein Einfamilienhaus noch um eine Eigentumswohnung oder eine ausschliesslich selbstgenutzte Liegenschaft. Der Begriff «ausschliesslich» verbiete es nach dem Wortlaut, einen Aufschub auch bei solchen Liegenschaften zu gewähren, welche nur teilweise vom Veräusserer selbst genutzt würden. Wenn der Gesetzgeber die Veräusserung weiterer Wohnobjekte hätte privilegieren wollen, hätte er diese explizit aufgezählt oder die Beispielhaftigkeit der Aufzählung mittels Begriffen wie «namentlich» oder «insbesondere» zum Ausdruck gebracht. Weiter kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass auch unter Berücksichtigung der Materialien und der Systematik des Gesetzes ein Steueraufschub bei anderen Grundstücken als bei Einfamilienhäusern oder Eigentumswohnungen nicht zulässig ist. Es setzte sich auch mit der Kommentierung von Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG auseinander (B. Zwahlen, in: Zweifel/Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/1, 1. Aufl. 1997, N 72 zu Art. 12 StHG). Das Bundesgericht hielt in einem neueren Urteil fest, dass entgegen der Auffassung des zitierten Kommentators nicht generell davon ausgegangen werden könne, dass die Kantone im Bereich der Ersatzbeschaffung von selbstbewohntem Grundeigentum einen breiten Ermessensspielraum hätten (vgl. BGE 130 II 202 E. 3.2). Die unterschiedlichen kantonalen Regelungen bei der teilweisen Reinvestition von Grundstückgewinnen wurden in jenem Urteil vereinheitlicht. Im erwähnten Kommentar wird zudem festgehalten, «ausschliesslich selbstbewohnt» bedeute wohl, dass damit ein abgeschlossenes Eigentumsverhältnis gemeint sein müsse. Wenn also in einem Grundstück mehrere Wohnungseinheiten vorhanden seien, so dürfe die Ersatzbeschaffung nur gerade jene Teile umfassen, welche selbst genutzt würden. Die Normierung dürfe sicher nicht dazu führen, dass der Verkauf eines Teils eines Zwei- oder Reiheneinfamilienhauses nicht unter den Steueraufschub fallen dürfe, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt würden (Zwahlen, a.a.O., 2. Aufl. 2002, N 75 zu Art. 12 StHG). Wenn solche Teile von Wohnhäusern abgeschlossene Eigentumsobjekte bilden, steht dies einer Ersatzbeschaffung nicht entgegen,

obwohl ein Teil eines Zwei- oder Reiheneinfamilienhauses im Allgemeinen nicht als Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung bezeichnet wird. Das Verwaltungsgericht führte dazu aus, dass es am Merkmal der ausschliesslichen Selbstnutzung fehle, wenn einzelne nicht selbstgenutzte Wohnungen nicht als Miteigentumsanteile ausgeschieden seien (GVP 2001 Nr. 25).

c) Beim veräusserten Grundstück handelt es sich um eine Eigentumswohnung. Ausserdem wurden zwei Autoabstellplätze mitveräussert. Der Mietwert der Eigentumswohnung betrug Fr. 30 030.–. Der Rekurrent übt eine selbständige Erwerbstätigkeit aus und wies in seiner Geschäftsbuchhaltung einen Mietwertanteil von Fr. 4800.– für die geschäftliche Nutzung eines Teils der Wohnung aus. In der Steuererklärung für die Einkommens- und Vermögenssteuer 2013 rechnete er vom Mietwert der Wohnung von Fr. 30 030.– und jenem der Autoabstellplätze von Fr. 1920.–, insgesamt Fr. 31 950.–, den Betrag von Fr. 4800.– ab und deklarierte diesen in Ziff. B c als Ertrag aus Fremdnutzung von Geschäfts- und Büroräumen. Den Rest von Fr. 27 150.–, abzüglich 30 Prozent, deklarierte er als Eigenmietwert.

Die Vorinstanz lehnte den beantragten Aufschub ab mit der Begründung, es fehle beim veräusserten Grundstück die zwingende Voraussetzung der dauernden und ausschliesslichen Selbstnutzung zu Wohnzwecken. Das veräusserte Grundstück sei teilweise geschäftlich genutzt worden. Der Mietwertanteil des Geschäftsbüros sei bei rund ¼ gelegen. Unbestritten sei, dass das Grundstück kein Geschäftsvermögen gewesen sei. Gleichwohl sei eine Wohnliegenschaft mit einem erheblichen Anteil an geschäftlicher Nutzung nicht als Eigentumswohnung im engeren Sinne zu verstehen. Das Gesetz verlange eine ausschliessliche und dauernde Nutzung zu Wohnzwecken. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sei daher die Zulässigkeit eines Aufschubs der Grundstückgewinnsteuer zu verneinen.

d) Das Verwaltungsgericht hielt in seinem Urteil vom 15. Februar 2001 (GVP 2001 Nr. 25) fest, der Gesetzgeber habe bei der Definition des Veräusserungsobjekts gegenüber dem früheren Recht eine Einschränkung vorgenommen. Während es im alten Recht als ständig selbstgenutztes Eigenheim bezeichnet worden sein, verwende das neue Recht den Begriff «ausschliesslich selbst genutzte Wohnliegenschaft (Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung)». Damit habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass im neuen Recht das veräusserte Objekt vollumfänglich vom Eigentümer selbst bewohnt bzw. benutzt werden müsse. Dementsprechend lehnte es den Antrag für einen quotenmässigen Aufschub bei der Veräusserung einer nur teilweise selbstgenutzten Wohnliegenschaft ab. Entscheidend für die Abweisung des Gesuchs um einen Steueraufschub war aber nicht der Umstand, dass das Ersatzobjekt oder das veräusserte Objekt ein Einfamilienhaus mit einer Einliegerwohnung war, sondern dass das veräusserte Objekt drei Wohnungen umfasste, von denen der Veräusserer lediglich eine bewohnte und das Objekt nicht als Einfamilienhaus eingestuft wurde. In einem unlängst beurteilten Fall bestätigte die Verwaltungsrekurskommission die Verweigerung eines Steueraufschubs bei einer Liegenschaft, in welcher im Erdgeschoss eine Tierarztpraxis betrieben wurde und die beiden Obergeschosse von den

Eigentümern als Wohnung genutzt wurden. Die Verwaltungsrekurskommission kam zum Schluss, der Mietwertanteil der Praxis liege bei 34 Prozent, weshalb es sich nicht ausschliesslich um eine Wohnliegenschaft handle, sondern um eine solche, die teilweise und in erheblichen Mass auch als Geschäftsliegenschaft genutzt werde (VRKE I/1-2014/228 vom 24. Februar 2015, nicht rechtskräftig/nicht publiziert).

Der vorliegende Fall ist anders gelagert. Es handelt sich beim veräusserten Objekt nicht um eine gemischte Wohn- und Geschäftsliegenschaft, sondern um eine Eigentumswohnung, in welcher der Bewohner und Eigentümer auch eine geschäftliche Tätigkeit ausübte und in der Geschäftsbuchhaltung einen entsprechenden Aufwand ausschied, den er in der privaten Steuererklärung als geschäftlichen Mietertrag deklarierte. Der Anteil von Fr. 4800.– am gesamten Mietwert von Fr. 31 950.– beträgt 15 Prozent. Eine derart geringe geschäftliche Nutzung, welche sich zudem nicht auf einen baulich separat ausgeschiedenen Teil der Wohnung erstreckt, ändert am Charakter des Veräusserungsobjektes als Eigentumswohnung bzw. als ausschliesslich selbst genutztes Eigenheim nichts. Es handelt sich trotz der geschäftlichen Nutzung eines Zimmers als Büro um eine Wohnung bzw. ein Wohnobjekt, und die Nutzung erfolgte ausschliesslich durch den Eigentümer (und seine Ehefrau), insbesondere auch die geschäftliche Nutzung. Eine geringfügige Fremdnutzung, wie sie beispielsweise auch bei einer Garage vorliegt, welche die betagten Eigentümer eines Einfamilienhauses infolge Aufgabe des Autofahrens einem Dritten vermieten, ändert am Charakter als ausschliesslich selbstgenutzte Wohnliegenschaft nichts. Dies entspricht auch der Praxis des Kantons Zürich, auf welche der Rekurrent zutreffend hinweist. Danach liegt ein betrieblicher Zweck nicht bereits dann vor, wenn der Veräusserer in seiner Wohnliegenschaft ein Zimmer gelegentlich als Büro benutzt, wenn er daneben noch über ein anderes Büro verfügt; das Geltendmachen eines Büros in der eigenen Wohnliegenschaft im Rahmen der Berufskosten stelle somit noch kein Indiz für eine teilweise betriebliche Verwendung der Wohnliegenschaft dar. Von einem betrieblichen Zweck könne erst gesprochenen werden, wenn der Veräusserer in der Wohnliegenschaft ständig seiner Haupterwerbstätigkeit oder Personal einer betrieblichen Tätigkeit nachgegangen sei (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl. 2013, N 327 zu § 216). Geschäftliche Nutzungen durch den Eigentümer, die ein bestimmtes Ausmass nicht übersteigen, lassen eine Eigentumswohnung oder ein Einfamilienhaus immer noch als ausschliesslich selbstgenutztes Wohnobjekt erscheinen. Eine solche geringfügige geschäftliche bzw. betriebliche Nutzung, wie sie vorliegend bestand, steht somit der Gewährung eines Steueraufschubs nicht entgegen.

34

Art. 150 StG (sGS 811.1). Wird ein seit 30 Jahren verpachtetes landwirtschaftliches Heimwesen von der Eigentümerin testamentarisch ihrem Neffen vermacht und überwiegt die nichtlandwirtschaftliche Wohnnutzung die landwirtschaftliche Nutzung, so ist das Grundstück für die Erbschaftssteuer zum Verkehrswert und nicht zum landwirtschaftlichen Ertragswert anzurechnen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 8. Januar 2015

Z war Eigentümerin eines Grundstücks, bestehend aus einem Wohnhaus, einer Scheune, einer Remise, einem Bienenhaus sowie 1 725 m² Gebäudegrundfläche und Hofraum, 85 381 m² Acker bzw. Wiese, 508 m² Gewässer, 241 m² Hecke und 11 169 m² Wald. Bis zu ihrem Tod bewohnte sie das Wohnhaus selbst; das Land war seit mehr als 30 Jahren einem Nachbarn verpachtet, welcher seit längerem auch die Scheune nutzt, ohne dass der Pachtvertrag angepasst worden wäre. In einer letztwilligen Verfügung verfügte Z über ihren gesamten Nachlass und vermachte u.a. das Grundstück mit dem landwirtschaftlichen Betrieb ihrem Neffen Y. Hierauf wurde das Grundstück mit einem Mietwert von 23 579.–, einem Ertragswert von Fr. 448 000.– und einem Verkehrswert von Fr. 884 000.– geschätzt. Das kantonale Steueramt ging für die Berechnung der Erbschaftssteuer vom Verkehrswert der Liegenschaft von Fr. 884 000.– aus und veranlagte Y mit Erbschaftssteuern von Fr. 205 200.–. Y erhob Einsprache mit dem Antrag, der Berechnung der Erbschaftssteuer sei der Ertragswert des Grundstücks zugrunde zu legen. Das kantonale Steueramt wies die Einsprache ab. Auch ein Rekurs an die Verwaltungsrekurskommission blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

b) Der Steueranspruch entsteht bei Zuwendungen auf den Todesfall im Zeitpunkt, in dem der Erbgang eröffnet wird (Art. 149 lit. a StG). Nach Art. 150 Abs. 1 StG wird das übergehende Vermögen zum Verkehrswert im Zeitpunkt der Entstehung des Steueranspruchs bewertet. Art. 55 bis 58 StG werden dabei sachgemäss angewendet (Art. 150 Abs. 2 StG). Gemäss Art. 57 Abs. 1 StG entspricht der Verkehrswert von Grundstücken dem mittleren Preis, zu dem Grundstücke gleicher oder ähnlicher Grösse, Lage und Beschaffenheit in der betreffenden Gegend veräussert werden. Die unter den Geltungsbereich der Bundesgesetzgebung über das bäuerliche Bodenrecht fallenden Grundstücke, die überwiegend land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden, werden zum Ertragswert bewertet (Art. 58 Abs. 1 StG). Nach Art. 6 Abs. 1 BGBB gilt ein Grundstück als landwirtschaftlich, wenn es für die landwirtschaftliche oder gartenbauliche Nutzung geeignet ist. Im Unterschied zum BGBB ist die steuerrechtliche Definition der landwirtschaftlichen Grundstücke enger gefasst, um den Kreis der Grundstücke, die zum Ertragswert besteuert werden, einzuschränken.

Nach Art. 58 Abs. 1 StG muss ein Grundstück nicht nur zur landwirtschaftlichen Nutzung geeignet im Sinn von Art. 6 Abs. 1 BGBB sein, damit es zum Ertragswert angerechnet werden kann, sondern auch tatsächlich überwiegend landwirtschaftlich genutzt werden. Damit lässt sich unter anderem vermeiden, dass Gebäude, die infolge ihrer grundsätzlichen Eignung zur landwirtschaftlichen Nutzung dem BGBB unterstehen, jedoch für nicht landwirtschaftliche Zwecke, etwa als Ferienwohnung oder vermietetes Gebäude, genutzt werden, ohne sachlichen Grund eine privilegierte Besteuerung erfahren (VRKE I/1-2011/52, 53 vom 14. Februar 2012, in: www.gerichte.sg.ch). Die Verkehrswertbesteuerung nicht überwiegend landwirtschaftlich genutzter Grundstücke steht auch im Einklang mit Art. 14 StHG. Der kantonale Gesetzgeber kann innerhalb des durch Art. 14 StHG vorgegebenen Rahmens die anwendbare Bewertungsmethode festlegen. Im Hinblick auf die harmonisierungsrechtlichen Vorgaben erscheint es sachgerecht, nur jene Grundstücke als landwirtschaftlich genutzte Grundstücke zu qualifizieren, die einerseits dem Geltungsbereich des BGBB unterliegen und die andrerseits auch tatsächlich überwiegend landwirtschaftlich genutzt sind (Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das st.gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014, S. 194; Zigerlig/Jud, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl. 2002, N 9 zu Art. 14 StHG).

Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist in steuerrechtlicher Hinsicht das Überwiegen der einen oder anderen Nutzungsart nach wirtschaftlichen Kriterien zu bestimmen. Bei der Bestimmung von geschäftlicher und privater Nutzung bei der Abgrenzung von Privat- und Geschäftsvermögen wird auf das Verhältnis der Mietwerte abgestellt (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., S. 55). Auch wird bei der Beurteilung des Steueraufschubs aus Grundstückgewinnen auf das Verhältnis der Mietwerte der veräusserten und der erworbenen Liegenschaft abgestellt. Nicht entscheidend ist, ob eine Liegenschaft als landwirtschaftliches Grundstück geschätzt wurde. Der Entscheid der Schätzungsorgane über die Qualifikation eines Grundstücks als landwirtschaftlich bindet die Steuerbehörde nicht. Zudem richtet sich die Abgrenzung nach dem BGBB, was bedeutet, dass lediglich die Eignung zur landwirtschaftlichen Nutzung massgebend ist. Bei landwirtschaftlich genutzten Betrieben ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 18 DBG der geschäftliche Ertragsanteil am gesamten Ertrag oder der Anteil des Nettorohertrags am Gesamtertrag zu ermitteln (vgl. StR 1999 S. 669 sowie Ziff. 3 des Kreisschreibens der Eidgenössischen Steuerverwaltung Nr. 3 vom 25. November 1992). Die Festsetzung des Eigenmietwerts erfolgt unter Berücksichtigung der ortsüblichen Verhältnisse und der tatsächlichen Nutzung der am Wohnsitz selbst bewohnten Liegenschaft (vgl. zum Ganzen VerwGE B 2004/46 vom 17. August 2004, in: www.gerichte.sg.ch und GVP 2004 Nr. 30).

In den angeführten Entscheiden handelte es sich bei den Grundstücken um solche, die landwirtschaftlich genutzt wurden, aber lediglich rund 2,7 bzw. 0,4 Hektar Fläche aufwiesen. Vorliegend handelt es sich um ein Grundstück, das rund 9 Hektar Acker und Wiese umfasst und daher wohl zumindest eine Grundlage für ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne eines Nebenerwerbsbetriebs bilden könnte. Dieser

Umstand ist allerdings nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Das Bundesgericht hat in einem ähnlich gelagerten Fall, in dem ein Selbstbewirtschafter ein 15,8 Hektar umfassendes landwirtschaftliches Heimwesen verpachtete und die beiden Betriebsleiterwohnungen weiterhin selbst bewohnte, unmissverständlich festgehalten, dass nun das Betriebsleitergebäude der landwirtschaftlichen Liegenschaft nicht mehr vom Selbstbewirtschafter, sondern vom Verpächter bewohnt werde, weshalb der Eigenmietwert des fraglichen Wohnhauses nach nichtlandwirtschaftlichen Kriterien festzusetzen sei (BGer 2A.752/2004 vom 5. September 2005 E. 3.1). Da die direkte Bundessteuer streitig war, äusserte sich das Bundesgericht zur Vermögensbewertung nicht, was allerdings nicht von Bedeutung ist, da das Verhältnis der Mietwerte von Wohnhaus und landwirtschaftlich genutzten Liegenschaftsteilen ausschlaggebend ist.

c) Fest steht vorliegend, dass das Grundstück unter das BGBB fällt, da es zur landwirtschaftlichen Nutzung geeignet ist (vgl. Art. 6 Abs. 1 BGBB) und in der Landwirtschaftszone liegt (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a BGBB). Im fraglichen Zeitpunkt wurden das Wies- und Ackerland sowie der Wald und teilweise auch die Ökonomiegebäude landwirtschaftlich genutzt. Da bei der Bewertung des Vermögens für die Erbschaftssteuer keine Bindung der Vorinstanz an aktuelle oder frühere Veranlagungen der Erblasserin besteht, ist aber nicht entscheidend, dass das Grundstück bis 2009 zum Ertragswert und seither gestützt auf die neue Schätzung vom 17. Juni 2010 zum Verkehrswert besteuert wurde.

Im Folgenden ist unabhängig davon zu prüfen, ob die fragliche Liegenschaft im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin überwiegend landwirtschaftlich genutzt wurde. Wie eingangs dargelegt, ist dabei gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung auf wirtschaftliche Kriterien, namentlich auf das Verhältnis der Mietwerte der unterschiedlichen Nutzungen, abzustellen. Die Erblasserin bewohnte das Wohnhaus bis zu ihrem Tod selbst, hatte jedoch das zur Liegenschaft gehörende Wies- und Ackerland seit mehr als 30 Jahren an einen benachbarten Landwirt verpachtet. Später kamen zur bestehenden Pacht auch noch die Ökonomiegebäude dazu. Z war folglich schon lange nicht mehr Selbstbewirtschafterin. Es trifft zwar zu, dass eine vorübergehende Verpachtung nach vorgängiger Selbstbewirtschaftung nicht zwingend eine Überführung ins Privatvermögen und eine Anrechnung zum Verkehrswert zur Folge hat. Art. 58 Abs. 1 StG beschränkt denn auch die Anrechnung zum Ertragswert nicht auf selbstbewirtschaftete Grundstücke (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl. 2013; N 10 zu § 40 StG/ZH). Daher wurde in der Veranlagungspraxis insbesondere dann die Ertragswertbesteuerung fortgesetzt, wenn die Betriebsinhaber die Selbstbewirtschaftung aufgegeben hatten und den Betrieb verpachteten. Dies rechtfertigte sich allenfalls, solange nicht feststand, ob mit der Verpachtung eine endgültige Aufgabe des Betriebs verbunden war. Jedenfalls kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, wie dies die Vorinstanz tut, dass die Anrechnung zum Ertragswert vor 2010 bei der Vermögensbesteuerung der Erblasserin falsch war. Im Streitfall stand aber zum Zeitpunkt der Schätzung am 17. Juni 2010 nach bald 30-jähriger Verpachtung sowie angesichts des

Alters von Z und der Tatsache, dass es keine direkten Nachkommen gab, fest, dass weder sie selbst noch ein Nachkomme je den landwirtschaftlichen Betrieb führen würde. Somit rechtfertigten sich die privilegierte Besteuerung zum Ertragswert und die landwirtschaftliche Schätzung des Wohnhauses zumindest zu jenem Zeitpunkt nicht mehr länger. Ob die Voraussetzungen für die Besteuerung zum Verkehrswert bereits früher erfüllt gewesen wären, ist für die hier zu entscheidende Frage ohne Bedeutung und kann daher offen bleiben. In der Veranlagung 2009 wurde jedenfalls bereits der Verkehrswert von Fr. 479 000.– gemäss der Schätzung vom 15./23. März 2000 angerechnet; diesbezüglich sind die Ausführungen der Rekurrenten, wonach die Erblasserin für das Grundstück bis und mit 2009 zum Ertragswert besteuert wurde, unzutreffend. Gemäss der Veranlagungsberechnung vom 27. Juli 2010 entsprach dies der Deklaration. Eine allenfalls in einer früheren, vor 2009 liegenden Steuerperiode vorgenommene Anrechnung des Grundstücks zum Ertragswert ist daher nicht geeignet, ein schützenswertes Vertrauen zu begründen und dementsprechend eine Anrechnung zum Ertragswert bei der Erbschaftssteuer zu rechtfertigen.

Zusammenfassend gelangt die Verwaltungsrekurskommission zum Schluss, dass die Bewertung des Wohnhauses nach nichtlandwirtschaftlichen Grundsätzen korrekt ist und im Streitfall im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin nicht von einer überwiegend land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung des Grundstücks im Sinn von Art. 58 Abs. 1 StG gesprochen werden kann. Der am 17. Juni 2010 geschätzte Mietwert des Wohnhauses beläuft sich auf Fr. 21 600.–. Demgegenüber beträgt der Mietwert für die landwirtschaftlichen Gebäude Fr. 1979.–. Das Land ist zu einem Zins von Fr. 4175.– verpachtet. Eine Neuschätzung wurde nicht verlangt (vgl. Art. 151 StG). Selbst wenn man den Mietwert für die offenbar ebenfalls vom Nachbarn landwirtschaftlich genutzten Gebäude und den Pachtzins addiert, ergibt sich mit Fr. 6154.– ein im Verhältnis zum Mietwert des Wohnhauses mehr als dreimal geringerer Ansatz. Auch bei der Schätzung aus dem Jahr 2000, als das Wohnhaus noch nach landwirtschaftlichen Kriterien geschätzt wurde, überwog dessen Mietwert mit Fr. 7315.– den Pachtzins samt Mietwerten der landwirtschaftlichen Gebäude von zusammen Fr. 5909.–. Die Berechnung gemäss Kreisschreiben Nr. 3 ergibt ebenfalls eine Zuordnung der Liegenschaft zum Privatvermögen der Erblasserin. Schliesslich ist es auch nicht so, dass der Vermächtnisnehmer die fragliche Liegenschaft unmittelbar nach dem Tod der Erblasserin zur Selbstbewirtschaftung übernahm. Vielmehr lief der Pachtvertrag noch weiter.

d) Die Erbschaftssteuer wurde demzufolge von der Vorinstanz zu Recht gestützt auf den Verkehrswert des Grundstücks von Fr. 884 000.– berechnet, weshalb der Rekurs abzuweisen ist.

35

Art. 197 Abs. 1 lit. d StG (sGS 811.1); Art. 15 DBA-DK (SR 0.672.931.41). Der Gesuchsteller, Angestellter einer Beratungsfirma mit Sitz in der Schweiz, arbeitete in Dänemark und führte seine Tätigkeit für die schwedische Schwestergesellschaft seiner Arbeitgeberin aus, die in Dänemark eine Betriebsstätte hatte. Nach dem DBA-DK können Vergütungen nicht im Ansässigkeitsstaat (Schweiz) besteuert werden, wenn sie von einer Betriebsstätte getragen werden, die der Arbeitgeber im Tätigkeitsstaat (Dänemark) hat. Daher war die Besteuerung in der Schweiz nicht zulässig, und das kantonale Steueramt hätte auf das Gesuch um Revision der rechtskräftigen Veranlagung eintreten müssen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 30. Juni 2015

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 197 Abs. 1 StG kann eine rechtskräftige Verfügung oder ein rechtskräftiger Entscheid auf Antrag oder von Amtes wegen zugunsten des Steuerpflichtigen revidiert werden, wenn erhebliche Tatsachen oder entscheidende Beweismittel entdeckt werden (lit. a), wenn die erkennende Behörde erhebliche Tatsachen oder entscheidende Beweismittel, die ihr bekannt waren oder bekannt sein mussten, ausser Acht gelassen oder in anderer Weise wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt hat (lit. b), wenn ein Verbrechen oder ein Vergehen die Verfügung oder den Entscheid beeinflusst hat (lit. c), wenn bei interkantonalen oder internationalen Doppelbesteuerungskonflikten die erkennende Behörde zum Schluss kommt, dass nach den anwendbaren Regeln zur Vermeidung der Doppelbesteuerung der Kanton St. Gallen sein Besteuerungsrecht einschränken müsste (lit. d), oder wenn die Voraussetzungen für einen Aufschub der Grundstückgewinnsteuer gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. d bis f dieses Gesetzes erst nach rechtskräftiger Veranlagung erfüllt werden (lit. e). Auf ein Revisionsbegehren wird nach Art. 197 Abs. 2 StG nicht eingetreten, wenn der Antragsteller als Revisionsgrund vorbringt, was er bei der ihm zumutbaren Sorgfalt schon im ordentlichen Verfahren hätte geltend machen können. Das Revisionsbegehren ist innert drei Monaten seit Entdeckung des Revisionsgrundes einzureichen (Art. 197 Abs. 3 StG i.V.m. Art. 83 Abs. 1 VRP).

b) Die Vorinstanz ist zu Recht auf das Revisionsbegehren des Rekurrenten vom 21. Januar 2014 eingetreten. Der Rekurrent und seine Arbeitgeberin gingen zum Zeitpunkt der Veranlagung 2012 davon aus, dass der Rekurrent in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtig sei, weshalb er in der Steuererklärung 2012 seine gesamten Einkünfte deklarierte. Am 29. November 2013 veranlagte die dänische Steuerbehörde jedoch das in Dänemark erzielte Einkommen ebenfalls. Damit kam es zu einer Doppelbesteuerung des Rekurrenten für den Anteil des Einkommens, welchen er

in Dänemark erzielt hatte. Das Revisionsbegehren wurde schliesslich innert drei Monaten nach Entdeckung des Revisionsgrundes eingereicht.

3. Unbestritten ist, dass der Rekurrent bei der M AG mit Sitz in B/CH angestellt ist und im Rahmen seiner Tätigkeit im Jahr 2012 während 125 Tagen an einem Projekt in Dänemark gearbeitet hat. Ebenfalls unbestritten ist, dass die M Sverige in Kopenhagen über eine Betriebsstätte verfügt. Zu prüfen ist im Folgenden, ob das in Dänemark erzielte Einkommen zu Recht in der Schweiz besteuert wurde.

a) Art. 15 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Dänemark zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 23. November 1973 (SR 0.672.931.41, abgekürzt: DBA-DK), welcher der Empfehlung des OECD-Musterabkommens (nachfolgend OECD-MA, in: http://www.estv.admin.ch [Internationales Steuerrecht/Themen/Länder]) entspricht, hält als Grundregel fest, dass Arbeitseinkünfte aus einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nur im Ansässigkeitsstaat des unselbständig Erwerbstätigen besteuert werden können. Als Ausnahme von der Grundregel wird vorgesehen, dass der andere Vertragsstaat besteuern kann, wenn die Arbeit in diesem Vertragsstaat ausgeübt wird (Art. 15 Abs. 1 DBA-DK). Nach Art. 15 Abs. 2 DBA-DK bleibt es bei einer Besteuerung im Ansässigkeitsstaat, wenn sich der Empfänger der Vergütungen im Tätigkeitsstaat nicht länger als 183 Tage während des betreffenden Steuerjahres aufhält (lit. a), die Vergütungen nicht von einem Arbeitgeber oder für einen im Tätigkeitsstaat ansässigen Arbeitgeber gezahlt werden (lit. b) und die Vergütungen nicht von einer Betriebsstätte oder einer festen Einrichtung des Arbeitgebers im Tätigkeitsstaat getragen werden (lit. c). Es handelt sich zusammengefasst um Fälle, in denen die Arbeit zwar physisch im anderen Staat ausgeübt wird, die Verbindung mit dem Tätigkeitsstaat sich aber als kurzfristig oder als nicht genügend eng darstellt. Damit es bei einer Besteuerung im Ansässigkeitsstaat bleibt, müssen die genannten Bedingungen kumulativ erfüllt werden (vgl. Dürr, in: Zweifel/Beusch/Matteotti, Kommentar zum Internationalen Steuerrecht, Basel 2015, N 14 und 30 zu Art. 15 OECD-MA). Die Ausnahme nach Art. 15 Abs. 2 lit. b und c DBA-DK gelangt demnach nicht zur Anwendung, wenn die Arbeitsleistungen an ein im anderen Staat steuerpflichtiges Unternehmen erbracht werden, welches entweder im anderen Staat ansässig ist oder dort über eine Betriebsstätte verfügt, welcher die Arbeitsleistungen zuzuordnen sind (Dürr, a.a.O., N 39 zu Art. 15 OECD-MA).

b) aa) Ein Arbeitsverhältnis im Tätigkeitsstaat darf nicht leichtfertig angenommen werden. Vielmehr muss eine Beurteilung nach objektiven Kriterien vorgenommen werden. Als Arbeitgeber im Sinn von Art. 15 Abs. 2 lit. b DBA-DK gilt nicht nur der formale Arbeitgeber. Entscheidend für die Beurteilung der Tätigkeitsvergütungen ist die Art der erbrachten Leistung und der Umstand, ob die erbrachte Leistung einen integralen Bestandteil der Geschäftstätigkeit des Leistungsempfängers darstellt. Ein wichtiges Kriterium ist auch, wer die Verantwortung und das Risiko für die Leistung, welche von einer Person direkt an ein Unternehmen erbracht wird, trägt. Nach folgenden Kriterien ist dabei zu prüfen:

– wer die Anordnungsbefugnis hat, den Arbeitnehmer bezüglich der Art der Arbeitsausführung zu instruieren;
– wer die Kontrolle und die Verantwortung für den Ort der Arbeitsausführung innehat;
– ob die Entschädigung des Arbeitnehmers durch den formellen Arbeitgeber direkt an das Unternehmen verrechnet wird, welches die Leistung bezieht;
– wer die Arbeitswerkzeuge und Materialien für die Arbeitsleistungen zur Verfügung stellt;
– wer die Anzahl und die Qualifikationen der Arbeitnehmer bestimmt;
– wer das Recht zur Auswahl desjenigen Arbeitnehmers hat, der die Arbeitsleistungen erbringen wird und wer das Recht hat, die für diesen Zweck mit dem Arbeitnehmer getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zu beenden;
– wer das Recht hat, disziplinarische Massnahmen aufzuerlegen;
– wer die Ferien und den Arbeitsplan des Arbeitnehmers festlegt (Dürr, a.a.O., N 42 f. zu Art. 15 OECD-MA; Digeronimo/Kolb, Überblick über das Update 2010 des OECD-Musterabkommens, in: ASA 79, S. 681).

Bei Auseinanderfallen von formellem und materiellem bzw. mittelbarem und unmittelbarem Arbeitgeber ist stets dasjenige Unternehmen als Arbeitgeber zu betrachten, bei dem die typologischen Arbeitgebermerkmale überwiegend erfüllt sind (Bosshard/Rajower, Begriff des Arbeitgebers gemäss Art. 15 Abs. 2 lit. b OECD-Musterabkommen [Monteurklausel], in: IFF Forum für Steuerrecht 2003, S. 216). Die fortlaufenden Lohnzahlungen des formellen schweizerischen Arbeitgebers bei einem faktischen ausländischen Arbeitgeber stehen dem ausländischen Besteuerungsrecht nicht entgegen (Dürr, a.a.O., N 59 zu Art. 15 OECD-MA). Bei der Entsendung im Konzern ist generell davon auszugehen, dass bei einer Entsendung für die Erfüllung oder Kontrolle von Konzernfunktionen wie Kommunikation, Strategie, Finance und Tax, Treasury, Informationsmanagement und rechtlichen Support in aller Regel das Besteuerungsrecht beim Ansässigkeitsstaat verbleibt. Das Besteuerungsrecht kann hingegen dann zum Tätigkeitsstaat wechseln, wenn der entsandte Arbeitnehmer bei der empfangenden Gesellschaft Funktionen ausübt, welche Gegenstand der eigentlichen Geschäftstätigkeit der empfangenden Gesellschaft darstellen. Zusätzlich ist zu verlangen, dass der Arbeitnehmer auch in die Arbeitsorganisation der Gesellschaft im Tätigkeitsstaat integriert wird (Dürr, a.a.O., N 63 zu Art. 15 OECD-MA).

bb) Sowohl die M AG als auch die M Sverige sind Tochtergesellschaften der M Limited, einer Gesellschaft nach britischem Recht, und erbringen Prüfungs- und Beratungsdienstleistungen. Die Tochtergesellschaften sind jeweils rechtlich selbstständig und unabhängig. Sie können nicht für eine jeweils andere Gesellschaft vertragliche Verpflichtungen eingehen. Sie haften nur für ihr eigenes Handeln oder Unterlassen, nicht aber für das Handeln oder Unterlassen einer der anderen Gesellschaften.

Am 1. April 2012 vereinbarten die schweizerische Arbeitgeberin des Rekurrenten und die dänische Betriebsstätte der M Sverige, dass der Rekurrent vom 1. April 2012 bis 29. März 2013 nach Dänemark entsandt wird und er in dieser Zeit seine Aufgaben

hauptsächlich dort in den Räumlichkeiten eines Kunden durchzuführen habe (Ziffer 3 und 4 der Vereinbarung). Weiter stellten die Vertragsparteien fest, dass der Rekurrent weiterhin ein Angestellter der schweizerischen Arbeitgeberin bleibt und von dieser auch den Lohn erhält (Ziffer 2, 5, 6, 9 und 10 der Vereinbarung). Die dänische Betriebsstätte erklärte sich zudem damit einverstanden, der M AG eine Vergütung in der Höhe des Lohnes des Rekurrenten zu bezahlen (Ziffer 7 der Vereinbarung). In einem undatierten Schreiben erklärte der CEO der M Sverige bzw. der Betriebstätte in Kopenhagen, dass diese im Jahr 2013 von einem dänischen Kunden beauftragt worden sei. In der Folge sei M Switzerland von der M Sverige beauftragt worden, ihr Mitarbeiter für das Projekt in Dänemark zuzuweisen. Diese Mitarbeiter seien an die M Sverige entsandt worden, um ihre Aufgaben unter der Verantwortung der M Sverige in den Räumlichkeiten des Kunden zu erbringen. Trotz Beibehaltung der Mitarbeiterbedingungen bei der M Switzerland sei die Vergütung des Rekurrenten während seines Einsatzes 2012 und 2013 in Dänemark von der M Sverige getragen worden. Zudem sei letztere für die Einhaltung der steuerrechtlichen Bestimmungen verantwortlich gewesen.

cc) Sowohl bei der schweizerischen Arbeitgeberin des Rekurrenten als auch bei der Schwestergesellschaft in Schweden handelt es sich um eine Prüfungs- und Beratungsgesellschaft. Diese üben ihre Tätigkeit in der Regel in der zu überprüfenden Gesellschaft und damit nicht in den eigenen Räumlichkeiten des Arbeitgebers aus. Vorliegend handelte es sich um einen Kunden der M Sverige, welche damit auch bestimmte, wo der Rekurrent seine Arbeit auszuführen hatte. Der Rekurrent wurde bei der schwedischen Gesellschaft als Berater eingesetzt und übte damit eine Funktion aus, die Gegenstand der eigentlichen Geschäftstätigkeit der M Sverige ist. Die Lohnzahlung erfolgte zwar weiterhin durch die M AG, die Entschädigung wurde jedoch von der Schwestergesellschaft wieder rückvergütet. Schliesslich übernahm die M Sverige die Verantwortung für die Arbeitsergebnisse des Rekurrenten während seines Einsatzes beim dänischen Kunden. Die Faktoren – Beaufsichtigung und Kontrolle, Übernahme der Verantwortung, Tragung der Lohnkosten – sprechen dafür, dass der M Sverige die typische Arbeitgeberfunktion zukam. Dem steht nicht entgegen, dass die M AG ebenfalls im Bereich der Prüfungs- und Beratungsdienstleistungen tätig ist.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass das Besteuerungsrecht beim Ansässigkeitsstaat verbleibt, wenn der Arbeitgeber nicht im Tätigkeitsstaat ansässig ist (vgl. Dürr, a.a.O., N 56 zu Art. 15 OECD-MA). Die M Sverige hat ihren Sitz in Stockholm und damit in Schweden. Der Rekurrent führte seine Tätigkeit dagegen in Kopenhagen aus. Die Vergütungen der in Schweden ansässigen M Sverige sind daher von der Ausnahme des Art. 15 Abs. 2 lit. b DBA-DK erfasst.

c) aa) Schliesslich können Vergütungen dann nicht im Ansässigkeitsstaat besteuert werden, wenn sie von einer Betriebsstätte getragen werden, die der Arbeitgeber im Tätigkeitsstaat hat (Dürr, a.a.O., N 65 zu Art. 15 OECD-MA). Gemäss Art. 5 Abs. 1 DBA-DK bedeutet der Ausdruck «Betriebsstätte» eine feste Geschäftseinrichtung, in der die Tätigkeit des Unternehmens ganz oder teilweise ausgeübt wird.

bb) Es ist unbestritten, dass die M Sverige in Dänemark in Kopenhagen eine Betriebsstätte betreibt, welche in Dänemark vollständig steuerpflichtig ist. Damit erfolgt die Besteuerung in Dänemark zu Recht.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass das in Dänemark erzielte Einkommen in der Schweiz nicht besteuert werden durfte. Zwar dauerte der Einsatz des Rekurrenten in Dänemark weniger als 183 Tage. Während seiner Tätigkeit in Dänemark muss jedoch die M Sverige, welche in Kopenhagen über eine Betriebsstätte verfügt, als faktische Arbeitgeberin angesehen werden. Somit ist die Voraussetzung in Art. 15 Abs. 2 lit. c DBA-DK nicht gegeben, weshalb dem Ansässigkeitsstaat kein Besteuerungsrecht zukommt. Der Rekurs ist daher gutzuheissen und der angefochtene Revisionsentscheid betreffend der Kantons- und Gemeindesteuern 2012 vom 20. August 2014 aufzuheben. In Anwendung von Art. 56 Abs. 2 VRP ist die Streitsache zu neuer Veranlagung der Kantons- und Gemeindesteuer 2012 im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

36

Art. 199 Abs. 1 StG (sGS 811.1); Art. 151 Abs. 1 DBG (SR 642.11). Die Steuerbehörde ist nicht verpflichtet, bei Steuerpflichtigen in knappen finanziellen Verhältnissen im ordentlichen Veranlagungsverfahren in jedem Fall das Existenzminimum zu berechnen. Unter den konkreten Umständen durfte sie ohne ergänzende Abklärungen vom Bezug nicht deklarierter Ergänzungsleistungen ausgehen. Die nachträglich bekannt gewordene Ausrichtung einer UVG-Rente stellt deshalb eine neue, ein Nachsteuerverfahren rechtfertigende Tatsache dar.

Verwaltungsgericht, 24. März 2015

Das – mittlerweile geschiedene – steuerpflichtige Ehepaar hatte für die Steuerjahre 2001 bis 2007 bei den Einkünften jeweils IV-Renten der Ausgleichskasse des Schweizerischen Baumeisterverbandes sowie der Liechtensteinischen Invalidenversicherung deklariert. Für 2008 erfolgte mangels Einreichung der Steuererklärung eine Ermessensveranlagung. Am 17. September 2009 erhielt das kantonale Steueramt eine Rentenmeldung der Eidgenössischen Steuerverwaltung, wonach der Ehemann seit 1. Oktober 1997 eine UVG-Rente der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend UVG-Rente) beziehe. Ferner ergab sich, dass die Ehefrau im Jahr 2008 Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit von CHF 9017 erzielt hatte, in der Ermessensveranlagung jedoch lediglich solche von CHF 6000 erfasst worden waren. Das kantonale Steueramt wies die gegen die Nachsteuerverfügungen für

die Kantons- und Gemeindesteuern sowie die direkte Bundessteuer 2001 bis 2008 erhobene Einsprache ab. Die Verwaltungsrekurskommission hiess die gegen den Einspracheentscheid erhobenen Rechtsmittel am 26. November 2013 teilweise gut, verneinte die Berechtigung zur Erhebung von Nachsteuern für die Jahre 2001, 2007 und 2008 und wies die Angelegenheit zu neuer Veranlagung der Nachsteuern für die Jahre 2002 bis 2006 an das kantonale Steueramt zurück. Das Verwaltungsgericht heisst die vom kantonalen Steueramt gegen diese Rechtsmittelentscheide erhobenen Beschwerden teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1. Streitig ist, ob die Vorinstanz den Einspracheentscheid vom 4. Januar 2013 und die ihm zugrunde liegenden Nachsteuerverfügungen vom 24. Februar 2012 zu Recht aufhob, die Berechtigung zur Erhebung einer Nachsteuer für die Jahre 2001, 2007 und 2008 verneinte und die Angelegenheit zu neuer Veranlagung der Nachsteuer (direkte Bundessteuer sowie Kantons- und Gemeindesteuern der Jahre 2002 bis 2006) an den Beschwerdeführer zurückwies. – Ergibt sich aufgrund von Tatsachen oder Beweismitteln, die der Steuerbehörde nicht bekannt waren, dass eine Veranlagung zu Unrecht unterblieben oder eine rechtskräftige Veranlagung unvollständig ist, oder ist eine unterbliebene oder unvollständige Veranlagung auf ein Verbrechen oder Vergehen gegen die Steuerbehörde zurückzuführen, so wird die nicht erhobene Steuer samt Zins als Nachsteuer eingefordert (Art. 199 Abs. 1 StG; Art. 151 Abs. 1 DBG). In Art. 53 StHG ist der Tatbestand der Nachsteuer in gleicher Weise geregelt. Als nicht bekannt im Sinn der gesetzlichen Tatbestände gelten Tatsachen und Beweismittel, die zum Zeitpunkt der Veranlagung bereits bestanden haben, aber während des ordentlichen Veranlagungsverfahrens oder eines allenfalls sich daran anschliessenden Rechtsmittelverfahrens nicht aktenkundig waren, d. h. also erst nach der rechtskräftigen Veranlagung eines Steuerpflichtigen zum Vorschein gekommen sind (vgl. Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das st.gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014, VII./Rz. 110 mit Hinweisen; Höhn/Waldburger, Steuerrecht, Band I, 9. Aufl. 2001, S. 985 f.; VerwGE B 2010/230 vom 26. Januar 2011 E. 4). Für die Einleitung eines Nachsteuerverfahrens unerheblich ist, ob den Steuerpflichtigen an der unvollständigen oder unterbliebenen Veranlagung ein Verschulden trifft (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, N 3, 19 zu Art. 151). Praxisgemäss darf sich die Behörde grundsätzlich darauf verlassen, dass die Steuererklärung richtig und vollständig ist. Allerdings liegen «neue Tatsachen», die ein Nachsteuerverfahren rechtfertigen, nach der Rechtsprechung dann nicht mehr vor, wenn die Steuerbehörde ihre Untersuchungspflicht im ordentlichen Veranlagungsverfahren verletzt hat. Die Praxis nimmt eine Pflicht der Veranlagungsbehörde, ergänzende Abklärungen schon im ordentlichen Veranlagungsverfahren vorzunehmen, üblicherweise dann an, wenn die Steuererklärung Fehler enthält, die klar ersichtlich bzw. offensichtlich sind. Es braucht also eine in die Augen springende Falschdeklaration seitens der Pflichtigen, welche die Behörde bei gehöriger Sorgfalt schon im ordentlichen Veranlagungsver-

fahren zu zusätzlichen Abklärungen hätte veranlassen müssen. Dagegen wird die behördliche Untersuchungspflicht solange nicht verletzt, als eine Unstimmigkeit aus den Angaben des Pflichtigen in der Steuererklärung nicht ohne Weiteres ersichtlich ist oder wenn die Behörde wohl hätte Verdacht schöpfen können, ohne dass das aber zwingend gewesen wäre (vgl. BGer 2C_807/2011 vom 9. Juli 2012 E. 2.6.1 f.).

2.2. Nach Lage der Akten wurden die vom Beschwerdegegner in den Jahren 2001 bis 2008 bezogenen UVG-Renten auf ein auf seinen Namen lautendes Bankkonto bei einer Bank in Liechtenstein überwiesen, wobei er jeweils auch entsprechende Verfügungen sowie die jährlichen Steuerbescheinigungen erhielt. Diese Leistungen wurden in den Steuererklärungen 2001 bis 2007 nicht deklariert; sie bildeten auch nicht Bestandteil der Ermessensveranlagung 2008. Aufgrund des vom Beschwerdeführer angeforderten Auszugs aus dem individuellen Konto der geschiedenen Frau des Beschwerdegegners ergaben sich im Weiteren für das Jahr 2008 nicht vollständig versteuerte Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit.

2.3.

2.3.1. Im angefochtenen Entscheid kam die Vorinstanz unter Berücksichtigung der in der Steuererklärung 2001b deklarierten Einkünfte (Renten von CHF 52 668, Verlust aus der im Nebenerwerb betriebenen Landwirtschaft von CHF 13 126) und Aufwendungen (Krankenversicherungsprämien netto von CHF 4191, selbst bezahlte Krankheitskosten von CHF 1 723.65) zum Schluss, für den Lebensunterhalt seien CHF 33 628 pro Jahr bzw. CHF 2802 pro Monat verblieben. Nachdem bereits der Grundbetrag des betreibungsrechtlichen Existenzminimums für die vierköpfige Familie damals CHF 2600 pro Monat betragen habe (Kreisschreiben über die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums nach Art. 93 SchKG vom November 2000, ABl 2000, S. 2829 ff.), sei offensichtlich, dass die deklarierten Einkünfte zur Bestreitung des Lebensunterhalts im Jahr 2001 nicht hätten ausreichen können (Art. 38 StG). Für die Wohn- und Heizkosten seien nur gerade CHF 200 übrig geblieben. Verfügbares Vermögen sei keines vorhanden gewesen. Der Beschwerdegegner sei vom Beschwerdeführer nicht aufgefordert worden nachzuweisen, dass der Aufwand aus steuerfreien Einkünften oder aus Vermögen bestritten worden sei. Der Beschwerdeführer habe damit bei der Veranlagung 2001 seine Untersuchungspflicht verletzt, weshalb das Vorhandensein weiterer Einkünfte in diesem Jahr keine neue Tatsache im Sinn von Art. 199 StG und Art. 151 DBG darstelle. Für die Steuerperiode 2001 könne folglich keine Nachsteuer erhoben werden. Der Beschwerdeführer wendet ein, das Existenzminimum sei lediglich eine Vergleichsgrösse, welche gerade bei knappen Einkommensverhältnissen diverser Anpassungen bedürfe. Der Veranlagungsbeamte habe den Beschwerdegegner (teilweise) als Selbstversorger betrachten dürfen. Vom Veranlagungsbeamten könne nicht verlangt werden, dass er bei Vorliegen knapper finanzieller Verhältnisse jeweils das Existenzminimum des Steuerpflichtigen berechne. Gerade IV-Rentner würden zudem oft weitere Einkünfte (z. B. Ergänzungsleistungen) erhalten. Im Veranlagungsverfahren habe ohne weiteres davon ausgegangen werden dürfen, dass der Beschwerdegegner sämtliches Einkommen deklariert habe und die

Steuerdeklaration korrekt sei. Der Veranlagungsbeamte habe somit seine Untersuchungspflicht nicht verletzt.

2.3.2. Vorweg ist – mit dem Beschwerdeführer – festzuhalten, dass keine Pflicht der Steuerbehörde besteht, bei Steuerpflichtigen in knappen finanziellen Verhältnissen im Veranlagungsverfahren in jedem Fall das Existenzminimum berechnen zu müssen; solches wird allerdings im angefochtenen Entscheid auch nicht statuiert. Im Weiteren trifft es zu, dass der Beschwerdegegner im Jahr 2001 nebenberuflich als Landwirt tätig war, wodurch sich ein gewisser Selbstversorgungsanteil ergeben haben dürfte. Der Beschwerdeführer qualifizierte diesen Nebenerwerb als Hobby und liess den Betriebsverlust von rund CHF 13000 nicht zum Abzug zu. Hierbei ist mit der Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass den vom Beschwerdegegner bzw. vom Sozialamt aufgelisteten Betriebsaufwänden tatsächlich angefallene Ausgaben (und kein rein buchhalterischer Aufwand) zugrunde lagen. Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid verblieb der vierköpfigen Familie für den Lebensunterhalt im Jahr 2007 monatlich ein Betrag von CHF 2802. Von diesem Betrag war vorab die Miete des Einfamilienhauses von CHF 2000 monatlich (ohne NK) zu begleichen. Mit den verbleibenden CHF 800 konnte der Grundbedarf, d.h. Heizkosten, Strom und Wasser, Lebensmittel, Körperpflege, Kleider, Radio/TV/Telefon, Freizeitgestaltung (usw.) für vier Personen – die beiden Söhne waren 13 und 15 Jahre alt – offensichtlich nicht finanziert werden. Das Sozialamt wies denn auch anlässlich der Einreichung der Steuererklärung 2008 implizit darauf hin, dass die Hausmiete im Verhältnis zu den Einkünften zu hoch sei.

Eine andere Frage ist, ob der zuständige Steuer-Sachbearbeiter bzw. die Veranlagungsbehörde diese Gegebenheiten auch mit zumutbarem Aufwand hätte erkennen können bzw. müssen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass dem Steueramt bekannt war, dass sich das Sozialamt um die Familie des Beschwerdeführers kümmerte und auch die Steuerklärungen ausfüllte; Steuerangelegenheiten wurden zwischen den beiden Amtsstellen besprochen. Unter diesen Umständen durfte die Veranlagungsbehörde davon ausgehen, dass von Seiten des Sozialamtes – im Rahmen der Amtshilfe (Art. 163 Abs. 2 StG) – im Fall von Unklarheiten hinsichtlich der Finanzierung des Lebensaufwandes des Beschwerdeführers ein entsprechender Hinweis erfolgt wäre. Eine Pflicht, ergänzende Abklärungen schon im ordentlichen Veranlagungsverfahren vorzunehmen, kann angesichts dieser Gegebenheiten insofern nicht angenommen werden, als die Steuererklärung 2001 keine offensichtlich zu Tage liegenden Fehler enthielt. Wohl hätten bei genauerer Betrachtung der Verhältnisse Fragen hinsichtlich der Finanzierung der Lebenshaltung auftauchen können. Jedoch ist hier die vom Beschwerdeführer angeführte Tatsache des statistisch häufigen (nicht deklarierten) EL-Bezugs bei IV-Rentnern in dem Sinn mit ein zu beziehen, als der Steuer-Sachbearbeiter unter den konkreten Verhältnissen einen solchen EL-Bezug des Beschwerdegegners unterstellen durfte. Hieran vermögen die tatsächlichen Verhältnisse, d.h. der Umstand, dass der Beschwerdegegner während der streitigen Steuerperioden keine EL beziehen musste, nichts zu ändern. Von daher erscheint

die vorinstanzliche Schlussfolgerung, dass das Unterlassen jeglicher Abklärungen angesichts des unvollständigen Sachverhalts eine grobe Missachtung der Untersuchungspflicht dargestellt habe, welche den Kausalzusammenhang zwischen der ungenügenden Deklaration und der ungenügenden Veranlagung unterbrochen habe, nicht begründet. Im Sinn des vorinstanzlichen Entscheids zu befinden hiesse, die Abklärungspflicht der Veranlagungsbehörde zu überspannen. Die nachträglich bekannt gewordene Rentenausrichtung für 2001 ist daher als eine für die Nachsteuererhebung vorausgesetzte neue Tatsache zu werten.

2.4.

2.4.1. Hinsichtlich der Steuerveranlagung 2007 führte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus, im betreffenden Jahr sei bei der Liechtensteinischen AHV die Zusatzrente der Ehefrau weggefallen. Gleichzeitig seien die Kinderrenten gesunken. Nach Abzug der Schuldzinsen (CHF 3075), Versicherungsprämien (CHF 8445 netto) und Krankheitskosten (CHF 2470) vom Renteneinkommen (CHF 44 952) seien für den Lebensunterhalt CHF 30 962 verblieben. Selbst unter Berücksichtigung der Lehrlingslöhne würden sich die deklarierten Einkünfte als offensichtlich zu gering erweisen; insbesondere auch deshalb, weil der Beschwerdeführer mit der Familie zur Miete in einem nicht gerade günstigen Einfamilienhaus gewohnt habe. Trotz dieser in die Augen springenden Unvollständigkeit der Deklaration habe es die Vorinstanz unterlassen, entsprechende Untersuchungen zu tätigen. Der Zufluss weiterer Einkünfte stelle folglich keine neue Tatsache dar, die ein Nachsteuerverfahren für 2007 rechtfertigen würde. Der Beschwerdeführer legt dar, im Jahr 2007 hätten 32 Prozent der IV-Rentner Ergänzungsleistungen (EL) bezogen. Aus der Steuererklärung 2007 ergebe sich, dass dem Beschwerdegegner aufgrund seines geringen Einkommens die AHV-Beiträge erlassen worden seien. Aufgrund dieses Hinweises habe der Veranlagungsbeamte von geringen Einkünften nahe oder unter dem Existenzminimum ausgehen können. Auch das Steuererlassgesuch, welches der Beschwerdegegner im Jahr 2005 eingereicht habe, zeige mit aller Deutlichkeit, dass er ständig mit finanziellen Problemen zu kämpfen gehabt habe. Die Belastung mit Schuldzinsen von CHF 3075 (bzw. CHF 256.25 monatlich) entspreche einer äusserst geringen monatlichen Miete. Vor diesem Hintergrund habe im Veranlagungsverfahren von einer korrekten Steuerdeklaration ausgegangen werden dürfen.

2.4.2. Unbestritten blieb die vorinstanzliche Feststellung, dass für den Lebensunterhalt im Jahr 2007 ein Betrag von CHF 30 962 für das ganze Jahr zur Verfügung stand. Auch wenn von der Annahme ausgegangen würde, dass die beiden Söhne, welche bis Juli 2008 eine Lehre absolvierten, ebenfalls einen Beitrag (von je ca. CHF 200 pro Monat) zum Unterhalt leisteten, wäre ein hieraus insgesamt resultierender, monatlich verfügbarer Betrag von ca. CHF 3000 offensichtlich unzureichend, den Grundbedarf (Heizkosten, Strom und Wasser, Lebensmittel, Körperpflege, Kleider, Radio/TV/Telefon, Freizeitgestaltung) für vier Personen und die Wohnkosten (CHF 2000 zuzüglich NK) zu decken. Angesichts der Darlegungen des Beschwerde-

führers betreffend Mietzahlung ist sodann klarzustellen, dass das unter der Rubrik «Ertrag aus Eigennutzung, Miet- und Pachtzinsen» angeführte Einkommen von CHF 7350 den Mietwert der landwirtschaftlichen Liegenschaft des Beschwerdeführers in Z. (und selbstredend nicht das von ihm gemietete Haus) betraf; für die darauf lastende Schuld waren Zinsen zu bezahlen. Auch wenn ein (steuerfreier) EL-Bezug wie dargelegt auch im Jahr 2007 nicht vorlag, erweist sich der vorinstanzliche Schluss, wonach es für die Nachsteuererhebung an einer neuen Tatsache gefehlt habe, aus denselben Überlegungen, wie sie für das Jahr 2001 dargelegt wurden (vorstehende E. 2.3.2), als nicht begründet.

2.5.

2.5.1. Mit Bezug auf die Ermessensveranlagung für das Jahr 2008 (act. G 5/7 IIX/1–6) hielt die Vorinstanz fest, für dieses Jahr hätten Einkünfte von CHF 43 968 (IV-Renten des Ehemannes von CHF 37 968 und geschätzte Einkünfte der Ehefrau aus unselbständiger Erwerbstätigkeit von CHF 6000) resultiert. Nach Abzug der Berufskosten, Schuldzinsen und Versicherungsprämien seien für den sonstigen Lebensunterhalt (einschliesslich Krankheitskosten) CHF 33 793 verblieben. Auch bei der Ermessensveranlagung treffe die Steuerbehörde eine vorgängige Untersuchungspflicht. Sie wäre gehalten gewesen, die von ihr ermittelten oder geschätzten Einkünfte mit dem Lebensaufwand des Steuerpflichtigen zu vergleichen. Dazu hätten im Jahr 2008 nicht nur die üblichen Lebenshaltungskosten gehört, sondern auch der vom Beschwerdegegner bezahlte Kaufpreis von CHF 14 608 für zwei landwirtschaftliche Grundstücke in Z. Die ermessensweise veranlagten Einkünfte würden sich daher als offensichtlich zu gering erweisen, um damit den Grundbedarf, Miet- und Krankheitskosten sowie Liegenschaftserwerb zu decken. Auch für das Jahr 2008 stelle daher das Vorhandensein zusätzlicher Einkünfte des Beschwerdegegners wie auch von dessen ehemaliger Ehefrau keine neue Tatsache dar, weshalb keine Nachsteuer erhoben werden könne.

2.5.2. Zu den Ausführungen des Beschwerdeführers mit Bezug auf die Steuerperiode 2008 ist zum einen festzuhalten, dass der Beschwerdegegner auch in diesem Jahr keine Ergänzungsleistungen bezog. Es liegt auf der Hand, dass mit dem nach Abzug der Berufskosten, Schuldzinsen und Versicherungsprämien zur Verfügung stehenden Betrag von CHF 33 793 die Krankheitskosten, Wohnkosten (CHF 2000 monatlich ohne NK), der Grundbedarf (Heizkosten, Strom und Wasser, Lebensmittel, Körperpflege, Kleider, Radio/TV/Telefon, Freizeitgestaltung) und die Zahlung für die Liegenschaftskäufe (CHF 14 608) bei Weitem nicht gedeckt waren. Auch bei einer Ermessensveranlagung müssen alle Abklärungen getroffen werden, die sich aufgrund der jeweiligen Aktenlage aufdrängen und ohne grossen Aufwand durchführbar sind (Zigerlig/Oertli/Hofmann a.a.O., VII. Rz. 63). Der Schluss der Vorinstanz, dass das Vorhandensein zusätzlicher Einkünfte im Jahr 2008 keine (für die Nachsteuererhebung vorausgesetzte) neue Tatsache darstelle, erweist sich angesichts der in diesem Jahr getätigten Liegenschaftskäufe als begründet. Die Veranlagungsbehörde hätte diesem offen zu Tage liegenden Umstand Rechnung tragen und die Finanzierbarkeit

des Lebensaufwands und der Liegenschaftskäufe angesichts der bekanntermassen knappen Verhältnisse klären müssen.

2.6. Unbestritten blieb die Feststellung im vorinstanzlichen Entscheid, wonach die Steuerdeklarationen für die Jahre 2002 bis 2006 keine klar ersichtlichen Fehler aufgewiesen hätten, weshalb diesbezüglich das Vorliegen einer neuen Tatsache hinsichtlich der nicht deklarierten UVG-Renten und Erwerbseinkommen zu bejahen war. Der vorinstanzliche Entscheid, mit welchem die Angelegenheit zu neuer Veranlagung der Nachsteuer (Kantons- und Gemeindesteuern sowie direkte Bundessteuer) für diese Jahre an den Beschwerdeführer zurückgewiesen wurde, lässt sich jedoch insofern nicht aufrecht erhalten, als die Rückweisung aufgrund der vorstehenden Darlegungen nicht nur die Jahre 2002 bis 2006, sondern die Jahre 2001 bis 2007 umfasst. Mit der Vorinstanz ist schliesslich festzuhalten, dass sich aus der Tatsache, dass neben Renteneinkünften auch Einkünfte der Ehefrau des Beschwerdeführers nicht deklariert wurden, mit Bezug auf die streitige Frage keine zusätzlichen Aspekte ergeben.

3.

3.1. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides vom 26. November 2013 in dem Sinn teilweise gutzuheissen, dass die Angelegenheit zu neuer Veranlagung der Nachsteuer (Kantons- und Gemeindesteuer sowie direkte Bundessteuer) der Jahre 2001 bis 2007 an das kantonale Steueramt zurückzuweisen ist; im Übrigen (d.h. hinsichtlich des Jahres 2008) ist die Beschwerde abzuweisen. […]

37

Art. 241 Abs. 3 StG (sGS 811.1). Der Abschluss eines Personaldienstbarkeitsvertrags zwischen Grundeigentümer und Tankstellenbetreiber über ein Tankstellengrundstück für die Dauer von 15 Jahren mit drei Optionen für eine Verlängerung bis auf maximal 29 Jahre stellt keine wirtschaftliche Handänderung und auch keine Steuerumgehung dar, weshalb die Erhebung einer Handänderungssteuer nicht gerechtfertigt ist.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 8. Januar 2015

Aus den Erwägungen:

c) Gemäss Art. 241 Abs. 1 StG wird die Handänderungssteuer bei Handänderungen in der Gemeinde gelegener Grundstücke oder Grundstückanteile erhoben. Als Handänderung gilt jeder Eigentumswechsel und jede Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsgewalt über ein Grundstück (Art. 241 Abs. 2 StG). Als Handände-

rungen gelten auch entgeltliche Belastungen von Grundstücken mit privatrechtlichen Dienstbarkeiten oder öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, wenn diese die Bewirtschaftung oder den Veräusserungswert der Grundstücke dauernd und wesentlich beeinträchtigen (Art. 241 Abs. 3 StG). Der Steueranspruch entsteht mit der Handänderung und wird mit der Rechnungstellung fällig (Art. 241 Abs. 4 StG). Steuerpflichtig ist der Erwerber des Grundstücks (Art. 242 Abs. 1 StG). Gemäss Art. 243 Abs. 1 StG wird die Steuer nach dem Kaufpreis mit allen weiteren Leistungen des Erwerbers bemessen.

Ein Baurecht nach Art. 779 ZGB verleiht ein Nutzungs- und Gebrauchsrecht, also ein beschränkt dingliches Recht an einem Grundstück, und entspricht einer Dienstbarkeit im Sinne von Art. 241 Abs. 3 StG. Dabei wird zwischen Grund- und Personaldienstbarkeiten unterschieden. Steht das Baurecht einem bestimmten Eigentümer eines anderen Grundstücks zu, spricht man von einer Grunddienstbarkeit, wogegen eine Personaldienstbarkeit dann vorliegt, wenn das Recht einer bestimmten Person zusteht (vgl. Isler/Costantini, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl. 2011, N 5 ff. zu Art. 779 ZGB). Zur Errichtung eines Baurechts bedarf es eines gültigen Rechtsgeschäfts und eines Grundbucheintrags. Wird ein selbständiges und dauerndes Baurecht vereinbart, ist der Vertrag öffentlich zu beurkunden (vgl. Isler/Costantini, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 779 ZGB). Wird das Baurecht weder ausschliesslich zugunsten eines bestimmten Grundstücks noch einer bestimmten Person errichtet und ist es damit übertragbar und vererblich, handelt es sich um ein selbständiges Baurecht. Ist es zusätzlich dauernd, d.h. über eine Mindestdauer von 30 Jahren abgeschlossen, kann es gemäss Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen werden (vgl. Isler/Costantini, a.a.O., N 27 ff. zu Art. 779 ZGB). Die Maximaldauer liegt demgegenüber nach Art. 779l Abs. 1 ZGB bei 100 Jahren.

d) Nach der Rechtsprechung und der Veranlagungspraxis im Kanton St. Gallen erfüllt die Belastung eines Grundstücks mit einem selbständigen und dauernden Baurecht im Sinne von Art. 779 Abs. 3 ZGB den Tatbestand von Art. 241 Abs. 3 StG, da diese als dauernde und wesentliche Beeinträchtigung der Bewirtschaftung oder des Veräusserungswertes gilt (vgl. GVP 1988 Nr. 32 und 1992 Nr. 18, die allerdings noch das alte Steuergesetz von 1970 betrafen, in welchem aber der Tatbestand identisch war mit Art. 241 Abs. 3 StG; vgl. auch Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das st. gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014, S. 466; StB 241 Nr. 4.1). Auch in der Praxis anderer Kantone wird die Belastung eines Grundstücks mit einem selbständigen und dauernden Baurecht als handänderungssteuerpflichtiger Tatbestand qualifiziert, wobei in den jeweiligen Erlassen ebenfalls eine dauernde und wesentliche Beeinträchtigung der Bewirtschaftung oder des Veräusserungswertes vorausgesetzt wird (vgl. Urteile der Verwaltungsgerichte Obwalden vom 4. Oktober 1977, in: VVGE 1976 und 1977 Nr. 51, und Luzern vom 11. März 1994 und 26. Februar 2008, in: LGVE 1994 II Nr. 23 und 2008 II Nr. 25; vgl. auch Urteil der Steuerrekurskommission Baselland vom 22. November 1996, in: BStPra1/1998 9–13).

Als dauernd gilt die Einräumung eines Baurechts von mindestens 30 Jahren (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB; Art. 22 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 der Grundbuchverordnung, SR 211.432.1). Im vorliegenden Fall nimmt die steuerrechtliche Norm nicht direkt Bezug auf zivilrechtliche Bestimmungen. Im Steuerrecht gilt indessen als Besonderheit die ausschlaggebende Bedeutung des Zivilrechts, da beide Rechtsgebiete einen gemeinsamen Ausgangspunkt besitzen. Damit besteht ein steuerrechtlicher Sachverhalt aus zwei Ebenen; einem wirtschaftlichen Vorgang sowie dessen zivilrechtlichem Erscheinungsbild (Blumenstein/Locher, System des Schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl. 2002, S. 30 f.).

e) Die von den Parteien als Baurechtsvertrag bezeichnete, zwischen der Ortsbürgergemeinde L und der X AG am 10. April 2002 geschlossene Vereinbarung umfasste ein selbständiges und befristetes Baurecht auf dem Grundstück Nr. 8888 und einer Teilfläche des Grundstücks Nr. 9999 (Ziff. 2.1 und 2.2). Die Dauer betrug 15 Jahre (ab Grundbucheintragung), wobei die Rekurrentin zweimal die Möglichkeit hatte, das Baurecht um jeweils fünf Jahre zu verlängern (Ziff 4.3.1). Dieser Vertrag wurde aufgehoben; an seine Stelle trat die Vereinbarung vom 26. April 2013, wobei mit dieser lediglich das Grundstück Nr. 8888 baurechtsbelastet ist. Die Parteien vereinbarten in diesem Personaldienstbarkeitsvertrag für das Baurecht einen Zeitraum vom 1. Mai 2013 bis 30. April 2042 (Ziffer 3.1). Davon sind die ersten 15 Jahre fest abgeschlossen und danach steht es in der Entscheidungsgewalt der Rekurrentin, die Vertragsdauer zweimal um fünf und einmal um vier Jahre einseitig zu verlängern. Insgesamt ist damit von einer maximalen Vertragsdauer von 29 Jahren auszugehen.

f) Eine Mindestdauer von 30 Jahren wurde im Vertrag vom 26. April 2013 nicht vereinbart. Die Vorinstanz erwog indes, ausgehend von der ursprünglichen Errichtung des Baurechts im Jahr 2003 ergebe dies eine Eintragungsdauer von beinahe 39 Jahren. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Verträge von 2002 und 2013 hatten nicht dieselben Grundstücke zum Gegenstand; in jenem von 2013 wurde das Grundstück Nr. 9999 nicht mehr belastet, sondern ausschliesslich noch das Grundstück Nr. 8888. Der Vertrag von 2013 ersetzte ausdrücklich jenen von 2002 (Ziff. 1.1). Zudem war im Vertrag von 2002 keine Vereinbarung über eine Option oder Verlängerung bis zu einer Dauer von über 30 Jahren abgeschlossen worden. Es handelt sich offensichtlich um zwei eigenständige Verträge mit unterschiedlichem Gegenstand. Eine Zusammenrechnung der Vertragsdauern zur Begründung einer Handänderungssteuerpflicht ist daher ausgeschlossen.

Der Vertrag von 2013 weist eine maximale Laufzeit von 29 Jahren auf. Diese liegt damit unter der Vertragsdauer von 30 Jahren, welche zivilrechtlich als dauernd eingestuft wird. Es besteht kein Grund zur Annahme, dass der Gesetzgeber in Art. 241 Abs. 3 StG den Begriff dauernd anders verstanden haben wollte als den zivilrechtlichen Tatbestand, zumal die Frist von 30 Jahren bereits in der Praxis zum alten Steuergesetz wegleitend war (vgl. vorne E. 2d). Der Wortlaut der steuerrechtlichen Norm entspricht jenem des Zivilrechts. Auch Sinn und Zweck der Bestimmungen sind gleich gelagert, da nur Baurechtsdienstbarkeiten bzw. Belastungen von einer

gewissen Mindestdauer als eigene Grundstücke bzw. wirtschaftliche Übertragungen eingestuft werden. Insbesondere kann vorliegend auch nicht von einer Steuerumgehung gesprochen werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. statt vieler BGE 131 II 627 E. 5.2 mit Hinweisen) liegt eine solche vor, wenn eine von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint, wenn zudem anzunehmen ist, dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären, und wenn das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von der Steuerbehörde hingenommen würde. Die ersten beiden Kriterien sind offensichtlich nicht erfüllt. Es können gute Gründe vorliegen, der Baurechtsberechtigten eine relativ lange Vertragsdauer einzuräumen, aber die zivilrechtlich geltende Limite nicht zu überschreiten. Hinzu kommt, dass bei Tankstellen die Baurechtsberechtigte auch ein Interesse haben kann, nach einer gewissen Dauer den Vertrag nicht mehr zu erneuern, da z. B. geänderte Verkehrsführungen den Standort für eine Tankstelle massiv verschlechtern können. Dies lässt die Vereinbarung mehrerer Verlängerungsoptionen sachgerecht und den Interessen der Kontrahentinnen entsprechend erscheinen. Von einer sachwidrigen zivilrechtlichen Gestaltung kann deshalb nicht gesprochen werden.

Zusammenfassend gelangt die Verwaltungsrekurskommission zum Schluss, dass keine dauernde und wesentliche Beeinträchtigung im Sinn von Art. 241 Abs. 3 StG vorliegt, weshalb die Voraussetzungen für die Erhebung einer Handänderungssteuer nicht erfüllt sind. Der Rekurs ist folglich gutzuheissen.

38

Art. 244 lit. f StG (sGS 811.1); Art. 103 FusG (SR 221.301). Handänderungssteuer. Die Rekurrentin veräusserte zwei Betriebsgrundstücke im Rahmen einer Umstrukturierung innerhalb einer für die Gewinnbesteuerung bestehenden Sperrfrist. Diese Sperrfrist gilt aber für die Handänderungssteuer nicht. Das FusG verbietet Handänderungsabgaben, soweit es nicht kostendeckende Gebühren sind, und dieser Norm des Bundesrechts kann der Verweis im kantonalen Steuerrecht nicht vorgehen. Art. 103 FusG verweist auf Art 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 und 3^{quater} StHG (SR 642.14). Die Erhebung der Handänderungssteuer auf der Veräusserung der Betriebsgrundstücke erwies sich daher als bundesrechtswidrig.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 21. Mai 2015

Aus den Erwägungen:

2. Streitig ist im vorliegenden Fall ausschliesslich die Frage, ob aufgrund der Übertragung der Grundstücke Nrn. 8888 und 9999 per 1. Januar 2010 die Erhebung einer Handänderungssteuer rechtmässig ist.

a) Die Vorinstanz stützt sich auf Art. 244 lit. f StG. Danach sind Handänderungen bei Umstrukturierungen gemäss Art. 32 und 88 StG von der Handänderungssteuer befreit. Art. 32 und 88 StG enthalten Bestimmungen über den Aufschub der Besteuerung stiller Reserven bei Umstrukturierungen, wobei in Art. 32 Abs. 2 StG ausdrücklich eine Sperrfrist von fünf Jahren statuiert ist, ebenso in Art. 88 Abs. 2 StG. Insoweit enthält Art. 244 lit. f StG einen Verweis auf eine Norm, in der eine fünfjährige Sperrfrist statuiert ist. Dieser Verweis bedeutet allerdings nicht zwingend, dass die Sperrfrist auch bei der Handänderungssteuer ohne weiteres anwendbar ist (vgl. E. 2b letzter Absatz).

b) Die Rekurrentin beruft sich auf Art. 103 FusG. Danach ist die Erhebung von kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben bei Umstrukturierungen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 und 3quater StHG ausgeschlossen. Kostendeckende Gebühren bleiben vorbehalten. Der Verweis auf Art. 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 und 3quater StHG ist nicht identisch mit der Verweisung im kantonalen Steuerrecht auf Art. 32 und 88 StG. Die Bestimmungen, auf die Art. 103 FusG verweist, enthalten keine Regelung einer Sperrfrist. Eine Sperrfrist ist hingegen in Art. 8 Abs. 3bis und Art. 24 Abs. 3ter StHG verankert. Insoweit bezieht sich also der Verweis von Art. 103 FusG nicht auf eine Sperrfrist des Bundesrechts.

Art. 103 FusG ist eine direkt anwendbare Norm des Bundesrechts; sie bedarf keiner Konkretisierung durch das kantonale Recht und dieses kann nicht von ihr abweichen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist lediglich der Begriff der «Umstrukturierung» im Handänderungssteuerrecht zu verwenden, unter Ausschluss der übrigen Kriterien, welche das StG für die Befreiung von den direkten Steuern aufstellt (vgl. BGE 138 II 557=Pra2014 Nr. 36). Diese Rechtsprechung steht in Übereinstimmung mit dem Schrifttum. Danach kann der Verweis von Art. 103 FusG auf die Umstrukturierungstatbestände der Einkommens- und Gewinnsteuern nicht zur Folge haben, dass sämtliche Voraussetzungen für die Steuerneutralität im Bereich der Einkommens- und Gewinnsteuern auf die Handänderungssteuer übertragen werden (vgl. Oesterhelt, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker [Hrsg.], Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, N 17 zu Art. 103). In der Kommentierung wird ausdrücklich festgehalten, dass aufgrund des fehlenden Verweises auf Art. 8 Abs. 3bis StHG sowie auf Art. 24 Abs. 3ter und 3quinquies StHG (in diesen Bestimmungen ist eine Sperrfrist statuiert) die Verletzung der Veräusserungssperrfrist bei der Übertragung eines Betriebs oder eines Teilbetriebs bzw. bei der Übertragung einer Liegenschaft auf eine Tochtergesellschaft mangels Rechtsgrundlage nicht zu einer nachträglichen Erhebung der Handänderungssteuer führen kann (vgl. Oesterhelt, a.a.O., N 28b zu Art. 103).

Ohnehin kann der Verweis von Art. 244 f. StG auf Art. 32 und 88 StG keine unmittelbare Anwendung der Sperrfrist bei der Handänderungssteuer bewirken.

Abgesehen davon, dass Art. 103 FusG als Bestimmung des Bundeszivilrechts dem kantonalen Recht vorgeht (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV), ist die Statuierung einer Sperrfrist bei der Einkommens- und Gewinnsteuer spezifisches Merkmal dieser Steuerarten, welche den Zufluss von Vermögenswerten erfassen. Demgegenüber handelt es sich bei der Handänderungssteuer um eine Rechtsverkehrssteuer, die den indirekten Steuern zuzurechnen ist und bei der nicht ökonomische Vorgänge Steuerobjekt bilden, sondern deren rechtliche Gestaltung (vgl. Blumenstein/Locher, System des Steuerrechts, 6. Aufl. 2002, S. 204 f. und 282 f.).

c) Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass der Rekurs gutzuheissen ist.

9. Öffentliches Beschaffungswesen

39

Art. 34 Abs. 2 lit. a VöB (sGS 841.11). Die von der Vorinstanz angewendete Preiskurve verläuft vom tiefsten Offertpreis ausgehend degressiv. Eine solche Kurve erweist sich mit dem Zweck des Vergaberechts, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, grundsätzlich nicht vereinbar. Nur bei einer linearen Preiskurve bleibt das Gewicht des Preises unabhängig von seiner Höhe gleich, indem gleiche Preisdifferenzen gleiche Bewertungsdifferenzen nach sich ziehen.

Verwaltungsgericht, 25. August 2015

Aus den Erwägungen:

4. Umstritten ist sodann die Bewertung der Angebote. […] Die Beschwerdeführerin beanstandet unter anderem die Bewertung ihres Angebots […] nach dem Preiskriterium (dazu nachfolgend Erwägung 4.3).

4.1. […]

4.2. […]

4.3. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, beim Preis sei ihr um CHF 11 157 billigeres Grundangebot gleich benotet worden wie jenes der Beschwerdegegnerin, kann auf die Ausführungen in der verfahrensleitenden Verfügung vom 6. März 2015 (vgl. www.gerichte.sg.ch) verwiesen werden, wo dargelegt wurde, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin beim Preiskriterium 0,3 gewichtete Punkte weniger erzielte als das der Beschwerdeführerin zuerkannte Punktemaximum von 58 gewichteten Punkten.

Die von der Vorinstanz gewählte Preiskurve legt keine Preisspanne fest, sondern verläuft – nach der Formel [maximale Punktzahl × $Preis_{min}$ /$Preis_{Angebot}$] vom tiefsten Offertpreis ausgehend – degressiv. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann diese Bewertungsmethode jedenfalls in Kumulation mit einer äusserst schwachen Gewichtung des Preiskriteriums zu unhaltbaren Ergebnissen führen (vgl. BGer 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4 mit Hinweis auf BGer 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 und BGE 129 I 313 E. 9.2; dazu VerwGE B 2014/210 vom 28. April 2015 E. 3; www.gerichte.sg.ch). Nicht beanstandet hat das Bundesgericht eine ähnlich verlaufende Preiskurve in Kombination mit einer Gewichtung des Preises mit 60 Prozent (vgl. BGer 2P.121/2003 vom 28. Juni 2004 E. 6.1 mit Hinweis auf BGer 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004).

Mit 58 Prozent ist das Preiskriterium zwar nicht im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung äusserst schwach gewichtet. Allerdings führte die Anwendung einer linearen Preiskurve, die nach der Formel {maximale Punktzahl × [Preismax – Preis-Angebot] ÷ [Preismax – Preismin]} von den tatsächlich offerierten Preisen ausgeht, zu einer Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin mit 57,5 – und nicht mit 57,7 – gewichteten Punkten. Bei im Übrigen unveränderter Bewertung nach den weiteren Zuschlagskriterien erzielten die Angebote von Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin dann gleichermassen je 98,9 gewichtete Punkte. Dieser Vergleich bestätigt, dass sich die Preisdifferenz zum billigsten Angebot bei den teureren Angeboten nicht mehr mit der dem Kriterium zugeordneten Gewichtung niederschlägt, wenn die Preiskurve nicht linear verläuft (vgl. VerwGE TG vom 24. September 2014, TVR 2014 Nr. 24). Die von der Vorinstanz angewandte hyperbolische Kurve begünstigt im Vergleich zu einer linearen Preiskurve teurere Angebote, soweit ihr eine Preisspanne zugrunde liegt, bei welcher der höchste Preis weniger als das Doppelte des tiefsten Preises beträgt. Das Gewicht des Preises entspricht einzig beim billigsten Angebot der Gewichtung im Verhältnis zu den übrigen Zuschlagskriterien. Bei den teureren Angeboten nimmt das Gewicht des Preises ab und erreicht die ihm innerhalb der Zuschlagskriterien zugewiesene Gewichtung nicht mehr. Eine solche Kurve erweist sich mit dem Zweck des Vergaberechts, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, grundsätzlich nicht vereinbar (vgl. dazu schon VerwGE B 2014/61 vom 16. September 2014 E. 3.1.3 und B 2015/33 vom 28. April 2015 E. 2, www.gerichte.sg.ch). Bei einer linearen Preiskurve bleibt das Gewicht des Preises unabhängig von seiner Höhe gleich, indem gleiche Preisdifferenzen gleiche Bewertungsdifferenzen nach sich ziehen. Allerdings kann der lineare Verlauf zu einer unzulässigen Verzerrung der Preisbewertung führen, wenn von einer unrealistischen Preisspanne ausgegangen wird und die Preisgerade deshalb zu steil (bei einer zu schmalen Preisspanne) oder zu flach (bei einer zu breiten Preisspanne) verläuft. Liegen die konkreten Angebote preislich sehr nahe beieinander, führt dies dazu, dass das teuerste Angebot ungerechtfertigter Weise mit der Mindestnote bewertet würde, obwohl auch teurere Angebote noch als realistisch erschienen (vgl. beispielsweise VerwGE ZH VB.2014.00660 vom

6. Februar 2015 E. 6.2). Zu berücksichtigen sind deshalb vorliegend nicht bloss die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin.

Die Vorinstanz wird – ausgehend vom günstigsten Angebot – eine realistische Preisspanne festzulegen haben, innerhalb derer Angebote mit höheren Preisen linear tiefer bewertet werden. Dabei erscheint die Preisspanne der elf zu Einheitspreisen eingereichten Angebote – der höchste Preis (CHF 3 632 403.30) beträgt das rund 1,54-fache des tiefsten Preises (CHF 2 357 850.55) – nicht von vornherein als unrealistisch. Ob trotz der relativ grossen Zahl der Angebote eine etwas schmalere oder aber etwas breitere Preisspanne ebenfalls noch als realistisch betrachtet werden kann, liegt im Ermessensspielraum der Vorinstanz.

40

Art. 39 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Ist auf dem Paket, mit welchem ein Angebot eingereicht wird, eine Absenderadresse vermerkt, die keine Rückschlüsse auf den Anbieter zulässt, weil sie von einer von ihm unabhängigen Drittperson stammt, darf der Anbieter nicht wegen Verletzung des Anonymitätsgebots vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Verwaltungsgericht, 17. Dezember 2015

Im Projektwettbewerb zum Neubau eines Schulhauses waren die Bewerber gemäss Wettbewerbsprogramm verpflichtet, ihre Projektentwürfe «anonym per Post» einzureichen. Das Projekt der Beschwerdeführer wurde mit der Begründung ausgeschlossen, auf der Einsendeverpackung sei ihr Absender namentlich aufgeführt gewesen. Das Verwaltungsgericht heisst den sinngemässen Antrag der Beschwerdeführer, es sei die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses festzustellen, gut.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1. Unbestrittenermassen sind auf das fragliche Submissionsverfahren die IVöB, das EGöB sowie die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB) anwendbar. Der Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb ist selber kein förmliches Vergabeverfahren. Der eigentliche Wettbewerb endet mit der Empfehlung des Preisgerichts, die dann Grundlage für eine freihändige Vergabe der Auftraggeberin bildet. Das Wettbewerbsverfahren wird innerhalb der gesetzlichen Schranken von der Auftraggeberin geregelt (vgl. Art. 16 Ingress und lit. i und Art. 40 Abs. 1 VöB; Scherler/Schneider Heusi, Wettbewerbe und Studienaufträge – die neuen Regeln, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 209 ff., 221). Nach den kantonalen Rechtsgrundlagen können Planungswettbewerbe als Ideen-

oder Projektwettbewerbe durchgeführt werden. Letztere dienen der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu konkret umschriebenen Aufgaben und zur Vergabe der teilweisen oder umfassenden Realisierung der Lösung (vgl. Art. 39 Abs. 1 VöB). Für die Kantone ergibt sich aus Art. 12 Abs. 3 IVöB, dass bei Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerben die Grundsätze der interkantonalen Vereinbarung zu beachten sind und dass darüber hinaus der Veranstalter auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verweisen kann. Diese Regelung wurde in die kantonale Ausführungsgesetzgebung übernommen (vgl. Art. 40 Abs. 1 VöB).

2.2. Der umstrittene Projektwettbewerb untersteht den Regeln der SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe (Ausgabe 2009; vgl. insbesondere Ziff. 2.6 des Wettbewerbsprogramms: «Der Veranstalter erklärt die SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe als rechtsverbindlich. Mit der Abgabe eines Projektes anerkennen die Teilnehmer die SIA-Ordnung, das Wettbewerbsprogramm, die Fragenbeantwortung und den Entscheid des Preisgerichts in Ermessensfragen»). Die SIA-Ordnung 142 regelt die Durchführung der Wettbewerbe und legt Rechte und Pflichten von Auftraggeber, Preisrichtern, Experten und Teilnehmern fest (Art. 2.1). Projektwettbewerbe dienen der Lösung klar umschriebener Aufgaben, deren Realisierung vorgesehen ist, und zur Ermittlung von geeigneten Fachleuten, welche diese Lösungen realisieren können (vgl. Art. 3.3). Wettbewerbe nach SIA-Ordnung 142 werden in anonymer Form durchgeführt: Der Auftraggeber, die Mitglieder des Preisgerichts, die Teilnehmer und die beteiligten Fachleute haben die Anonymität der Wettbewerbsbeiträge sicherzustellen, bis das Preisgericht die Wettbewerbsbeiträge beurteilt, rangiert und die Preise zugesprochen sowie eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abgegeben hat (SIA-Ordnung 142, Art. 1.4). Dieser Grundsatz hilft, die Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer zu gewährleisten und objektive Preisgerichtsentscheide zu ermöglichen. Nicht der bisherige Leistungsausweis oder die Reputation der Wettbewerbsteilnehmer, sondern allein die eingereichten Wettbewerbsbeiträge sollen ausschlaggebend sein für die Beurteilung durch das Preisgericht (Scherler/Schneider Heusi, a.a.O., S. 222 f. mit Hinweis).

2.3.

2.3.1. Die Beschwerdeführer machen geltend, sie seien zu Unrecht vom Wettbewerb ausgeschlossen worden. Auf dem Postpaket, mit dem das Projekt eingereicht worden sei, stehe die Adresse «S.S., W.-strasse 00, 0000 Q.». Dies sei die Adresse einer Freundin jenes Mitarbeiters, der die Paketsendung mit dem Wettbewerbsbeitrag auf die Post gebracht habe. Am Schalter sei dieser belehrt worden, dass die Postaufgabe des Pakets nur mit Angabe eines Absenders möglich sei. Die Sendung sei mithin erst auf Drängen des Postangestellten mit einem Absender versehen worden, wobei die angegebene Adresse keine Rückschlüsse auf die Projektverfasser zulasse und schon gar nicht mit deren Namen identisch sei.

2.3.2. Nach Auffassung der Vorinstanz dürfen anonyme Wettbewerbseingaben keine Absenderangaben enthalten. Dies sei bei allen in Frage kommenden Versandarten der schweizerischen Post möglich und zeige sich namentlich darin, dass 66

der insgesamt 69 eingereichten Projekte ohne Absenderangabe auf der Verpackung eingegangen seien. Die Problematik anonymer Sendungen anlässlich von Projektwettbewerben sei im Übrigen seit Jahren bekannt. Aufgrund der Anmeldungen zum Projektwettbewerb sei davon auszugehen gewesen, dass sich mehrere Büros aus Basel beteiligen würden; die streitige Wettbewerbseingabe habe sich zumindest einem dieser Büros zuordnen lassen. Ein Verstoss gegen das Anonymitätsgebot sei schwerwiegend und müsse zum Ausschluss vom Wettbewerb führen. Im Übrigen hätten die Beschwerdeführer durch den Ausschluss keinen Schaden erlitten, da sie den Wettbewerb ohnehin nicht hätten gewinnen können. Sie seien daher nicht schlechter gestellt als bei Zulassung ihres Beitrags zum Wettbewerb. So oder anders könne die anonyme Bewertung nun ohnehin nicht mehr nachgeholt werden.

2.3.3. Die Beschwerdeführer entgegnen, das Preisgericht sei nicht in der Lage gewesen, einen Zusammenhang zwischen dem Wettbewerbsbeitrag und dessen Verfassern herzustellen. Damit sei der Beitrag «anonym» im Sinn der SIA-Ordnung 142 eingereicht worden. Der verfügte Ausschluss sei unverhältnismässig gewesen, zumal eine neutrale Stelle das Verfassercouvert hätte öffnen und erkennen können, dass die angegebene Absenderin nicht mit den Verfassern identisch sei.

2.4.

2.4.1. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter insbesondere dann vom Vergabeverfahren ausschliessen und aus dem Verzeichnis über geeignete Anbieter streichen sowie den Zuschlag widerrufen, wenn dieser wesentliche Formvorschriften der VöB und des Vergabeverfahrens verletzt hat. Art. 19.1 der SIA-Ordnung 142 hält in diesem Zusammenhang fest, dass ein Wettbewerbsbeitrag u.a. ausgeschlossen werden muss, wenn sein Verfasser gegen das Anonymitätsgebot verstossen hat. Der unbestimmte Rechtsbegriff der «Anonymität» bedeutet laut Begriffsdefinition der SIA-Ordnung 142 «die konsequente Trennung zwischen der Kenntnis des Lösungsvorschlages einerseits und dessen Verfasser andererseits» (SIA-Ordnung 142, S. 5).

2.4.2. Der Wegleitung 142i – 301d «Postversand von Beiträgen von Wettbewerben und Studienaufträgen» zu den SIA-Ordnungen 142 und 143 ist im Hinblick auf den anonymen Postversand folgendes zu entnehmen (Ziff. 1.1):

«Anonyme Wettbewerbseingaben sollen grundsätzlich keine Absenderangabe enthalten. Dies ist bei allen Versandarten der Schweizerischen Post möglich, ausser bei Nachnahmesendungen, die hier ohnehin nicht zur Diskussion stehen. Die Post hat zwar zugesichert, dass Sendungen (auch mit den Zusatzleistungen «Signature» und «Assurance») ohne Absenderangaben aufgegeben werden können, was aber im Einzelfall trotzdem auf Schwierigkeiten stossen kann. Eine rechtzeitige Vorabklärung durch die Wettbewerbsteilnehmer ist daher zweckmässig. Sinnvoll ist auch, dass Teilnehmer sich frühzeitig um eine Treuhandstelle bemühen, die allenfalls als Absender figurieren kann, vorausgesetzt, dass diese keinen Rückschluss auf die Verfasser zulässt. Fiktive Adressen sind nicht sinnvoll. Wettbewerbsvorbereiter sind aber angehalten, auch Sendungen mit einem Absender anzunehmen, ausser der Name sei identisch mit einer Anmeldung zum Wettbewerb. Letztlich wird sich erst bei der Öffnung der Verfassercouverts zweifelsfrei ergeben, ob die Absenderangabe wirklich mit einem Verfasser gleichzusetzen ist, was dann allerdings zum Ausschluss führt.»

2.4.3. Die Vorinstanz schloss die Beschwerdeführer mit der Begründung vom Wettbewerb aus, sie hätten auf der Einsendeverpackung ihren Absender namentlich aufgeführt. Dies trifft offensichtlich nicht zu: Die verwendete Adresse von S.S. stimmt nicht mit den Angaben im Verfassercouvert überein. Die Vorinstanz hat zudem nicht geltend gemacht, durch die Angabe der Adresse von S.S. könne der Wettbewerbsbeitrag «Emma & Jim» den Beschwerdeführern zugeordnet werden. Dies trifft in der Tat auch nicht zu, lässt sich doch auch mittels Internet-Recherche keine Verbindung zwischen S.S. und den Beschwerdeführern herstellen. Ins Leere geht auch der Hinweis der Vorinstanz, allein durch die Kenntnis, dass die Sendung in Basel aufgegeben worden sei, sei die Anonymität verletzt worden. Sie räumt nämlich selber ein, dass nicht weniger als drei Büros aus Basel am Wettbewerb teilgenommen haben. Im Übrigen lässt sich der Aufgabeort auch bei Paketen ohne Absenderadresse ohne weiteres eruieren (vgl. die Angabe «CH-4001 Basel 1» oberhalb des Barcodes). Die Beschwerdeführer haben sich so verhalten, wie es die zitierte Wegleitung vorsieht: Sie versuchten zunächst, das Paket ohne Absenderangaben aufzugeben. Als ihnen dies verwehrt worden ist, haben sie eine unbeteiligte Drittperson als Absenderin bzw. Treuhandstelle bezeichnet. Dieses Verhalten kann ihnen nicht zum Vorwurf gereichen.

2.4.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführer das Anonymitätsgebot nicht verletzt haben. Die Vorinstanz hätte die Sendung der Beschwerdeführer, deren Absenderadresse offensichtlich nicht identisch war mit einem der angemeldeten Wettbewerbsteilnehmer, annehmen und bewerten müssen. Demnach ist festzustellen, dass die Beschwerdeführer zu Unrecht vom Wettbewerb ausgeschlossen worden sind.

41

Art. 15 Abs. 2 lit. a rIVöB (sGS 841.32). Es muss auch im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung möglich sein, auf die Ausschreibung zurückzukommen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich erst anhand der konkreten Angebote erweist, dass eine den vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechende Bewertung nach den festgelegten Zuschlagskriterien nicht möglich ist.

Verwaltungsgericht, 17. Dezember 2015

Die St. Gallisch-Appenzellische Kraftwerke AG schrieb am 23. Februar 2015 die Lieferung von NH-Sicherungs-Lastschaltleisten für eine Vertragsdauer von drei Jahren mit der Option einer Verlängerung bis maximal fünf Jahre im offenen Verfahren aus (ABl 2015 S. 475 f.). Die zu offerierenden Preise für alle Bestellungen bis 31. De-

zember 2016 sollten sich als Festpreise verstehen; für die restliche Vertragsdauer war eine «verbindliche Preisgleitklausel anzugeben» und «zu erläutern». Innert der Eingabefrist gingen vier Angebote von vier Anbietern ein, unter anderem jene der Pfisterer Sefag AG und der Hager AG. Während die Hager AG für eine fixe jährliche, in der Höhe von der Vertragsdauer unabhängige Summe offerierte, ging die Pfisterer Sefag AG bei der Festsetzung der jährlichen Anschaffungskosten von einem Rabatt von 25 Prozent bei einer fünfjährigen Vertragsdauer sowie einem an der Unterschreitung des €-Kurses von CHF 1.20 ausgerichteten «€-Rabatt» aus (bis 31. Dezember 2016 von einem €-Kurs von CHF 1.07 ausgehend 11 Prozent, anschliessend aktuell angepasst). Die St. Gallisch-Appenzellische Kraftwerke AG vergab den Auftrag mit Verfügung vom 13. April 2015 zum Preis von CHF 111 005 pro Jahr ohne Mehrwertsteuer an die Hager AG, deren Angebot bei allen Zuschlagskriterien mit der Bestnote bewertet worden war (100 Prozentpunkte).

Die Pfisterer Sefag AG (Beschwerdeführerin), deren Angebot zum Preis von CHF 483 558.75 für fünf Jahre, entsprechend CHF 96 711 pro Jahr ohne Mehrwertsteuer mit 92,2 Prozentpunkten bewertet worden war und den zweiten Rang erreicht hatte, erhob Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung. Das Verwaltungsgericht heisst den Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, gut.

Aus den Erwägungen:

1. Die St. Gallisch-Appenzellische Kraftwerke AG bezweckt die Versorgung der Kantone St. Gallen, Appenzell-Ausserrhoden und Appenzell-Innerrhoden mit elektrischer Energie (Internet-Auszug aus dem Handelsregister des Kantons St. Gallen). Ihr Aktienkapital steht vollumfänglich im Eigentum dieser drei Kantone (vgl. IV. Nachtrag zum Energiegesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 28. Juni 2011, in: ABl 2011 S. 1856 ff., S. 1867). Der Kanton St. Gallen hat in Art. 21 Ingress und lit. a seiner Verfassung (sGS 111.1, KV) die Sicherung der Versorgung mit Energie als Staatsziel festgesetzt und damit zur öffentlichen Aufgabe erklärt (vgl. dazu Schaffhauser/Uhlmann, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N 8 zu Art. 89 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; SR 101, BV). Deshalb untersteht die Vorinstanz als Trägerin einer kantonalen Aufgabe mit Sitz in St. Gallen gemäss Art. 2 Abs. 1 Ingress und lit. c des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB) in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 Ingress und Ziffer 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, rIVöB) den interkantonalen und den st.gallischen Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 143). Die ausgeschriebene Leistung betrifft die Lieferung elektrotechnischer Netzkomponenten. Sie dient der Sicherung der Energieversorgung und steht nicht im Zusammenhang mit einer kommerziellen oder industriellen Tätigkeit der Vorinstanz im Sinn von Art. 8 Abs. 2 Ingress und Ziffer 1 rIVöB. Das Verwaltungsgericht ist dementsprechend zum Entscheid in der Sache

zuständig (Art. 5 Abs. 2 EGöB). Die Beschwerdeführerin, deren nicht berücksichtigtes Angebot nach jenem der Zuschlagsempfängerin den zweiten Rang erreichte, hat grundsätzlich eine reelle Chance auf den Zuschlag und ist deshalb zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 11. Mai 2015 rechtzeitig erhoben und erfüllt die inhaltlichen und formellen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 rIVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin beanstandet unter anderem die Bewertung ihres Angebotes nach dem Preiskriterium. Sie hat entsprechend den Vorgaben in Ziffer 3.2 der Ausschreibungsunterlagen bis 31. Dezember 2016 einen Festpreis unter Berücksichtigung eines Rabatts von 25 Prozent bei einer fünfjährigen beziehungsweise von 15 Prozent bei einer dreijährigen Vertragsdauer und einem «€-Rabatt» von elf Prozent (Differenz des €-Kurses von CHF 1.07 zum Kurs von CHF 1.20) offeriert. Für die folgenden Jahre sollte sich der «€-Rabatt» jeweils nach der aktuellen Abweichung zum €-Kurs von CHF 1.20 richten. Die Beschwerdeführerin ist insoweit der Umschreibung des Preiskriteriums in den Ausschreibungsunterlagen nachgekommen, für die Vertragsdauer ab 2017 eine verbindliche Preisgleitklausel anzugeben und zu erläutern. Demgegenüber hingen die von der Beschwerdegegnerin und den beiden weiteren Anbietern offerierten jährlichen Anschaffungskosten nicht von der Vertragsdauer ab und enthielten auch keine andere «verbindliche Preisgleitklausel». Diese Anbieter haben sich nach der Umschreibung der Vertragsbedingungen in Ziffer 3.1 der Ausschreibungsunterlagen gerichtet, wonach die im Angebot des Unternehmers beschriebenen Leistungen in ihrer Gesamtheit ein funktionsfähiges und betriebssicheres System «zu einem pauschalen Festpreis» bilden.

Die Ausschreibung gilt gemäss Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit. a rIVöB als anfechtbare Verfügung. Konnte sie selbständig angefochten werden, so darf auf sie im Anschluss an den Zuschlag nicht mehr zurückgekommen werden. Es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn ein Anbieter, der sich auf ein Submissionsverfahren eingelassen hat, obwohl er die von ihm als ungenügend erachtete Umschreibung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung hätte anfechten können, noch in diesem Zeitpunkt dagegen Beschwerde führen könnte (BGer 2P.222/1999 vom 2. März 2000 E. 3a mit Hinweis auf BGE 125 I 203; VerwGE B 2011/22 vom 12. April 2011 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch; GVP 2001 Nr. 20 nach vorbehaltloser Einlassung auf eine unangekündigte Abgebotsrunde). Wer vorbehaltlos die Ausschreibungs- und Einladungsunterlagen akzeptiert und diese zur Grundlage seines Angebots macht, dem ist es verwehrt, nach einem für ihn negativen Ausgang des Verfahrens Mängel der Einladung zu rügen (vgl. VerwGE B 2003/230 vom 23. April 2004 E. 4b/bb mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung, www.gerichte.sg.ch).

Zwar haben weder die Beschwerdeführerin noch die anderen Anbieter die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen beanstandet. Eine Ausschreibung kann aber Anordnungen enthalten, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst

im Verlauf des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben, wobei die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung erhalten bleibt (vgl. VerwGE B 2010/156 vom 14. Oktober 2010 E. 2.4 mit Hinweis, www.gerichte.sg.ch). Dementsprechend muss es auch im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung möglich sein, auf die Ausschreibung zurückzukommen. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn sich erweist, dass eine den vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechende Bewertung der konkret vorliegenden Angebote nach den festgelegten Zuschlagskriterien nicht möglich ist.

3. Gemäss Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. b rIVöB bezwecken die Regeln zum öffentlichen Beschaffungswesen die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter sowie einer unparteiischen Vergabe. Der Auftraggeber prüft die Angebote dementsprechend gemäss Art. 31 Abs. 1 VöB nach einheitlichen Kriterien.

3.1. Mit Blick auf die konkret eingegangenen Angebote erweist sich die Ausschreibung der Vorinstanz hinsichtlich der Umschreibung des zu offerierenden Preises als nicht praktikabel. Mit Ausnahme der Beschwerdeführerin haben sämtliche Anbieter einzig jährliche in der Höhe von der Vertragsdauer unabhängige Anschaffungskosten offeriert. Sie haben sich damit an den in Ziffer 3.1 der Ausschreibungsunterlagen festgehaltenen Grundsatz gehalten, dass die Leistungen ein System «zu einem pauschalen Festpreis» bilden sollen. Hätte sich die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot ebenfalls nach dieser Bestimmung gerichtet, wäre eine den Grundsatz der Gleichbehandlung gewährleistende Bewertung der Angebote ohne weiteres möglich gewesen.

Das Angebot der Beschwerdeführerin verletzt allerdings die Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen ebenfalls nicht. Ziffer 3.2 der Vertragsbedingungen lässt die Einreichung von Angeboten mit einer «verbindlichen Preisgleitklausel», die «zu erläutern» ist, zu. Der Begriff der Preisgleitklausel wird ebenso wenig umschrieben wie der Begriff «verbindlich». Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch dienen Preisgleitklauseln unter anderem dazu, den in Rechnung gestellten Preis in einem späteren Lieferzeitpunkt an veränderte Lohn- und Rohstoffkosten anzupassen (vgl. beispielsweise http://wirtschaftslexikon. gabler.de). Der von der Beschwerdeführerin offerierte «€-Rabatt» dient einer solchen Anpassung, indem er bei Bestellungen ab 1. Januar 2017 die Differenz zwischen einem €-Kurs von CHF 1.20, auf welchem offenbar die Preiskalkulation der Beschwerdeführerin beruht, zu einem tatsächlichen tieferen €-Kurs an die Bestellerin weitergegeben und «als Rechnungsrabatt» ausgewiesen werden soll. Die Preisgleitklausel der Beschwerdeführerin ist damit verbindlich und ausreichend erläutert. Damit hat die Beschwerdeführerin, indem sie einen variablen «€-Rabatt» offeriert hat, jedenfalls die Ausschreibungsbedingungen nicht verletzt. Da aber der Preis in der absoluten Höhe für die Zukunft nicht bestimmbar ist, ist ein Vergleich mit den übrigen Angeboten nicht möglich. Insbesondere ist nicht auszuschliessen, dass – anders als die Vorinstanz angenommen hat – der €-Kurs während der Vertragsdauer auch unter CHF 1.07 fällt. Deshalb kann auch nicht davon

ausgegangen werden, die Vorinstanz habe das Angebot der Beschwerdeführerin so günstig wie möglich beurteilt.

3.2. Da gemäss Art. 34 Abs. 1 VöB das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält und die Kriterien zu dessen Ermittlung in Art. 34 Abs. 2 VöB nicht abschliessend aufgezählt sind, darf es nicht ausgeschlossen sein, dass in einer Ausschreibung, mit welcher ein Liefervertrag für die Dauer mehrerer Jahre vergeben werden soll, Änderungen von Produktionskosten und Einstandspreisen Rechnung getragen wird. Da allerdings solche Kostenänderungen anbieterbezogen variieren und nicht vorhergesehen werden können, kann eine Preisgleitklausel regelmässig nicht im Rahmen des Preiskriteriums, bei dem es sich in der Regel um das einzige ziffernmässig genau feststellbare beziehungsweise messbare Kriterium handelt (vgl. www.beschaffungswesen.sg.ch Vergabeverfahren/Zuschlag/Zuschlag Ziffer 6), bewertet werden. Die Bewertung von Preisgleitklauseln muss deshalb unabhängig vom Preiskriterium erfolgen. Beispielsweise kann in einem separaten und sachgerecht gewichteten Unterkriterium danach gefragt werden, ob und in welchem Umfang Reduktionen des Wechselkurses an die Vergabestelle weiter gegeben werden. Bei der Bewertung kann danach abgestuft werden, ob überhaupt und wenn ja, in welchem Umfang eine Abschwächung des CHF gegenüber einer ausländischen Währung bei der Preisberechnung berücksichtigt wird.

3.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Umschreibung des Zuschlagskriteriums des Preises in der Ausschreibung der Vorinstanz mit Blick auf die konkret eingegangenen Angebote nicht ohne Verletzung des vergaberechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieter gehandhabt werden kann. Dementsprechend ist die angefochtene Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 13. April 2015 aufzuheben. Die Angelegenheit ist im Sinn der Erwägungen zur neuen Ausschreibung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da die Beschwerdeführerin im Rechtsmittelverfahren nicht nur die Aufhebung der angefochtenen Verfügungen, sondern auch den Zuschlag an sie selbst anstrebte, entspricht dieses Ergebnis einer teilweisen Gutheissung ihrer Beschwerde.

10. Gebäudeversicherung

42

Art. 51 GVG (sGS 873.1); Art. 51 OR (SR 220). Die GVA kann (nur) dann auf den Schadensverursacher regressieren, wenn diesen ein über eine leichte Fahrlässigkeit hinausgehendes Verschulden trifft (E. 2).

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 19. Mai 2015

Die E.AG plant den Ausbau ihrer Lagerhalle. Mit den Abbrucharbeiten beauftragt sie die Beklagte, vertreten durch deren Geschäftsführer A.B. Im Rahmen dieser Arbeiten trennt der bei der Beklagten angestellte C.D. zwei aus dem Boden ca. 15 cm weit herausragende, nach dem Bodendurchbruch an Kunststoffrohre angeschlossene Chromstahlrohre zunächst mit dem Winkelschleifer und dann mit dem Schneidbrenner ab. Kurze Zeit nach dem Einsatz des Schneidbrenners kommt es zu einem Brand mit grossem Sachschaden. Die Gebäudeversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (GVA; Klägerin) erbringt der E. AG entsprechende Versicherungsleistungen. C.D. sodann wird u.a. wegen fahrlässiger Verursachung einer Feuersbrunst zu einer Geldstrafe verurteilt. Im in der Folge von der Klägerin gegen die Beklagte und deren Arbeitnehmer C.D. eingeleiteten Regressprozess bejaht das Kreisgericht die grundsätzliche Haftbarkeit des Arbeitnehmers, verneint aber die Haftung der Beklagten. Die Abweisung der Klage gegen die Beklagte bildet Gegenstand der von der Klägerin erhobenen Berufung.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin begründet ihre Forderung mit – zufolge Subrogation erworbenen – Ansprüchen (1) aus dem Werkvertrag zwischen der (geschädigten) E. AG und der Beklagten (Art. 97 ff. OR), der – gestützt auf Art. 55 Abs. 2 ZGB – das schuldhafte Verhalten ihres Organs A.B. und – gestützt auf Art. 101 Abs. 1 OR – ihres Arbeitnehmers C.D. zuzurechnen sei, (2) aus unerlaubter Handlung von A.B. als Organ der Beklagten gestützt auf Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 41 OR sowie (3) aus der Haftung der Beklagten aus Art. 55 OR für das schuldhafte Verhalten ihres Arbeitnehmers C.D. Die betreffenden Ansprüche seien, so die Klägerin, gemäss Art. 51 GVG und Art. 51 OR im Umfang der von ihr geleisteten Entschädigung auf sie, die Klägerin, übergegangen. Die Beklagte, welche die Aktivlegitimation der Klägerin gestützt auf die Subrogationsbestimmung in Art. 51 GVG (vgl. hierzu GVP 1972 Nr. 11) und Art. 51 OR als Grundlage für die Beurteilung der Regressklage zu Recht nicht bestreitet, stellt demgegenüber ihre Haftung deshalb in Abrede, weil sie allein aus Vertrag, nicht aber aus unerlaubter Handlung hafte, und weil einzig ein leichtes Verschulden ihres Arbeitnehmers C.D. vorliege, womit der Rückgriff auf sie nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 80 II 247 [= Pra 44, 1955, Nr. 18]; sog. Gini/Durlemann-Praxis) ausgeschlossen sei.

2. a) Ist der Schaden durch einen Dritten verschuldet worden, so gehen die Schadenersatzansprüche des Versicherten auf die GVA über, soweit sie Entschädigung leistet (Art. 51 Abs. 1 GVG). Wie Art. 72 VVG – diese Bestimmung ist allerdings auf die Klägerin als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit nicht anwendbar (vgl. Art. 103 Abs. 2 VVG) – räumt Art. 51 GVG der Klägerin einen Regress ein, der im Unterschied zu Art. 72 VVG indessen den Übergang nicht nur der Ersatzansprüche aus schuldhafter unerlaubter Handlung, sondern auch derjenigen aus schuldhafter Verletzung vertraglicher Verpflichtungen beinhaltet (GVP 1972 Nr. 11 E. 1). Damit aber stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Art. 51 GVG und Art. 51 OR. Nach letzterer Bestimmung wird Art. 50 OR betreffend den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, auf den Rückgriff zwischen mehreren Personen, die für denselben aus verschiedenen Rechtsgründen haften (sogenannte mehrtypische Solidarität), sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift, entsprechend angewendet (Abs. 1); in der Regel trägt dabei in erster Linie derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftet (Abs. 2). Diese Bestimmung hat gegenüber der kantonalen Gesetzgebung Vorrang (BGer 4C.92/2007 E. 2.2; BGE 103 II 330; Brehm, Berner Kommentar, N 15 und 71 zu Art. 51 OR; BSK OR I-Heierli/Schnyder, Art. 51 N 4), und sie ist auch für den Geschädigten zwingend, um zu verhindern, dass er zwischen den mehreren möglichen Ersatzpflichtigen mittels gezielter Abtretung die endgültige Schadenstragung beeinflusst (BGE 137 III 352 E. 4; BK-Brehm, N 16 zu Art. 51 OR). Vor diesem Hintergrund ist demnach im Folgenden zu prüfen, aus welchem Rechtsgrund die Beklagte der Grundeigentümerin gegenüber gegebenenfalls haftet (bzw. gehaftet hätte) und an welcher Stelle diese Haftung in der zwingenden Kaskade nach Art. 51 Abs. 2 OR – (1) Verschulden, (2) Vertrag und (3) Gesetzesvorschrift – steht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die an erster Stelle der Regressordnung stehende Verschuldenshaftung diejenige aus unerlaubter Handlung meint, d.h. die Haftung, bei welcher den Ersatzpflichtigen ein persönliches Verschulden gemäss Art. 41 OR trifft, wozu auch die Fälle gehören, in denen den Kausalhaftpflichtigen (z. B. gemäss Art. 55 OR) ein persönliches Verschulden trifft bzw. in denen sich eine juristische Person gestützt auf Art. 55 ZGB das Verschulden ihrer Organe entgegenhalten lassen muss. Zu den aus Vertrag (Ersatz-) Pflichtigen sodann gehören diejenigen Vertragspartner, die aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung zur Schuldübernahme – hierzu zählen insbesondere der Schadensversicherer und die kantonale Brandversicherungsanstalt – oder wegen Nicht- oder nicht gehöriger Vertragserfüllung gemäss Art. 97 ff. OR in Anspruch genommen werden können. An dritter Stelle hat schliesslich den Schaden zu tragen, wer ausschliesslich gestützt auf eine gesetzliche Vorschrift und mithin weder aus persönlichem Verschulden noch aus Vertrag für den Schaden einzustehen hat. Bei diesen einfachen Kausal- (z. B. gemäss Art. 55 OR) oder Gefährdungshaftungstatbeständen lassen dabei Verschuldensaspekte, die einen möglichen Entlastungsbeweis scheitern lassen, die Haftung

nicht zu einer solchen aus Verschulden werden; vielmehr führt nur ein persönliches Verschulden zu einer Haftung der ersten Kategorie (vgl. BSK OR I-Heierli/Schnyder, Art. 51 N 13–17, OFK-Fischer, OR 51 N 17–20, BK-Brehm, N 49 ff., insbes. N 52–57, 60 und 71 zu Art. 51 OR, BGE 96 II 172 und BGE 120 II 58).

Auf die Fälle der sogenannten eintypischen Solidarität, d.h. der Ersatzpflicht Mehrerer aus dem gleichen Rechtsgrund, findet Art. 51 Abs. 2 OR analog Anwendung. Dabei gilt der Grundsatz der gleichmässigen Verteilung, unter Berücksichtigung der Besonderheiten des allfälligen Verschuldens und der allfälligen Betriebsgefahr. Erstere Besonderheit (Verschulden) spielt in diesem Zusammenhang namentlich bei mehreren aus Vertrag Ersatzpflichtigen eine Rolle: Gemäss der in BGE 80 II 247 begründeten (Gini/Durlemann-) Rechtsprechung haftet der ohne Verschulden aus Vertrag Zahlungspflichtige und damit insbesondere der Schadensversicherer und die kantonale Brandversicherungsanstalt (welche die Versicherungsprämien entsprechend kalkulieren; vgl. BGE 80 II 247 E. 5 S. 254 f.) vor dem aus Vertrag Ersatzpflichtigen, den (nur) ein leichtes Verschulden trifft (BGE 80 II 247 E. 5 S. 255: «En tout cas, il s'impose de le [sc. l'octroi du recours] refuser lorsque le tiers répond seulement d'une faute contractuelle légère, qu'il l'ait commise lui-même ou qu'elle soit le fait des employés»); er kann deshalb auf den wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung schadenersatzpflichtigen Vertragspartner nur dann Rückgriff nehmen, wenn sich Letzterer mehr als ein leichtes Verschulden entgegenhalten lassen muss (allgemein zur sogenannten eintypischen Solidarität und zur Regressproblematik in den Fällen der Konkurrenz mehrerer aus Vertrag Ersatzpflichtiger vgl. BSK OR I-Heierli/Schnyder, Art. 51 N 19 f., BK-Brehm, N 95 ff., insbes. N 108 ff., zu Art. 51 OR, und OFK-Fischer, OR 51 N 27 ff., insbes. N 32 ff.). Angesichts der in Lehre und Rechtsprechung getroffenen Unterscheidung verschiedener Verschuldensstufen – insbesondere Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit (grobes Verschulden), mittelschwere Fahrlässigkeit (vgl. z. B. BGE 100 II 332 E. 3a S. 338: «fautes moyennes» bzw. «fautes intermédiaires») und leichte Fahrlässigkeit (leichtes Verschulden; vgl. namentlich BK-Brehm, N 191 ff. zu Art. 41 OR mit Hinweisen) – stellt sich dabei allerdings die Frage danach, ob für einen Regress ein schweres Verschulden erforderlich ist oder ob ein nicht mehr leichtes Verschulden und damit auch eine «mittelschwere Fahrlässigkeit» genügt. Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht dazu nie eindeutig geäussert (vgl. BK-Brehm, N 116 zu Art. 51 OR): Im bereits zitierten BGE 80 II 247 hat es den Regress bei leichter Fahrlässigkeit («faute contractuelle légère») und in BGE 114 II 342 E. 3 S. 345 bei Verneinung jeglicher Schwere der Vertragsverletzung («si l'on dénie tout caractère de gravité à la faute commise») als unzulässig betrachtet. Mit dem Hinweis auf vorliegende Grobfahrlässigkeit hat es ihn demgegenüber z. B. in BGE 93 II 345 oder BGer 4C.92/2007 bejaht, während es in BGer 4C.148/2001 E. 5.2 allgemein festhält, ein Rückgriff sei zulässig, wenn den aus Vertrag haftbaren Schädiger bzw. dessen Hilfsperson «nicht bloss ein leichtes Verschulden» treffe, um dann (aber) in Erwägung zu ziehen, der Beklagten bzw. ihrer Hilfsperson seien «verschiedene ‹leichtfertige› Verhaltensweisen bzw. Unterlassungen […] – mithin schwere Fehlver-

halten – vorzuwerfen». Nicht zuletzt auch angesichts der nachfolgend zu prüfenden Kritik an der Rechtsprechung erscheint es angezeigt, sich am diese Rechtsprechung begründenden BGE 80 II 247 zu orientieren und den Regress dann auszuschliessen, wenn den aus Vertrag Ersatzpflichtigen nur ein leichtes Verschulden trifft, ihn aber zuzulassen, wenn den Ersatzpflichtigen ein über eine leichte Fahrlässigkeit hinausgehendes Verschulden trifft.

b) Die in BGE 80 II 247 begründete Rechtsprechung wird von der Beklagten grundsätzlich in Zweifel gezogen. Sie macht geltend, soweit ersichtlich habe sich das Bundesgericht letztmals in BGE 137 III 352 mit der fraglichen Praxis auseinandergesetzt und dabei eine Überprüfung seiner Rechtsprechung nur deshalb abgelehnt, weil damals die Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) im Parlament hängig gewesen sei, bei welcher der Bundesrat ein integrales Regressrecht auch für den subrogierenden privaten Schadensversicherer vorgesehen habe, wie er nach Art. 72 ATSG und Art. 34b BVG für den Sozialversicherer gelte. Nachdem die Revision im Parlament gescheitert und auf absehbare Zeit nicht mit einer Revision in diesem Punkt zu rechnen sei – die Vorlage sei an den Bundesrat zurückgewiesen worden –, dürfte das Bundesgericht (mittlerweile) bereit sein, seine Rechtsprechung zu überprüfen, wobei nur folgerichtig sei, dass dieselbe Wertung wie im Sozialversicherungsrecht auch im privaten Haftpflichtrecht Eingang finde. Der Weg zur Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei im Übrigen durch einzelne kantonale Entscheide wie z. B. im Entscheid des Kantonsgerichts Neuenburg vom 13. März 2007 vorgezeichnet […].

BGE 137 III 352 betrifft einen Fall, in dem es um den Rückgriff eines Schadensversicherers (freiwillige Zusatzversicherung nach VVG zur obligatorischen Krankenversicherung) gegen einen aus Art. 58 OR und damit kausal haftenden Werkeigentümer ging. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall, in dem nicht die Frage des Rückgriffs eines aus vertraglicher Risikoübernahme haftenden Versicherers auf einen in der Kaskade nach Art. 51 Abs. 2 OR an dritter Stelle stehenden, aus Gesetzesvorschrift Haftenden zur Diskussion steht, sondern diejenige des Rückgriffs auf einen aus Vertrag oder allenfalls Verschulden Ersatzpflichtigen, vom Fall, den das Bundesgericht zu entscheiden hatte. BGE 137 III 352 beleuchtet die Frage der Bedeutung von Art. 51 Abs. 2 OR allerdings allgemein, weshalb der Entscheid zu Recht unbestrittenermassen durchaus auch in der vorliegenden Auseinandersetzung zu berücksichtigen ist; bezeichnenderweise verweist er denn auch verschiedentlich auf die in BGE 80 II 247 begründete (Gini/Durlemann-) Praxis. Entgegen der Auffassung der Klägerin rechtfertigt er aber kein Abweichen von der betreffenden Rechtsprechung. Zwar trifft zu, dass das Bundesgericht auf die damals im Parlament hängige VVG-Revision verwies, allerdings nicht nur, sondern im Sinn eines zusätzlichen Arguments: Das Bundesgericht hielt nämlich dafür, dass mit seiner konstanten Rechtsprechung, auf welche sich die Versicherungspraxis eingestellt haben dürfte, dem eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers nachgelebt werde, wonach der Versicherer, der sich durch die Prämien für mögliche Schadensfälle bezahlt ma-

che, den Schaden in der Regel vor einem ohne sein Verschulden Haftenden tragen solle. Obwohl dieser klare gesetzgeberische Entscheid zu einer diskussionswürdigen Kostenverteilung für Schadensereignisse führen möge, sei es nicht ohne weiteres Sache der Rechtsprechung, ihn zu ändern, auch wenn seither einige Zeit verflossen sei. Dies, so das Bundesgericht weiter, «umso weniger», als sich der Gesetzgeber der Frage angenommen habe. An dieser Ausgangslage hat sich nichts, zumindest nichts Entscheidendes, geändert. Die Revision ist zwar nach der Rückweisung an den Bundesrat ins Stocken geraten, aber nicht definitiv vom Tisch. Mit einer Änderung der Rechtsprechung würde damit beim jetzigen Stand der Dinge der Revision weiterhin vorgegriffen und dabei möglicherweise dem vom Bundesgericht zu Recht erwähnten Anliegen, im Rahmen der Revision «auch allenfalls erforderliche Abstimmungen mit andern Vorschriften» vorzunehmen, nur ungenügend Rechnung getragen (vgl. BGE 137 III 352 E. 4.6). Vor diesem Hintergrund ist weiterhin von der bisherigen jahrelangen konstanten Rechtsprechung auszugehen – eine Praxisänderung hätte denn auch weitreichende, schwer abzuschätzende Auswirkungen auf das Zusammenwirken von Schadenausgleichssystemen (allgemein zur Komplexität der Schadenausgleichssysteme vgl. z. B. Roland Schaer, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen; Alexandra Rumo-Jungo, Haftpflicht und Sozialversicherung) –, woran auch der von der Klägerin eingereichte Entscheid des Kantonsgerichts Neuenburg vom 13. März 2007 nichts zu ändern vermag (zur Rechtsprechung vgl. im Übrigen auch BGer 4C.92/2007 E. 3.1, 4C.148/2002 E. 5.2, BGE 93 II 345 E. 6 und GVP 1972 Nr. 11).

c) In Anwendung der hiervor umschriebenen, in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze steht der Klägerin mithin dann ein Regressanspruch gegen die Beklagte zu, wenn Letztere gegenüber der E. AG als Geschädigter aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 OR, mit einem über das blosse Misslingen des Entlastungsbeweises hinausgehenden Verschulden aus Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR oder wegen der über ein leichtes Verschulden hinausgehenden, nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages gemäss Art. 97 bzw. Art. 101 OR für den entstandenen Schaden hätte eintreten müssen.

II. Zivilrecht

1. Einleitung

43

Art. 8 ZGB (SR 210); Art. 32 OR (SR 220). Klagt der Dritte gegen den Vertreter auf Erfüllung des Vertrages, dann trifft den Vertreter die Beweislast dafür, nicht in eigenem Namen, sondern als Vertreter gehandelt zu haben.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 5. Oktober 2015

Aus den Erwägungen:

Nicht der Vertreter, sondern der Vertretene wird berechtigt und verpflichtet, wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst (Art. 32 Abs. 1 OR). Hat sich der Vertreter beim Vertragsabschluss nicht als solcher zu erkennen gegeben, wird der Vertretene (dabei allerdings) nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse (Art. 32 Abs. 2 OR). Rechtswirksame Vertretung setzt mit andern Worten ein Zweifaches voraus, nämlich zum einen die Vertretungsmacht des Vertreters – diese kann, abgesehen von der Bevollmächtigung des Vertreters durch den Vertretenen (vgl. Art. 32 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 1 OR), auch mit einer entsprechenden Erklärung des Vertretenen gegenüber dem Dritten (vgl. Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR) begründet werden – und zum andern das Auftreten des Vertreters im Namen des Vertretenen bzw. die Gleichgültigkeit des Dritten, mit wem er den Vertrag schliesse (statt Vieler BSK OR I-Watter, Art. 32 N 12). Fehlt die eine oder die andere Voraussetzung, d.h. handelte der Vertreter ohne Vertretungsmacht oder nicht im Namen des Vertretenen bzw. war dem Dritten die Person des Vertragspartners nicht gleichgültig, und hält sich der Dritte deshalb mit der Forderung auf Schadenersatz (vgl. hierzu Art. 39 Abs. 1 und Abs. 2 OR) oder auf Erfüllung des Vertrages an den Vertreter, dann obliegt bei der Erfüllungsklage nach herrschender Lehre und Rechtsprechung dem Vertreter, zu beweisen, dass er nicht in eigenem Namen, sondern für den Vertretenen gehandelt hat (BGer 4C.154/2004 E. 2.2.2, BSK OR I-Watter, Art. 32 N 34, und Kummer, Berner Kommentar, Bern 1966, N 229 f. zu Art. 8 ZGB). Zäch (Berner Kommentar, N 186 zu Art. 32 OR) spricht sich zwar für die Beweislast des Dritten aus, räumt aber immerhin ein, dass «nach der überkommenen und mehrheitlichen Lehre» die Beweislast beim Beklagten liege; zudem übersieht er, dass in den wohl meisten Fällen, in denen die Frage des Handelns im Namen des Vertretenen strittig ist, der Vertreter sich nicht ausdrücklich als solcher zu erkennen gegeben hat und mithin zu prüfen ist, ob der Dritte aus den Umständen hätte auf ein Vertretungsverhältnis schliessen müssen (Art. 32 Abs. 2 OR). Da der Vertreter

seinen Rechtsstandpunkt aus der Relevanz dieser Umstände ableitet, erscheint sachgerecht, von ihm den Nachweis dafür zu verlangen, dass er in für den Dritten erkennbarer Weise für den Vertretenen gehandelt hat.

2. Familien- und Erbrecht

44

Art. 176 und Art. 277 Abs. 2 ZGB (SR 210). Anwendung der gleichen Methode bei der gleichzeitigen Festsetzung der Unterhaltsansprüche minder- und volljähriger Kinder im Massnahmeverfahren.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 12. März 2015

Aus den Erwägungen:

Die Mitbeurteilung des A. geschuldeten Unterhalts im Rahmen des vorliegenden Verfahrens blieb zu Recht unbestritten; A. wurde während des Verfahrens volljährig und erklärte sich anlässlich seiner Anhörung vom 10. Dezember 2013 im Sinn der Rechtsprechung (vgl. BGE 129 III 55) damit einverstanden, dass sein Unterhalt (weiterhin) von der Mutter geltend gemacht werde. Nicht ganz unproblematisch erscheint dabei allerdings der Umstand, dass der Vorderrichter den Unterhalt für A. nach der gleichen Methode festlegte wie denjenigen für seine beiden Brüder. Der Volljährigenunterhalt beurteilt sich teilweise nach anderen Kriterien als der Unmündigenunterhalt; insbesondere besteht nur Anspruch auf Deckung der Unkosten, nicht aber auf einen allfälligen Anteil am Überschuss, und umfassen die zu deckenden Grundbedürfnisse nicht nur den betreibungsrechtlichen Kinderzuschlag, sondern einen eigenen Grundbetrag, der, solange das Kind im Haushalt eines Elternteils wohnt, auf Fr. 1050.– festzusetzten ist (vgl. zum Ganzen KGer St. Gallen, FamPra.ch 2005, 906, 908). Hier besteht allerdings insofern eine Besonderheit, als neben den persönlichen Ansprüchen und denjenigen des volljährigen A. – Letztere würden im Übrigen Ersteren nachgehen (BGE 132 III 209 = Pra96, 2007, Nr. 6 E. 2.3) – auch noch diejenigen der unmündigen Söhne zu beurteilen sind, wobei während der Geltungsdauer der Regelung möglicherweise auch noch Y. volljährig wird. Dieser Umstand legt an sich schon die Gleichbehandlung der drei Söhne nahe. Hinzu kommt, dass sich die unterschiedlichen Methoden auf die Gesamtbelastung des Ehemannes bzw. die Gesamtansprüche der Ehefrau, wenn überhaupt, nur sehr beschränkt auswirken, dass die konkludente Zustimmung der Ehegatten zur gewählten Berechnungsmethode auch als Zugeständnis der Zumutbarkeit entsprechender Unterhaltsbeiträge gewertet

werden kann (vgl. Art. 277 Abs. 2 ZGB) und dass beide Parteien das Vorgehen des Vorderrichters nicht beanstandet haben. Wie schon im erstinstanzlichen Verfahren erfolgt daher auch im Berufungsverfahren die Beurteilung der Unterhaltsansprüche für alle Beteiligten integral nach der Methode der Bedarfsberechnung mit Überschussbeteiligung.

45

Art. 176 Abs. 3 ZGB (SR 210). Wenn es dem Kindeswohl entspricht, kann ein Kind auch gegen den Willen eines Elternteils in die alternierende elterliche Obhut gegeben werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 14. August 2015

Aus den Erwägungen:

1. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung der Eltern steht die Frage, von wem das Kind K fortan zur Hauptsache betreut werden soll.

Die Vorinstanz stellte das Kind in die alternierende Obhut beider Elternteile. Beide Elternteile hätten sich bis anhin an der Betreuung des Sohnes beteiligt und dieser weise sowohl zu Vater als auch Mutter eine enge Beziehung auf. Die alternierende Obhut gewährleiste die grösstmögliche Kontinuität und Stabilität in den persönlichen Beziehungen und entspreche auch dem Wunsch des Kindes, beide Elternteile gleichmässig zu sehen und regelmässig bei ihnen zu übernachten.

Die Mutter fordert demgegenüber die alleinige Obhut. Die praktische Umsetzung einer alternierenden Obhut sei schwer vorstellbar und es sei in keiner Art und Weise ersichtlich, wie dadurch für den erst […]-jährigen ein stabiles und kontinuierliches Umfeld geschaffen werden soll. Der Sohn würde bereits heute unter den ungewissen Verhältnissen leiden, was sich auch in seinen abfallenden schulischen Leistungen widerspiegle. Sie arbeite von morgens bis nachmittags und sei somit zu Hause, wenn der Sohn von der Schule zurückkomme. In der Zeit, in der sie aufgrund der Erwerbstätigkeit abwesend sei, habe sie für die Betreuung eine stimmige Lösung gefunden: […]. Der Vater habe indes in keiner Art und Weise ein Betreuungskonzept vorgelegt und zudem sei seine Erziehungsfähigkeit zweifelhaft […].

Der Vater entgegnet, dass bei der Obhutszuteilung allein das Kindswohl massgebend sei. Die Mutter würde ausschliesslich mit ihren persönlichen Eltern-Interessen argumentieren und den Vater tatsachenwidrig und unbegründet diskreditieren und seine Erziehungsfähigkeit in Zweifel ziehen. Es gebe keinen Grund für die Anordnung der alleinigen Obhut bei der Mutter und deren momentane Hyperaktivität und

gespielte Fürsorge liessen Zweifel an ihrer Erziehungsfähigkeit und -kompetenz aufkommen […].

Im Rahmen der Kindsanhörung vom […] gab K an, er würde mehr oder weniger regelmässig jeweils am Freitagabend […] von einem Elternteil zum anderen wechseln und dann dort eine Woche bleiben. Dies sei gut für ihn und auch die Eltern seien zufrieden […].

2. Zunächst ist zu prüfen, ob vorliegend die sogenannte alternierende oder gemeinsame Obhut (es ist nach wie vor unklar, welcher dieser Begriffe für das in Frage stehende Betreuungsmodell zum Tragen kommt; vgl. zum Ganzen Gloor, Der Begriff der Obhut, FamPra.ch 2015, 348) angezeigt erscheint. Dem Vater ist zuzustimmen, dass diese Form der Kinderbetreuung – sofern die Rahmenbedingungen stimmen – grundsätzlich optimal ist, weil das Kind so von den Kompetenzen beider Eltern profitiert und beide im Leben des Kindes gleichermassen präsent bleiben sowie sich gegenseitig entlasten können (Sünderhauf/Widrig, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, in: AJP 7/2014, 895).

Im Fall der gemeinsamen elterlichen Sorge kann das Gericht u.a. entweder einem Elternteil die alleinige Obhut zuteilen oder eine geteilte bzw. alternierende Obhut beider Elternteile festlegen. Leitprinzip ist das Kindeswohl; die Interessen der Eltern haben in den Hintergrund zu treten. Einbezogen werden müssen zunächst die bestehenden Bindungen des Kindes zu den beiden Elternteilen. Entscheidend sind sodann die jeweiligen Erziehungsfähigkeiten der Eltern und ihre Eignung und Bereitschaft, sich persönlich um das Kind zu kümmern und sich mit ihm zu beschäftigen sowie die Kooperationsbereitschaft und die Bereitschaft, insbesondere die Beziehung zum anderen Elternteil zuzulassen. Es ist diejenige Lösung zu wählen, die unter Berücksichtigung der gesamten Umstände dem Kind die notwendige Stabilität der Beziehungen gewährleistet, die es für seine optimale Entwicklung und Entfaltung benötigt. Alternierende Obhut kann in vielen Fällen dem Kindswohl entsprechen, stellt aber hohe Anforderungen an Eltern und Kinder. Sie ist namentlich dann nicht geeignet, wenn das Kind dadurch kontinuierlich dem Konflikt der Eltern ausgesetzt ist oder wenn die ständigen Wechsel für das Kind zu belastend sind. Zwar kann aus der gemeinsamen elterlichen Sorge kein Elternteil das Recht ableiten, das Kind auch tatsächlich zur Hälfte betreuen zu können. Das Wechselmodell kommt aber dann in Frage, wenn die Eltern bereits während des Zusammenlebens beide massgeblich an Pflege und Erziehung des Kindes beteiligt waren oder während des Getrenntlebens das Kind bereits alternierend betreut haben (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 298b N 5; Büchler/Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, Rz. 9). Die Rechtsprechung zum «alten» Sorgerecht verlangte für die gemeinsame Obhut einen einvernehmlichen Antrag der Eltern (BGer 5P.173/2001 E. 7; 5A_69/2011; Bräm, Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft: Besonderheiten, Tendenzen, Widersprüche, FamPra.ch 2006, 519, 528; Gloor, Der Begriff der Obhut, FamPra.ch 2015, 331, 342), ein gemeinsames Betreuungskonzept sowie einen gemeinsamen Kostenschlüssel (FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 6). Be-

züglich des neuen Rechts wird die Meinung vertreten, die gemeinsame Obhut könne auch gegen den Willen einer Partei angeordnet werden, wenn sie dem Kindeswohl diene (OGer ZH vom 20. November 2014, LE140020 E.III 2.2, www.gerichte-zh.ch; Gloor/Schweighauser, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014, 1, 10; Büchler/Maranta, a.a.O.). Damit eine geteilte/alternierende Obhut angeordnet werden kann, ist zusätzlich erforderlich, dass beide Elternteile das Kind in zeitlich grösserem Ausmass als beim üblichen Wochenendbesuchsrecht betreuen (OGer ZH vom 23. Dezember 2014, LE140040 E. 1.3, in: ZR 2015, 37 f.).

3. Während des Zusammenlebens der Eltern hat sich für K folgende Betreuung ergeben: Beide Elternteile arbeiteten zu 100 Prozent […]. Seit […] hat der Vater eine Wohnung […] bezogen, welche in naher Distanz zur Wohnung der Mutter ist […]. Gemäss übereinstimmenden Aussagen der Parteien im Rahmen des Vergleichsgesprächs wie auch durch K wird die alternierende Obhut mit jeweiligen Wechsel am Freitagabend […] seither mehr oder weniger gelebt. Für K haben sich in seinem Alltag dadurch keine allzu grossen Veränderungen ergeben: […]. Der einzige Unterschied zur früheren Situation ist, dass er jeweils für eine Woche bei der Mutter und dann für eine Woche beim Vater wohnt. Gemäss seinen eigenen Aussagen – welche authentisch und aus freien Stücken erschienen sind – stimmt für ihn diese Betreuungssituation und ist das, was er in Zukunft möchte. Dieser klar ausgedrückte Wunsch des Kindes spricht für eine geteilte Obhut.

4. Das Kriterium der Kontinuität bzw. Stabilität, verstanden als Weiterführung der bisherigen Lebensweise, spricht ebenso für die geteilte Obhut resp. steht dieser nicht entgegen. Wie dargelegt, spielt es für K in seinem Alltag keine grosse Rolle, ob er sich bei Vater oder Mutter aufhält, da er von beiden aus die Schule selbständig erreichen kann, mit den gleichen Kollegen abmachen und das für ihn so wichtige […] Training besuchen kann. Kontinuität bedeutet aber nicht nur das Fortbestehen des Aufenthaltsorts, sondern beinhaltet ebenso das Kriterium der Beziehungskontinuität (FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 2; BGE 138 III 565 E. 4.3). Hier haben die Eltern bereits während des Zusammenlebens je zu 100 Prozent gearbeitet und sich auch die Betreuung von K geteilt […]. Beide Eltern pflegen offenbar eine tiefe Beziehung zu K […]. Auch die Beziehungskontinuität spricht somit für eine geteilte Obhut.

5. Zu prüfen ist ferner das Kriterium der persönlichen Betreuung. Wie bereits dargelegt, können beide Elternteile die Betreuung nur zu einem gewissen Teil selber wahrnehmen, da sie tagsüber am Arbeiten sind. Beide Elternteile und insbesondere auch K haben sich mit dieser Situation aber bereits während einigen Jahren arrangiert und eine Lösung gefunden, welche funktioniert. […]

6. Die bisherigen Ausführungen sprechen allesamt grundsätzlich dafür, dass vorliegend die geteilte Obhut dem Kindeswohl – und auch dem erklärten Willen des Kindes – entspricht. Fraglich ist einzig, ob die Kommunikation und Kooperationsfähigkeit der Eltern genügend gut für dieses Betreuungssystem funktioniert

(OGer ZH vom 20. November 2014, LE140020, E. III 2.2). Eine geteilte Obhut setzt voraus, dass sich die Eltern beim Wechsel des Kindes gegenseitig über schulische Belange, Freizeitaktivitäten und andere Vorkommnisse informieren. Die Mutter sieht hierbei Probleme und befürchtet auch, dass die Schule nicht weiss, an wen sie sich wenden soll. Der Vater gibt im Rahmen des Vergleichsgesprächs offen zu, dass die Kommunikation Verbesserungsbedarf habe, er sich aber in Zukunft bessern möchte. Unbestrittenermassen ist die Kommunikation zwischen den Eltern harzig und es darf nicht sein, dass Informationen dem Sohn zur Weitergabe an den anderen Elternteil gegeben werden (wie dies scheinbar in der Vergangenheit gemacht wurde). Allerdings darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass K bereits […] Jahre alt ist und seine Bedürfnisse und Wünsche auch selber äussern kann. Die Schule kann darüber informiert werden, dass K je eine Woche bei einem Elternteil wohnt und dementsprechend Benachrichtigungen an beide Elternteile zu erfolgen haben. Nichtsdestotrotz sind aber die Eltern in die Pflicht zu nehmen: Beide wollen für den gemeinsamen Sohn nur das Beste. Bei beiden ist eine echte Zuneigung zu K spürbar und auch K möchte mit beiden Eltern soweit als möglich weiterhin zusammenleben […]. Die Kindseltern haben im Rahmen des Vergleichsgesprächs einen besonnenen und teils auch selbstkritischen Eindruck hinterlassen, so dass zu hoffen ist, dass sie für ihr Kind den Konflikt auf der Paar-Ebene soweit zurückdrängen können, dass sie ein Mindestmass an Kommunikation und Kooperation aufbringen, um die jeweiligen Übergaben und die anfallenden Informationspflichten sachlich absprechen und durchführen zu können. Hierbei ist anzumerken, dass auch bei der Zuteilung der Obhut an nur einen Elternteil und damit verbunden die Zusprechung eines Besuchs- und Ferienrechts an den anderen Elternteil, zwingend eine Kommunikation zwischen den Eltern stattzufinden hat. Den entsprechenden Bedenken kann insoweit entgegen gewirkt werden, als ein Beistand eingesetzt wird […], welcher die Eltern bei der praktischen Umsetzung und insbesondere dem Informationsaustausch unterstützen soll.

7. In einer Bilanz ist festzuhalten, dass trotz der aufgezeigten Kooperations- und Kommunikationsdefizite der Eltern die alternierende Obhut für den Sohn K die sich aufdrängende Lösung darstellt. Der vorinstanzliche Entscheid ist in diesem Punkt zu bestätigen. […]

Gegen die Festlegung des Wohnsitzes bei der Mutter wurde nicht opponiert, ebenso wenig gegen die Regelung, dass jeder Elternteil während seinem Betreuungsanteil für Kost, Logis und Körperpflege von K aufkommt.

46

Art. 610 Abs. 2 ZGB (SR 210). Die Erben haben einander über ihr Verhältnis zum Erblasser alles mitzuteilen, was für die gleichmässige und gerechte Verteilung der Erbschaft in Betracht fällt. Die Auskunftspflicht erfasst sämtliche Vermögensverschiebungen zwischen dem Erblasser und einem seiner Erben, sofern sich daraus eine Auswirkung auf die Erbteilung ergeben könnte. Die Auskunftspflicht besteht ungeachtet der güterrechtlichen Verhältnisse und namentlich auch dann, wenn der Miterbe die Relevanz eines Geschäftes für die Erbteilung bestreitet, denn dies zu beurteilen ist im Streitfall nicht Sache des betreffenden Miterben, sondern des Zivilrichters.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 19. November 2015

Die Eheleute V. und M. sowie ihre Töchter A. und B. unterzeichneten im November 2006 eine Vereinbarung, wonach V. 300 Namenaktien der X. AG als mit Fr. 1 420 000.– anrechenbaren Erbvorbezug ins Eigentum von B. übertrage und die Tochter A. einen Erbvorbezug von Fr. 690 000.– erhalte, womit beide Töchter mit den bereits erhaltenen Summen gleichwertige Erbvorbezüge von insgesamt Fr. 2 220 000.– bekommen hätten. Im Dezember 2008 schlossen V. und M. einen Erbvertrag. Darin bestätigten sie vorab den Ehe- und Erbvertrag vom November 1994, insbesondere die darin enthaltene Vereinbarung, wonach der überlebende Ehegatte die Gesamtsumme des Vorschlages beider Ehegatten zu unbeschwertem Eigentum erhalten soll. Sodann trafen sie verschiedene erbrechtliche Vereinbarungen und hielten ausserdem fest, dass ihre beiden Töchter bislang ausgleichungspflichtige Erbvorbezüge von je Fr. 2 220 000.– erhalten hätten. Als V. verstarb, hinterliess er als Erbinnen seine Ehefrau M. sowie seine beiden Töchter A. und B. In der Folge ersuchte A. beim zuständigen Kreisgericht um Rechtsschutz in klaren Fällen und reichte ein Gesuch um Aktenedition und Auskunft gegen ihre Schwester B. ein. Die Gutheissung dieses Gesuchs bildet Gegenstand der von der Gesuchsgegnerin erhobenen Berufung.

Aus den Erwägungen:

2. a) Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt liquid und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Die Rechtslage ist klar, wenn sich die Rechtsfolge der anwendbaren Norm im Rahmen bewährter Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7221).

Gemäss Art. 610 Abs. 2 ZGB haben die Erben einander über ihr Verhältnis zum Erblasser alles mitzuteilen, was für die gleichmässige und gerechte Verteilung der Erbschaft in Berücksichtigung fällt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Informationsinteresse der an einem Erbgang beteiligten Erben in einem

umfassenden Sinne zu schützen; mitzuteilen ist mithin alles, was bei einer objektiven Betrachtung möglicherweise als geeignet erscheint, die Teilung in irgendeiner Weise zu beeinflussen, wozu ungeachtet der konkreten güterrechtlichen Verhältnisse insbesondere auch zu Lebzeiten des Erblassers getätigte Zuwendungen zu rechnen sind (BGE 127 III 396 E. 3; BGE 132 III 677 E. 4.2.1). Die Auskunftspflicht erfasst sämtliche Vermögensverschiebungen zwischen dem Erblasser und einem seiner Erben, sofern sich daraus eine Auswirkung auf die Erbteilung ergeben könnte. Dass die Vermögensverschiebung die Teilung wirklich beeinflusst, ist nicht verlangt, es genügt, dass sie objektiv betrachtet als geeignet erscheint, die Teilung zu beeinflussen. Die Auskunftspflicht besteht ungeachtet der güterrechtlichen Verhältnisse und namentlich auch dann, wenn der Miterbe die Relevanz eines Geschäftes für die Erbteilung bestreitet, denn dies zu beurteilen ist im Streitfall nicht Sache des betreffenden Miterben, sondern des Zivilrichters. Es sind sämtliche einschlägigen Unterlagen wie beispielsweise Verträge, Bankbelege, Steuererklärungen und Steuerverfügungen offenzulegen (vgl. Brückner/Weibel, Die erbrechtlichen Klagen, N 29 f.; BK-Wolf, N 21 ff. zu Art. 610 ZGB; BSK ZGB II-Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 610 N 18). Der materiellrechtliche Anspruch auf Auskunft kann selbständig oder als Hilfsanspruch im Rahmen einer Stufenklage eingeklagt werden (BGE 140 III 409 E. 3.2 und 4.3; Brückner/Weibel, a.a.O., N 36a).

Die zu teilende Erbschaft besteht aus den Nachlassaktiven und -passiven sowie den Erbvorbezügen bzw. ausgleichungspflichtigen lebzeitigen Zuwendungen (BK-Weimar, N 2 und 35 zu Art. 474 ZGB). Zur Ermittlung der Pflichtteile sind dem Nachlass ausserdem die vom Erblasser zu dessen Lebzeiten getätigten Zuwendungen – ungeachtet ihrer güterrechtlichen Qualifikation, also auch wenn sie aus der Errungenschaft erfolgten und damit in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen gewesen wären – hinzuzurechnen, soweit sie der Herabsetzung unterliegen (Art. 475 und Art. 527 ZGB; BGE 107 II 119 E. 2; BGE 127 III 396 E. 2). Massgeblich für die Berechnung der Pflichtteile ist der Stand des Vermögens des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes (Art. 474 Abs. 1 ZGB). Die Bewertung der zu berücksichtigenden Aktiven und Passiven hat also grundsätzlich nach dem Verkehrswert zur Zeit des Erbgangs zu geschehen (Brückner/Weibel, a.a.O., N 64; BK-Weimar, N 12 zu Art. 474 ZGB). Abweichende Anordnungen des Erblassers und Vereinbarungen unter den Erben sind unbeachtlich, weil es bei der Ermittlung des Pflichtteils um die verbindlichen Grenzen der Verfügungsfreiheit geht (BK-Weimar, N 13 zu Art. 474 ZGB; PraxKomm Erbrecht-Nertz, Art. 474 N 5 f. und 8).

b) Wie soeben erläutert und entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin kann der materiellrechtliche Anspruch auf Auskunft nicht nur als Hilfsanspruch im Rahmen einer Stufenklage, sondern auch selbständig eingeklagt werden.

Vorliegend verlangt die Gesuchstellerin als eine am Ergbang beteiligte Erbin von der ebenfalls am Erbgang beteiligten und damit grundsätzlich auskunftspflichtigen Gesuchsgegnerin umfassende Auskunft über lebzeitige Zuwendungen. Unbestritten und dargetan ist, dass solche erfolgt sind. Die Erbteilung hat noch nicht stattgefun-

den, weder die Teilungsmasse noch die Pflichtteilsberechnungsmasse stehen fest. Streitig ist hier, ob die lebzeitigen Vermögensverschiebungen objektiv betrachtet möglicherweise als geeignet erscheinen, die Nachlassteilung zu beeinflussen und somit von der Auskunftspflicht erfasst sind. Dazu fällt folgendes in Betracht:

Selbst wenn der Erblasser und seine Ehefrau die vollständige Zuweisung des Vorschlags an den überlebenden Gatten (gültig) vereinbart hätten, was vorliegend nicht zu prüfen ist, und – wie von der Gesuchsgegnerin behauptet – die gemeinsamen Töchter aus der Errungenschaft nichts beanspruchen könnten, bestünde der massgebende Nachlass nicht nur aus dem Eigengut des Erblassers, das nach Ansicht der Gesuchsgegnerin ohnehin vollumfänglich an die Mutter gehe, sondern es wären die lebzeitigen Zuwendungen zu berücksichtigen, sei es im Hinblick auf eine Ausgleichung, sei es für die Bestimmung der Pflichtteile, und dies unabhängig davon, ob diese aus der Errungenschaft oder dem Eigengut des Erblassers stammten.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass BGE 127 III 396 entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin die vollständige Vorschlagszuweisung nach Art. 216 ZGB sehr wohl behandelt, hatten doch gemäss Sachverhalt der Erblasser und die überlebende Ehegattin genau eine solche vereinbart. Das Bundesgericht führt denn auch aus (E. 2.a): «Haben wie hier die Ehegatten eine vollständige Zuweisung der Errungenschaft an den überlebenden Gatten vereinbart, können lebzeitige Zuwendungen des Erblassers aus Sicht der gemeinsamen Kinder für die erbrechtliche Teilung dennoch von Belang sein.» Aus dem Entscheid (insb. E. 2.b.aa) geht auch nicht hervor – wie die Gesuchsgegnerin anzunehmen scheint – der Pflichtteilsschutz bestehe, wenn eine vollumfängliche güterrechtliche Vorschlagszuweisung nach Art. 216 ZGB vorliegt, auch im Verhältnis zwischen den Nachkommen nicht mehr, bzw. die gemeinsamen Kinder könnten auch keine Pflichtteilsverletzung geltend machen, wenn diese auf eine vom Ehegüterrecht unabhängige Begünstigung zurückzuführen ist.

Da für die Ermittlung der Pflichtteilsberechnungsmasse der Verkehrswert der lebzeitigen Zuwendungen im Zeitpunkt des Todes des Erblassers relevant ist, vermag der entsprechende Wert der von der Gesuchsgegnerin als Erbvorbezug erhaltenen Aktien die Erbteilung möglicherweise zu beeinflussen. Da aber auch weitere lebzeitige Zuwendungen, wie weitere Erbvorbezüge und allfällige Schenkungen, Darlehen oder andere Vereinbarungen zwischen der Gesuchsgegnerin und dem Erblasser schon im Hinblick auf die Bestimmung des Pflichtteils beachtlich sind, ist die entsprechende Auskunftspflicht der Gesuchsgegnerin wie beantragt zu bejahen.

Sach- und Rechtslage sind – jedenfalls soweit für das vorliegend zu beurteilende Gesuch relevant – eindeutig. Folglich hat die Vorinstanz das Gesuch zu Recht gutgeheissen.

3. Sachenrecht und Grundbuch

47

Art. 839 ZGB (SR 210). Der Begriff des Verwaltungsvermögens in Art. 839 ZGB ist auslegungsbedürftig. Er kann auch öffentliche Sachen im Gemeingebrauch umfassen. Ein Bahngrundstück, das in der Verfügungsgewalt des Staates steht und der Erfüllung öffentlicher Interessen dient, kann nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden.

Handelsgericht, 14. Dezember 2015

Aus den Erwägungen:

2. Die Parteien sind sich über die rechtliche Qualifikation des streitgegenständlichen Grundstücks uneinig. Die Klägerin geht zwar davon aus, dass dieses Grundstück «mit grosser Wahrscheinlichkeit» zum Verwaltungsvermögen der Beklagten gehört (Klageschrift, S. 6). Allerdings will die Klägerin diese Frage trotzdem vom Gericht geklärt haben. Die Zuordnung des Grundstücks der Beklagten zum Verwaltungsvermögen hat demnach als bestritten i.S. v. Art. 839 Abs. 5 ZGB zu gelten.

2.1 Die Absätze vier bis sechs von Art. 839 ZGB wurden mit der Teilrevision betreffend Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht in das ZGB eingefügt (BG vom 11. Dezember 2009: AS 2011 4637). Aus der Botschaft des Bundesrats vom 27. Juni 2007 (BBl 2007 5283, S. 5320) sowie den Wortprotokollen der parlamentarischen Beratungen (Voten von BR Widmer-Schlumpf im Ständerat vom 4. Juni 2008 sowie im Nationalrat vom 27. April 2009; Votum von SR Janiak im Ständerat vom 22. September 2009) ergibt sich, dass der Begriff des Verwaltungsvermögens aus dem öffentlichen Recht entlehnt wurde. Grundsätzlich gilt es somit zu prüfen, ob das klägerische Grundstück Verwaltungsvermögen im öffentlichrechtlichen Sinne darstellt.

2.2 Das Bundesgericht hat sich bereits vor der Teilrevision des ZGB verschiedentlich mit der Frage befasst, ob öffentlichen Aufgaben dienende Grundstücke mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden dürfen. Gemäss dieser Rechtsprechung umfasst das Verwaltungsvermögen eines Staates diejenigen öffentlichen Sachen, die unmittelbar, d.h. durch ihren Gebrauch als solchen, der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen. Nicht massgebend ist, ob die öffentliche Aufgabe, der die betreffende Sache dient, einen hoheitlichen oder nichthoheitlichen Charakter hat (BGE 103 II 227 E. 3, m. w. Hinw., u.a. auf die Legaldefinition in Art. 9 des Bundesgesetzes über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts vom 4. Dezember 1947 [SR 282.11]). Im Entscheid 107 II 44 (E. 1b, m. w. Hinw.) präzisierte das Bundesgericht, die Qualifikation einer Sache als Verwaltungsvermögen setze zusätzlich voraus, dass diese in der Verfügungsgewalt des Staates stehe; sei es aufgrund von Eigentum, eines beschränkt dinglichen oder

ausnahmsweise auch eines persönlichen Rechts. Der Staat müsse aufgrund eines öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Titels befugt sein, die Sache zur Verfolgung öffentlicher Zwecke zu gebrauchen (bestätigt in BGE 120 II 321 E. 2 f. sowie in BGer vom 13. März 2000, 5C.271/1999, E. 1a).

2.3 Das streitgegenständliche Grundstück umfasst u.a. einen Bahnhof sowie Gleisanlagen. Das Grundstück dient somit offensichtlich einer öffentlichen Aufgabe, nämlich der Ermöglichung von Eisenbahnverkehr, wie er namentlich von der Beklagten durchgeführt wird (in Bezug auf eine öffentlichen Zwecken dienende Betriebszentrale für einen Autobahntunnel: BGer vom 13. März 2000, 5C.271/1999, E. 2b). […]

2.4 Die nach der Bundesgerichtspraxis vorausgesetzte Verfügungsgewalt des Staates ergibt sich aus dem Umstand, dass der Bund (Haupt-) Aktionär der Beklagten ist (Art. 7 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen). Diese Stellung ermöglicht es dem Bund, das Grundstück der Beklagten zur Verfolgung öffentlicher Zwecke zu gebrauchen.

2.5 Das im Eigentum der Beklagten stehende Grundstück kann somit im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Verwaltungsvermögen qualifiziert werden.

3.1 Von einer uneingeschränkten Anlehnung an die Terminologie des öffentlichen Rechts ist bei der Anwendung von Art. 839 ZGB aber abzusehen. Nicht angemessen wäre es beispielsweise, die als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch (vgl. zu diesem Begriff und zur Abgrenzung des Verwaltungsvermögens von den übrigen öffentlichen Sachen: Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2328 sowie 2346 ff.; BGE 127 I 164 E. 5b/bb) geltenden Grundstücke, etwa einen Bahnhof, von vornherein vom Begriff des Verwaltungsvermögens i.S. v. Art. 839 ZGB auszunehmen. Sinnvollerweise werden zum Verwaltungsvermögen im sachenrechtlichen Sinne diejenigen Grundstücke gezählt, die nicht mit einem Pfandrecht belegt werden dürfen, weil die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, der das jeweilige Grundstück dient, im Falle einer Zwangsverwertung in Frage gestellt würde (BGE 103 II 227 E. 4 und BGE 120 II 321 E. 2b; Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 301 f.). In diesem Sinne wurde auch im Gesetzgebungsverfahren argumentiert (vgl. das Votum von BR Widmer-Schlumpf im Ständerat vom 4. Juni 2008).

3.2 Folgt man diesem Grundgedanken, kann die Zuordnung eines Grundstücks zum Verwaltungsvermögen i.S. v. Art. 839 ZGB nicht davon abhängen, ob es ausschliesslich oder nur teilweise der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient (so auch BGE 107 II 44 E. 1b). Eine pfandrechtliche Belastung von nur einem Grundstücksteil ist schliesslich nicht möglich. Soweit im BGE 118 Ib 54 ausgeführt wurde, bei dem dort betroffenen Grundstück müsse es sich um Verwaltungsvermögen handeln, weil es ausschliesslich dem Bahnbetrieb diene und nicht anderweitig kommerziell genutzt werde (E. 2d), gilt es zu bemerken, dass der Entscheid das Abgaberecht betraf. Diese Rechtsprechung kann auf Art. 839 ZGB nicht übertragen werden.

3.3 Die bundesgerichtliche Praxis kennt Grundstücke, die zwar zum Verwaltungsvermögen (im öffentlichrechtlichen Sinne) gehören, die jedoch trotzdem mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden dürfen (BGE 120 II 321 E. 2i; dazu auch Schumacher, a.a.O., Rz. 303 ff.). Auf diese Praxis ist vorliegend aber nicht weiter einzugehen, denn die Bedeutung, die dem hier betroffenen Grundstück der Beklagten für die Erfüllung der beschriebenen öffentlichen Aufgabe zukommt, schliesst eine Belastung mit einem Pfandrecht klarerweise aus. Die auf dem streitbetroffenen Grundstück vorhandenen Gebäude und Anlagen sind sowohl für den regionalen als auch den überregionalen Eisenbahnverkehr unabdingbar. Die Gefahr einer Zwangsverwertung muss daher von vornherein ausgeschlossen sein.

4. Obligationenrecht

48

Art. 270a OR (SR 220). Der Mieter hat Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses, wenn sich die für die Bestimmung des Mietzinses massgebenden Berechnungsgrundlagen wesentlich verändert haben. Der Vermieter kann einem Senkungsbegehren den Einwand des nicht übersetzten Ertrages entgegenhalten. Als rechtshindernde Tatsache ist dieser vom Vermieter zu beweisen. Der Ertrag gilt als übersetzt bzw. die Rendite als missbräuchlich, wenn sie den Referenzzinssatz um mehr als ein halbes Prozent übersteigt. Massgebend ist der – im Rahmen der absoluten Methode errechnete – Nettoertrag, welcher sich aus dem Verhältnis zwischen den in die Mietliegenschaft investierten Eigenmitteln und dem Mietzins nach Abzug der Fremdkapitalkosten sowie der Verwaltungs-, Betriebs- und Unterhaltskosten ergibt.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 27. Juli 2015

Aus den Erwägungen:

I.

1. K.M. [Klägerin] ist seit 15. August 2003 Mieterin einer 4½-Zimmerwohnung an der B.-Strasse 2 in XY (11. OG, Nr. 115) für ursprünglich Fr. 1185.– (netto) pro Monat. Am 1. Juni 2007 wurde der Nettomietzins auf Fr. 1210.– erhöht und per 1. Mai 2012 aufgrund des gesunkenen Referenzzinssatzes auf Fr. 1130.– reduziert. Mit Schreiben vom 11. September 2013 verlangte die Mieterin angesichts des erneut gesunkenen Referenzzinssatzes eine weitere Mietzinsherabsetzung, welche der Vermieter, B.V. [Beklagter], mit Hinweis auf eine ungenügende Rendite jedoch ablehnte.

[…]

III.

1. Gemäss Art. 270a OR hat der Mieter Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses, wenn sich die für die Bestimmung des Mietzinses massgebenden Berechnungsgrundlagen wesentlich verändert, namentlich die Kosten des Vermieters gesenkt haben, beispielsweise infolge Hypothekarzinssenkung. Dabei spielt es keine Rolle, ob und zu welchem Grad die Liegenschaft fremdfinanziert ist. Zur Anwendung kommt der Referenzzinssatz, der vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vierteljährlich bekanntgegeben wird (Art. 12a VMWG; SVIT-Kommentar, Art. 270a N 4 ff.; BSK OR I-Weber, Art. 270a N 1b). Der Vermieter kann einem Senkungsbegehren den Einwand des nicht übersetzten Ertrages entgegenhalten (BGE 121 III 163 E. 2; SVIT-Kommentar, Art. 270a N 20; BSK OR I-Weber, Art. 270a N 3). Als rechtshindernde Tatsache ist dieser vom Vermieter zu beweisen (BGer 4C_85/2002 E. 2a; BGE 121 III 163 E. 2d; BSK OR I-Weber, Art. 269 N 12a; Heinrich, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N 26 zu Art. 269–269a OR; ZK-Higi, N 109 zu Art. 270a OR; Lachat/Brutschin, Mietrecht für die Praxis, N 18/2.5). Der Ertrag gilt als übersetzt bzw. die Rendite als missbräuchlich, wenn sie den Referenzzinssatz um mehr als ein halbes Prozent übersteigt (BGE 122 III 257 E. 3; Lachat/Brutschin, a.a.O., N 18/5.1; BSK OR I-Weber, Art. 269 N 7; SVIT-Kommentar, Art. 269 N 6). Massgebend ist der – im Rahmen der absoluten Methode errechnete – Nettoertrag, welcher sich aus dem Verhältnis zwischen den in die Mietliegenschaft investierten Eigenmitteln und dem Mietzins nach Abzug der Fremdkapitalkosten sowie der Verwaltungs-, Betriebs- und Unterhaltskosten ergibt (BGer 4C.293/2000 E. 1; BGE 125 III 421 E. 2b; BGE 122 III 257 E. 3a). Die Nettoertragsrechnung hat auf tatsächlichen, nicht pauschalisierten Kosten zu beruhen und ist individuell, d. h. anteilsmässig über das jeweilige Mietobjekt im Zeitpunkt des Herabsetzungsbegehrens zu berechnen (BGE 122 III 257 E. 3b/bb; BSK OR I – Weber, Art. 269 N 6a und 12; Lachat/Brutschin, a.a.O., N 18/2.4 und 7.1 f.).

Nicht bestritten ist, dass der Referenzzinssatz im September 2013 auf 2 Prozent gesunken ist und die Klägerin somit grundsätzlich Anspruch auf eine Mietzinsreduktion hat. Da der Beklagte gegen das Senkungsbegehren den Einwand des ungenügenden Ertrages erhebt, ist zur Beurteilung, ob der Ertrag angemessen ist, die aus dem Mietobjekt erzielte Nettorendite zu berechnen. Unter diesen Umständen trägt – entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid – der Beklagte die Beweislast für die tatsächlichen Grundlagen der Ertragsberechnung.

Während der Beklagte die von der Vorinstanz erstellte Nettorenditeberechnung akzeptiert, erhebt die Klägerin verschiedene Einwände dagegen. Diese gilt es im Folgenden zu prüfen.

2. Zunächst bringt die Klägerin vor, die Vorinstanz habe teilweise einen nicht sachgerechten Kostenschlüssel angewandt und sei daher bei der Berechnung des Eigenkapitals von zu hohen Anlagekosten ausgegangen. Es sei nicht angebracht, sämtliche Investitionen und Kosten im Verhältnis des Verkehrswerts zwischen dem

hier interessierenden Hochhaus und dem sich auf demselben Grundstück befindlichen Mehrfamilienhaus aufzuteilen. So seien die Anlagekosten für das Grundstück und die Garage anhand der Anzahl Wohnungen auf die Gebäude zu verteilen, womit dem Hochhaus lediglich 72,73 Prozent statt 81,58 Prozent zuzurechnen seien.

a) Bestehen Bauten wie beispielsweise eine Garage für mehrere Gebäude einer Liegenschaft, macht das Erfordernis der individualisierten Ertragsberechnung die Aufteilung der Anlagekosten notwendig. Als Aufteilungsschlüssel können unter anderem die Zimmerzahl, die Wohnfläche oder der Gebäudewert dienen (BSK OR I-Weber, Art. 269 N 12; SVIT-Kommentar, Art. 269 N 42 ff.; Walz, Die renditebezogene Missbrauchskontrolle nach Art. 269 OR, N 142 f.; Gut, Angemessener Ertrag, in: mp 4/1996, S. 177 ff., S. 196 ff.). Dabei steht die Wahl des Aufteilungsschlüssels grundsätzlich dem Vermieter zu. Nur wenn die von ihm gewählte Methode unhaltbar ist, hat das Gericht einzugreifen und eine eigene Berechnung vorzunehmen (BGE III 209 E. 2.1).

b) Auf dem betroffenen Grundstück befinden sich neben dem Hochhaus mit der von der Klägerin gemieteten Wohnung ein Mehrfamilienhaus, eine Garage sowie ein Abstellraum. Das Grundstück, die Garage und der Abstellraum dienen sowohl dem Hochhaus als auch dem Mehrfamilienhaus. Der Beklagte teilte 82 Prozent der entsprechenden Anlagekosten dem Hochhaus und 18 Prozent dem Mehrfamilienhaus zu. Diese Aufteilung basiere auf dem Verhältnis der Gebäudewerte gemäss Kaufvertrag vom 17. Januar 1991 bzw. erfolge aufgrund der Quadratmeterzahlen der Wohnungen. Die Vorinstanz nahm die entsprechende Berechnung vor und kam auf einen Aufteilungsschlüssel von 81,58 Prozent zu 18,42 Prozent.

Die Klägerin bestreitet nicht die Richtigkeit der beklagtischen Angaben oder der vorinstanzlichen Berechnung, bringt jedoch vor, für die Aufteilung der Anlagekosten des Grundstücks und der Garage zwischen den beiden Gebäuden sei es sachgerechter, auf das Verhältnis der Anzahl Wohnungen abzustellen, da der Platzbedarf für ein Auto pro Wohnung gleich gross sei und nicht in einem direkten Zusammenhang mit dem Verkehrswert der Liegenschaften stehe. Dem ist entgegenzuhalten, dass nicht grundsätzlich zu jeder Wohnung genau ein Parkplatz gehört. Vielmehr ist davon auszugehen, dass in grösseren Wohnungen tendenziell mehr Personen wohnen, die insgesamt mehr Parkplätze benötigen. Ebenso ist davon auszugehen, dass mit dem Preis der Wohnung auch die Finanzkraft der Mieter und die Anzahl Auto pro Mieter steigt. Insgesamt erscheint es jedenfalls nicht als weniger sachgerecht, für die Aufteilung der Anlagekosten der Garage und des Grundstücks auf den Verkehrswert der Gebäude bzw. die Quadratmeterzahl der Wohnungen anstatt auf die Anzahl Wohnungen abzustellen. Unhaltbar ist die vom Beklagten gewählte Methode jedenfalls nicht.

Somit ist mit der Vorinstanz von (ursprünglichen) Anlagekosten für das Hochhaus von Fr. 12 236 842.11 auszugehen.

3. Weiter rügt die Klägerin, die von der Vorinstanz bei der Berechnung des Eigenkapitals berücksichtigte Darlehensschuld sei zu hoch. Der Beklagte habe zwei Darlehensverträge mit zwei Stiftungen über je Fr. 2 060 000.– (insgesamt also

Fr. 4 120 000.–) abgeschlossen, welche gemäss den Verträgen der Finanzierung von vier verschiedenen Liegenschaften dienten. Es sei nicht einzusehen, weshalb diese Darlehen derart einseitig, nämlich im Betrag von (insgesamt) Fr. 2 880 000.–, der Liegenschaft in XY zuzurechnen seien. Der Beklagte bringt dagegen vor, die fragliche Liegenschaft werde durch die Darlehen im genannten Ausmass finanziert. Auch die Bank habe eine entsprechende Aufteilung der Darlehensbeträge gebilligt. Eine gleichmässige Verteilung der Darlehen auf die verschiedenen Liegenschaften sei aufgrund der unterschiedlichen Werthaltigkeiten nicht akzeptabel.

a) Das Eigenkapital errechnet sich aus der Differenz zwischen dem Anlagewert einer Liegenschaft und dem zur Finanzierung desselben aufgewendeten Fremdkapitals (BSK OR I-Weber, Art. 269 N 6; SVIT-Kommentar, Art. 269 N 23). Nicht zu berücksichtigen ist somit Fremdkapital, welches nicht in die fragliche Liegenschaft investiert wurde (ZK-Higi, N 161 zu Art. 269 OR; Lachat/Brutschin, a.a.O., N 18/3.3).

b) Der Beklagte hat die Liegenschaft in XY, welche unter anderem das Hochhaus mit der Mietwohnung der Klägerin umfasst, mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 21. Dezember 2007 für 15 Mio. Franken erworben. Aus diesem geht hervor, dass der Kaufpreis unter anderem durch die Übernahme einer Darlehensschuld des Verkäufers in Höhe von Fr. 2 880 000.– gegenüber der D., beglichen wurde. In den vom Beklagten ins Recht gelegten Darlehensverträgen mit der E. Stiftung und der F. Stiftung über je Fr. 2 060 000.– vom 1. Januar 2008 wird die Übertragung von vier Liegenschaften, einschliesslich jener in XY, sowie der daraus folgende Wechsel des Darlehensschuldners erwähnt. Aufgrund dieser Umstände, insbesondere der Tatsache, dass bereits im beurkundeten Kaufvertrag die Übernahme einer Darlehensschuld in Höhe von Fr. 2 880 00.– aufgeführt wird, muss, auch wenn in den Darlehensverträgen die Darlehenssumme nicht auf die einzelnen Liegenschaften aufgeteilt wird, angenommen werden, dass der Beklagte die fragliche Liegenschaft unter anderem mit Darlehen in der genannten Höhe finanziert hat, was – für das Hochhaus im Anteil von 81,58 Prozent – als Fremdkapital zu berücksichtigen ist, zumal die Klägerin weder den Gegenbeweis antritt, noch konkrete Anhaltspunkte vorbringt, welche Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung des Beklagten aufkommen lassen.

4. Die Klägerin bringt ausserdem vor, der geltend gemachte Darlehenszins von 7 Prozent sei massiv zu hoch. Die effektiven Kosten für die Fremdfinanzierung seien lediglich bis zu jener Grenze zu berücksichtigen, für die ein unabhängiger Dritter aufkomme bzw. aufkommen würde. Im vorliegenden Fall seien dies die Kosten für die Hypothek, welche bis zur gängigen 2/3-Grenze durch eine Bank zu marktüblichen Konditionen finanziert werde. Für die über dieser Grenze liegende Fremdfinanzierung dürften dagegen nicht die effektiven Kosten berücksichtigt werden. Es rechtfertige sich vielmehr, entsprechend der maximal zulässigen Eigenkapitalverzinsung von einem Darlehenszins von 2.5 Prozent auszugehen. Der Beklagte wendet dagegen ein, das Darlehen sei als Risikodarlehen deklariert, weshalb ein Jahreszins von 7 Prozent durchaus marktkonform sei. Aufgrund dieses Darlehens hätten bessere Konditionen

bei der Hypothek erzielt werden können. Insgesamt entstünden so Fremdfinanzierungskosten von 2.4 Prozent, was ebenfalls marktkonform sei.

a) Für die Berechnung der Nettorendite ist auf die tatsächlich anfallenden Kosten für die Fremdfinanzierung abzustellen. Dabei ist unerheblich, ob der Vermieter bei der Fremdmittelaufnahme theoretisch günstigere Zinssätze hätte aushandeln können. Nur wenn er missbräuchlich Fremdkapital zu erheblich vom Markt abweichenden Bedingungen aufnimmt, ist eine entsprechende Korrektur vorzunehmen (Gut, a.a.O., S. 193 f; ZK-Higi, N 107 f. zu Art. 269 OR; SVIT-Kommentar, Art. 269 N 29; Lachat/Brutschin, a.a.O., N 18/6.3).

b) Die Anlagekosten des Hochhauses von Fr. 12 236 842.11 sind zu rund 67,4 Prozent (Fr. 8 247 738.–) mittels Bankhypotheken und zu 19,2 Prozent (Fr. 2 349 504.–) durch Darlehen finanziert, was einen Fremdfinanzierungsgrad von 86,6 Prozent (Fr. 10 597 242.–) ergibt. Typischerweise finanzieren Banken bis zu 80 Prozent des Kaufpreises, gewähren dann aber nur für einen Teil der Belehnung eine erste und für den Rest – wegen des höheren Verlustrisikos zu einem erhöhten Zinssatz – eine zweite Hypothek. Vorliegend wurde die Liegenschaft allerdings zu einem noch höheren Grad fremdfinanziert. Eine übliche Bankhypothek für das gesamte Fremdkapital wäre wohl nicht erhältlich gewesen. Ob ein Darlehenszins von 7 Prozent unter diesen Umständen eine erheblich vom Markt abweichende Bedingung war, bleibt diskutabel. Zu berücksichtigen ist immerhin, dass im Jahr 2008 der durchschnittliche Zinssatz bereits für eine erste Hypothek bei rund 3.5 Prozent lag. Der Zinsaufwand für die Hypotheken betrug 2013 Fr. 109 672.07 (81,58 Prozent von [Fr. 115 150.– + Fr. 19 285.–]) und für die Darlehen Fr. 164 465.28 (81,58 Prozent von Fr. 201 600.–), zusammen also Fr. 274 137.35. Demnach verzinst der Beklagte sein für das Hochhaus aufgewendetes Fremdkapital insgesamt mit 2,59 Prozent. Dies sind wohl, wenn auch keine besonders guten, so doch auch keine «äusser[s]t schlechten Bedingungen». Allerdings erscheint das vom Beklagten vorgelegte Finanzierungsmodell über liechtensteinische Stiftungen mit unbekanntem Zweck und nicht bekannten Begünstigten intransparent und es fragt sich, ob dieses Konstrukt unter den gegebenen Umständen nicht dennoch als missbräuchlich zu bezeichnen und daher bei der Berechnung der Nettorendite nicht voll zu berücksichtigen wäre. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben, da die Klage – dies zeigen die folgenden Erwägungen – gutzuheissen ist, selbst wenn bei der Berechnung der Nettorendite für das besagte Darlehen die vom Beklagten behaupteten Zinsen berücksichtigt werden.

Fraglich ist ausserdem, wie mit dem vom Beklagten behaupteten und mit einem Darlehensvertrag vom 1. Juli 2008 belegten, zusätzlichen Darlehen von R.W. über Fr. 1 Mio. zu verfahren ist, nachdem der Beklagte den entsprechenden Betrag in seiner Nettorenditeberechnung weder als Fremdkapital ausweist noch die entsprechenden Zinsaufwendungen – welche gemäss Vertrag jährlich 9 Prozent und gemäss den Belegen des Beklagten Fr. 80 000.– betragen – berücksichtigt. Würde man das fragliche Darlehen bei der Berechnung der Nettorendite mit einbeziehen, resultierten höhere Fremdkapitalkosten und ein geringeres Eigenkapital. Ersteres würde zwar

den Ertrag (ausgedrückt in absoluten Zahlen) schmälern, Letzteres die Nettorendite (Ertrag im Verhältnis zum Eigenkapital) jedoch erhöhen. Nachdem sich damit zwei neutralisierende Effekte gegenüberstehen und der Beklagte das zusätzliche Darlehen – wie auch ein weiteres aus der Buchhaltung ersichtliches Darlehen – offensichtlich bewusst nicht in die Nettorenditeberechnung mit einbezogen hat, erscheint es als gerechtfertigt, dieses in der vorliegenden Berechnung ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Im Übrigen sei angemerkt, dass die Unterlagen und Berechnungen des Beklagten – der die Beweislast für die tatsächlichen Grundlagen der Ertragsberechnung trägt (vgl. E. III.1) – nicht nur unvollständig, sondern teilweise auch widersprüchlich und insgesamt kaum nachvollziehbar sind (vgl. z. B. die jeweils unterschiedlichen Angaben zu den Hypothekarzinsen in der Berechnung der Nettorendite, der Zinsausweise und dem Kontoauszug der Buchhaltung oder die nicht nachvollziehbare Verbuchung der Baukosten der Parkgarage [vgl. dazu E. III.6]). Da diese Unzulänglichkeiten – soweit sie nicht geklärt werden können – den Ausgang des Verfahrens ohnehin nicht zu beeinflussen vermögen, können sie im Folgenden vernachlässigt werden.

5. Die Klägerin rügt weiter, die Vorinstanz sei von den vom Beklagten behaupteten Unterhaltskosten ausgegangen, obwohl diese nicht nachgewiesen seien. Zwar habe der Beklagte Belege an die Hauptverhandlung mitgebracht, deren detaillierte Überprüfung sei jedoch nicht möglich gewesen, weshalb ihr, der Klägerin, nichts anderes übrig geblieben sei, als den Betrag pauschal zu bestreiten. Der Beklagte bringt vor, die Unterhaltskosten ergäben sich aus der Buchhaltung. Entsprechende Belege seien vorhanden. Die Klägerin habe Einsicht nehmen können.

a) Unterhaltskosten sind die Aufwendungen, die dem Vermieter für die Instandhaltung des Mietobjekts zum vorausgesetzten Gebrauch entstehen (BGE 140 III 433 E. 3.5.1; ZK-Higi, N 81 zu Art. 269 OR; Lachat/Brutschin, a.a.O., N 18/6.2). Dabei sind bei der Nettorenditeberechnung nur effektiv ausgeführte und vom Vermieter bereits bezahlte Arbeiten zu berücksichtigen; allfällige Pauschalen können nicht in Anschlag gebracht werden (BGer 4C.293/2000 E. 1b; BGer 4C.273/2000 E. 3a; BGE 122 III 257 E. 3b.bb und nicht publizierte E. 5, in: mp 1996 S. 149 ff.; ZK-Higi, N 140 ff. zu Art. 269 OR; Lachat/Brutschin, a.a.O., N 18/6.7).

Wie erläutert (E. III.1), trägt der Vermieter die Beweislast für die tatsächlichen Grundlagen der Ertragsberechnung. Der einfache Untersuchungsgrundsatz entbindet ihn nicht davon, die Beträge der einzelnen maßgebenden Positionen der Ertragsberechnung zu behaupten und den entsprechenden Nachweis zu erbringen. Dazu sind die Belege der Liegenschaftsbuchhaltung vorzulegen und nicht nur eine im Zusammenhang mit dem Rechtsstreit erstellte fallbezogene Aufstellung. Legt der Vermieter die verlangten Beweismittel und Rechnungen vor, darf der Mieter nicht inaktiv bleiben. Er hat dem Gericht anzugeben, welche Beweismittel oder Berechnungen er bestreitet (Lachat/Brutschin, a.a.O., N 18/2.6; Gut, a.a.O., S. 185).

b) Der Beklagte legt eine Zusammenstellung der in den letzten drei Jahren angefallenen Unterhaltskosten sowie Auszüge der entsprechenden Konten (45000–45030) ins Recht. Belege für die fraglichen Aufwendungen sind nicht bei den Akten. Aus

dem vorinstanzlichen Verhandlungsprotokoll ist jedoch ersichtlich, dass der Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung Belege zu den Unterhaltskosten präsentiert hatte. Einem Antrag der Klägerin, diese Belege ins Recht zu legen, gab die vorinstanzliche Richterin nicht statt. Es ist daher nicht möglich, im Berufungsverfahren zu überprüfen, ob der Beklagte die von ihm behaupteten und von der Klägerin bestrittenen Unterhaltskosten nachgewiesen hat. Diese Frage kann jedoch – dies zeigen die folgenden Erwägungen – offen bleiben, da die Klage, selbst wenn auf die nicht belegten Angaben des Beklagten abgestützt wird, gutzuheissen ist. Entsprechendes gilt für die Betriebs- und Verwaltungskosten.

Somit wird nachfolgend für das Hochhaus von ordentlichen Unterhaltskosten in Höhe von Fr. 97 696.28 (81,58 Prozent von Fr. 119 755.18), Betriebskosten in Höhe von Fr. 93 588.98 (81,58 Prozent von Fr. 114 720.50) und Verwaltungskosten in Höhe von Fr. 40 030.91 (5 Prozent von Fr. 800 618.14) ausgegangen.

6. Weiter bringt die Klägerin vor, die Vorinstanz habe fälschlicherweise 50 Prozent der Baukosten der Parkgarage in den ordentlichen Unterhalt eingerechnet. Selbst wenn die damals bestehenden 20 Aussen- und Innenparkplätze, welche durch 58 Innenparkplätze ersetzt worden seien, komplett sanierungsbedürftig gewesen wären, hätten höchstens 35 Prozent der Baukosten als ordentlicher Unterhalt berücksichtigt werden dürfen. Ausserdem sei es im vorliegenden Fall nicht zulässig, von den durchschnittlichen Aufwendungen der letzten drei Jahre auszugehen, vielmehr müsse mindestens auf die letzten fünf Jahre abgestellt werden. Schliesslich seien die Baukosten der Parkgarage gestützt auf die Anzahl Wohnungen zwischen dem Hochhaus und dem Mehrfamilienhaus zu verteilen, weshalb dem Hochhaus lediglich 72,73 Prozent anzurechnen seien.

a) Sind in einem in der Berechnungsperiode liegenden Jahr ausserordentlich hohe Kosten für den Unterhalt angefallen, weil der Vermieter beispielsweise umfassende Überholungen, die nur in grossen Zeitabständen anfallen, getätigt oder Anlagen wie die Heizung oder einen Lift ersetzt hat, sind die investierten Mittel auf die Lebensdauer der damit finanzierten Einrichtungen zu verteilen und zu einem Zinssatz, der ½ Prozent über dem Referenzzinssatz liegt, zu verzinsen (Lachat/Brutschin, a.a.O., N 18/6.5; BSK OR I-Weber, Art. 269 N 11a; BGE 140 III 433 E. 3.5.2). Nicht als Unterhaltsaufwendungen zu berücksichtigen, sondern den Anlagekosten der Liegenschaft hinzuzurechnen sind wertvermehrende Investitionen (Lachat/Brutschin, a.a.O., N 18/6.5; BSK OR I-Weber, Art. 269 N 8; SVIT-Kommentar, Art. 269 N 18; Walz, a.a.O., N 162; Heinrich, a.a.O., N 15 zu Art. 269–269a OR; BGE 123 III 171 E. 6a S. 174). Investitionen mit teils werterhaltendem und teils wertvermehrendem Charakter sind gemischte Investitionen; der wertvermehrende Kostenanteil ist als Investitionskosten, der werterhaltende Kostenanteil als Unterhaltskosten zu behandeln (Walz, a.a.O., N 162 und 176). Analog der Regelung für umfassende Überholungen gelten bei gemischten Investitionen in der Regel 50 bis 70 Prozent der Kosten als wertvermehrend (Walz, a.a.O., N 163; ZK-Higi, N 177 zu Art. 269 OR; vgl. auch Art. 14 Abs. 1 VMWG).

b) Unbestritten ist, dass in den Jahren 2011 bis 2013 die je zehn Garagen- und Aussenparkplätze durch eine neue Tiefgarage mit 58 Parkplätzen ersetzt wurden. Dies hat gemäss Angaben des Beklagten Kosten in Höhe von Fr. 1 794 163.80 verursacht, wobei 50 Prozent als wertvermehrend und 50 Prozent als werterhaltend zu qualifizieren seien. In seiner Nettorenditeberechnung hat er indessen 50 Prozent der für den Garagenbau investierten Mittel zu den Unterhaltskosten gezählt und Fr. 448 540.95 (25 Prozent), aufgeteilt auf eine Lebensdauer von 30 Jahren (Fr. 14 951.37), als ausserordentlichen Unterhalt für das Hochhaus verbucht, was von der Vorinstanz übernommen wurde.

Bei den in die Berechnungsperiode fallenden Kosten für den Neubau der Tiefgarage handelt es sich offensichtlich um Investitionen mit teils werterhaltendem und teils wertvermehrendem Charakter. Geht man mit dem Beklagten davon aus, dass der wertvermehrende Anteil bei 50 Prozent lag, was als praxisübliche Prozentpauschale gilt (vgl. E. 6.a soeben), sind je die Hälfte (also je Fr. 897 081.90) als Anlagekosten und Unterhaltskosten zu verbuchen, wobei die Unterhaltskosten auf die Lebensdauer der Garage, also 30 Jahre, zu verteilen und zu einem Zinssatz von 2½ Prozent zu verzinsen sind. Zum ordentlichen Unterhalt ist folglich in den nächsten 30 Jahren für den Neubau der Garage ein ausserordentlicher Unterhalt im Betrag von Fr. 41 116.25 hinzuzuzählen (Amortisation: Fr. 29 902.73 [Fr. 897 081.90 ./. 30]; Zins: Fr. 11 213.52 [Fr. 897 081.90 × ½ × 2½ Prozent]) und davon 81,58 Prozent (also Fr. 33 542.64) dem Hochhaus anzurechnen (zur Zinsberechnung vgl. auch BGE 140 III 433 E. 3.5.3.2).

Der Beklagte behauptet zusätzliche ausserordentliche Unterhaltskosten in Höhe von Fr. 6412.38 (Fr. 21 363.75 – Fr. 14 951.37) sowie (implizit) weitere wertvermehrende Investitionen von Fr. 53 100.40 (Saldo der Konten 44011–44014 abzgl. a.o. Unterhalt), die zu berücksichtigen sind (vgl. E. III.5).

Das massgebliche Eigenkapital ist unter Berücksichtigung der wertvermehrenden Investitionen von insgesamt Fr. 950 182.30 (Fr. 53 100.40 + Fr. 897 081.90) wie folgt zu berechnen (wobei auf deren Anpassung an den Landesindex der Konsumentenpreise angesichts der Negativ-Teuerung im entsprechenden Zeitraum verzichtet werden kann):

	in Franken
ursprüngliche Anlagekosten Hochhaus	12 236 842.11
abzgl. Hypothek (81,58 Prozent von Fr. 10 110 000.–)	–8 247 738.00
abzgl. Darlehen (81,58 Prozent von Fr. 2 880 000.–)	–2 349 504.00
Eigenkapital per Dezember 2007 (Index: 108,0 [Basis Mai 2000=100])	1 639 600.11
Eigenkapital teuerungsbereinigt per Nov. 2013 (Index: 108,7)	1 650 227.15
wertvermehrende Investitionen (81,58 % von Fr. 950 182.30)	775 158.70
total (neues) Eigenkapital	2 425 385.85

Da der Anteil der klägerischen Wohnung am gesamten Hochhaus unbestritten 1,81 Prozent beträgt, ist für die individuelle Ertragsberechnung Eigenkapital in Höhe

von Fr. 43 899.48 (1,81 Prozent von Fr. 2 425 385.85) dem aus der Wohnung resultierenden Nettoertrag gegenüberzustellen.

7. Der Nettoertrag ist die Summe, die dem Vermieter von den Mietzinseinnahmen nach Abzug sämtlicher Kosten verbleibt.

a) Der Mietzins der Klägerin beträgt gemäss der letzten Mietzinsfestlegung Fr. 1130.– und basiert auf einem Hypothekarzinsniveau von 2,5 Prozent und einem Landesindex der Konsumentenpreise von 108.9. Nachdem der Referenzzinssatz im September 2013 auf 2 Prozent gesunken ist, hat die Klägerin daraus grundsätzlich einen Anspruch auf Senkung des Nettomietzinses um 5,66 Prozent (6 × 100 ./. 106; vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. c und Abs. 4 VMWG sowie Lachat/Brutschin, a.a.O., N 19/3.2.2). Die Kosten des Vermieters haben sich überdies aufgrund der negativen Teuerung gesenkt (Index November 2014: 108.7), was die Mieterin zu einer Senkung des Mietzinses um weitere 0,09 Prozent berechtigt (40 Prozent der Teuerung [-0,18 Prozent] als Teuerungsausgleich sowie 10 Prozent der Teuerung für die allgemeinen Kostensenkungen; vgl. Art. 16 VMWG; BSK OR I-Weber, Art. 269a N 18 sowie die nicht bestrittene klägerische Berechnung). Dies ergibt insgesamt eine Senkung von Fr. 65.– und einen neuen Mietzins von Fr. 1065.–.

b) Der Nettoertrag errechnet sich somit wie folgt (dabei werden – wie erläutert – für die Unterhalts-, Betriebs- und Verwaltungskosten die bestrittenen Angaben des Beklagten bzw. der Vorinstanz ohne weitere Prüfung übernommen):

	in Franken
Mietzinseinnahmen (12 × Fr. 1065.–)	12 780.00
abzgl. Zins Hypothek (1,81 % von Fr. 109 672.07).	–1 985.06
abzgl. Zins Darlehen (1,81 % von Fr. 164 465.28).	–2 976.82
abzgl. Unterhaltskosten (1,81 % von Fr. 97 696.28).	–1 768.30
abzgl. a.o. Unterhalt Garage (1,81 % von Fr. 33 542.64).	–607.12
abzgl. übriger a.o. Unterhalt (1,81 % von 81,58 % von Fr. 6 412.38)	–94.69
abzgl. Betriebskosten (1,81 % von Fr. 93 588.98)	–1 693.96
abzgl. Verwaltungskosten (1,81 % von Fr. 40 030.91).	–724.56
Nettoertrag	2 929.49

Im Verhältnis zum Eigenkapital von Fr. 43 899.48 ergibt dies eine Nettorendite von 6,67 Prozent. Diese übersteigt den Referenzzinssatz von aktuell 2 Prozent um mehr als ein halbes Prozent, auch wenn im Zusammenhang mit der Höhe der ordentlichen Unterhaltskosten sowie der Betriebs- und Verwaltungskosten auf die Angaben des Beklagten, ohne darüber Beweis abzunehmen, abgestellt wird, womit der Beklagte mit seiner Einrede des nicht übersetzten Ertrages scheitert und das Herabsetzungsbegehren der Klägerin zu schützen ist.

49

Art. 340c OR (SR 220). Dahinfallen des arbeitsvertraglich vereinbarten, nachvertraglichen Konkurrenzverbotes in einem Fall, in dem die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag erst ordentlich und sodann fristlos kündigt. Die ordentliche Kündigung lässt für die Dauer der Kündigungsfrist (auch im Falle einer Freistellung) die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers nicht erlöschen. Setzt er mit seinem Verhalten in der Kündigungsfrist einen Grund für eine ausserordentliche Kündigung, so ist diese die für die Frage des Dahinfallens des Konkurrenzverbotes ausschlaggebende Kündigung (E. III.3).

Art. 18 Abs. 1 und Art. 340a Abs. 1 OR. Auslegung einer Vertragsbestimmung, welche die örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbotes mit einer Kilometerzahl umschreibt. Entscheidend ist nicht die (Fahr-)Distanz zwischen Unternehmensstandorten, sondern das Gebiet, auf welchem sich die Arbeitgeberin wirtschaftlich betätigt und in dem die dem Arbeitnehmer zur Kenntnis gelangten Daten wirksam werden können (E. III.4).

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 19. März 2015

Aus den Erwägungen:

III.

[…]

3. Zu prüfen ist weiter, ob das Konkurrenzverbot dahingefallen sei.

a) Das Konkurrenzverbot fällt u.a. dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass der Arbeitnehmer ihm dazu begründeten Anlass gegeben hat (Art. 340c Abs. 2 1. Variante OR). Als begründeter Anlass in diesem Sinne fallen nur Gründe in Betracht, die vom Arbeitnehmer gesetzt bzw. zu verantworten sind. Dabei fällt jedes diesem zuzurechnende Ereignis in Betracht, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt, auch muss nicht ein wichtiger Grund vorliegen, der eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; 92 II 31 E. 3).

Umstritten ist, ob aus Art. 340c Abs. 2 OR eine Pflicht fliesse, die Kündigung zu begründen. Unter anderem Vischer/Müller postulieren dies im Falle des gutgläubigen Arbeitnehmers unter Berufung auf ein älteres Bundesgerichtsurteil (BGE 70 II 162 E. 4) bereits für die Redaktion des Entlassungsschreibens (Vischer/Müller, Schweizerisches Privatrecht, VII/4, Der Arbeitsvertrag, § 21 N 41 a.E.; so auch Bohny, in: Münch/Metz, Stellenwechsel und Entlassung,, N 7.30; Geiser/Müller (Arbeitsrecht in der Schweiz, N 725) fordern den Wegfall des Konkurrenzverbotes erst mit der Weigerung des Arbeitgebers, die Kündigung auf Verlangen zu begründen (Art. 335 Abs. 2 und Art. 337 Abs. 1 OR), ähnlich auch Rehbinder/Stöckli (Berner Kommentar, N 3 zu Art. 340c OR;

differenzierend bei nachgereichter Begründung); andere Autoren lassen es damit sein Bewenden haben, dass der eine Kündigung nicht begründende Arbeitgeber entsprechende Beweisschwierigkeiten im Prozess zu tragen hat (Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, N 9 zu Art. 340c OR mit Hinweisen und Überblick über den Diskussionsstand).

Die Klägerin begründete die Kündigung vom 30. März 2012 nicht eingehend, sondern verwies auf «negative Vorkommnisse», für welche man sich vorbehalte, auch eine fristlose Kündigung auszusprechen. Die Gelegenheit hierfür sah man mit der vom Beklagten ausgefüllten Arbeitgeberbescheinigung gekommen, so dass gestützt hierauf am 16. Juni 2012 «wie bereits in der Kündigung […] angedeutet» eine fristlose Kündigung ausgesprochen wurde. Auf die negativen Vorkommnisse wollte die Klägerin dabei nicht eingehen; man habe den Beklagten telefonisch darauf angesprochen, dieser habe sich rausreden wollen. Allerdings musste der Beklagte bereits anlässlich der Kündigung vom 30. März 2012 davon ausgehen, dass die Klägerin den Anlass für die Kündigung in seiner Person sah, zumal in negativen Vorkommnissen, in welchen man auch Anlass zu einer fristlosen Kündigung zu suchen sich vorbehalte, keine objektiven, ausserhalb seiner Person gelegenen Gründe gemeint sein konnten. Nach der zitierten Rechtsprechung kann der Arbeitnehmer dann auf das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes vertrauen, *wenn* die Kündigung keine Vorhaltungen an seine Person enthält («si ... aucun reproche n'est articulé»; BGE 70 II 164 oben) *und sofern* er guten Glaubens ist (vgl. Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, N 2 al. 1 zu Art. 340c OR). Da vorliegend das Kündigungsschreiben zumindest den – wenn auch diffusen – Hinweis, der Arbeitnehmer habe den Kündigungsgrund gesetzt, enthält, konnte der Beklagte jedenfalls nicht guten Glaubens annehmen – solches behauptet er denn auch nicht –, die Klägerin begebe sich ohne weiteres des Konkurrenzverbots, zumal auch nicht davon ausgegangen werden kann, diese habe eine nähere Begründung der Kündigung verweigert (der Beklagte behauptet und belegt auch nicht, eine solche verlangt zu haben). Das Konkurrenzverbot fiel somit nicht deshalb (durch Verzicht) dahin, weil die Klägerin die Kündigung vom 30. März 2012 nicht bzw. nur ungenügend begründete.

b) Eine Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass die fristlose Entlassung von der Arbeitgeberin ausgesprochen worden ist, nachdem sie das Arbeitsverhältnis bereits ordentlich gekündigt hatte. Da, wie ausgeführt (lit. a hiervor), nicht von einem Verzicht auszugehen ist, stellt sich daher die Frage, welche Kündigung für die Frage massgeblich ist, ob das Konkurrenzverbot dahingefallen ist oder nicht.

aa) Grundsätzlich kommt es darauf an, aus welchem Grund das Arbeitsverhältnis effektiv (BGer 4A_233/2009 E. 3) beendet worden ist. Das Aufrechterhalten des nachvertraglichen Konkurrenzverbots rechtfertigt sich nur, wenn die Arbeitgeberin bei einem korrekten Verhalten des Arbeitnehmers bereit gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, bzw. wenn nicht die Arbeitgeberin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne begründeten Anlass verursacht hat. Es ist deshalb auf den tatsächlichen Beendigungsgrund abzustellen (BGE 130 III 353 E. 2.2.2). Das Bundes-

gericht hielt (im soeben zitierten und von der Vorinstanz zugrunde gelegten Entscheid) fest, bei einer vorgängigen Kündigung durch den Arbeitnehmer ohne begründeten Anlass könne das Konkurrenzverbot dennoch nachträglich dahinfallen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Kündigungsfrist aus einem anderen Grund beendet wurde, sei es, dass die Arbeitgeberin ohne jeglichen Grund eine fristlose Entlassung ausspreche oder dass der Arbeitnehmer wegen des Verhaltens der Arbeitgeberin während der Kündigungsfrist gerechtfertigt das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet. Das Bundesgericht äusserte sich damit zwar nicht zur vorliegenden Konstellation (da die Arbeitgeberin sowohl die ordentliche wie auch die fristlose Kündigung aussprach), hielt aber – verallgemeinernd und damit auch für Fälle wie den vorliegenden – zum Ersten fest, dass bei einer Abfolge von ordentlicher und ausserordentlicher Kündigung die ausserordentliche Kündigung diejenige sei, welche das Arbeitsverhältnis effektiv beende, und zum Zweiten, dass die ordentliche Kündigung nicht bewirke, dass das Verhalten der Parteien während der Kündigungsfrist für die Frage des Bestands des Konkurrenzverbotes ohne jede Bedeutung werde (E. 2.2.2 a.E.). Geiser/Müller halten ergänzend auch für den Fall der Arbeitgeberkündigung für denkbar, dass das Verhalten des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist resp. Freistellung Anlass zu einer fristlosen Kündigung und damit zu einem Wiederaufleben des Konkurrenzverbotes zu setzen vermag (a.a.O., N 725a, für den Fall der Konkurrenzierung in der Freistellungsphase).

bb) […]

cc) Mit dem Bundesgericht (BGE 130 III 353 E. 3.2.2) ist dafür zu halten, dass das Verhalten des Beklagten in der Kündigungsfrist und Freistellungsphase nicht ohne Belang ist. Setzt der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist mit einem gegen die Pflichten von Art. 321a OR verstossenden Verhalten einen Grund, der zu einer ausserordentlichen Kündigung führt, so ist davon auszugehen, dass es diese Kündigung war, welche das Arbeitsverhältnis beendete, selbst wenn kein wichtiger Grund i.S.v. Art. 337 OR vorgelegen haben mag (wie auch in BGE 130 III 353 E. 3.2.3). Zur vorliegenden ausserordentlichen Kündigung fällt Folgendes in Betracht:
[Beurteilung des als Grund der fristlosen Kündigung geltend gemachten Verhaltens]. [Die] Kündigung liess seine Treuepflicht während der Freistellungsphase nicht erlöschen. An diese Pflicht war er bis zum 30. Juni 2012 gebunden und es lag an ihm, sich in dieser Zeit nichts zuschulden kommen zu lassen, das einen begründeten Anlass i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR darstellen konnte. Damit war – unabhängig davon, ob dies mit Verschulden geschah – ein i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR begründeter Anlass gegeben, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Nachdem der Beklagte in der Freistellungsphase einen begründeten Anlass gesetzt und die Klägerin darauf bei Kenntnisnahme umgehend mit der sofortigen Auflösung reagiert hat, kann er sich (unabhängig davon, ob die fristlose Kündigung als solche berechtigt war oder nicht) nicht auf das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes durch die Kündigung vom 30. März 2012 berufen.

dd) Mit dem Beklagten ist zwar festzustellen, dass die Klägerin bereits mit der Kündigung vom 30. März 2012 klar machte, den Beklagten nicht weiter be-

schäftigen zu wollen. Dabei vermied sie auch den Eindruck nicht, einen Anlass zum Aussprechen einer fristlosen Kündigung eigentlich abzuwarten (dass dieselben Gründe, die zur ordentlichen Kündigung angerufen wurden, nicht später noch eine fristlose Kündigung zu begründen vermöchten [vgl. Streiff/Von Kaenel/Rudolph, N 15 und 17 zu Art. 337 OR], musste der Klägerin aufgrund ihres Hintergrundwissens im Personalwesen klar sein). Die Klägerin konnte davon ausgehen, dass der Beklagte die Nichtweiterführung des Arbeitsverhältnisses hinnahm (die Frist zur Einsprache i.S.v. Art. 336 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 OR war zwar noch nicht ausgelaufen, doch hatte er – worüber die Klägerin vorher informiert wurde – mit Beginn ab 1. Juli 2012 Arbeitslosenentschädigung beantragt). Nimmt man strikte die Frage nach der Bekundung des fehlenden Weiterbeschäftigungswillens auf Seiten der Arbeitgeberin zum Massstab, so erscheint die ausserordentliche Kündigung vom 16. Juni 2012 als obsolet, ein ökonomischer Beweggrund für diese konnte die mögliche Einsparung von weiteren Lohnzahlungen sein, wofür das haltlose (Streiff/Von Kaenel/Rudolph, N 24 zu Art. 337 OR) Ansinnen spricht, die fristlose Kündigung rückwirkend auf den 8. Mai 2012 auszusprechen.

Indessen greift der Beklagte zu kurz, wenn er daraus folgert, es sei einzig auf die ordentliche Kündigung vom 30. März 2012 abzustellen und er könne sich mit dem Verweis auf den dieser fehlenden berechtigten Anlass vom Konkurrenzverbot dispensieren. Zum Ersten mag der der ordentlichen Kündigung zugrunde liegende Anlass gemäss dem Kündigungsschreiben zwar wenig konkret gehalten sein. Es war dem Kündigungsschreiben aber klar zu entnehmen, dass die Klägerin die Ursache im Verhalten des Beklagten ortete. Der Beklagte wusste dies. Er behauptet und belegt nicht, den Kündigungsgrund hinterfragt oder bestritten zu haben. Ungeachtet dessen, ob die geltend gemachten Gründe gerichtlicher Klärung standzuhalten vermöchten, konnte er sich nicht gutgläubig darauf verlassen, das Konkurrenzverbot sei aufgrund der ordentlichen Kündigung dahingefallen (vgl. vorne, lit. a; BGE 70 II 164 oben; Brühwiler, a.a.O., N 2 al. 1 zu Art. 340c OR; Haefliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss. 1974, S. 92; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. 2001, S. 68). Zum Zweiten kann sich der Beklagte nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist auf das Dahinfallen des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes berufen; bis zu jenem Zeitpunkt ist er durch das während der Vertragsdauer geltende (dispositive, durch Ziff. 9 des Arbeitsvertrages bekräftigte) Konkurrenzverbot gemäss Art. 321a Abs. 3 OR gebunden, aber auch durch die übrigen Treuepflichten. Wie vorstehend (lit. cc a.E.) dargetan, konnte er sich nicht als von diesen entbunden betrachten und davon ausgehen, Verstösse dagegen blieben ohne Folgen.

Auch wenn der Wille der Klägerin, den Beklagten nicht weiter zu beschäftigen, mit der ordentlichen Kündigung bereits definitiv feststand, konnte dieser sich also nicht darauf verlassen, jene habe durch eine Kündigung ohne berechtigten Anlass auf das Konkurrenzverbot verzichtet. Er blieb insbesondere an die Treuepflichten des Arbeitsvertrages gebunden, die für ihn als leitenden Angestellten erhöhte Erwartun-

gen an ein integres Verhalten stellten. Der Verstoss gegen diese Pflichten während der Kündigungsfrist setzte – wie vorne, lit. cc ausgeführt – einen begründeten Anlass i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR, womit das Konkurrenzverbot bestehen blieb.

ee) Offen bleiben kann bei diesem Befund, ob die Berufung des gegen die Treuepflichten verstossenden Beklagten auf ein vorgängiges Dahinfallen des Konkurrenzverbotes nicht geradezu rechtsmissbräuchlich sei. Ebenfalls keiner Erörterung bedarf die These Geiser/Müllers (a.a.O., N 725a), wonach ein Konkurrenzverbot dahinfallen könne, aber wieder aufzuleben vermöge.

4. a) Für den Fall der Gültigkeit des Konkurrenzverbotes stellt die Berufung in Frage, ob eine konkurrenzierende Tätigkeit vorliege resp. ob sie in räumlicher Hinsicht das vereinbarte Konkurrenzverbot verletze (Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., lit. g und e [teilweise]). […]

c) Gemäss Ziffer 9 des Arbeitsvertrages (kläg.act. 4) ist es dem Beklagten untersagt, die Klägerin «im Umkreis von mindestens 30 km […] zu konkurrenzieren». Es ist umstritten, was diese bedeute resp. ob der Beklagte seine Tätigkeit in diesem Umkreis ausführte.

aa) […]

bb) Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. BGE 132 III 626 E. 3.1; 138 III 659 E. 4.2.1; BGer 4A_318/2014 E. 2.2.1, je m.w.H.; Hueguenin et al., Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, N 278 ff.; BSK OR I-Wiegand, N 8 und 41 ff. zu Art. 18 OR).

cc) […]

Zur Frage, wie die Angabe «30 km» zu verstehen sei, bestehen einzig die – sich widersprechenden – Darlegungen der Parteien. Beweismittel, die dafür sprechen, den Parteien habe übereinstimmend vorgeschwebt, es sei entweder auf den tatsächlichen Wirkungskreis oder aber auf die schnellste Wegstrecke per Auto zwischen den Büros abzustellen, liegen nicht vor. Es ist nach dem hypothetischen Parteiwillen zu fragen, also danach, welchen Regelungszweck die Parteien bei der Vereinbarung des Konkurrenzverbotes im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verfolgten resp. auf welchen Erklärungsinhalt die jeweilige Gegenpartei in guten

Treuen vertrauen durfte. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus allgemeinen Überlegungen: Ziel der räumlichen Limitierung des Konkurrenzverbotes ist die Einschränkung auf das Gebiet, in dem sich der Arbeitgeber wirtschaftlich betätigt, denn für einen darüber hinaus gehenden Bereich fehlt ihm ein berechtigtes Interesse, die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers auszuschalten. Innerhalb dieses Bereichs ist weiter einzugrenzen auf den Bereich, in dem die dem Arbeitnehmer zur Kenntnis offen gestandenen Daten – hier der Kundenkreis – wirksam werden, denn nur die Verwertung der dem Arbeitnehmer gebotenen Kenntnisse soll untersagt werden dürfen. Bei der Umschreibung der Grenzziehung ist entscheidend, ob ein Konkurrenzbetrieb aufgrund der örtlichen Gegebenheiten noch in einem Wettbewerbsverhältnis zum Arbeitgeberbetrieb stehen kann; so verstanden, ist auf das (tatsächliche oder hypothetische) Kundenverhalten und auf die Geschäftstätigkeit des Konkurrenten, nicht aber auf den Firmensitz abzustellen – und es muss auch die Bearbeitung des umschriebenen Gebietes von aussen untersagt werden können (vgl. BK-Rehbinder/Stöckli, N 2 zu Art. 340a OR; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, N 2 zu Art. 340a OR; Bohny, a.a.O., N 7.53). Diese Interpretation des räumlichen Geltungsbereiches wird dem Regelungszweck des Konkurrenzverbotes gerecht, den Arbeitnehmer aus der Region fernzuhalten, in welcher er vom beim Arbeitgeber erworbenen Wissen profitieren und diesem schaden kann. Die Klägerin konnte in guten Treuen darauf vertrauen, dass die Angabe «Umkreis von mindestens 30 km» in diesem Sinne verstanden werde. Demgegenüber ist die reale Länge der Autofahrstrecke zwischen den beiden Unternehmenssitzen aus der Optik des Regelungszweckes ohne jeden erkennbaren Belang und der Beklagte konnte auf diese Lesart – welche die Wirkung des konkurrierenden Wirtschaftens völlig ausblendet – nicht vertrauen.

50

Art. 363 ff. OR (SR 220). Suchmaschinenoptimierungsvertrag: Qualifikation als werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt, der den gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag untersteht.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 26. November 2015

Aus den Erwägungen:

III.2/b) Eine andere Frage ist, ob die Vorinstanz den Vertrag vom 27. April 2012 zu Recht den Bestimmungen über den Werkvertrag unterstellte oder ob sie – wie die Beklagte geltend macht – jene über den einfachen Auftrag hätte anwenden müssen.

[…]

bb/aaa) Bei einem Auftrag hat der Beauftragte die ihm übertragenen Geschäfte vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR), während sich beim Werkvertrag der Unternehmer zur Herstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung verpflichtet (Art. 363 OR). Mit anderen Worten schuldet der Beauftragte bloss ein Wirken, der Unternehmer hingegen ein Werk (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 8 vor Art. 363–379 OR). Als Herstellung eines Werks im Sinn von Art. 363 OR gilt nicht nur die Schaffung eines neuen Werks, sondern auch die Veränderung oder Erhaltung eines solchen, etwa durch Vergrösserung, Verbesserung oder Restauration (BGE 130 III 458 E. 4 [s. Pra2005 Nr. 41]; CHK-Hürlimann/Siegenthaler, N 3 zu Art. 363 OR; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 10 zu Art. 363 OR). Nach überwiegender Lehrmeinung und insbesondere auch nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts können unkörperliche Werke ebenfalls Gegenstand von Werkverträgen sein; die Verkörperung ist hier häufig nicht ein primäres und augenfälliges, sondern bloss ein begleitendes, untergeordnetes Werkleistungselement (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 2 vor Art. 363–379 OR; BGE 109 II 34 E. 3 [s. Pra1983 Nr. 147]; BGE 115 II 50 E. 1 [s. Pra1989 Nr. 250]; BGE 127 III 328 E. 2/c; BGE 130 III 458 E. 4.4 [s. Pra2005 Nr. 41]; BGE 134 III 361 E. 6.2.3 f. [s. Pra2009 Nr. 8]). Vorausgesetzt ist dabei allerdings, dass sich das Arbeitsergebnis nach objektiven Kriterien auf seine Vertragskonformität hin überprüfen lässt (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 8 vor Art. 363–379 OR; BGE 127 II 328 E. 2/c; BGE 130 III 458 E. 4 [s. Pra2005 Nr. 41]). Zur Qualifikation von Verträgen über eine Suchmaschinenoptimierung äusserten sich die Lehre und das Bundesgericht soweit ersichtlich bislang nicht. Immerhin qualifizierte aber das Bundesgericht einen Vertrag über die Optimierung von Wirtschaftsinformationen als Werkvertrag (BGer 4A_51/2007 E. 4.4) und werden insbesondere Verträge über die Herstellung von Individualsoftware und solche über die Planung und Realisierung einer Website von namhaften Autoren ebenfalls den gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag unterstellt (so etwa Gauch, Der Werkvertrag, N 334 ff.; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 2 f. vor Art. 363–379 OR; Dill, Internet-Verträge, AJP 2000, S. 1513 ff., S. 1521; Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, S. 281 [Letzterer mit Verweis auf: sic! 2000, S. 24 ff., S. 26]). Soweit die kantonale Rechtsprechung betroffen ist, kam der Präsident der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen in einem Entscheid vom 6. November 2008 im Rahmen der Beurteilung einer altrechtlichen Rechtsverweigerungsbeschwerde zum Schluss, die Vorinstanz habe einen Vertrag über eine Suchmaschinenoptimierung als Werkvertrag qualifizieren dürfen (VZ.2008.49 [abrufbar unter www.gerichte.sg.ch]). Zur Begründung führte er im Wesentlichen und dem Sinn nach aus, die Optimierung einer Website – wozu das individuelle Kodieren, die Anpassung des HTML-Codes und das Konfektionieren der Keywords gehöre – stelle ein geistiges Werk dar, weshalb die entsprechenden Leistungen Gegenstand eines Werkvertrages sein könnten. Da die Auswahl der geeigneten Suchbegriffe und – unter dem Gesichtspunkt der Suchergebnisse – die Qualität der Website nach objektiven Kriterien überprüfbare Leistungen seien, könne dabei ein Arbeitserfolg versprochen werden.

bbb) Hier hat zwar die Vorinstanz den umstrittenen Suchmaschinenoptimierungsvertrag – mit Blick darauf, dass Werkverträge typischerweise keine Dauerverträge sind (s. dazu etwa BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, N 14 vor Art. 363–379 OR, und CHK-Hürlimann/Siegenthaler, N 5 zu Art. 363 OR) – nicht als Werkvertrag qualifiziert; sie nahm aber immerhin an, es handle sich um einen (offenbar: werkvertragsähnlichen) Innominatkontrakt, der den gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag unterstehe. Dies ist im Lichte der soeben zitierten Lehre und Rechtsprechung einerseits und dem vorliegenden Vertragswortlaut andererseits nicht zu beanstanden: Wie im Fall VZ.2008.49 gehörten auch im vorliegenden Fall das individuelle Kodieren, die Anpassung des HTML-Codes und das Konfektionieren der Keywords zu den vertraglichen Aufgaben der Klägerin. Die optimierten Seiten sollten – immer gemäss Vertrag – in mindestens 60 Suchdiensten eingetragen werden mit dem Ziel, die Keywords über periodische Fortschrittskontrollen in den Top-Positionen dieser Dienste zu positionieren und dort zu halten. Die erste Programmierungsphase sollte spätestens sechs Monate nach Eingang der vollständigen Kundendaten abschlossen sein, wobei die Klägerin erste sichtbare Resultate sechs Wochen nach Aufschaltung der Neuprogrammierung garantierte. Nach erfolgter Eintragung sollte die Beklagte einen «Report (Positioncheck/Ist-Zustand)» erhalten, der es erlauben sollte, «Eintragungen und Platzierungen» der Website zu überprüfen, wobei ihr über einen «Zugangscode» auch «statistische Auswertungen der täglichen Besucherzahlen» möglich sein sollten. Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt damit nicht bloss eine Vereinbarung über einen «Versuch» vor, ihre Website zu optimieren; vielmehr ist durchaus von einem vertraglich vereinbarten Arbeitsergebnis auszugehen, das sich im vorstehenden Sinn nach objektiven Kriterien auf seine Vertragskonformität hin überprüfen lässt. […]

Im Ergebnis ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den umstrittenen Suchmaschinenoptimierungsvertrag den Bestimmungen über den Werkvertrag unterstellte. Der sinngemässe Einwand der Beklagten, die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang das materielle Recht falsch angewendet, erweist sich somit als unbegründet.

51

Art. 815 Abs. 2 OR (SR 220). Ist dieselbe Person sowohl Geschäftsführer der klagenden Partei als auch Geschäftsführer und Gesellschafter der beklagten Partei, liegt offensichtlich ein Interessenkonflikt vor. Es rechtfertigt sich, dieser Person die Vertretungsbefugnis für den betreffenden Prozess (vorsorglich) zu entziehen.

Handelsgerichtspräsident, 28. Mai 2015

Aus den Erwägungen:

3. b) Bei dieser Konstellation ist auf Seiten B's bezüglich des Prozesses vor dem Landgericht Konstanz offensichtlich ein Interessenkonflikt gegeben: B ist einerseits einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der klagenden Partei und andererseits (kollektivzeichnungsberechtigter) Geschäftsführer und Gesellschafter der beklagten Partei. Der Konflikt ergibt sich dabei aus dem Umstand, dass B sowohl zur Wahrung der Interessen der in der Schweiz ansässigen Gesuchsgegnerin bzw. Klägerin (betr. die Treuepflicht der Geschäftsführer im schweizerischen Recht: Art. 812 Abs. 1 und 2 OR i.V. m. Art. 803 OR), als auch zur Wahrung der Interessen der in Deutschland ansässigen Beklagten, nämlich der A GmbH (zur Treuepflicht der Gesellschafter als allgemeinem Grundsatz des deutschen Gesellschaftsrechts: Mertens, in: Schlegelberger et. al, Kommentar HGB, 5. Auflage 1992, N 22 zu § 109), verpflichtet ist. Als Teil seiner Treuepflicht ist B gegenüber der Gesellschaft auch zur Geheimhaltung verpflichtet (Art. 812 Abs. 2 OR i.V. m. Art. 803 Abs. 1 OR).

Im Prozess vor dem Landgericht Konstanz stehen sich die Gesuchsgegnerin und die A GmbH mit gegenläufigen Interessen gegenüber. Es ist nicht ersichtlich, wie sich die gegensätzlichen Interessen der Prozessparteien im Handeln einer Person, die beiden Prozessparteien zur Treue verpflichtet ist, vereinen liessen. Der Umstand, dass B nicht berechtigt ist, für die A GmbH mit Einzelunterschrift zu zeichnen, sondern bloss kollektivzeichnungsberechtigt ist, ändert an dieser Interessenkollision nichts – zumindest nicht aus der (vorliegend relevanten) Sicht der Gesuchgegnerin, für die B mit Einzelunterschrift zeichnen kann.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass B als Gesellschafter der beklagten Partei vom Ausgang des in Deutschland geführten Prozesses mit grosser Wahrscheinlichkeit finanziell persönlich betroffen ist. Denn ein allfälliger – eventuell auch nur teilweiser – Schutz der Klage würde wohl den Wert seiner Beteiligung an der A GmbH vermindern. Folglich ist auch von einem Konflikt zwischen den Eigeninteressen B's und den von ihm zu vertretenden Interessen der Gesuchsgegnerin auszugehen.

c) Aufgrund seiner Zeichnungsberechtigung kann B die Gesuchsgegnerin grundsätzlich ohne Zutun eines weiteren Geschäftsführers rechtsgeschäftlich vertreten. Dies gilt auch für Handlungen im Namen der Gesuchsgegnerin, die sich auf den in Deutschland geführten Prozess beziehen; etwa die Abberufung und Ernennung eines Rechtsanwalts als Prozessvertreter. Nicht im Interesse der Gesuchsgegnerin liegende Prozesshandlungen bergen ein Schadensrisiko. Im Besonderen gilt dies in Bezug auf den Widerruf einer Prozessvollmacht. […]

6. […] Art. 815 Abs. 2 OR sieht sowohl die Möglichkeit einer Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis als auch die Möglichkeit einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis vor. Gemäss der Ziff. 1 seiner Rechtsbegehren beantragt der Gesuchsteller eine Beschränkung der Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers B «in dem Sinne […], als ihm das Vertretungsrecht für die Beklagte [die Gesuchsgegnerin] in Bezug auf den zwischen der Beklagten und der A GmbH vor dem Landgericht Konstanz hängigen Prozess» vorsorglich zu entziehen

sei. Daraus kann geschlossen werden, dass der Gesuchsteller eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers gemäss Art. 814 OR beantragt. Folglich ist die vorsorgliche Massnahme einerseits auf die Vertretungsbefugnis B's und andererseits auf eine mögliche Vertretung der Gesuchsgegnerin im Prozess vor dem Landgericht Konstanz zu beschränken.

III. Strafrecht (einschliesslich Opferhilfe)

52

Art. 14 StGB (SR 311.0); Art. 31 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 2 StPO (SR 312.0); Art. 6 lit. c Ziff. 2 VSKV-ASTRA (SR 741.013.1); Art. 57a und Art. 90 Abs. 2 SVG (SR 741.01); Art. 3 PG (sGS 451.1). Gewisse Verkehrsregelverstösse sind im Rahmen einer Nachfahrkontrolle durch Polizeibeamte erlaubt und nicht strafbar, wenn sie verhältnismässig sind (E. II./2c). Im konkreten Fall waren das Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit und teilweise Nichteinhalten eines ausreichenden Abstandes durch den Polizeibeamten anlässlich der Nachfahrmessung erforderlich bzw. verhältnismässig (E. II./3a/bb und 3b/cc). Es bestehen keine Vorschriften, die vorsehen, dass ein Nachfahrmessgerät nur von einem Beifahrer bedient werden dürfte (E. II./3c/cc). Im zu beurteilenden Fall hat der fahrende Polizeibeamte keine Verkehrsregelverletzung zufolge Bedienen des Nachfahrmessgeräts begangen (E. II./3c/cc). Dieser hat den Beschuldigten auch nicht zur Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit provoziert (E. II./4c). Schliesslich war die Kantonspolizei St. Gallen zur Verfolgung des Beschuldigten bzw. zur Nachfahrmessung örtlich zuständig (E. II./5b und c). Bei dieser Sachlage unterlagen die Videoaufzeichnung der Polizeibeamten und das darauf beruhende METAS-Gutachten keinem Beweisverwertungsverbot gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO (E. II./6).

Kantonsgericht, Strafkammer, 27. Oktober 2015

X wird vorgeworfen, am 31. Januar 2014 um 11.35 Uhr einen Lieferwagen in Kenntnis der auf Autobahnen gesetzlich zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 120 km/h auf der Autobahn A3 in Benken, Höhe Reichenburger Kreuz, in Fahrtrichtung Chur gelenkt zu haben. Dabei sei er mit einer rechtserheblichen Durchschnittsgeschwindigkeit von 170,9 km/h, somit 50 km/h schneller als erlaubt gefahren. Die Vorinstanz erklärte X der groben Verkehrsregelverletzung schuldig. Die Strafkammer bestätigte diesen Schuldspruch.

Aus den Erwägungen:

II.

1. Aufgrund des METAS-Gutachtens vom 17. Oktober 2014 erstellt und letztlich unbestritten ist, dass X mit einer rechtserheblichen Durchschnittsgeschwindigkeit von 170,9 km/h und damit mehr als 50 km/h zu schnell gefahren ist. Die Verteidigung bringt allerdings vor, das durch den Polizisten im zivilen Polizeifahrzeug aufgezeichnete Videomaterial dürfe aufgrund des Beweisverwertungsverbotes gemäss Art. 141

Abs. 2 StPO nicht verwertet werden. Der Polizist habe sich durch Überschreiten der höchstzulässigen Geschwindigkeit, durch zu geringen Abstand und durch das Bedienen des Nachfahrmessgerätes bei überhöhter Geschwindigkeit in mehrfacher Hinsicht strafbar gemacht. Das Verhalten des Polizisten sei unverhältnismässig und nicht nach Art. 14 StGB gerechtfertigt. Nach dem Gesagten stellt sich zunächst die Frage, ob die Videoaufzeichnung und das darauf abstützende METAS-Gutachten einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

2. a) Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO).

b) Gesetzliche Grundlage für die Nachfahrkontrolle sind verschiedene Bestimmungen in der Strassenverkehrskontrollverordnung (SKV; SR 741.013) und in der Verordnung des Astra hiezu (VSKV-ASTRA; SR 741.013.1) einerseits sowie im Polizeigesetz des Kantons St. Gallen vom 10. April 1980 (PG, sGS 451.1) andererseits. Die Kontrolle des Verkehrs auf öffentlichen Strassen obliegt der nach kantonalem Recht zuständigen Polizei (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 SKV). Die kantonalen Behörden richten die Kontrollen schwerpunktmässig unter anderem nach sicherheitsrelevantem Fehlverhalten (Art. 5 Abs. 1 SKV). Die Kontrollen erfolgen stichprobenweise, systematisch oder im Rahmen von Grosskontrollen (Art. 5 Abs. 2 SKV). Nach Möglichkeit sind bei den Kontrollen technische Hilfsmittel einzusetzen (Art. 9 Abs. 1 SKV), insbesondere bzw. unter anderem (a) bei der Kontrolle der Geschwindigkeit. Geschwindigkeitskontrollen können gemäss Art. 6 lit. c Ziff. 2 VSKV-ASTRA unter anderem durchgeführt werden durch Nachfahren und Ermittlung der Geschwindigkeit durch einen Geschwindigkeitsvergleich zwischen den beiden Fahrzeugen (Nachfahrkontrolle; vgl. zum Ganzen BGer 6B_1025/2015 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen).

Die Polizeikräfte wirken bei der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung mit und treffen bei unmittelbarer Gefährdung oder Störung die unaufschiebbaren Massnahmen (Art. 12 lit. a PG). Sie überwachen und regeln den Verkehr auf öffentlichen Strassen gemäss der Gesetzgebung über den Strassenverkehr (Art. 12 lit. c PG) und unterstützen die Unfall- und Verbrechensverhütung (Art. 12 lit. e PG). Weiter führt die Polizei Ermittlungen gemäss der Gesetzgebung über die Strafrechtspflege durch (Art. 12 lit. b PG). Dabei hat sie den für eine Straftat relevanten Sachverhalt festzustellen und namentlich Spuren und Beweise sicherzustellen und auszuwerten (Art. 12 lit. b PG i.V.m. Art. 306 Abs. 1 und 2 lit. a StPO). Polizeiliche Eingriffe müssen zur Wahrung oder Herstellung des gesetzmässigen Zustandes geeignet sein (Art. 3 Abs. 1 PG). Sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zweckes erforderlich ist (Art. 3 Abs. 2 PG). Sie dürfen nicht zu einem Nachteil führen, der in einem Missverhältnis zum verfolgten Zweck steht (Art. 3 Abs. 3 PG).

c) Gemäss Art. 14 StGB verhält sich rechtmässig, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die Tat nach diesem oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können sich

Polizeibeamte, die bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Rechtsverletzungen begehen, allerdings dann nicht auf Art. 14 StGB berufen, wenn ihr Handeln unverhältnismässig ist. Das Handeln der Polizeibeamten muss mit andern Worten zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sein, und das beeinträchtigte Rechtsgut sowie das Ausmass der Rechtsgutverletzung müssen in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen (vgl. BGer 6B_1025/2015 E. 2.3 mit Hinweis auf BGer 6B_1006/2013 E. 4.3, 6B_288/2009 E. 3.5 und 6B_20/2009 E. 4.4.2). Bei der Nachfahrkontrolle eines Fahrzeuglenkers, der mit übersetzter Geschwindigkeit fährt, kommen die Polizeibeamten gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht darum herum, ihrerseits die Vorschriften betreffend die zulässige Höchstgeschwindigkeit und allenfalls weitere Vorschriften (beispielsweise betreffend das Gebot des Linksüberholens) zu missachten. Solche Verstösse im Rahmen einer Nachfahrkontrolle sind erlaubt und daher nicht strafbar, wenn sie im genannten Sinne verhältnismässig sind (BGer 6B_1025/2015 E. 2.4).

3. a/aa) Die Verteidigung macht geltend, die vom Polizisten durch Überschreiten der höchstzulässigen Geschwindigkeit begangene Verkehrsregelverletzung sei in keiner Art und Weise verhältnismässig. Der Polizeibeamte hätte X auch lediglich aufgrund seiner Wahrnehmung und damit ohne gefährliche Nachfahrmessung zur Anzeige bringen können. Erfahrungsgemäss attestiere die Rechtsprechung den Polizisten ein geschultes Auge, mit welchem sie eher Straftaten wahrnehmen könnten als private Personen.

bb) Dass der Polizeibeamte, der vorliegend die Nachfahrmessung durchführte, seinerseits in vergleichbarer Weise die Höchstgeschwindigkeit gemäss Art. 90 SVG i.V.m. Art. 4a der Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV; SR 741.11) überschritten hat, ist offensichtlich und ergibt sich wie erwähnt bereits aus der Natur einer Nachfahrkontrolle. Es ist indes nicht ersichtlich, dass der Polizeibeamte eine (wesentlich) erhöhte Gefährdungslage herbeiführte. So blieb der Polizeibeamte stets hinter dem Fahrzeug von X. Bei deutlichen Geschwindigkeitsübertretungen liegt denn auch ein wesentlicher Teil der Gefährdung darin, dass andere Verkehrsteilnehmer durch das unerwartet schnell kommende Fahrzeug überrascht werden und ihr eigenes Fahrverhalten nicht mehr rechtzeitig danach ausrichten können. Dieses Risiko wurde durch das Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit durch den Polizisten nicht wesentlich erhöht. Gemäss den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz fand die Nachfahrkontrolle zudem um die Mittagszeit, mithin bei Tageslicht, und auf einem gut überschaubaren Autobahnabschnitt statt. Die Sicht war unstrittig gut, die Fahrbahn trocken und es herrschte ein normales Verkehrsaufkommen.

Nicht gefolgt werden kann sodann der Auffassung der Verteidigung, der Polizeibeamte hätte X lediglich aufgrund seiner Wahrnehmung anzeigen können. Die Verteidigung verkennt dabei einerseits, dass Art. 9 Abs. 1 lit. a SKV ausdrücklich vorsieht, dass bei der Kontrolle der Geschwindigkeit «nach Möglichkeit» technische Hilfsmittel einzusetzen sind. Andererseits übersieht sie, dass sich der Polizeibeamte vom Ausmass der Geschwindigkeitsüberschreitung des wegfahrenden Fahrzeugs

keinen Eindruck hätte machen können, wenn er diesem nicht mit übersetzter Geschwindigkeit gefolgt wäre. Auch aus diesem Grund war die Nachfahrt und die damit verbundene Geschwindigkeitsüberschreitung durch den Polizeibeamten erforderlich.

Insgesamt erweist sich das Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit durch den Polizeibeamten als erforderlich respektive verhältnismässig.

b/aa) Weiter macht die Verteidigung geltend, auch die Verkehrsregelverletzung durch zu geringen Abstand stehe einer Verwertung des Videomaterials entgegen. Die Verteidigung stellt dabei anhand eines Bildausschnitts Berechnungen an, wonach der Polizeibeamte bei einer Geschwindigkeit von 169 km/h nur einen Abstand von 51 Meter eingehalten habe. Die Regeln «halber Tacho» und «2 Sekunden Abstand» seien somit nicht eingehalten worden.

bb) Gemäss Art. 34 Abs. 4 SVG ist gegenüber allen Strassenbenützern ausreichender Abstand zu wahren, namentlich beim Kreuzen und Überholen sowie beim Neben- und Hintereinanderfahren. Der Fahrzeugführer hat beim Hintereinanderfahren einen ausreichenden Abstand zu wahren, so dass er auch bei überraschendem Bremsen des voranfahrenden Fahrzeugs rechtzeitig halten kann (Art. 12 Abs. 1 VRV). Was unter einem «ausreichenden Abstand» im Sinne von Art. 34 Abs. 4 SVG zu verstehen ist, hängt von den gesamten Umständen ab. Dazu gehören unter anderem die Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnisse sowie die Beschaffenheit der beteiligten Fahrzeuge. Die Rechtsprechung hat keine allgemeinen Grundsätze zur Frage entwickelt, bei welchem Abstand in jedem Fall, d.h. auch bei günstigen Verhältnissen, eine einfache Verkehrsregelverletzung anzunehmen ist. Im Sinne von Faustregeln wird für Personenwagen auf die Regel «halber Tacho» (entsprechend 1,8 Sekunden) und die «Zwei-Sekunden»-Regel abgestellt (zum Ganzen BGE 131 IV 133 E. 3.1 mit Hinweisen). Diese Distanz entspricht ungefähr der Anhaltestrecke bei plötzlichem ordnungsgemässem Bremsen und Anhalten des vorausfahrenden Personenwagens (BGE 104 IV 192 E. 2b). Für die Beurteilung, ob eine grobe Verkehrsregelverletzung anzunehmen ist, wird auf Autobahnen als Richtschnur die Regel «1/6-Tacho» bzw. Abstand von 0,6 Sekunden herangezogen (BGE 131 IV 133 E. 3.2.2; vgl. zum Ganzen BGer 6B_92/2015 E. 1.3.1 mit Hinweis auf BGer 6B_593/2013 E. 2.3.2, 6B_127/2012 E. 3.1 und 6B_1014/2010 E. 3.5).

cc) Vorliegend beziehen sich die Berechnungen der Verteidigung auf den Zeitpunkt während der Videoaufnahme, in welchem das Fahrzeug des Polizeibeamten den deutlich kürzesten Abstand zum Fahrzeug von X hatte. Dennoch kann im Zweifel (mithin zugunsten von X; vgl. Art. 10 Abs. 3 StPO) nicht ausgeschlossen werden, dass der Polizeibeamte den gemäss Art. 34 Abs. 4 SVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 VRV erforderlichen Mindestabstand zeitweilig nicht eingehalten hat. Allerdings hat er den Abstand, wie sich aus der Videoaufnahme unzweifelhaft ergibt, in keinem Zeitpunkt in einem Mass unterschritten, das die Annahme einer groben Verkehrsregelverletzung gemäss Art. 90 Abs. 2 SVG zuliesse. Derartiges wird denn auch von der Verteidigung zu Recht nicht geltend gemacht. Damit steht – wenn überhaupt – höchstens eine einfache Verkehrsregelverletzung durch teilweise zu geringen Abstand im Raum.

Selbst wenn man eine solche bejahen wollte, wäre ein entsprechender Verstoss im Rahmen einer Nachfahrkontrolle verhältnismässig, nachdem wie erwähnt von guten Strassen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen auszugehen (vgl. vorstehend E.II.3.a.bb) und keine konkrete Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer auszumachen ist (vgl. BGer 6B_1025/2015 E. 2.4, wo gar ein Rechtsüberholen seitens der Polizeibeamten im Rahmen einer Nachfahrkontrolle als verhältnismässig betrachtet wurde).

c/aa) Schliesslich bringt die Verteidigung vor, ein Beweisverwertungsverbot müsse allein aufgrund der Tatsache bestehen, dass das Nachfahrmessungsgerät gemäss interner Weisung der zürcherischen Polizei nur vom Beifahrer bedient werden dürfe. Bediene der Fahrer das Gerät selber, so mache er sich einer Verkehrsregelverletzung nach Art. 31 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 3 VRV strafbar.

bb) Der Fahrzeuglenker muss das Fahrzeug ständig so beherrschen, dass er seinen Vorsichtspflichten nachkommen kann (Art. 31 Abs. 1 SVG). Er muss seine Aufmerksamkeit der Strasse und dem Verkehr zuwenden (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VRV). Er darf beim Fahren keine Verrichtung vornehmen, welche die Bedienung des Fahrzeugs erschwert (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VRV). Er hat ferner dafür zu sorgen, dass seine Aufmerksamkeit insbesondere durch Tonwiedergabegeräte sowie Kommunikations- und Informationssysteme nicht beeinträchtigt wird (Art. 3 Abs. 1 Satz 3 VRV). Das Mass der Aufmerksamkeit, die der Fahrzeugführer nach Art. 31 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VRV der Strasse und dem Verkehr zuzuwenden hat, richtet sich nach den gesamten Umständen, namentlich der Verkehrsdichte, den örtlichen Verhältnissen, der Zeit, der Sicht und den voraussehbaren Gefahrenquellen (BGE 127 II 302 E. 3c; 122 IV 225 E. 2b; 120 IV 63 E. 2a). Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und 3 VRV durch die Verwendung von Kommunikations- und Informationssystemen liegt nur vor, wenn die Aufmerksamkeit dadurch auch tatsächlich beeinträchtigt wird (vgl. BGE 120 IV 63 E. 2c). Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VRV untersagt demgegenüber explizit jede die Fahrzeugbedienung erschwerende Verrichtung. Gesetz und Verordnung gehen mithin davon aus, dass bestimmte Verrichtungen an sich die notwendige Beherrschung des Fahrzeugs beeinträchtigen und dadurch – im Sinne eines Gefährdungsdelikts – stets zumindest eine abstrakte Gefahr für die übrigen Verkehrsteilnehmer schaffen (BGE 120 IV 63 E. 2a). Der Fahrzeuglenker muss das Lenkrad mindestens mit der einen Hand halten (Art. 3 Abs. 3 VRV) und hat so die andere, wenn sie nicht zum Lenken gebraucht wird, für Handgriffe wie die Betätigung der Warnsignale, der Richtungsanzeiger, gegebenenfalls des Schalthebels, der Scheibenwischer, des Lichtschalters und dergleichen zur Verfügung. Ob eine Verrichtung das Lenken oder einen dieser Handgriffe erschwert bzw. verunmöglicht, hängt grundsätzlich von der Art der Verrichtung, dem Fahrzeug und der Verkehrssituation ab. Dauert eine solche Verrichtung nur sehr kurz und muss dabei weder der Blick vom Verkehr abgewendet noch die Körperhaltung geändert werden, so kann eine Erschwerung der Fahrzeugbedienung in der Regel verneint werden. Ist die Verrichtung jedoch von längerer Dauer oder erschwert sie in anderer Weise die nötigenfalls sofortige Verfügbarkeit der sich nicht am Lenkrad

befindlichen Hand, so ist die Fahrzeugbedienung in unzulässiger Weise behindert (BGE 120 IV 63 E. 2d; vgl. zum Ganzen BGer 6B_1183/2014 E. 1.3).

cc) Vorliegend ist zunächst darauf hinzuweisen, dass weder in den einschlägigen Verordnungen (namentlich SKV und VSKV-ASTRA) und in den Weisungen des Bundesamts für Strassen vom 22. Mai 2008 über polizeiliche Geschwindigkeitskontrollen und Rotlichtüberwachung im Strassenverkehr noch in der Dienstvorschrift «Geschwindigkeitskontrollen» des Polizeikommandos des Kantons St. Gallen vom 1. Juli 2012 vorgesehen ist, ein Nachfahrmessgerät (hier SAT-SPEED G2) dürfte nur von einem Beifahrer bedient werden. Im Kanton St. Gallen kommt es denn auch immer wieder vor, dass Polizeibeamte alleine mit einem Einsatzfahrzeug unterwegs sind. Gemäss Auskunft des Fachbereichsverantwortlichen «Technik mobil» der Kantonspolizei St. Gallen, Verkehrspolizei, ist das Bedienpanel des Messgerätes in einer Halterung fixiert. Um eine Messung zu starten und richtig zu beenden, müssten «minimal» zwei Knöpfe bedient werden (Messstart und Messende). Ein geübter Messbeamter könne diese Knöpfe beinahe blindlings bedienen. Die Ablenkung sei minimal, nicht mehr, als wenn am Radio der Sender gewechselt oder an der Heizung /Klimaanlage die Einstellungen geändert würden. Es besteht kein Anlass, an diesen Ausführungen zu zweifeln, zumal auch im METAS-Gutachten erwähnt wird, die Bedienung sei «etwa vergleichbar mit der Bedienung der Lüftung oder des Radios an einem Fahrzeug». Dass der Blick in relevanter Weise vom Verkehr abgewandt werden oder gar die Körperhaltung geändert werden müsste, ist demgemäss zu verneinen. Aus der Videoaufnahme ergeben sich denn auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Fahrzeugbedienung aufgrund der kurzen Verrichtung in verkehrsrelevanter Weise erschwert gewesen wäre oder der Polizeibeamte für die – wie erwähnt normale – Verkehrssituation (vgl. hierzu oben E.II.3.a.bb) nicht die erforderliche Aufmerksamkeit aufgebracht hätte. Insbesondere fiel er nicht durch eine besondere Fahrweise auf. Dass sich der Polizeibeamte einer (einfachen) Verkehrsregelverletzung strafbar gemacht hätte, ist nach dem Gesagten zu verneinen. Selbst wenn man dies entgegen den vorstehenden Erwägungen bejahen wollte, erwiese sich ein entsprechender Verstoss im Rahmen einer Nachfahrkontrolle angesichts der guten Strassen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen und der fehlenden, konkreten Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer im Übrigen als verhältnismässig. Es kann hierfür auf die Ausführungen in E.II.3.b.cc verwiesen werden.

d) Auch eine gesamthafte Betrachtung der Umstände, d.h. dass der Polizeibeamte mit stark erhöhter Geschwindigkeit und knappem Abstand zum vorderen Fahrzeug ein Messgerät bediente, führt zu keinem anderen Ergebnis. Das Verhalten des Polizeibeamten war insgesamt zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet sowie erforderlich und stand in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Zweck. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Verfehlung von X zum Zeitpunkt der Einleitung der Nachfahrkontrolle nicht bereits abgeschlossen war, sondern fortdauerte. Die Nachfahrkontrolle diente damit nicht (allein) der Identifikation von X, sondern der Erkennung und Ermittlung der sich im Gange befindlichen groben

Verkehrsregelverletzung (vgl. zur Massgeblichkeit dieses Gesichtspunkts vgl. BGer 6B_1025/2015 E. 2.4). Die Nachfahrt war in diesem Sinne darauf ausgerichtet, eine erhebliche Gefährdung von Verkehrsteilnehmern zu dokumentieren.

Wesentlich ist letztlich auch bei einer Gesamtschau, dass die Nachfahrt des Polizeibeamten angesichts der Verhältnisse keine derartige Gefährdung verursachte, dass das Strafverfolgungsinteresse davor zurücktreten müsste. Denn trotz der hohen Geschwindigkeit und des knappen Abstandes erfolgte die Nachfahrt, wie sich aus der Videoaufnahme mit aller Deutlichkeit ergibt, ausgesprochen kontrolliert, ohne konkrete Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer und überdies bei guten Strassen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen. Damit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt denn auch entscheidend von anderen Fällen, in denen das Verhalten von Polizeibeamten als unverhältnismässig einzustufen war. Das gilt namentlich in Bezug auf die drei von der Verteidigung erwähnten Bundesgerichtsentscheide. So schloss der Polizeibeamte in BGer 6B_20/2009 «weniger als 18 Meter» zum vor ihm fahrenden Personenwagen auf, bedrängte diesen und beschleunigte sein Auto anschliessend auf eine Geschwindigkeit von 186 km/h, wobei im Bereich mit einer maximal zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h die Geschwindigkeit des Polizeifahrzeugs noch immer 162 km/h betrug. Der Abstand war, ausgehend von einer Geschwindigkeit von 120 bis 125 km/h, derart gering, dass dem Polizisten diesbezüglich – und damit anders als im vorliegenden Fall – eine grobe Verkehrsregelverletzung vorzuwerfen war. Ebenfalls auf eine grobe Verkehrsregelverletzung war in BGer 6B_288/2009 zu erkennen, wo der fragliche Polizeibeamte «in dichtem Morgenverkehr» mit dem Einhalten eines Abstands von zwischen 5 und 14 Metern bei einer Geschwindigkeit zwischen 113 und 135 km/h den erforderlichen Abstand «sehr deutlich» unterschritten hatte. Zudem ging es in diesem Fall nur noch um die Identifizierung des fehlbaren Lenkers, dessen Verfehlungen zum Zeitpunkt der Einleitung der Verfolgungsfahrt bereits abgeschlossen gewesen waren. Letzteres war auch in BGer 6B_1006/2013 der Fall. Darin überschritt eine Polizeibeamtin innerorts (!) an einer beidseits überbauten Hauptstrasse im Bereich von Schulweg, zwei Bushaltestellen und zwei Einmündungen, mithin mit grossem Gefahrenpotenzial, die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h um 61 km/h, wobei die Strasse zusätzlich nass war.

e) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Verhalten des Polizeibeamten unter den gegebenen Umständen verhältnismässig und damit nach Art. 14 StGB gerechtfertigt war. Dass der Polizeibeamte weder das Blaulicht noch das Wechselklanghorn eingeschaltet hatte, ist im Übrigen unerheblich, da vorliegend gemäss den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz keine dringliche Dienstfahrt (Art. 100 Ziff. 4 SVG) zur Diskussion steht. Liegt keine dringliche Dienstfahrt vor, so steht der beschuldigten Person grundsätzlich weiterhin die Berufung auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB offen (BGer 6B_1025/2015 E. 3.2 mit Hinweis auf BGer 6B_20/2009 E. 4.4.2 und 6B_288/2009 E. 3.5). Verkehrsregelverletzungen durch Polizeibeamte sind auch in Fällen, in denen, wie etwa bei Nachfahrkontrollen,

weder Blaulicht noch Wechselklanghorn eingesetzt werden, gestützt auf Art. 14 StGB und allenfalls kantonales Polizeirecht erlaubt und somit nicht strafbar, wenn die Verkehrsregelverletzung im Rahmen der Erfüllung polizeilicher Aufgaben erfolgt und wie vorliegend verhältnismässig ist (BGer 6B_1025/2015 E. 3.2). Fehl geht angesichts dessen auch der Einwand, der Polizist wäre bei einer Verkehrskontrolle durch die Kantonspolizei Glarus verurteilt worden und es dürfe sich nicht negativ auf das vorliegende Verfahren auswirken, dass der zuständige Staatsanwalt kein Strafverfahren eröffnet habe. Vielmehr hätte sich der Polizeibeamte in einem entsprechenden Verfahren ebenfalls erfolgreich auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB berufen können.

4. a) Sodann macht die Verteidigung geltend, X sei auf der Autobahn A53 seit der Auffahrt in Schmerikon von einem ihm folgenden Auto bedrängt worden. In der Folge habe X die Geschwindigkeit auf ungefähr 110 km/h reduziert, in der Hoffnung, dass der ihm nah auffahrende Lenker des ihm folgenden Autos zum Überholen ansetzen würde. Dies sei in der Folge nicht geschehen, weshalb X sein Auto bei der Auffahrt auf die A3 beschleunigt habe. Nachdem das nach ihm fahrende Fahrzeug nicht von ihm liess, habe er weiter beschleunigt, um einen sicheren Abstand zu dem ihm folgenden Fahrzeug zu erlangen. X habe seit Beginn des Verfahrens immer wieder darauf hingewiesen, dass er sich vom nachfolgenden Lenker bedrängt gefühlt und beschleunigt habe, um Abstand zu dem ihm zu nah auffahrenden Auto zu erhalten. Der die Nachfahrmessung ausführende Polizist könne somit als «agent provocateur» bezeichnet werden, welcher massgeblich auf den Entschluss von X zur Ausführung der Geschwindigkeitsüberschreitung eingewirkt habe. Der Polizist habe mit seinem Verhalten unnötigerweise provoziert. Das daraus erhobene Beweismaterial dürfe auch unter diesem Aspekt nicht verwertet werden. Das X belastende Videomaterial zeige nur diejenigen Sequenzen, welche X belasten würden. Die Sequenzen, welche sich unmittelbar vor und nach der hier relevanten Verkehrsregelverletzung von X abgespielt hätten, seien entweder gelöscht oder nicht aufgezeichnet worden.

b) Ein «agent provocateur» oder «Lockspitzel» wirkt tatprovozierend auf eine Zielperson ein. Er wird damit zum Anstifter für eine Straftat, um den Provozierten schliesslich bei der Tatausführung zu überführen. Derartige Methoden sind unredlich, verstossen gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie gegen die Maxime der Fairness bzw. des gerechten Verfahrens (BGE 124 IV 34 E. 3.d.aa; BSK StPO-Knodel, Art. 293 N 6).

c) Die Darstellung von X, er habe die zulässige Höchstgeschwindigkeit wegen angeblich provozierenden Verhaltens des Polizeibeamten überschritten, erweist sich als Schutzbehauptung. In diesem Zusammenhang fällt insbesondere auf, dass X entgegen der Darstellung der Verteidigung gerade nicht von Beginn weg aussagte, er sei bedrängt worden. Gegenteils antwortete er unmittelbar nach der Fahrt anlässlich der ersten polizeilichen Einvernahme vom 31. Januar 2014 auf die Frage, warum er die gesetzlich zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten habe, wie folgt: «Ich war mit den Gedanken an einem anderen Ort. Mein Hund ist an Krebs erkrankt. Den Bescheid habe ich erst gerade vorher erhalten. Das ist der 5. Hund

innerhalb von 1½ Jahren.» X führte die Geschwindigkeitsüberschreitung mithin auf Gedankenlosigkeit respektive seine seelische Belastung wegen der Krebserkrankung seines Hundes zurück. Demgegenüber erwähnte er mit keinem Wort, dass er sich im Verkehr bedrängt oder verfolgt gefühlt hatte. Dies behauptete erst nachträglich im Rahmen der Einvernahme vom 6. November 2014, nachdem er gegen den Strafbefehl Einsprache erhoben und eine private Verteidigung beigezogen hatte. Entsprechend ist von einer nachgeschobenen Schutzbehauptung auszugehen, zumal X auch bei dieser Einvernahme von sich aus zunächst die Krebserkrankung seines Hundes und die damit verbundene Panik bzw. seine Existenzängste und erst danach das angebliche Fehlverhalten des Polizeibeamten erwähnte. Es liegen denn auch keinerlei Hinweise vor, dass der Polizeibeamte, der die Nachfahrmessung durchführte, in irgendeiner Hinsicht auf X eingewirkt und dessen Tatentschluss geweckt oder verstärkt hätte. Im Gegenteil zeigt die Videoaufnahme, dass es X war, der nach der Einfahrt auf die A3 von der rechten Spur sofort auf die Überholspur wechselte und massiv beschleunigte, anstatt sich hinter dem vor ihm fahrenden Audi in den Verkehr einzureihen. X machte denn auch in der Folge keinerlei Anstalten, wieder auf die Normalspur zurück zu wechseln.

Offen gelassen werden kann bei diesem Ergebnis, ob ein aufdringliches Verhalten im Strassenverkehr überhaupt als Anstiftung in Frage käme. Denn sofern eine drängelnde Fahrweise keinen geradezu nötigenden Charakter aufweist, erscheint diese kaum geeignet, den Tatentschluss zu einer derart massiven Geschwindigkeitsüberschreitung zu wecken, wenn X die Bereitschaft dazu nicht bereits in sich trägt.

5. a) Schliesslich macht die Verteidigung geltend, die Nachfahrmessung sei auf einem Strassenabschnitt durchgeführt worden, welcher sich auf Schwyzer und Glarner Kantonsgebiet befinde und auf welchem die Zuständigkeit des St. Galler Polizisten nicht gegeben gewesen sei.

b) Die Kantone haben von Bundesrechts wegen im Hinblick auf eine effiziente Erfüllung der Aufgaben für den Polizeidienst Zuständigkeitsabschnitte zu bilden (Art. 57a Abs. 1 SVG). Die zuständige Autobahnpolizei besorgt auf ihrem Abschnitt unabhängig von den Kantonsgrenzen den Ordnungs- und Sicherheitsdienst und die polizeiliche Fahndung sowie bei Straftaten jeder Natur die unaufschiebbaren Massnahmen, die auf Autobahngebiet vorzunehmen sind. Sie veranlasst bei Straffällen unverzüglich die Organe des Gebietskantons zu den weiteren Massnahmen (Art. 57a Abs. 2 SVG). Die Gerichtsbarkeit des Gebietskantons und die Anwendung seines Rechts bleiben vorbehalten (Art. 57a Abs. 3 SVG). Die Regierungen der beteiligten Kantone regeln die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus der Polizeitätigkeit im Gebiet des Nachbarkantons (Art. 57a Abs. 4 SVG).

Gestützt auf Art. 57a Abs. 4 SVG bzw. den ursprünglichen, gleich lautenden aArt. 57bis Abs. 4 SVG haben der Regierungsrat des Kantons Glarus und der Regierungsrat des Kantons St. Gallen die Vereinbarung vom 27. Dezember 1973 zwischen den Kantonen Glarus und St. Gallen über die Ausübung der Autobahnpolizei auf der N3 von der Kantonsgrenze Bilten bis zum Anschlusswerk Doggen (sGS 711.52)

geschlossen. Danach besorgt die Kantonspolizei des Kantons Glarus auf dem hier relevanten Abschnitt der Autobahn von der Kantonsgrenze in Bilten GL bis zum Anschlusswerk Doggen SG den Verkehrs-, Ordnungs- und Sicherheitsdienst, die polizeiliche Fahndung sowie in kriminalpolizeilicher Hinsicht die unaufschiebbaren Massnahmen (Art. 1 Abs. 1). Allerdings können sich derartige Vereinbarungen gemäss Botschaft des Bundesrates vom 16. September 1966 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr «nicht auf bundesrechtlich geordnete Fragen (z. B. Zuständigkeit, Art. 346 ff. StrGB) beziehen» (BBl 1966 II 332 ff., 337). Seit dem 1. Januar 2011 wird diese örtliche Zuständigkeit nicht mehr durch das Strafgesetzbuch, sondern durch die Art. 31 ff. StPO (3. Kapitel: Gerichtsstand) geregelt. Danach sind für die Verfolgung und Beurteilung einer Straftat die Behörden des Ortes zuständig, an dem die Tat verübt worden ist (Art. 31 Abs. 1 StPO). Aus den Satellitenkoordinaten zu Beginn und am Ende der Nachfahrmessung ergibt sich, dass die vorliegend zu beurteilende Tathandlung ihren Anfang im Kanton St. Gallen nahm bzw. sich grossmehrheitlich auf dessen Kantonsgebiet abspielte. Entsprechend waren die St. Galler Strafverfolgungsbehörden und damit auch die Kantonspolizei St. Gallen zur Verfolgung zuständig. Das zeigt sich im Übrigen auch daran, dass die Kantonspolizei des Kantons Glarus laut Vereinbarung bei Straffällen unverzüglich die Untersuchungsorgane des Kantons St. Gallen und damit gerade die hier von sich aus aktiv gewordene Kantonspolizei St. Gallen zu orientieren hat (Art. 4 Abs. 2).

c) Aber selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die örtliche Zuständigkeit aufgrund der Vereinbarung zwischen den Kantonen Glarus und St. Gallen allein bei der Kantonspolizei des Kantons Glarus läge, würde sich nichts ändern. So ist die Kantonspolizei St. Gallen in dringenden Fällen gestützt auf Art. 216 Abs. 1 StPO zur Nacheile auf das Gebiet einer andern Gemeinde oder eines anderen Kantons berechtigt. Erst recht ist sie damit zur Nacheile auf einem Autobahnabschnitt befugt, der aufgrund einer interkantonalen Vereinbarung nicht in ihrem örtlichen Zuständigkeitsbereich, jedoch auf ihrem Kantonsgebiet liegt. Schliesslich ist mit Blick auf die frühere bundesgerichtliche bzw. kantonale Praxis (BGer vom 10. Dezember 1987, in: ZBl 9/1989 S. 418 ff.; OGer TG vom 8. April 2010, in: SJZ 2012 S. 123 f.) sowie die Lehre (BSK SVG-Weissenberger, Art. 57a N 8) und in Anbetracht der neuesten Rechtsprechung zu Art. 141 Abs. 3 StPO (BGE 139 IV 128) davon auszugehen, dass die Nachfahrmessung bzw. die Videoaufzeichnung selbst dann verwertbar wäre, wenn man entgegen sämtlichen vorstehenden Ausführungen annehmen wollte, sie sei in Verletzung der Zuständigkeitsordnung erlangt worden.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass weder die Videoaufzeichnung noch das darauf beruhende Gutachten einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

7. a) Gemäss Art. 90 Abs. 2 SVG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt. Der Tatbestand ist nach der Rechtsprechung objektiv erfüllt, wenn der Täter eine wichtige Verkehrsvor-

schrift in objektiv schwerwiegender Weise missachtet und die Verkehrssicherheit ernstlich gefährdet. Eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer ist bereits bei einer erhöhten abstrakten Gefährdung gegeben. Diese setzt die naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung voraus (BGE 131 IV 133 E. 3.2 S. 136 mit Hinweisen).

Subjektiv erfordert der Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrswidriges Verhalten, das heisst ein schweres Verschulden, bei fahrlässigem Handeln mindestens grobe Fahrlässigkeit. Diese ist zu bejahen, wenn der Täter sich der allgemeinen Gefährlichkeit seiner verkehrswidrigen Fahrweise bewusst ist. Grobe Fahrlässigkeit kann aber auch vorliegen, wenn der Täter die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer pflichtwidrig gar nicht in Betracht zieht, also unbewusst fahrlässig handelt. In solchen Fällen ist grobe Fahrlässigkeit zu bejahen, wenn das Nichtbedenken der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer auf Rücksichtslosigkeit beruht (BGE 131 IV 133 E. 3.2 mit Hinweisen).

Nach ständiger Rechtsprechung sind die objektiven und grundsätzlich auch die subjektiven Voraussetzungen der groben Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG ungeachtet der konkreten Umstände zu bejahen, wenn die zulässige Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen um 35 km/h oder mehr überschritten wird (BGE 132 II 234 E. 3.1 S. 237 f. mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen statt vieler BGer 6B_104/2012 E. 2.2 und 6B_772/2010 E. 2.3).

b/aa) Wie eingangs erwähnt ist aufgrund der Videoaufzeichnung respektive des METAS-Gutachtens vom 17. Oktober 2014 erstellt und letztlich unbestritten, dass X mit einer rechtserheblichen Durchschnittsgeschwindigkeit von 170,9 km/h und damit mehr als 50 km/h zu schnell gefahren ist. Bei den Vorschriften über die Geschwindigkeit handelt es sich um grundlegende Verkehrsregeln. Sie sind wesentlich für die Sicherheit des Strassenverkehrs (BGE 121 IV 230 E. 2c). Entsprechend ist im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung objektiv eine grobe Verkehrsregelverletzung gemäss Art. 90 Abs. 2 SVG zu bejahen (vgl. auch BGer 6B_534/2008 E. 2.6 und 6S.477/2004 E. 2).

bb) Sodann ist der Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung auch in subjektiver Hinsicht erfüllt. X ist wie erwähnt um mehr als 50 km/h zu schnell gefahren. Wer die Höchstgeschwindigkeit in derart massiver Weise überschreitet, handelt in aller Regel vorsätzlich oder mindestens grobfahrlässig (BGer 6B_193/2008 E. 2.3 mit Hinweisen). Je schwerer die Verkehrsregelverletzung objektiv wiegt, desto eher ist Rücksichtslosigkeit subjektiv zu bejahen, sofern keine besonderen Gegenindizien vorliegen (BGer 6B_104/2012 E. 2.4 und BGer 6B_361/2011 E. 3.1 mit Hinweis). Solche entlastenden Umstände hat das Bundesgericht bei der Mehrheit der Geschwindigkeitsüberschreitungen verneint (vgl. BGer 6B_104/2012 E. 2.4 und die Hinweise in BGer 6B_148/2012 E. 1.3 sowie 6B_361/2011 2011 E. 3, 6B_893/2010 E. 3.3.3 und 6B_193/2008 E. 2.3) und sind auch vorliegend nicht ersichtlich. Das gilt auch in Bezug auf die von X behauptete Belastung zufolge der Krebserkrankung seines Hundes, zumal sich X gemäss eigenen Angaben bewusst war, dass er «in

diesem Moment nicht hätte Autofahren dürfen» (vgl. BGer 6B_104/2012 E. 2.4 mit Hinweis auf BGE 124 II 97 E. 2d, wo sich die Beschuldigte auf dem Heimweg von einer – für sie emotional stark belastenden – Sterbebegleitung für einen todkranken Freund [AIDS im Endstadium] befand; gemäss Bundesgericht wäre angesichts der emotional starken Belastung eine besonders vorsichtige Fahrweise angezeigt gewesen). Vielmehr hat sich X mit seiner massiven Geschwindigkeitsüberschreitung rücksichtslos über die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer hinweggesetzt und sich gleichgültig gegenüber fremden Rechtsgütern gezeigt.

cc) Dass der (einschlägig vorbestrafte) X gemäss eigenen Angaben durch eine Verurteilung besonders hart getroffen würde, ändert an der Strafbarkeit im Übrigen nichts, sondern ist bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

8. Zusammenfassend hat die Vorinstanz X zu Recht der groben Verletzung der Verkehrsregeln gemäss Art. 90 Abs. 2 SVG schuldig erklärt. Die Berufung erweist sich mithin in diesem Punkt als unbegründet.

53

Art. 24 Abs. 1 und Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (SR 311.0). Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses im Rahmen der journalistischen Informationsbeschaffung. Strafbar ist nicht nur die direkte Anstiftung, sondern auch die sogenannte Kettenanstiftung oder Anstiftung zweiten Grades, bei welcher jemand einen Zweiten (Privatdetektiv) dazu bestimmt, einen Dritten (Polizeibeamter) zu einer Straftat anzustiften.

Kantonsgericht, Strafkammer, 24. November 2014

Im Frühjahr 2011 führte das Untersuchungsamt St. Gallen Strafuntersuchungen gegen zwei Taxifahrer eines St. Galler Taxiunternehmens, die im Verdacht standen, schwere Sexualdelikte an alkoholisierten weiblichen Fahrgästen begangen zu haben. Der Beschuldigte ist als Journalist beim «Blick» tätig. Die Anklage wirft ihm vor, dass er auf der Recherche nach den Namen und nach Bildern der Verdächtigen am 16. Mai 2011 den Privatdetektiv X kontaktiert und um Unterstützung gebeten habe. Dem Beschuldigten sei bekannt gewesen, dass dieser gute Kontakte zur Kantonspolizei St. Gallen unterhalte und schon früher Informationen aus polizeilicher Quelle geliefert habe. X habe daraufhin den Kantonspolizisten Y kontaktiert und diesem erklärt, er habe Kontakt zu einem mutmasslichen Opfer der Taxifahrer und möchte dieser Frau Bilder der beiden Verdächtigen vorlegen; die Frau wolle jedoch nicht bei der Polizei erscheinen. Mit dieser Lüge sei es X gelungen, dass Y in der Datenbank der Kantonspolizei recherchiert und ihm Bilder der beiden tatverdäch-

tigen Brüder A digital übermittelt habe. X habe die Bilder dann per E-Mail an den Beschuldigten weitergeleitet. Dieser habe X in der Folge zurückgemeldet, dass die Qualität der Bilder zu bescheiden sei, und ihn aufgefordert, Bilder besserer Qualität zu beschaffen, obwohl er den Bildern angesehen habe, dass sie aus polizeilicher Quelle stammten. X habe daraufhin erneut mit Y telefonisch Kontakt aufgenommen und ihn gebeten, die Bilder auf Papier zu liefern. Y habe X dann an einem Treffen noch am selben Tag einen entsprechenden Papierausdruck übergeben. Da sich mittlerweile herausgestellt habe, dass die Qualität der ursprünglich gelieferten Bilder doch ausreichend für die Publikation gewesen sei, habe X den erhaltenen Papierbogen vernichtet.

Aus den Erwägungen:

III.

1. a) Der Verletzung des Amtsgeheimnisses macht sich schuldig, wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat (Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

Tatobjekt ist eine anvertraute oder wahrgenommene Information über eine Tatsache, die aus bestimmten Gründen als Geheimnis eingestuft wird. Als Geheimnis gilt jede Tatsache, die nur einem eingegrenzten Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat. Massgebend ist ein materieller Geheimnisbegriff. Es ist deshalb nicht entscheidend, ob die betreffende Tatsache von der zuständigen Behörde als geheim erklärt worden ist oder nicht. Entscheidend ist allein, dass es sich um eine Tatsache handelt, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist und bezüglich derer der Geheimnisherr nicht nur ein berechtigtes Interesse, sondern auch den ausdrücklich oder stillschweigend bekundeten Willen zur Geheimhaltung hat (BSK Strafrecht II-Oberholzer, 3. A., Art. 320 N 8 mit Hinweisen). Der Straftatbestand der Verletzung des Amtsgeheimnisses dient nicht nur der Wahrung öffentlicher Interessen, sondern schützt auch die Privatsphäre des Bürgers, soweit es um geheimhaltungsbedürftige Informationen von Privatpersonen geht (BGer 1C_344/2012 E. 2.3).

Die Tathandlung besteht im Offenbaren. Der Täter muss das Geheimnis einer dazu nicht ermächtigten Drittperson zur Kenntnis bringen oder dieser die Kenntnisnahme zumindest ermöglichen. Auf welchem Weg dies geschieht, ist nicht von Bedeutung; es genügt, dass ein Unberechtigter aufgrund des Verhaltens des Amtsträgers Kenntnis von einer unter den Geheimnisbegriff fallenden Tatsache erlangt (BSK Strafrecht II-Oberholzer, 3. A., Art. 320 N 10).

Der Tatbestand von Art. 320 StGB kann – als sogenanntes echtes Sonderdelikt – nur von einem Behördemitglied oder einem Beamten erfüllt werden. Als Beamte im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB gelten generell Beamte und Angestellte der öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege (BSK Strafrecht II-Oberholzer, 3. A., Art. 320 N 6). Personen ohne Behörden- oder Beamtenstatus können deshalb den Tatbestand

nicht als Täter oder Mittäter erfüllen. Sie können aber Anstifter oder Gehilfe sein (BSK Strafrecht II-Oberholzer, 3. A., Art. 320 N 19 mit Hinweis auf BGE 127 IV 122).

Zur Erfüllung des Tatbestands von Art. 320 StGB ist subjektiv Vorsatz erforderlich. Dabei genügt nach den allgemeinen Regeln Eventualvorsatz (BGE 127 IV 122 E. 1).

b) Wer jemanden zu dem von ihm verübten Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat, wird gemäss Art. 24 Abs. 1 StGB wegen Anstiftung nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft. Anstiftung ist das vorsätzliche Bestimmen eines andern zur Begehung einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat. Subjektiv genügt Eventualvorsatz. Der Anstifter muss mithin zumindest in Kauf nehmen, dass erstens infolge seines Verhaltens der Angestiftete eine bestimmte Handlung vornehmen werde und dass zweitens diese Handlung tatbestandsmässig und rechtswidrig ist (BGE 127 IV 122 E. 1).

Strafbar ist nicht nur die direkte Anstiftung, sondern auch die sogenannte Kettenanstiftung oder Anstiftung zweiten Grades, bei welcher jemand einen Zweiten dazu bestimmt, einen Dritten zu einer Straftat anzustiften (BGE 73 IV 216 E. 2.a). Der Erstanstifter macht sich allerdings nur dann strafbar, wenn der Zweite die von ihm selber begangene Anstiftung vollendet, d.h. wenn die Haupttat zumindest ins Versuchsstadium gelangt, oder wenn er die Anstiftung – sofern sie ein Verbrechen betrifft – mindestens versucht hat (Art. 24 Abs. 2 StGB; vgl. Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. A., S. 156).

2. Im vorliegenden Fall steht fest, dass eine Verletzung des Amtsgeheimnisses i.S.v. Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB als Haupttat begangen wurde.

Die erkennungsdienstlichen Fotografien, die der Kantonspolizist Y an X weitergegeben hat und die später im «Blick» veröffentlicht wurden, sind zweifellos Tatobjekte i.S.v. Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Tatsachen bzw. Geheimnisse im Sinne dieses Tatbestandes können nicht nur verbal, sondern in irgendeiner Form, wie z. B. als Fotografie, festgehalten sein (ZR 1977 Nr. 45 E. 4.b: Foto eines Spitalpatienten). Die Bilder vermitteln Informationen über das Aussehen der im betreffenden Fall tatverdächtigen Personen. Es liegt auf der Hand, dass es sich hierbei um höchst sensible Informationen handelt, deren Geheimhaltung nicht nur aus öffentlichem Interesse, sondern vor allem zum Schutz der Privatsphäre der tatverdächtigen Personen geboten ist.

Y hatte als Kantonspolizist den für das Sonderdelikt erforderlichen Beamtenstatus. Mit der Weitergabe der Bilder an X, zunächst elektronisch und später auch noch als Papierausdruck, hat er Amtsgeheimnisse «offenbart», d.h. einer nicht ermächtigten Drittperson zur Kenntnis gebracht. Dass X die Bilder nur mit einem Trick erlangte, indem er vorgab, er benötige die Bilder, um sie einem möglichen weiteren Opfer zu zeigen, ist nicht von Bedeutung. Y war mit der Strafuntersuchung gegen die beiden Taxifahrer nicht selbst befasst. An die Bilder kam er nur, weil er wie jeder Kantonspolizist Zugriff auf die Datenbank der Kantonspolizei hatte. Es erscheint zwar nicht von vornherein abwegig, dass Fotos von Tatverdächtigen einer vertrauenswürdigen Drittperson herausgegeben werden, um ein mögliches weiteres Opfer damit zu konfrontieren, wenn dieses keinen direkten Kontakt zur Polizei wünscht. Der Ent-

scheid über ein solches Vorgehen hätte aber auf jeden Fall von den mit dem Fall befassten Polizisten oder vom Staatsanwalt getroffen werden müssen. Y war dazu nicht befugt, jedenfalls nicht ohne Zustimmung der vorgesetzten Behörde (Art. 320 Ziff. 2 StGB). Dies war zweifellos auch Y bewusst gewesen, der die Weitergabe der Bilder im Nachhinein selbst als Fehler bezeichnet und die Erfüllung des Straftatbestandes anerkannt hat. Er hatte X, mit dem er die Polizeischule absolviert und jahrelang bei der Kantonspolizei zusammengearbeitet hatte, vertraut, dass dieser die Bilder nicht weitergeben würde, und dessen Drängen deshalb nachgegeben. Einen Rechtfertigungsgrund kann Y nicht geltend machen, denn auch wenn er davon ausging, durch die Herausgabe der Bilder an X könne möglicherweise ein weiteres Delikt abgeklärt werden, hätte er deswegen ohne weiteres die zuständigen Stellen informieren können. Y ist deshalb zu Recht der Verletzung des Amtsgeheimnisses schuldig erklärt worden und hat den entsprechenden Strafbefehl der Staatsanwaltschaft vom 21. September 2012 auch akzeptiert.

3. Offensichtlich ist ausserdem, dass X sich der Anstiftung von Y schuldig gemacht hat. X hatte diesen regelrecht gedrängt, ihm die Bilder herauszugeben, wobei er sich wie erwähnt auch einer Täuschung bediente. Er war sich als ehemaliger Kantonspolizist zweifellos bewusst, dass, selbst wenn dieser die ihm aufgetischte Geschichte für wahr hielt, eine Amtsgeheimnisverletzung begehen würde und Y die Rechtswidrigkeit seines Handelns auch bekannt war. X hat Y damit i.S.v. Art. 24 Abs. 1 StGB zur Begehung einer Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, also eines Vergehens (Art. 10 Abs. 2 StGB), bestimmt und sich damit der vollendeten Anstiftung schuldig gemacht. Auch X hat die entsprechende Verurteilung durch den Entscheid des Kreisgerichts vom 15./16. Mai 2013 akzeptiert.

4. Damit bleibt die Frage, inwieweit die von Y begangene Amtsgeheimnisverletzung und die von X zu verantwortende Anstiftung dazu dem Beschuldigten als Erstanstifter bzw. indirekter Anstifter zugerechnet werden können.

a) Die Anklage geht davon aus, dass der Beschuldigte von der «Blick»-Redaktion beauftragt worden war, im Taxifahrer-Fall zu recherchieren. Dem Publikationsstil des «Blick» entsprechend sei es unter anderem sein Ziel gewesen, die Namen der fraglichen Taxifahrer und möglichst auch Bilder von ihnen zu beschaffen. Der Beschuldigte habe deshalb X kontaktiert und ihn um Unterstützung gebeten, im Wissen darum, dass dieser schon früher Informationen aus polizeilichen Quellen geliefert hatte. Der Beschuldigte habe auch gewusst, dass X früher selbst bei der Polizei gewesen sei. Zumindest habe er davon ausgehen müssen, dass X amtliche Quellen abschöpfen konnte. Als der Beschuldigte X am Morgen des 16. Mai 2011 beauftragt habe, Bilder und Namen der Taxifahrer zu beschaffen, habe er in Kauf genommen, dass X dies bei der Polizei tun würde. Dabei habe ihm auch klar sein müssen, dass dies nur in Verletzung des Amtsgeheimnisses möglich sein würde. Der Eventualvorsatz ergebe sich auch aus dem weiteren Ablauf, indem er anschliessend von X noch Bilder besserer Qualität verlangt habe. Dies sei objektiv zwar kein weiterer Straftatbestand, zeige aber in subjektiver Hinsicht mit aller Deutlichkeit, dass der Beschuldigte es

von Anfang an in Kauf genommen habe, dass X Bilder und Daten aus einer Amtsgeheimnisverletzung beschaffen würde.

Die Verteidigung bestreitet einen solchen Vorsatz bzw. Eventualvorsatz des Beschuldigten. Sie anerkennt zwar, dass der Beschuldigte im Zuge seiner Recherchen am Morgen des 16. Mai 2011 mit X Kontakt aufgenommen hatte. Richtig sei auch, dass der Beschuldigte X um Unterstützung gebeten habe. Jemanden um Unterstützung zu bitten, sei indessen keine Anstiftung zu einem Delikt. Der Beschuldigte habe X weder ausdrücklich noch auch nur sinngemäss aufgefordert, Polizisten zur Verletzung des Amtsgeheimnisses zu verleiten. Er habe lediglich die Frage gestellt, ob dieser bezüglich der beiden Taxifahrer etwas wisse. Er habe X auch keine Handlungsanweisungen gegeben. Das blosse Fragen sei keine Aufforderung, kein Wecken eines Tatentschlusses. Der Beschuldigte habe die Informationsquellen von X nicht gekannt; er hätte sie auch nicht kennen müssen, und sie seien ihm von X auch nicht offenbart worden. Er habe deshalb auch bei der zweiten Frage nach besseren Bildern keinen Vorsatz dahingehend haben können, dass X sich zu einer Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung entschliessen und eine solche dann auch begehen würde.

b) Durch die Anstiftung wird bei einem andern der Entschluss zu einer bestimmten Tat hervorgerufen. Der Tatentschluss muss auf das motivierende Verhalten des Anstifters zurückzuführen sein; es bedarf insofern eines Kausalzusammenhangs. Nicht erforderlich ist, dass beim Anzustiftenden Widerstände zu überwinden wären. Auch bei demjenigen, der bereits zur Tat geneigt ist oder sich zur Begehung von Straftaten sogar anbietet, kann ein Tatentschluss hervorgerufen werden, und zwar so lange, als er zur konkreten Tat noch nicht entschlossen ist. Wer aber lediglich eine Situation schafft, in der sich ein anderer voraussichtlich zur Verübung einer Straftat entschliessen wird, ist nicht Anstifter. Erforderlich ist vielmehr eine psychische, geistige Beeinflussung, eine unmittelbare Einflussnahme auf die Willensbildung des andern. Als Anstiftungsmittel kommt dabei jedes motivierende Tun in Frage, alles, was im andern den Handlungsentschluss hervorrufen kann. Auch eine blosse Bitte, Anregung, konkludente Aufforderung sind taugliche Anstiftungsmittel (BGE 127 IV 122 E. 2.b.aa).

Im soeben genannten Entscheid (BGE 127 IV 122, «Blick»-Urteil) hatte ein Journalist bei Recherchen zum «Fraumünsterpostraub» eine Verwaltungsassistentin der Staatsanwaltschaft telefonisch nach Vorstrafen von Tatverdächtigen gefragt. Die Verwaltungsassistentin sandte ihm die gewünschten Informationen per Fax zu. Das Bundesgericht sah bereits im blossen Fragen nach Informationen ein «Bestimmen» im Sinne des Anstiftungstatbestands, weil der Journalist durch seine Frage den Entschluss zur Antwort hervorgerufen habe, und «ohne Frage hätte es keine Antwort gegeben» (a.a.O, E. 2c). Der Entscheid des Bundesgerichts wurde in der Folge von verschiedener Seite kritisiert. Die Schweiz wurde deswegen auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäusserung gemäss Art. 10 EMRK verurteilt (Urteil vom 25. April 2006 in Sachen Dammann; publiziert u.a. in Medialex 2006, S. 99 ff., mit Kommentar von Riklin). Die Kritik des Gerichtshofes betraf allerdings weniger strafrechtsdogmatische

Fragen der Anstiftung. Überlegungen in dieser Hinsicht wurden indessen seitens der Lehre geäussert (zusammengefasst in vi Entscheid; ausserdem Nydegger, Was heisst «anstiften» – zum Diskussionsstand um die Voraussetzungen der Anstiftungshandlung gemäss Art. 24 StGB, in: recht 2014, S. 101 ff.). Mit der Verteidigung ist allerdings davon auszugehen, dass sich der Fall Dammann vom vorliegenden Fall von der Konstellation her klar unterscheidet. Im Fall Dammann ging es um eine direkte Anfrage eines Journalisten an eine Amtsgeheimnisträgerin, und für die unter dem Schutz von Art. 10 EMRK stehende Recherchearbeit der Medienschaffenden stellt sich die Frage, wo die Grenze zur strafbaren Anstiftung zu ziehen ist. Im vorliegenden Fall wurde der Geheimnisträger Y hingegen nicht vom Beschuldigten, sondern von X zur Amtsgeheimnisverletzung bestimmt. Es steht ausser Zweifel, dass im Verhältnis zwischen diesen beiden eine strafbare Anstiftung vorliegt (oben E.III.3). Zu prüfen bleibt jedoch, ob der Beschuldigte X zur Anstiftung von Y bestimmt hat.

c) Das Gericht würdigt die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung (Art. 10 Abs. 2 StPO). Der Beweis einer für den Beschuldigten nachteiligen Tatsache gilt dabei als erbracht, wenn das Gericht keine unüberwindlichen Zweifel an deren Bestand mehr hegt (Art. 10 Abs. 3 StPO), d. h. wenn die Annahme des Gerichts nach den Gesetzen der Vernunft als eine sich ergebende Notwendigkeit erscheint. Die freie Beweiswürdigung gründet auf gewissenhaft festgestellten Tatsachen und logischen Schlussfolgerungen; sie darf sich nicht auf blossen Verdacht oder blosse Vermutung stützen. Nach dem Grundsatz «in dubio pro reo» darf das Gericht den Beschuldigten nicht verurteilen, wenn nach objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses nicht zu unterdrückende Zweifel an dessen Schuld bestehen. Zugunsten des Beschuldigten wirken sich nur erhebliche, nicht überwindbare Zweifel aus, nicht jedoch mögliche, abstrakte oder theoretische Zweifel.

Steht Aussage gegen Aussage, kommt es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen an, verbunden mit der Art und Weise, wie die fragliche Person ihre Angaben vorträgt. Dabei darf nicht einfach auf deren Persönlichkeit oder allgemeine Glaubwürdigkeit abgestellt werden. Vielmehr ist die kritische Würdigung des Aussagetextes von grosser Bedeutung. Um eine Aussage zuverlässig beurteilen zu können, sind insbesondere das Vorhandensein von Realitätskriterien und das Fehlen von Lügensignalen zu prüfen. Realitätskriterien sind unter anderem Detailreichtum, Individualität, Homogenität, Konstanz und das Fehlen von Phantasiesignalen wie Verlegenheit oder Übertreibungen (BGE 133 I 33 E. 4.3; 129 I 49 E. 5; Niehaus, Begutachtung der Glaubhaftigkeit von Kinderaussagen, in: FamPra.ch [2010], 315 ff., S. 328).

d/aa) Die Vorinstanz hat im Rahmen der Beweiswürdigung zu Recht berücksichtigt, dass X nicht zum ersten Mal als Informationsbeschaffer für den Beschuldigten tätig war. Ungefähr zwei Monate vor den vorliegend in Frage stehenden Ereignissen, nämlich am 8. März 2011, hatte X dem Beschuldigten Informationen über eine von der Polizei im Jugendheim C geplante Verhaftungsaktion und Angaben zu den Personalien der betroffenen Jugendlichen geliefert. Bei der Durchführung der Verhaf-

tungsaktion war deshalb bereits eine Fotografin der «Blicks» vor Ort; die Bilder und die (anonymisierten) Personalien der Jugendlichen wurden in der Folge vom «Blick» publiziert (vom Beschuldigten anerkannt). Dem Beschuldigten war deshalb – wie auch die Vorinstanz zutreffend geschlossen hat – bekannt, dass X in der Lage war, auch geheime polizeiliche Informationen zu beschaffen.

Die von der Verteidigung geübte Kritik an der Berücksichtigung dieses Umstandes ist unbegründet. Es trifft zwar zu, dass der Vorfall «C» nicht Gegenstand der gegen den Beschuldigten gerichteten Anklage bildet. Die Staatsanwaltschaft hat dies an der erstinstanzlichen Verhandlung selbst ausdrücklich festgehalten. Dass der Beschuldigte von den Informationsbeschaffungsmöglichkeiten von X Kenntnis hatte, ist aber als Indiz für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt durchaus beweisbildend und deshalb zu berücksichtigen; dies gilt umso mehr, als in der Anklageschrift beim betreffenden Anklagesachverhalt ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen wurde.

bb) Für die Beurteilung ebenfalls nicht unbedeutend sind die Aussagen, die der am 16. Mai zuständige Blattmacher des «Blicks», E, in der Untersuchung gemacht hat. Dieser hielt zwar fest, dass die Reporter des «Blicks» gehalten seien, bei der Beschaffung von Informationen und Bildern nicht gegen Gesetze zu verstossen. Nach seiner Aussage ist es aber Praxis beim «Blick», auch Bilder aus Amtsgeheimnis- oder Persönlichkeitsverletzungen zu publizieren, sofern die betreffenden Rechtsverstösse nicht von den eigenen Leuten begangen wurden. Die Bereitschaft, auch illegal weitergegebene Informationen zu verwenden, war offenkundig auch beim Beschuldigten vorhanden, denn er musste bereits beim Vorfall «C» davon ausgehen, dass die von X erhaltenen Informationen aus einer polizeilichen Quelle stammten. Diese Bereitschaft ist auch für die Beurteilung des Anklagesachverhalts von Bedeutung.

cc) Der Beschuldigte hat Aussagen über seine Kontakte zu X und zum Inhalt der Kommunikation, die er mit diesem am 16. Mai 2011 führte, weitgehend verweigert. Seitens der Verteidigung wurde immerhin anerkannt, dass der Beschuldigte vom «Blick» mit Recherchen zum Taxifahrer-Fall beauftragt worden war. Den Anlass dazu hatte offenbar die Medienmitteilung der Kantonspolizei vom 16. Mai 2011 gegeben. Der Beschuldigte selbst räumt ein, dass er an X gelangt sei und ihn gefragt habe, ob er etwas zu diesem Fall wisse. Auf welche Weise (z. B. persönlich, telefonisch) diese Anfrage erfolgte, daran vermochte er sich nicht mehr zu erinnern. Auf die Frage, weshalb er an X gelangt sei, antwortete er: «Es war ein Schuss ins Blaue. Er ist ein Informant. Es war ein Versuch.» Er bestritt indessen, X gesagt zu haben, er solle ihm Bilder oder die Namen der Taxifahrer beschaffen. Er habe die Bilder nicht erbettelt bzw. diverse Male deswegen bei X nachgefragt, wie es dieser darstelle. Welchen Inhalt der Auftrag von X genau hatte, wollte der Beschuldigte nicht aussagen, ebenso wenig etwas zum Vorwurf, dass er X später noch aufgefordert habe, Bilder besserer Qualität zu liefern. In diesem Zusammenhang ist anzufügen, dass dieser erneute Kontakt mit X – entgegen der Auffassung der Verteidigung – ebenfalls von der Anklage erfasst wird.

dd) X hatte in seiner ersten Einvernahme am 31. Mai 2011 noch bestritten, von Y Fotos der beiden Taxifahrer erhalten zu haben. Als er am 1. Juni 2011 mit Y konfrontiert wurde, war er indessen sogleich geständig und entschuldigte sich bei diesem, dass er ihn mit einer Lüge zur Herausgabe der Fotos veranlasst hatte. X sagte aus, dass er am Morgen des 16. Mai 2011 vom Beschuldigten telefonisch oder über «WhatsApp» (Instant-Messaging-Programm für Mobiltelefone) kontaktiert worden sei. Er selbst habe den Taxifahrer-Fall vorher nicht gekannt. Der Beschuldigte habe die Namen und Bilder der beiden Taxifahrer haben wollen. Er sei vom Beschuldigten an diesem Tag «x-mal» gefragt worden, ob er ihm Fotos geben könne, und habe sich dann «einlullen lassen».

X will die Namen der beiden Tatverdächtigen anschliessend «von Leuten auf der Gasse» erfahren haben. Die Taxifahrer untereinander seien «wie eine eigene Familie»; sie hätten schon gewusst, was passiert sei. Er habe dann D, einen Polizisten auf dem Polizeiposten F, zur Bestätigung angefragt und dessen Auskunft so verstanden, dass er «nicht auf dem Holzweg» sei. Er habe von diesem aber keine konkreten Informationen erhalten. Wahrscheinlich habe er ihn auch nach Bildern gefragt, doch habe dieser das Ansinnen abgelehnt.

X wandte sich in der Folge an den Kantonspolizisten Y, dem er per «WhatsApp» schrieb, dass er Fotos der Gebrüder A benötige, um sie einem möglichen weiteren Opfer zu zeigen (Aussage Y in der Konfrontationseinvernahme mit X; von diesem bestätigt). X will das Fotoblatt dann von Y per «WhatsApp» erhalten und auf die gleiche Weise oder per E-Mail von seinem Mobiltelefon aus an den Beschuldigten weitergeleitet haben. Dieser habe ihm dann jedoch mitgeteilt, dass die Qualität zu schlecht sei, und ihn gebeten, die Bilder in besserer Qualität zu beschaffen. Er habe deshalb von Y noch einen Papierausdruck beschafft. Der Beschuldigte habe ihm dann aber mitgeteilt, dass die Qualität doch gut genug sein. Er habe den Papierausdruck daher vernichtet, indem er auf der Autobahn nach H «allpott ein Fetzlein aus dem Fenster geworfen» habe. Er habe dies gemacht, weil der Papierausdruck nicht mehr gebraucht worden sei und er nicht gewollt habe, dass ihn jemand finde; verteilt zwischen H und G sei dies unmöglich gewesen. X erklärte, dass er für die Fotos vom Beschuldigten Fr. 600.– oder 800.– erhalten habe (gemäss Spesenabrechnung des Beschuldigten waren es Fr. 800.–).

ee) Bei der Würdigung der Aussagen von X ist zu berücksichtigen, dass in der Untersuchung zumindest am Anfang die Ermittlung des «Lecks» bei der Kantonspolizei im Vordergrund stand, also weniger die Beziehungen von X zum «Blick» bzw. zum Beschuldigten. X hatte seine Beteiligung an der Informationsbeschaffung in der ersten Einvernahme noch bestritten. Konfrontiert mit der Aussage seines ehemaligen Arbeitskollegen Y legte er seine Rolle dann aber sogleich offen. Insbesondere übernahm er die Verantwortung dafür, dass er Y auf ziemlich üble Weise getäuscht und ihn damit zur Verletzung des Amtsgeheimnisses verleitet hatte. X belastete sich damit auf erhebliche Weise selbst, was für die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen spricht. Bereits in dieser ersten geständigen Aussage erwähnte er, dass

er vom Beschuldigten wiederholt wegen Fotos der beiden Tatverdächtigen angegangen worden sei. Es besteht kein Grund, an der Richtigkeit dieser Aussage zu zweifeln. Als originelles Detail, welches auf Realitätsbezug hindeutet, erweist sich die Aussage, dass die elektronischen übermittelten Bilder vom Beschuldigten als qualitativ ungenügend beurteilt worden seien. Dass X anschliessend Bilder besserer Qualität verlangte, wird durch die Aussage von Y bestätigt, obgleich diesem aus naheliegenden Gründen der Urheber der Beanstandung nicht bekannt war; X hatte ihn ja nicht über den wahren Verwendungszweck der Bilder aufgeklärt. Ebenfalls originell und damit realitätsbezogen erscheint die Aussage, dass der von Y gelieferte Papierausdruck schliesslich gar keine Verwendung gefunden habe, sondern auf der Autobahn zwischen G und H entsorgt worden sei («allpott ein Fetzlein aus dem Fenster geworfen»). Im Ergebnis ist deshalb auf die glaubhafte Aussage von X abzustellen, dass er vom Beschuldigten wiederholt angegangen worden war, diesem Fotos der beiden Tatverdächtigen zu beschaffen, und dass der Beschuldigte später, nach Erhalt der elektronisch übermittelten Fotos, von X verlangte, solche besserer Qualität zu liefern.

ff) Die Aussagen von X enthalten allerdings keine direkten Hinweise, dass der Beschuldigte wusste, auf welche Weise die Bilder beschafft werden sollten. Insbesondere ist nicht bekannt, ob X den Beschuldigten darüber orientierte, dass er deswegen ehemalige Arbeitskollegen bei der Kantonspolizei ansprechen wollte. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Beschuldigte, als er X um Unterstützung bei seinen Recherchen ersuchte, eine solche Art der Beschaffung zumindest in Kauf nahm. Es ist nicht ersichtlich, weshalb er X sonst um Unterstützung gebeten haben könnte, denn eine Informationsbeschaffung aus allgemein zugänglichen Quellen dürfte einem Journalisten durchaus vertraut sein. Der Beschuldigte wusste jedoch aufgrund des Falles «C», dass X über spezielle Kontakte zur Polizei verfügte und dass es ihm möglich war, über diese auch geheime Informationen zu beschaffen (oben E.III.4.d.a). Ebenso ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte keine Hemmungen hatte, derartige illegal erlangte Informationen für seine journalistische Arbeit zu verwenden (oben E.III.4.d.b). Er stand offenkundig unter zeitlichem Druck – darauf deutet die Aussage von X, dass er wegen der Bilder (und Namen) der Tatverdächtigen wiederholt angegangen worden war –, und der Einsatz von X war offenkundig der einzige Weg, innert nützlicher Frist zu diesen Bildern zu gelangen. Dem Beschuldigten musste auch bewusst gewesen sein, dass X dies wahrscheinlich nur gelingen würde, wenn er – aufgrund seiner persönlichen Beziehungen – einen Angehörigen der Kantonspolizei zu einer Amtsgeheimnisverletzung veranlassen konnte. Mit seinem Auftrag an X wirkte er deshalb motivierend auf diesen ein, weckte in ihm den Tatentschluss, zu einer Amtsgeheimnisverletzung anzustiften, zuerst möglicherweise, aber erfolglos D und anschliessend erfolgreich Y. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Auftrag an X durchaus zielgerichtet war. Dem Beschuldigten kann zwar kein direkter Vorsatz unterstellt werden, denn letztlich dürfte es ihm gleichgültig gewesen sein, wie X zu den Bildern kam. Er nahm die illegale Beschaffung der Bilder aber in Kauf

und handelt somit, was die Anstiftung von X betrifft, in der ersten Phase zumindest eventualvorsätzlich.

Direkter Vorsatz ist hingegen anzunehmen, was die vom Beschuldigten später verlangten Bilder besserer Qualität betrifft. Bei den von X bereits gelieferten Bilder handelte es aufgrund der typischen Frontal- und Seitenansicht offenkundig um erkennungsdienstliche Fotos, so dass eindeutig war, dass sie aus polizeilicher Quelle stammten. Wenn der Beschuldigte eine bessere Qualität verlangte, so musste ihm klar gewesen sein, dass X dafür erneut eine polizeiliche Quelle «anzapfen», mithin einen Angehörigen der Kantonspolizei zu einer Amtsgeheimnisverletzung anstiften würde. Irrelevant erscheint der Umstand, dass die Bilder an sich dem Beschuldigten in diesem Zeitpunkt bereits bekannt waren. Die Beschaffung von Bildern besserer Qualität geht über die bereits erfolgte Amtsgeheimnisverletzung hinaus, denn bessere Bilder enthalten ein Mehr an Informationen. Der Beschuldigte ist aber ohnehin nicht der mehrfachen, sondern nur der einfachen Anstiftung zu Amtsgeheimnisverletzung angeklagt worden. Anklage und Vorinstanz gehen richtigerweise von Tateinheit aus.

Nicht von Bedeutung erscheint in diesem Zusammenhang, dass dem Beschuldigten wahrscheinlich nicht bekannt war, welche Person X zur Verletzung des Amtsgeheimnisses anstiftete. Bei der Anstiftung genügt eine relativ allgemein gehaltene Umschreibung der Haupttat. Die Person des Opfers und die konkrete Tatausführung müssen nicht präzise festgelegt sein. Es reicht aus, dass die angestrebte Haupttat im Konnex als Straftat erkennbar ist (BSK Strafrecht I-Forster, 3. A., Art. 24 N 21 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Dies muss nicht nur für die Anstiftung allgemein, sondern auch für den Erstanstifter bei der Kettenanstiftung gelten.

gg) Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich. Der Schuldspruch der Vorinstanz ist daher zu bestätigen.

54

Art. 25 StGB (SR 311.0); Art. 37 Abs. 1 SprstG (SR 941.41). Gehilfenschaft. Unbefugter Verkehr mit Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen. Durch das einschlägige Positionieren und Halten von Fahnen, damit unerkannt Pyrofackeln im Fussballstadion gezündet werden können, wird die unbefugte Verwendung pyrotechnischer Gegenstände objektiv gefördert. Mit dem Zünden der Pyrofackel durch die Täterschaft ist das Delikt von Art. 37 Abs. 1 SprstG vollendet. Beendet ist das Delikt jedoch erst mit dem Erkalten der Fackel, da die von ihr ausgehende Gefahr auch einige Zeit nach Erlöschen anhält. Erfolgt eine vorsätzliche Hilfeleistung durch eine Drittperson vor dem Erkalten der Pyrofackel, macht sich diese der Gehilfenschaft und nicht der Begünstigung schuldig.

Kantonsgericht, Strafkammer, 8. Dezember 2014

Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, sich anlässlich eines Fussballspiels am Abbrennen von pyrotechnischen Fackeln im Fanblock beteiligt zu haben, indem er vorsätzlich die Sicht auf einen Pyrozünder mit Fahnen verdeckt habe. Unter der Fahne habe sich der nicht identifizierbare Täter maskiert, sei unter der Fahne hervorgekommen und habe eine Fackel gezündet und sich nach dem Erlöschen wieder darunter zurückgezogen. Das Kreisgericht sprach den Beschuldigten deswegen der Begünstigung schuldig und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe.

Aus den Erwägungen:

III.

3. a) Das Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz, SprstG) regelt gemäss Art. 1 Abs. 1 den Verkehr mit Sprengmitteln, pyrotechnischen Gegenständen und Schiesspulver. Art. 7 SprstG definiert die pyrotechnischen Gegenstände als gebrauchsfertige Erzeugnisse mit einem Explosiv- oder Zündsatz, die nach lit. a. nicht zum Sprengen, sondern zu andern industriellen, technischen oder landwirtschaftlichen Zwecken bestimmt sind, wie Signalmittel, Wetterraketen, Patronen zum Schweissen oder Härten von Metallen, oder nach lit. b. bloss dem Vergnügen dienen, wie die Feuerwerkskörper.

Gemäss Art. 15 Abs. 5 SprstG ist es verboten, Sprengmittel und pyrotechnische Gegenstände, die für andere Zwecke bestimmt sind, zu Vergnügungszwecken zu verwenden. Die Strafbestimmungen des Sprengstoffgesetzes sehen in Art. 37 Ziff. 1 SprstG unter anderem vor, dass mit Gefängnis oder mit Busse bestraft wird, wer vorsätzlich ohne Bewilligung oder entgegen Verboten dieses Gesetzes mit Sprengmitteln oder pyrotechnischen Gegenständen verkehrt, insbesondere derartige Gegenstände besitzt oder verwendet. Die Verbotsnorm des SprstG bezweckt der von Sprengmitteln und pyrotechnischen Gegenständen ausgehenden Gefahr zu

begegnen (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe [Sprengstoffgesetz] vom 20. August 1975, BBl II 1975, 1289 ff., 1300 und 1309; siehe zum Ganzen BGer 6B_612/2011 E. 1; vgl. überdies Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen von 4. Mai 2014, ST.2010.100-SK3 [in: GVP 2011 Nr. 58, S. 193 ff.], E. III. 1.d.cc; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, überarb. Aufl., Zürich 2006, Rz 2450 f.).

b) Bei der anlässlich des Fussballspiels verwendeten Pyrofackel handelt es sich um einen pyrotechnischen Gegenstand im Sinne von Art. 7 lit. a SprstG. Der Gebrauch dieser Pyrofackel diente ausschliesslich einem Vergnügungszweck, womit der nicht identifizierbare Pyrozünder eine Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz im Sinne von Art. 37 Ziff. 1 i.V.m. Art. 15 Abs. 5 SprstG beging. Dies wird denn auch seitens der Verteidigung zu Recht nicht bestritten.

4. a/aa) Gemäss Art. 25 StGB wird bestraft, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet («Gehilfe»). Bei der Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz handelt es sich um ein Vergehen (vgl. Art. 10 Abs. 3 StGB und Art. 37 Ziff. 1 SprstG i.V.m. Art. 333 Abs. 2 lit. b StGB), welches der Gehilfenschaft zugänglich ist.

Gehilfenschaft ist stets akzessorisch. Sie setzt die Haupttat eines andern voraus, an welcher der Gehilfe in untergeordneter Weise mitwirkt. Die Beteiligung des Gehilfen ist dabei so lange möglich, als die Haupttat noch nicht beendet ist, d.h. als nach einem rechtlich vollendeten Delikt durch das nachfolgende Verhalten des Täters das verletzte Rechtsgut weiterhin beeinträchtigt wird (BGE 98 IV 83 E. 2c, vgl. überdies BGE 121 IV 109 E. 3a, BGE 118 IV 309 E. 1a; BSK StGB-Forster, Art. 25 N 14 m.w.H.; Trechsel/Jean-Richard, in Trechsel/Pieth, StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012, Art. 25 N 9; Nydegger, Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung, in: Schmid [Hrsg.], Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd Nr. 67, Zürich 2012, S. 131).

bb) Gemäss Art. 305 Abs. 1 StGB wird derjenige wegen Begünstigung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, der eine Person unter anderem der Strafverfolgung entzieht. Unter «Entziehen» wird nicht ein blosses Hindern, sondern ein Verhindern verstanden (vgl. BGE 99 IV 266 E. 3; Trechsel/Affolter-Eijsten, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK. 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 305 N 3 mit Verweis auf BGE 101 IV 316 und BGE 69 IV 120). Die Tathandlung kann in Eingriffen in die Beweisführung (z. B. Spurenvernichtung, das Verbergen von Beweismitteln, Förderung von Kollusion etc.) bestehen, was grundsätzlich erst nach vollendeter Vortat geschehen kann (vgl. BSK StGB-Delnon/Rüdy, Art. 305 N 16 m.w.H.; Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 25 N 9; Nydegger, a.a.O., S. 131 f.).

b) Die Vorinstanz verneinte entgegen der Anklage das Vorliegen einer Gehilfenschaft zu einer Widerhandlung gegen das SprstG. Sie begründete dies mit dem Umstand, dass die Hilfshandlung des Beschuldigten erst nach Abbrennen der Pyrofackel und somit nach Beendigung des Sprengstoffdelikts stattgefunden habe. Die an das Abbrennen der Pyrofackel anschliessende Entmummung gehöre nicht mehr

zum Sprengstoffdelikt. Hingegen sprach sie den Beschuldigten der Begünstigung schuldig, da er es dem Pyrozünder ermöglicht habe, sich zu entmummen und unerkannt in der Menge zu verschwinden.

c) Das Sprengstoffdelikt war mit dem Zünden bzw. Verwenden der Pyrofackel vollendet, da die gesetzlichen Voraussetzungen des Tatbestands von Art. 37 Ziff. 1 SprstG eintraten. Beendet war es entgegen der vorinstanzlichen Ansicht indessen nicht. Massgebend für die Beurteilung dieser Frage ist allein, ob das durch das Sprengstoffgesetz geschützte Rechtsgut, nämlich der von den pyrotechnischen Gegenständen ausgehenden Gefahr zu begegnen, weiterhin beeinträchtigt wurde oder nicht. Die besondere Gefährlichkeit von Pyrofackeln liegt – nebst den ausströmenden, schädlichen Gasen bzw. toxischen Dämpfen sowie den Rauchpartikeln – vor allem in den extrem hohen Abbrenntemperaturen der Fackeln, die derart heiss werden, dass sie nicht mehr durch Sauerstoffentzug gelöscht werden können (vgl. statt vieler den Entscheid der I. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 14. November 2013, SB130321-O/U/eh, E. IV.2, wo von Abbrenntemperaturen von 1500°C – 2500°C die Rede ist, sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2013, C-8376/2010, E. 5.5.2). Auch längere Zeit, jedenfalls aber wie hier wenige Sekunden nach dem Erlöschen des eigentlichen Lichtscheins ist eine Pyrofackel immer noch brennend heiss. Entsprechend waren die zahlreichen Personen, die sich unstrittig in der Nähe befanden, weiterhin gefährdet. Erst mit Erkalten der Fackel war die von ihr ausgehende Gefahr und somit auch das Sprengstoffdelikt beendet. Daher war – im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – im Stadium unmittelbar nach Erlöschen des Lichtscheins der Fackel eine Beteiligung des Beschuldigten als Gehilfe ohne Weiteres noch möglich. Darüber hinaus bestand – entgegen der Ausführung der Verteidigung an Schranken der Vorinstanz – nach dem Tatplan der Beteiligten keine eigenständige Bedeutung der Ver- bzw. Entmummung. Der Täter beabsichtigte, die Pyrofackel unerkannt zu zünden und die Unterstützung des Beschuldigten zielte auf die Förderung dieser Handlung ab (vgl. hierzu im Einzelnen E.III.4.e/cc und dd; siehe für einen vergleichbaren Sachverhalt auch den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 1. September 2014, ST.2014.20-SK3, E.IV). Ob die anschliessende Ermöglichung zur Entmummung durch das Halten der Fahnen dabei mit der Sicherung einer Diebesbeute durch einen Gehilfen vergleichbar ist, wie von der Anklage vorgebracht und von der Vorinstanz verneint wurde, kann aufgrund der noch unmittelbar anhaltenden Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts offen bleiben. Der Begünstigungstatbestand scheidet somit aus. Anders zu entscheiden hiesse denn auch, vergleichbare Taten in fragwürdiger Weise unterschiedlich zu behandeln. So ist jener, der unmittelbar vor der Verwendung der Fackel die unerkannte Vermummung des Haupttäters ermöglicht, gemäss Rechtsprechung als Gehilfe zur Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz zu verurteilen (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 1. September 2014, ST.2014.20-SK3, E.IV.). Der Täter kommt damit obligatorisch in den Genuss einer Strafmilderung in Bezug auf die für die Haupttat vorgesehene Freiheitsstrafe von drei Jahren oder Geldstrafe. Würde man

denjenigen, welcher unmittelbar nach der Verwendung der Fackel die unerkannte Entmummung fördert, wegen Begünstigung bestrafen, entfiele der Milderungsgrund und die Strafe wäre zwingend innerhalb des ordentlichen Strafrahmens von Art. 305 StGB festzusetzen.

Nach dem Gesagten ist zu prüfen, ob der Beschuldigte als Gehilfe des Pyrozünders qualifiziert werden muss.

d/aa) Nach der Rechtsprechung gilt als Hilfeleistung des Gehilfen jeder kausale Beitrag, der die Tat objektiv fördert, so dass sich diese ohne Mitwirkung des Gehilfen anders abgespielt hätte. Nicht erforderlich ist, dass es ohne die erfolgte Hilfeleistung nicht zur Tat gekommen wäre. Die Förderung der Tat genügt. Andererseits muss die Hilfeleistung tatsächlich zur Tat beigetragen, also einen kausalen Beitrag dargestellt haben. Der Gehilfe muss die Erfolgschancen der tatbestandserfüllenden Handlung erhöhen. Der untergeordnete Tatbeitrag des Gehilfen braucht dabei nicht die adäquat-kausale Ursache eines strafrechtlichen Erfolges darzustellen. Jedoch muss die Unterstützung jedoch tatsächlich zur Straftat beitragen und ihre praktische Erfolgschancen erhöhen und sich in diesem Sinne kausal erweisen (Förderungskausalität; vgl. zum Ganzen BGE 120 IV 265 E. 2c, BGE 129 IV 124 E. 3.2; BSK StGB-Forster, Art. 25 N 8 m.w.H. und Vor Art. 24 N 39 und N 45). Für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist es schliesslich nicht von Bedeutung, ob die Unterstützung alleine oder zusammen mit anderen Personen geleistet wurde (vgl. BGE 117 IV 186 E. 4a; BSK StGB-Forster, Art. 25 N 59 f.).

bb) Im Stadion werden aufgrund der flächendeckenden Überwachung im Heimsektor und dem daraus resultierenden Risiko einer Strafverfolgung bzw. eines Stadionverbotes kaum mehr unvermummt Pyros gezündet. Anhand der ins Recht gelegten Videoaufzeichnung ist unzweifelhaft zu erkennen, dass der Pyrozünder den Schutz der Fahne für sein Handeln suchte. Ohne den Schutz und die Unterstützung von anwesenden Fans wäre es für eine einzelne Person unmöglich bzw. zumindest sehr schwierig, ohne Konsequenzen eine Pyrofackel zu verwenden. Das Risiko würde kaum eingegangen. Einer dieser unterstützenden Helfer war der Beschuldigte. Das einschlägige Positionieren und Halten der beiden Fahnen vermochte denn auch die Identifikation des Täters erfolgreich zu vereiteln. Unbeachtlich für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist dabei, dass er nur eine von mehreren Person war, welche dem Pyrozünder eine Hilfestellung boten. Der objektiv erforderliche Förderungsbeitrag des Beschuldigten ist gegeben und der objektive Tatbestand von Art. 25 StGB i.V.m. Art. 37 Ziff. 1 SprstG demgemäss zu bejahen.

e/aa) Auf subjektiver Ebene muss der Gehilfe vorsätzlich handeln, wobei auch eventualvorsätzliche Gehilfenschaft vorliegen kann (vgl. Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 25 N 10 mit Verweis auf BGE 132 IV 52 und weitere; BSK StGB-Forster, Art. 25 N 3 m.w.H.). Für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes ist daher erforderlich, dass der Gehilfe weiss oder zumindest damit rechnet, eine bestimmt geartete Straftat zu unterstützen, und er dies will oder zumindest in Kauf nimmt. Hierzu genügt, wenn er die wesentlichen Merkmale des vom Täter zu verwirklichenden strafbaren

Tuns kennt. Über Einzelheiten der Tat braucht er hingegen keine Gewissheit zu haben (BGE 132 IV 49 E. 1.1, BGE 128 IV 53 E. 5f/cc). Ein bloss fahrlässig handelnder Gehilfe kann für sein Tun nicht strafrechtlich belangt werden (BSK StGB-Forster, Art. 25 N 6).

bb) Für die Feststellung der inneren Tatsachen beim Beschuldigten – insbesondere, was er wusste und wollte – ist zunächst auf seine Aussagen abzustellen. An der Einvernahme von 11. September 2013 wurde er mit dem Tatvorwurf konfrontiert und die Videosequenz von 14:19 Uhr vorgeführt. Auf die Frage des Staatsanwaltes nach seiner Beteiligung an der Pyroaktion antwortete er, dass er «höchstens eine Fahne gehalten» habe, womit er von sich aus einen direkten Bezug zwischen der Pyroaktion und dem Halten der Fahne herstellte. An Schranken der Berufungsinstanz darauf angesprochen, erklärte er sinngemäss, dass er damals den Zusammenhang zwischen der Aktion und der Fahne bloss angenommen habe. An der Einvernahme vom 8. Oktober 2013 gab er sodann an, jeweils gesehen zu haben, dass Pyrozünder vor der Vermummung mit Fahnen abgedeckt werden.

cc) Soweit der Beschuldigte eine lediglich unbeabsichtigte Unterstützung behauptet, erweist sich seine Darstellung angesichts des im Recht liegenden Videomitschnittes als Schutzbehauptung. Zu Beginn der Videosequenz von 14:19 Uhr brennen zwei Pyrofackeln, nämlich eine an der oberen rechten Ecke der horizontal aufgespannten, weissen Joker-Fahne sowie eine weitere am unteren Ende derselben. Der Beschuldigte beobachtet dabei anfangs händeklatschend das Geschehen auf dem Spielfeld. Sodann wendet er sich der unteren Fackel zu und ergreift eine Seite der Joker-Fahne und hebt diese leicht an, damit die erlöschende Pyrofackel nicht in Kontakt mit dem Fahnenstoff kommt. An Schranken der Berufungsinstanz auf die einschlägigen Videoaufzeichnungen angesprochen, bestätigte er, die grosse Fahne angehoben zu haben, damit diese nicht durch die unmittelbar nebenan entzündete Pyrofackel Feuer fängt. Kurz darauf erscheint eine weitere – kleinere, graue – Fahne im Bild, welche von einer Drittperson gehalten wird. Diese positioniert die kleinere Fahne frontal/vertikal vor der horizontal ausgespannten Joker-Fahne, sodass ein rechter Winkel entsteht. In diesem Augenblick ergreift der Beschuldigte aktiv, d.h. von sich aus, die Fahnenstange der kleinen Fahne, welche immer noch von der unbekannten Person in beschriebener Position gehalten wird. Für eine kurze Zeitspanne halten die unbekannte Person und der Beschuldigte gemeinsam die kleine Fahne in einschlägiger Lage, womit sich auch ein zielgerichtetes Zusammenwirken der Beteiligten zeigt. Danach hält der Beschuldigte die Fahne alleine und begibt sich unter die horizontal gespannte Joker-Fahne. Trotz teilweiser Abdeckung durch beiden Fahnen ist sodann klar zu erkennen, wie er die vertikale Fahne über die horizontal gespannte Fahne zieht, um die entstandene Lücke zwischen den beiden Flächen zu schliessen. Die Verteidigung bringt in diesem Zusammenhang vor, es sei nicht erkennbar, dass der Beschuldigte die kleinere Fahne weiterhalte, nachdem er unter der Fahne verschwunden sei. Vielmehr würde die Fahne «offenbar» von einer sich auf der rechten Seite der grösseren Fahne befindenden Person gehalten. Dieser Feststellung ist zu widersprechen, weil aufgrund des T-Shirts des Beschuldigten ohne

Zweifel zu erkennen ist, dass er die Person unter der grossen Joker-Fahne war, welche die kleinere Fahne als Sichtschutz neu positionierte. Schliesslich verbleibt er bis zum Ende des Videomitschnittes unter den Fahnen, ohne dass seine nachfolgenden Handlungen zu erkennen wären.

dd) Das Verhalten des Beschuldigten kann nach dem Gesagten nicht anders gedeutet werden, als dass er um das Abrennen der Pyros und die Funktion der aufgespannten Fahne(n) als Sichtschutz für die Ver-/Entmummung wusste, beobachtete er den Vorgang doch unmittelbar und wirkte dabei zielgerichtet mit. Auch wusste er um die Überwachung des Heimsektors mittels Stadionkameras. Subjektiv hat der Beschuldigte aus seiner Sicht alles vorgekehrt, um das Vorhaben des Pyrozünders zu unterstützen. In diesem Zusammenhang liess er an Schranken der Vorinstanz im Sinne einer Eventualbegründung vortragen, die (bestrittene) Unterstützungshandlung könne sich nur auf die Vermummung, nicht aber auf das Zünden von (verbotenen) Pyrofackeln bezogen haben. Die äusseren Umstände lassen indessen ohne ernsthafte Zweifel auf ein Wissen und Wollen um den objektiven Tatbestand des Sprengstoffdeliktes schliessen. Der Beschuldigte wusste um das gesamte Tatgeschehen, welches sich nicht nur auf die Entmummung erstreckte. Er wollte nach dem Abbrennen der Fackel nicht bloss verhindern, dass der Täter, welcher vermutlich der Ultrabewegung angehört oder derselben zumindest nahe steht, als Pyrozünder entlarvt wird, sondern wollte zur Hauptsache das Abbrennen von Pyrofackeln durch Personen aus der Ultraszene im Heimsektor unterstützen. Hierzu wollte er – wie viele andere Anwesende – durch sein oben beschriebenes Verhalten einen Beitrag leisten.

ee) Schliesslich kann sich der Beschuldigte auch nicht auf einen Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB berufen. Ein Rechts-/Verbotsirrtum liegt nur vor, wenn der Täter meint, (überhaupt) kein Unrecht zu tun (Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 21 N4 m.w.H.). Dies war vorliegend nicht der Fall, zumal ihm klar war, dass das Verwenden von Pyrofackeln in- und ausserhalb des Stadions verboten ist. Der Beschuldigte wusste um seine Strafbarkeit, wenn er sich nicht «heraus hält» und sich an «an solchen Sachen beteiligt». Im vermeintlichen Schutz der Masse und einer Mehrzahl von zusammenwirkenden Personen ging er das Risiko einer Strafverfolgung ein, welches sich sodann realisierte.

f) Seine Hilfestellung ist als vorsätzlich im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB zu qualifizieren und der Tatbestand von Art. 37 Ziff. 1 SprstG i.V.m. Art. 25 StGB ist demgemäss zu bejahen. Entsprechend ist Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheids (Schuldspruch wegen Begünstigung) aufzuheben.

55

Art. 47 StGB (SR 311.0). Zur Beachtung der Empfehlungen der Schweizerischen Staatsanwältekonferenz bei der Strafzumessung betreffend Landfriedensbruch im Rahmen von Sportveranstaltungen.

Die Empfehlungen der Schweizerischen Staatsanwältekonferenz zur Strafzumessung bei Landfriedensbruch im Rahmen von Sportveranstaltungen werden den vielen möglichen Konstellationen, die sich in diesem Zusammenhang ergeben können, nicht gerecht (E. III.3.a-c).

Kantonsgericht, Strafkammer, 16. Juni 2015

Aus den Erwägungen:

III.

3. a) Ein Schuldspruch wegen Landfriedensbruchs ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe zu sanktionieren (Art. 260 Abs. 1 StGB). Eine Widerhandlung gegen das Vermummungsverbot ist mit einer Busse zu bestrafen (Art. 12bis Abs. 1 UeStG [sGS 921.1]). Vorliegend gelangt das Asperationsprinzip nach Art. 49 Abs. 1 StGB mangels mehrerer gleichartiger Strafen folglich nicht zur Anwendung. Freiheitsstrafe/Geldstrafe und Busse sind kumulativ auszusprechen.

b) Die Vorinstanz erachtete für das Tatverschulden betreffend den Tatbestand des Landfriedensbruchs eine Geldstrafe von 100 Tagessätzen für schuldangemessen. Die Widerhandlung gegen das Vermummungsverbot sanktionierte sie mit einer Busse von Fr. 1200.–.

c) Die Staatsanwaltschaft verwies darauf, der Beschuldigte habe als aktiver Teilnehmer zum randalierenden Mob gehört, der einen Angriff auf die Ordnungskräfte durch Aufdrücken der Türe durchgeführt habe. Er habe mitgeholfen, die Voraussetzungen zu schaffen, dass es zum Wurf eines Abfalltonnendeckels durch die Türöffnung gekommen sei und dass zwei Randalierer versucht hätten, mit herausgebrochenen WC-Türen die Fussgelenke der Ordnungskräfte unter dem Tor hindurch zu treffen. Ziel der Randalierer und somit auch des Beschuldigten sei es gewesen, das Tor aufzubrechen und die dahinter stehenden Ordnungskräfte direkt anzugreifen. Gestützt auf die Empfehlungen betreffend Gewalt an Sportveranstaltungen der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS; neu Schweizerische Staatsanwältekonferenz [SSK]) erachtet die Staatsanwaltschaft gemäss ihren Ausführungen in der Berufungserklärung hinsichtlich des Schuldspruchs wegen Landfriedensbruchs eine Einsatzstrafe von 130 Tagessätzen als schuldangemessen.

4. a) Die Strafbestimmung des Landfriedensbruchs bezweckt den Schutz der öffentlichen Friedensordnung (BGE 117 Ia 135 E. 2.b; 108 IV 33 E. 4; BSK StGB-Fiolka, Art. 260 N 5). Die Strafnorm will das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung stärken. Durch Gewalttätigkeiten, die im Rahmen einer öffentlichen Zusammenrottung verübt werden, wird das Sicherheitsgefühl der Bürger tangiert (BSK StGB-Fiolka, Art. 260 N 7).

Das Tatverschulden einer Person, die an einer öffentlichen Zusammenrottung i.S.v. Art. 260 StGB teilgenommen hat, bestimmt sich folglich danach, inwieweit sie durch ihr Verhalten zur Widerhandlung gegen die öffentliche Friedensordnung beigetragen hat. Den objektiven Tatbestand erfüllt bereits, wer an der öffentlichen Zusammenrottung teilnimmt. Die eigenhändige Begehung von Gewalttätigkeiten ist nicht verlangt; die Begehung einer Gewalttätigkeit ist objektive Strafbarkeitsbedingung der Teilnehmerstrafbarkeit (BGer 6B_863/2013 E. 5.7.1 m.w.H.). Wer sich nicht aktiv an den Gewalttätigkeiten beteiligt, dürfte daher regelmässig ein geringeres Tatverschulden aufweisen als jemand, der direkt daran mitwirkt. Auch derjenige, der andere ausdrücklich zu Gewalttätigkeiten auffordert, weist ein vergleichsweise höheres Tatverschulden auf (vgl. Art. 260 Abs. 2 StGB: Wer selbst Gewalt angewendet oder dazu aufgefordert hat, bleibt nicht straffrei, selbst wenn er sich auf behördliche Aufforderung hin entfernt). Von Bedeutung bei der Bestimmung der Schwere des Verschuldens ist ebenfalls, ob gegen Menschen oder gegen Sachen Gewalttätigkeiten begangen werden sowie welche Auswirkungen die Gewalttätigkeiten haben oder haben könnten. Das Verschulden wiegt zudem vergleichsweise schwerer, wenn sich die Gewalttätigkeiten gegen unbeteiligte Dritte oder deren Eigentum richten respektive wenn Personen, die berechtigterweise eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, Ziel der Gewalttätigkeiten sind. Gaben hingegen die betroffenen Personen Anlass zu den Gewalttätigkeiten (beispielsweise durch gezielte Provokation einer Personengruppe), dürfte das Verschulden regelmässig geringer ausfallen. Im Einzelfall ist auch der Grund für die Zusammenrottung und die Gewalttätigkeiten zu gewichten. Je grösser sich die Zusammenrottung zahlenmässig präsentiert, desto grösser dürfte im Übrigen grundsätzlich die Bedrohung der Friedensordnung sein. Entsprechend impliziert die Teilnahme an einer Zusammenrottung mit vielen Teilnehmern ein grösseres Tatverschulden. Schliesslich ist auch in Betracht zu ziehen, wie intensiv die Zusammenrottung und die Gewalttätigkeiten ausfielen und insbesondere wie lange sie dauerten.

b) Das Tatverschulden hinsichtlich des Schuldspruchs wegen Landfriedensbruchs ist nach dem Gesagten von zahlreichen Faktoren abhängig. Dies gilt auch dann, wenn der Landfriedensbruch im Rahmen eines Fussballspiels durch Zusammenrottung der Anhänger einer Mannschaft begangen wird. Es ist insbesondere von Bedeutung, gegen wen oder was die Gewalttätigkeiten begangen werden, welchen Schweregrad sie erreichen, mit welcher Intensität und über welche Zeitdauer die Zusammenrottung ihr Ziel verfolgt respektive auf Menschen oder Sachen gewalttätig einwirkt. Im Einzelnen kommt es schliesslich auf den Tatbeitrag der beschuldigten Person an.

Sofern die Staatsanwaltschaft mit dem vorliegenden Verfahren eine generelle Überprüfung der Empfehlungen betreffend Gewalt an Sportveranstaltungen der SSK anstrebt, kann ihr bereits aufgrund der Vielzahl der relevanten Strafzumessungsfaktoren nicht entsprochen werden. Mit der Unterscheidung zwischen passiven (mindestens 90 Tagessätze Geldstrafe) und aktiven (mindestens 130 Tagessätze Geldstrafe) Teilnehmern eines «randalierenden Mobs» stützen sich die Empfeh-

lungen zwar grundsätzlich auf ein taugliches Kriterium zur Bestimmung der Höhe des Verschuldens einer beschuldigten Person. Letztlich ist die Form der Teilnahme jedoch bloss ein Kriterium von mehreren. Um den vielen möglichen Konstellationen, die im Rahmen einer Sportveranstaltung schliesslich zu einem Schuldspruch wegen Landfriedensbruch führen, bei der Strafzumessung gerecht zu werden, genügt es nicht, ausschliesslich respektive überwiegend auf die Form der Teilnahme abzustellen. Im Gegensatz zu Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz durch Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit oder im Bereich des Ausländergesetzes (vgl. die jeweiligen Empfehlungen der SSK) lässt sich beim Tatbestand des Landfriedensbruchs nicht ohne Weiteres eine Kategorisierung der Schweregrade der möglichen Tathandlungen vornehmen, denn die damit verbundenen Umstände sind (auch im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen) zu mannigfaltig.

c) Bezogen auf den vorliegend zu beurteilenden Schuldspruch wegen Landfriedensbruchs kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte selber aktiv an den Gewalttätigkeiten teilnahm, indem er mehrfach gegen das Notausgangstor rannte und mit den Füssen dagegen trat. Die Gewalttätigkeiten richteten sich dabei nur vordergründig gegen Sachen (das Tor). Das Anrennen und die Tritte mussten von den hinter dem Tor stehenden Ordnungskräften aufgefangen werden, ansonsten das Tor von den Randalierern geöffnet worden wäre. Insbesondere die Tritte, auch des Beschuldigten, waren dabei massiv und das Verhalten des Beschuldigten entsprechend verwerflich. Es bedurfte seitens der Ordnungskräfte eines halben Dutzends Männer, um ein Tor zuzuhalten. Die Ordnungskräfte standen dabei in der Erfüllung ihrer für die Durchführung des Fussballspiels notwendigen Aufgaben. Aufgrund der Dynamik der Gewalttätigkeiten besteht kein Zweifel, dass es den randalierenden Anhängern des BSC Young Boys, von denen der Beschuldigte einer war, letztlich darum ging, zu den Ordnungskräften hinter dem Notausgangstor und in eine direkte Konfrontation mit ihnen zu gelangen.

Der Beschuldigte selber war nicht Initiant der Gewalttätigkeiten und setzte selber keine Gegenstände (gegen die Ordnungskräfte) ein. Er forderte auch nicht zu Gewalttätigkeiten auf. Der Beschuldigte erklärte, er habe sich vermummt und an den Randalen mitgewirkt, weil «sich die meisten vermummt» hatten. Er habe nach vorne gewollt, «um zu schauen, was passiert». Bezwecken habe er mit seinem Verhalten nichts wollen, sondern das Ganze sei «recht hirnlos» gewesen. Einen eigentlichen Beweggrund für seine Gewalttätigkeiten nannte er nicht. Umso verwerflicher erscheint es, dass er offenbar blindlings und entsprechend auch gleichgültig hinsichtlich des Handlungsgrundes sogleich bereit war, sich der zahlenmässig doch beträchtlichen Zusammenrottung anzuschliessen und tatkräftig an den Gewalttätigkeiten mitzuwirken.

Die Zusammenrottung konnte nach ca. fünf Minuten durch den Einsatz von Pfefferspray durch die Ordnungskräfte aufgelöst werden.

Nach dem Gesagten ist der Beitrag des Beschuldigten an die Widerhandlung gegen die öffentliche Friedensordnung als beträchtlich zu bezeichnen. Sein Tatverschulden

wiegt insbesondere aufgrund der von ihm selber begangenen Gewalttätigkeiten leicht bis mittelschwer. Die schuldangemessene Einsatzstrafe dafür beläuft sich auf 140 Tagessätze.

Diese Einsatzstrafe rechtfertigt sich insbesondere auch mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung der Strafkammer. Im Verfahren ST.2011.147-SK3 belief sich die Einsatzstrafe bei einem Schuldspruch wegen Landfriedensbruchs auf 180 Tagessätze. Der Täter hatte sich im Nachgang zu einem Fussballspiel zusammen mit ca. 20 bis 25 weiteren Anhängern der von ihm unterstützten Mannschaft an einer tätlichen Auseinandersetzung mit sechs bis sieben Anhängern des gegnerischen Teams beteiligt. Die Auseinandersetzung zwischen den Fangruppen dauerte nur kurze Zeit und die verübten Gewalttätigkeiten beschränkten sich auf Tätlichkeiten. Im Gegensatz zum Beschuldigten im vorliegenden Verfahren hatte der Täter allerdings sowohl bei der Entstehung als auch im weiteren Verlauf der Auseinandersetzung eine aktive und wichtige Rolle eingenommen, weshalb von einer vergleichsweise höheren Einsatzstrafe auszugehen war.

56

Art. 47 StGB (SR 311.0); Art. 90 Abs. 2 SVG (SR 741.01). Strafzumessung Geschwindigkeitsüberschreitung. Die Strafmassempfehlungen der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz haben lediglich Richtlinienfunktion und dienen dem Richter als Orientierungshilfe (E.III.3.).

Strafzumessung bei einer Geschwindigkeitsüberschreitung, die nur knapp unter einer Geschwindigkeitsüberschreitung nach Art. 90 Abs. 4 SVG liegt (E.III.4.).

Der drohende Entzug des Führerausweises im Administrativverfahren ist bei der Strafzumessung leicht strafmindernd in Betracht zu ziehen, insbesondere wenn die beschuldigte Person beruflich auf den Führerausweis angewiesen ist und der Entzug sie daher spürbar treffen wird (E.III.4.b/ee).

Die für schuldangemessen befundene Geldstrafe ist im Umfang einer zusätzlich ausgefällten Verbindungsbusse zu reduzieren, damit die Strafe insgesamt schuldangemessen ausfällt (E.III.6.).

Kantonsgericht, Strafkammer, 16. Juni 2015

Aus den Erwägungen:

III.

1. Unbestritten und beweismässig erstellt ist, dass der Beschuldigte […] die erlaubte Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h um rechtlich relevante 54 km/h überschritt. Dabei handelte er vorsätzlich und machte sich der groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Ziff. 2 SVG schuldig.

[…]

3. a) Die Staatsanwaltschaft bringt an Schranken vor, die von der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz (SSK) herausgegebenen Richtlinien zur Strafzumessung bei Geschwindigkeitsüberschreitungen sähen im konkreten Fall eine Geldstrafe ab 120 Tagessätzen vor. Richtlinien seien von erheblicher Bedeutung, wenn es darum gehe, eine rechtsgleiche Sanktionierung zu gewährleisten. Es sei daher nicht einzusehen, weshalb diese Richtlinien nicht auch von den Gerichten berücksichtigt werden müssten.

b) Im Rahmen des vom Bundesrat vorgeschlagenen und vom Parlament am 15. Juni 2012 verabschiedeten Handlungsprogramms «Via sicura» wurde mit Art. 90 Abs. 3 und Abs. 4 SVG neu – neben der einfachen (Abs. 1, Übertretung) und der groben (Abs. 2, Vergehen) – eine dritte Kategorie der Verkehrsregelverletzungen, die «krasse» (Abs. 3, Verbrechen) Verkehrsregelverletzung eingefügt (AS 2012 6291). Das Anliegen dieser Änderung geht zurück auf die Volksinitiative «Schutz vor Rasern» (vgl. dazu www.admin.ch/ch/d//pore/vi/vis384.html) und wurde im Sinne eines Gegenvorschlags in die Gesetzgebungsvorlage aufgenommen. Neu wird mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem bis maximal vier Jahren bestraft, wer durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht, namentlich durch besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen (Art. 90 Abs. 3 SVG).

Um die Anschlussfähigkeit an die schwerste Kategorie der Verkehrsregelverletzung wiederherzustellen, passte die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) respektive die SSK nach dem Erlass von Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG ihre Strafmassempfehlungen für sämtliche – auch die unter Art. 90 Abs. 2 SVG fallenden – Geschwindigkeitsüberschreitungen an. Dies führte dazu, dass die Strafmassempfehlungen für grobe Verkehrsregelverletzungen teilweise drastisch verschärft wurden (vgl. Fiolka, Wie «sicura» ist die verschärfte Strafbestimmung von Art. 90 SVG?, Strassenverkehrsrechts-Tagung 24.-25. Juni 2014, Bern 2014; http://www.ssk-cps.ch/empfehlungen; ferner auch Niggli, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht, in: Forum Strafverteidigung: Strafverteidigung und Sicherheitswahn, 3. Dreiländerforum Strafverteidigung, Zürich 14./15. Juni 2013, Wien 2014). Die Hauptziele der Volksinitiative «Schutz vor Rasern» und der neuen Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG bestanden aber eigentlich darin, dass «Raserinnen und Raser» künftig strenger bestraft werden und dass es nicht mehr dem richterlichen Ermessen überlassen werden sollte, zu bestimmen, wer als «Raserin oder Raser» zu gelten hat. Verschärft werden sollte

nicht die Sanktionierung sämtlicher Verkehrsregelverletzungen, sondern lediglich diejenige einzelner Extremfälle (AB 2011 S. 679; Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Schutz vor Rasern» S. 10). Eine Auswirkung auf die nach Art. 90 Abs. 2 SVG auszufällenden Strafen wurde durch die Einführung der dritten Kategorie von Verkehrsregelverletzungen nicht beabsichtigt. Demgemäss ist Art. 90 SVG in seiner geltenden Fassung auszulegen. Daraus mögen im Einzelfall Sprünge zwischen den nach Art. 90 Abs. 2 SVG verhängten Strafen und der nach Art. 90 Abs. 3 SVG auszufällenden Mindeststrafe resultieren. Diese sind jedoch de lege lata hinzunehmen. Sie liessen sich darüber hinaus ohnehin kaum vermeiden, was auch in den Strafmassempfehlungen der SSK deutlich zum Ausdruck kommt. So müssten. um eine kontinuierliche Anpassung an das Mindeststrafmass von Art. 90 Abs. 3 SVG zu verwirklichen, nach jenen Empfehlungen bei Geschwindigkeitsüberschreitungen zwischen 50 und 59 km/h, Strafen in einem Spektrum von 120 bis zu 360 Tagessätzen ausgefällt werden. Folglich würden bereits marginale Geschwindigkeitsunterschiede zu einem markant höheren Strafmass führen.

c) Was die Berücksichtigung der Strafzumessungsempfehlungen im Allgemeinen anbelangt, hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass Richtlinien, wie die Strafmassempfehlungen der SSK, keine Gesetzeskraft aufweisen und das Ermessen der Gerichte und Behörden nicht beschränken (BGE 123 II 106 E. 2e; BGE 104 Ib 49 E. 3a). Sie seien mit Bundesrecht nur vereinbar, sofern sie lediglich Richtlinienfunktion hätten und dem Richter als Orientierungshilfe dienten, ohne ihn zu binden oder zu hindern, eine seiner Überzeugung schuldangemessene Strafe im Sinne von Art. 47 StGB auszusprechen (BGer 6S.350/2004 E. 1.2.1; 6S.560/1996 E. 2a).

d) Die Strafzumessungsempfehlungen der SSK stellen bei der tarifmässigen Bemessung des Strafmasses einzig auf die Höhe der Geschwindigkeitsüberschreitung ab. Das Abstellen auf Tarife bietet sich zugegebenermassen vor allem dort an, wo, wie bei der Geschwindigkeitsüberschreitung, eine in Zahlen auszudrückende Bezugsgrösse gegeben ist. Bei der Strafzumessung geht es jedoch um eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände. Es geht nicht an, allein oder doch vorwiegend auf die Höhe der Geschwindigkeitsüberschreitung abzustellen. Die Höhe der Geschwindigkeitsüberschreitung ist bei der Strafzumessung ein Gesichtspunkt neben anderen und fällt vornehmlich bei der Beurteilung des objektiven Tatverschuldens in Betracht (vgl. Härri, Die Bemessung des Führerausweisentzugs zu Warnzwecken, BJM 1999, S. 121). Sie stellt indessen auch bei Letzterer – zwar einen gewichtigen – nicht aber den einzigen ausschlaggebenden Gesichtspunkt dar. So sind namentlich auch die Strassen-, Sicht- und Witterungsverhältnisse, die Dauer der Geschwindigkeitsüberschreitung sowie das Ausmass der Gefährdung im Rahmen der Beurteilung des objektiven Tatverschuldens zu berücksichtigen. Das heisst nicht, dass Strafzumessungsempfehlungen im Bereich der Massendelinquenz der Geschwindigkeitsüberschreitung von vornherein abzulehnen wären. Soweit sie lediglich Richtlinienfunktion haben und im Sinne einer Orientierungshilfe, sozusagen als zu einem gedanklichen Referenzsachverhalt («Normalfall») gehörende Referenz-

strafe benutzt werden, welche dem konkret zur Beurteilung stehenden Sachverhalt gegenübergestellt wird, um anschliessend im Vergleich dazu die konkrete Einsatzstrafe für das objektive Tatverschulden zu ermitteln, ist gegen ihre Anwendung nichts einzuwenden. Damit kann jedenfalls in gewissen Grenzen eine rechtsgleiche Behandlung erreicht werden. Dies wiederum entspricht den verfassungsmässigen Vorgaben. Schliesslich soll die Strafzumessung zu einer verhältnismässigen Strafe führen, dabei aber auch ein Höchstmass an Gleichheit gewährleisten (vgl. Kiener, Den Tarif durchgeben?, in: ZStrR 2007, S. 364 ff.; Wiprächtiger, Strafzumessung und bedingter Strafvollzug, ZStrR 1996, S. 454 ff.; ferner Eugster/Frischknecht, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 2014, S. 328 ff. und 335).

4. a) Eine grobe Verkehrsregelverletzung wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 90 Abs. 2 SVG).

b/aa) Bezüglich der in Frage kommenden Strafarten kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die vom Beschuldigten begangene Straftat ist mit einer Geldstrafe zu sanktionieren.

bb) Der Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG bezweckt primär den Schutz von Leib und Leben (BSK SVG-Fiolka, Art. 90 SVG N 8 ff., vgl. auch die Botschaft des Bundesrats vom 20. Oktober 2010 zu Via sicura, BBl 2010 8461 ff.; sowie BGE 138 IV 258 E. 3.3.2; Art. 90 Abs. 3 SVG spricht von «Schwerverletzten» und «Todesopfern»). Viele Unfälle mit schwerwiegenden Folgen für die involvierten Verkehrsteilnehmer sind auf überhöhte Geschwindigkeiten zurückzuführen (vgl. BBl 2010 8460, wonach im Jahr 2009 rund ein Viertel aller schweren Personenschäden auf nicht angepasste oder überhöhte Geschwindigkeit zurückzuführen waren). Die Regel, auf den Strassenabschnitten die signalisierte oder die allgemeine Höchstgeschwindigkeit einzuhalten, ist daher von grundlegender Bedeutung (BOLL, Grobe Verkehrsregelverletzung, Davos 1999, S. 28; vgl. auch Art. 90 Abs. 4 i.V.m. Art. 90 Abs. 3 SVG).

cc) Das objektive Verschulden des Beschuldigten wiegt nicht leicht. Er überschritt die zulässige Höchstgeschwindigkeit ausserorts, auf gerader Strecke, um rechtlich relevante 54 km/h und somit in massiver Weise. Zu seinen Gunsten ist allerdings zu berücksichtigen, dass ein geringes Verkehrsaufkommen herrschte, die allgemeine Sicht gut und die Fahrbahn trocken war. Beim Beschuldigten handelt es sich um einen erfahrenen Automobilisten, der seit Sommer 1974 im Besitz des Führerausweises ist. Weiter ist nach den nicht widerlegten Aussagen des Beschuldigten von einer sehr kurzen Geschwindigkeitsüberschreitung (100 bis 300 m) auszugehen, wobei aber zu beachten ist, dass der Beschuldigte unmittelbar nach der Messung von der Polizei angehalten wurde.

Trotz der an sich guten Strassen- und Witterungsverhältnisse, der automobilistischen Erfahrung des Beschuldigten und der Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit auf kurzer und überschaubarer Strecke bleibt das Ausmass der Geschwindigkeitsüberschreitung hervorzuheben. Bis zur Verwirklichung von Art. 90 Abs. 4 lit. c SVG fehlten gerade noch 6 km/h. Der Reaktionsweg ist bei 134 km/h beinahe doppelt so gross und der Bremsweg beinahe dreimal so gross wie bei

80 km/h, sodass eine sachgerechte Reaktion bei überraschendem Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer oder bei plötzlich auftauchenden Hindernissen (streunende Hunde, Wildtiere) ausgeschlossen ist. An der Stelle, an der ein 80 km/h fahrender Personenwagen nach einer Vollbremsung zum Stillstand gekommen wäre, hätte die Geschwindigkeit des Beschuldigten – trotz Vollbremsung – nach wie vor 118 km/h betragen. Bei einem Unfall mit dieser Geschwindigkeit ist mit Schwerverletzten oder Todesopfern zu rechnen, was bezüglich der Intensität der qualifizierten Gefährdung von Art. 90 Abs. 3 SVG entspricht. Ferner ergibt sich nicht nur aus der absoluten Höhe der gefahrenen Geschwindigkeit ein beträchtliches Gefahrenpotential, sondern insbesondere auch aus dem grossen Geschwindigkeitsunterschied zwischen den vom Beschuldigten gefahrenen 134 km/h und den korrekt fahrenden Verkehrsteilnehmern (80 km/h), die schlichtweg nicht mit so schnellen Fahrzeugen rechnen müssen. Eine konkrete Gefährdung oder ein konkretes hohes Risiko i.S.v. Art. 90 Abs. 3 SVG blieben aber aus. Dem Beschuldigten ist daher vorzuwerfen, durch sein Verhalten andere Verkehrsteilnehmer – insbesondere den Gegen- und Querverkehr – in erheblicher Weise abstrakt gefährdet zu haben.

dd) Hinsichtlich des subjektiven Tatverschuldens kommt erschwerend hinzu, dass der Beschuldigte ohne vernünftigen Grund handelte. Als Begründung für sein Fehlverhalten führte er an, er habe die Bremsen seines Personenwagens nach der Autowäsche erhitzen wollen, um sie vom Waschmittel zu befreien und dadurch seine eigene Sicherheit zu verbessern. Deshalb habe er zunächst beschleunigt und hätte dann anschliessend bei sich bietender Gelegenheit gebremst, wie er das immer wieder getan habe. Selbst wenn es sich nach der Autowäsche sinnvoll erweisen sollte, die Bremsen eines Personenwagens zu trocknen, wäre die gewählte Vorgehensweise völlig unangemessen und vermag gerade im Hinblick auf den dahinter liegenden Zweck, die eigene Sicherheit zu verbessern, nicht einzuleuchten. So wäre es äusserst verwerflich, bei nicht vollständig intakten Bremsen auf eine Geschwindigkeit von 134 km/h zu beschleunigen. Vielmehr wäre diesfalls eine dem befürchteten Risiko angepasste tiefe Geschwindigkeit angebracht gewesen. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb zum Trocknen der Bremsen überhaupt eine Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit notwendig sein soll, erst recht nicht eine derart massive.

Der Beschuldigte beging die Geschwindigkeitsüberschreitung vorsätzlich. Ein erfahrener Fahrzeuglenker muss – unabhängig der Bauweise seines Autos – mit Bestimmtheit merken, wenn er die zulässige Höchstgeschwindigkeit um mehr als 50 km/h überschreitet. Sowohl der optische Eindruck der vorbeifliegenden Umgebung als auch die Fahr- und Motorengeräusche und die wirkenden Beschleunigungskräfte können dem Fahrer nicht entgehen (Arnold, Die Geschwindigkeit als Gefährdungsmassstab, in: Schaffhauser, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2014, S. 279). Zudem räumte der Beschuldigte selbst ein, dass er beschleunigen wollte, um die Bremsen nach dem Waschen zu erhitzen.

In Anbetracht der Umstände erscheint eine Geldstrafe von 80 Tagessätzen als Einsatzstrafe schuldangemessen.

ee) Der Beschuldigte hat einen getrübten automobilistischen Leumund. Ihm wurde bereits in den Jahren 2006, 2008 und 2010 – 2006 und 2010 wegen Missachtens der zulässigen Höchstgeschwindigkeit – der Führerausweis entzogen. Letztmals wurde ihm der Ausweis im Jahr 2010, wegen Überschreitens einer signalisierten Höchstgeschwindigkeit innerorts (60 km/h) um 21 km/h, für sechs Monate entzogen. Die bisher verhängten strafrechtlichen Sanktionen sowie die Administrativmassnahmen hinterliessen mithin keinen nachhaltigen Eindruck. Im Gegenteil zeugt die neuerlich begangene, erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitung von einer gewissen Unbelehrbarkeit.

Bei Strassenverkehrsdelikten sind allerdings bei der Strafzumessung auch die Auswirkungen zusätzlicher Administrativmassnahmen, namentlich eines Führerausweisentzuges zu Warnzwecken, in Betracht zu ziehen. Der sog. Warnentzug wird aufgrund einer vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Verkehrsregelverletzung ausgesprochen (Art. 16 Abs. 2 und 3 SVG), seine Dauer richtet sich vor allem nach der Schwere des Verschuldens sowie der Sanktionsempfindlichkeit des fehlbaren Lenkers, und ein Rückfall kann zu einer Verschärfung der Massnahme führen (BGE 121 II 22 E. 3b). Damit weist der Warnentzug – der formell zwar als Administrativmassnahme gilt – materiell Straf- bzw. zumindest strafähnlichen Charakter auf und ist im Rahmen der Strafzumessung strafmindernd zu berücksichtigen (BGE 123 II 464 E. 2.a; MOOR, Von Fahrverboten und Führerausweisentzügen, Strassenverkehr 2/2004, S. 18 ff.; vgl. auch BGE 121 II 22 E. 3.b; 120 IV 67 E. 2.b; BSK StGB-Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 161). Dem Beschuldigten droht der Entzug des Führerausweises von mindestens sechs Monaten (Art. 16c Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 lit. b SVG). Er ist beruflich auf den Führerausweis angewiesen. Der Entzug dürfte ihn deshalb spürbar treffen und fällt daher leicht strafmindernd in Betracht.

Im Ergebnis wirken sich die täterbezogenen Strafzumessungsgründe leicht straferhöhend aus. Die Einsatzstrafe ist um 10 Tagessätze zu erhöhen, womit eine solche von 90 Tagessätzen resultiert.

ff) Weitere Umstände, die für die Strafzumessung von Bedeutung wären, sind nicht ersichtlich. Insgesamt erweist sich demnach eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen als schuldangemessen (vorbehältlich der nachfolgend behandelten Reduktion infolge Ausfällung einer Verbindungsbusse).

4. Der Beschuldigte verdient gemäss eigenen Angaben monatlich zwischen Fr. 8000.– und Fr. 9500.– und bezieht zusätzlich einen 13. Monatslohn. Da seine Ehefrau über ein eigenes Einkommen verfügt und seine Kinder bereits erwachsen sind, hat er keinerlei Unterstützungspflichten. Unter Berücksichtigung seines Lebensaufwands ist ein Tagessatz von Fr. 250.– den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen weiterhin angemessen.

5. Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter vor der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Das Gericht muss eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Angeklagten stellen. Für die Ge-

währung des bedingten Geldstrafenvollzugs genügt, dass keine Befürchtung besteht, der Täter werde sich in Zukunft nicht bewähren. Der Beschuldigte liess sich zwar von den bisher verhängten Bussen und Administrativmassnahmen nicht beeindrucken. Eine (unbedingte) Geldstrafe hatte er allerdings noch nie zu gewärtigen. Weiter kann grundsätzlich auf die überzeugende Erwägung der Vorinstanz verwiesen werden, wonach eine Verurteilung mittels Bussenverfügung nicht die gleiche Wirkung erziele wie jene, die im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens ergehe. Den verbleibenden Bedenken kann sodann mit einer (zu vollziehenden) Verbindungsbusse begegnet werden (Art. 42 Abs. 4 StGB). Eine unbedingte Strafe erscheint daher – auch für die Staatsanwaltschaft (vgl. die eingangs genannten Anträge) – nicht notwendig, umso mehr, als dem Beschuldigten der Führerausweis für mindestens 6 Monate entzogen werden dürfte. Der Vollzug der Geldstrafe ist aufzuschieben und die Probezeit auf zwei Jahre festzusetzen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

6. a) Gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Art. 106 StGB verbunden werden. Die Bestimmung dient primär dazu, die so genannte Schnittstellenproblematik zwischen der Busse (für Übertretungen) und der bedingten Geldstrafe (für Vergehen) zu entschärfen und verhilft im Gebiet der leichteren Kriminalität zu einer rechtsgleichen Sanktionierung. Im Bereich der Massendelinquenz soll damit die Möglichkeit geschaffen werden, eine spürbare Sanktion zu verhängen (BGer 6B_412/2010 E. 2.2; BGE 134 IV 60 E. 7.3.1; Trechsel/Pieth, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 42 N 19; BSK StGB-Schneider/Garré, Art. 42 N 102f.). Die Strafe soll nicht zu einer Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermöglichen, sondern lediglich innerhalb der schuldangemessenen Strafe eine täter- und tatangemessene Strafartenreaktion gestatten (BGE 134 IV 82 E. 7.2.6; 134 IV I, E. 4.5.2; Trechsel/Pieth, a.a.O., Art. 42 N 19). Ferner trägt die Busse dazu bei, das unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten eher geringe Drohpotential der bedingten Geldstrafe zu erhöhen. Dem Verurteilten soll ein «Denkzettel» verpasst werden können, um ihm (und soweit nötig allen anderen) den Ernst der Lage vor Augen zu führen und zugleich zu demonstrieren, was bei Nichtbewährung droht (BGer 6B_412/2010 E. 2.2; BGE 134 IV 60 E. 7.3.1). Um dem akzessorischen Charakter der Verbindungsstrafe gerecht zu werden, hat das Bundesgericht die Obergrenze grundsätzlich bei 20 Prozent der Gesamtstrafe (Geldstrafe plus Busse) festgelegt (BGE 135 IV 188 E. 3.4.4).

b) Gemäss der soeben wiedergegebenen ratio legis kann eine Verbindungsbusse insbesondere bei Strassenverkehrsdelikten angezeigt sein. Denn hier führt die Schnittstellenproblematik dazu, dass im Falle einer Übertretung im Strassenverkehr eine zu zahlende Busse auszusprechen ist, während bei einem Vergehen, wie im vorliegenden Fall, lediglich eine nicht zu zahlende bedingte Geldstrafe als Sanktion droht. In Anbetracht der Tatsache, dass sich der Beschuldigte wenig einsichtig zeigt, erscheint es auch aus spezialpräventiver Sicht angebracht, ihm mit der Auferlegung einer zusätzlichen Busse den Ernst der Lage und die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens deutlich zu machen. Eine Busse von Fr. 2500.–, was knapp einem Drittel

seines monatlichen Einkommens entspricht, erscheint vor diesem Hintergrund angemessen. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse (Art. 106 Abs. 2 und 3 StGB) wird in Anlehnung an die Tagessatzhöhe auf zehn Tage festgelegt (vgl. BGer 6B_366/2007 E. 7.3.3).

c) Die schuldangemessene Strafe setzt sich zusammen aus der Anzahl der Tagessätze und der Höhe der Busse. Nachdem zuvor eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen als insgesamt dem Verschulden angemessen und eine Strafenkombination als sachgerecht erachtet wurde, ist die Anzahl der Tagessätze bei Verhängung einer Verbindungsbusse von Fr. 2500.– im entsprechenden Umfang zu reduzieren (vgl. BGer 6B_760/2007 E. 4; BGE 135 IV 188 E. 3.3 ff.; 134 IV 1 E. 4.5.2). Ansonsten müsste der Beschuldigte, falls die Geldstrafe wegen fehlender Bewährung vollzogen wird, (eine) im Ergebnis (schuldunangemessene) Geldstrafe und Busse leisten (BSK StGB-Heimgartner, Art. 106 N 42, mit weiteren Hinweisen), woraus zudem eine Ungleichbehandlung gegenüber Tätern mit schlechter Prognose resultiert, die «nur» mit einer (unbedingten) Geldstrafe in gleicher Höhe bestraft werden (Fahrni/Heimgartner, Strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Sanktionen bei Geschwindigkeitsübertretungen nach neuem Recht, Anwaltsrevue 2007/1, S. 11 f.). Der Beschuldigte ist somit zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je Fr. 250.–, bedingt aufgeschoben mit einer Probezeit von zwei Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 2500.– zu verurteilen.

57

Art. 65 Abs. 1 StGB (SR 311.0); Art. 391 Abs. 2 StPO (SR 312.0). Erstmalige Anordnung einer Massnahme im Berufungsverfahren. Die erstmalige Anordnung einer Massnahme im Berufungsverfahren ist zulässig. Das Verbot der reformatio in peius ist nicht massgeblich (E. V. 1. und 2.).

Kantonsgericht, Strafkammer, 3. Dezember 2014

Aus den Erwägungen:

V.

1. Die Vorinstanz sah davon ab, eine stationäre therapeutische oder eine ambulante Massnahme anzuordnen. Der vorinstanzliche Entscheid wurde diesbezüglich von den Parteien nicht angefochten. Erst nach Vorliegen des psychiatrischen Gutachtens im Berufungsverfahren verlangte die Staatsanwaltschaft, die auszufällende Freiheitsstrafe sei zugunsten einer stationären Massnahme aufzuschieben.

2. a) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Massnahmen bei Notwendigkeit anzuordnen. Gesichtspunkte des Grundsatzes des Verbots der reformatio in peius sind nicht massgeblich (BGE 123 IV 1 E. 4.c; BSK StGB-Heer, Art. 56 N 22 ff.; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 391 N 16 ff.; vgl. auch den

Entscheid der Strafkammer vom 19. November 2012, ST.2011.6-SK3, E. IV.5.c, bestätigt in BGer 6B_265/2013 E. 4). Dem Berufungsgericht steht es vorliegend demnach offen, eine Massnahme anzuordnen.

b) Hinzu kommt, dass das Gericht auch angesichts des Eindrucks des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung zur Auffassung kam, dass ein psychiatrisches Gutachten zu erstellen ist. Während die Vorinstanz noch davon ausging, der Beschuldigte sei nicht therapierbar, erwies sich im Berufungsverfahren, dass zu erwarten ist, der vom Beschuldigten ausgehenden Gefahr lasse sich mit einer stationären Behandlung begegnen. Einer solchen Entwicklung des Beschuldigten könnte gemäss Art. 65 Abs. 1 StGB Rechnung getragen werden, wenn die rechtskräftige Verurteilung bereits vorliegen würde; sind bei einer verurteilten Person vor oder während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe oder einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB die Voraussetzungen einer stationären therapeutischen Massnahme gegeben, kann das Gericht diese Massnahme nachträglich anordnen (Art. 65 Abs. 1 StGB; vgl. auch BGer 6B_597/2012 E. 4.7; 6B_440/2014 E. 5.4; Trechsel/Pauen Borer, in Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen, Art. 65 N 2; BSK StGB-Heer, Art. 85 N 5 ff.). Zuständig für einen solchen Entscheid wäre die Strafkammer (Art. 65 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 363 Abs. 1 StPO und Art. 51 Abs. 1 EG-StPO).

Entsprechend muss es der Strafkammer unbesehen des Entscheids der Vorinstanz auch im Berufungsverfahren möglich sein, eine stationäre Massnahme anzuordnen, wenn die Voraussetzungen dafür zwischenzeitlich vorliegen. Die erstmalige Anordnung einer Massnahme im Berufungsverfahren ist auch unter diesem Gesichtspunkt zulässig.

IV. Rechtspflege

1. Verwaltungsrechtspflege

58

Art. 15 VRP (sGS 951.1). Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs hat, wer Anspruch auf Beteiligung am Verfahren hat. Das kantonale Verwaltungsverfahrensrecht regelt nicht ausdrücklich, wer im Verfahren vor Verwaltungsbehörden als Beteiligter zu behandeln ist. Entsprechend der Ausstrahlung der Rechtsmittellegitimation auf das erstinstanzliche Verfahren muss sich am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können, wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist. Der Beschwerdeführer bringt gegen die Einsetzung einer Ersatzverwaltung für die nicht beschlussfähige Baubewilligungsbehörde keine schutzwürdigen Interessen vor. Dementsprechend hat die Vorinstanz ihn zu Recht nicht am Verfahren beteiligt. Deshalb steht auch keine Verletzung eines Anspruchs auf rechtliches Gehör in Frage.

Verwaltungsgericht, 27. November 2015

Unter Abweisung einer gegen das Baugesuch erhobenen Einsprache erteilte die kommunale Baukommission dem amtierenden Präsidenten der Gemeinde eine Baubewilligung. Den vom Einsprecher erhobenen Rekurs wies der Gemeinderat – der Präsident und ein Verwandter des Projektverfassers traten in den Ausstand, die beiden Mitglieder, die in der Baukommission mitgewirkt hatten, stimmten nicht mit – ab. Nachdem das Baudepartement am 11. Februar 2015 auf Rekurs hin festgestellt hatte, der Gemeinderat sei nicht beschlussfähig gewesen, setzte das Departement des Innern auf Ersuchen der Gemeinde hin mit Verfügung vom 12. März 2015 eine Ersatzverwaltung ein. Der Einsprecher im Bauverfahren, der am Verfahren zur Einsetzung der Ersatzverwaltung nicht beteiligt worden war, erhob gegen die Verfügung Beschwerde beim Verwaltungsgericht und machte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1. Das Departement des Innern übt gemäss Art. 156 Ingress und lit. b und Art. 158 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2, GG) in Verbindung mit Art. 16 Ingress und lit. d und Art. 95 Ingress und lit. b des Staatsverwaltungsgesetzes (sGS 140.1, StVG) und Art. 22 Ingress und lit. c des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 141.3, GeschR) die Aufsicht über die Politischen Gemeinden aus (vgl. Staatsverwaltungsgesetz, Botschaft und Entwurf des Regierungsrates vom 9. März 1993, in: ABl 1993 S. 758 ff., S. 796). Es trifft gemäss Art. 159 GG angemessene Massnahmen

zur Wiederherstellung oder Sicherung der gesetzlichen Ordnung (Abs. 1) und kann insbesondere eine Ersatzverwaltung einsetzen, wenn die oberste Verwaltungsbehörde – in der Politischen Gemeinde der Gemeinderat (vgl. Art. 89 Abs. 1 und 3 GG) – im Einzelfall nicht beschlussfähig ist (Abs. 2 Ingress und lit. f Ingress Ziffer 1 GG). Die Vorinstanz war dementsprechend zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 12. März 2015 zuständig. Die Beurteilung der dagegen erhobenen Beschwerde fällt in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP).

Der Beschwerdeführer macht geltend, «als Direktbetroffener» zur Beschwerde legitimiert zu sein. Zur Erhebung der Beschwerde ist gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheides ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Die Beschwerdeberechtigung darf im kantonalen Verfahren nicht enger sein als im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht (vgl. Art. 111 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht; Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110, BGG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zur Beschwerde gemäss Art. 89 Abs. 1 Ingress und lit. a BGG berechtigt, wer rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht seine Parteistellung im Verfahren verneint (vgl. BGer 270/2011 vom 29. August 2011 E. 1 mit Hinweisen). Die vom Beschwerdeführer gerügte Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör ist Folge des Umstandes, dass die Vorinstanz ihn nicht am Verfahren beteiligt hat. Der Beschwerdeführer ist dementsprechend zur Erhebung der Beschwerde befugt. Ob die Rüge zu Recht vorgebracht wird, ist Gegenstand der materiellen Prüfung.

Die Beschwerde gegen die am 16. März 2015 versandte vorinstanzliche Verfügung wurde mit Eingabe vom 25. März 2015 rechtzeitig erhoben und erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör im vorinstanzlichen Verfahren der Einsetzung einer Ersatzverwaltung.

2.1. Art. 15 VRP regelt den Anspruch auf rechtliches Gehör im kantonalen Verwaltungsverfahren. Rechtliches Gehör ist «Personen und Behörden, gegen die sich eine Eingabe richtet» (Abs. 1), und «Betroffenen», die durch eine Verfügung «erheblich belastet» werden (Abs. 2) zu gewähren. Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) haben «die Parteien» Anspruch auf rechtliches Gehör. Wie im Wortlaut von Art. 29 Abs. 2 BV zum Ausdruck kommt, sind die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Rechte direkt mit der Parteistellung verknüpft und damit den Parteien vorbehalten (vgl. BGer 1C_270/2011 vom 29. August 2011 E. 3.6 mit Hinweis auf BGE 130 II 521 E. 2.8). Die kantonale Regelung verwendet zwar zur Umschreibung der Anspruchsberechtigten nicht den Begriff der Partei, geht aber diesbezüglich nicht über das Bundesverfassungsrecht hinaus, zumal Personen und Behörden, gegen die sich eine Eingabe richtet und Betroffene, die durch eine Verfügung erheblich belastet werden, offensichtlich Parteistellung zukommt. Ob dem Beschwerdeführer im Verfahren zur Einsetzung einer

Ersatzverwaltung das rechtliche Gehör zu gewähren war, setzt deshalb voraus, dass er einen Anspruch auf Beteiligung am Verfahren hatte.

2.2.

2.2.1. Das kantonale Verwaltungsverfahrensrecht regelt nicht ausdrücklich, wer im Verfahren vor Verwaltungsbehörden als Beteiligter zu behandeln ist. Im Zusammenhang mit der Regelung des rechtlichen Gehörs bestimmt – wie bereits dargelegt – Art. 15 VRP, dass dieser Anspruch «Personen und Behörden, gegen die sich eine Eingabe richtet» (Abs. 1) sowie «Betroffenen», die durch eine Verfügung «erheblich belastet» werden (Abs. 2), zukommt. Sodann ist gemäss Art. 25 Abs. 1 VRP die Verfügung «den Betroffenen» und «Dritten, deren eigene schutzwürdige Interessen durch die Verfügung berührt werden» zu eröffnen. In der Literatur wird ausgeführt, es seien die vom Rechtsverhältnis unmittelbar erfassten Berechtigten und Verpflichteten (Hauptbeteiligte), die am vorgängigen Verwaltungsverfahren, das auf Erlass der Verfügung zielt, teilnehmen; an diesem Verfahren könnten aber auch Dritte beteiligt sein, deren «unmittelbare Interessen» durch die zwischen den Hauptbeteiligten erzeugten Rechtswirkungen berührt seien (vgl. Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, St. Gallen 1994, S. 20). Angesichts des Wortlautes von Art. 25 Abs. 1 VRP und der dazu in der Literatur vertretenen Auffassung ist davon auszugehen, dass nach st. gallischem Verwaltungsverfahrensrecht Anspruch auf Beteiligung am Verwaltungsverfahren hat, wer durch die zu erlassende Verfügung in eigenen schutzwürdigen Interessen berührt ist. Dies entspricht dem Anspruch, wie er sich entsprechend der Ausstrahlung der Rechtsmittellegitimation auf das erstinstanzliche Verfahren (vgl. dazu Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 265 ff.) aus den bundesrechtlichen Vorgaben zur Einheit des Verfahrens ergibt.

Nach Art. 111 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (SR 173.110, BGG) muss sich am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können, wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist. Soweit einer Person nach Art. 89 Abs. 1 BGG gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen steht, haben die Kantone ihr im Verwaltungsverfahren Parteistellung zu gewähren. Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist nach 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). Die Voraussetzungen von Art. 89 Abs. 1 lit. b und lit. c BGG hängen eng zusammen. Als schutzwürdig gilt jedes praktische oder rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann. Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen einer Gutheissung der Beschwerde oder – anders ausgedrückt – im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen der angefochtene Entscheid mit sich

bringen würde. Das rechtliche oder auch bloss tatsächliche Interesse braucht somit mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Immerhin wird verlangt, dass der Beschwerdeführer durch die Verfügung stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht. Diesem Erfordernis kommt dann eine ganz besondere Bedeutung zu, wenn – wie vorliegend – nicht der Verfügungsadressat im materiellen Sinn, sondern ein Dritter den Entscheid anficht (BGE 136 II 281 E. 2.2 S. 284; 131 V 362 E. 2.1 S. 365 f.; je mit Hinweisen). Ein schutzwürdiges Interesse liegt diesfalls nicht schon dann vor, wenn jemand irgendeine Beziehung zum Streitobjekt zu haben behauptet. Vielmehr muss eine spezifische Beziehungsnähe dargetan sein. Eine bloss mittelbare Betroffenheit genügt nicht (BGE 128 II 211 E. 2.3 S. 217 mit Hinweisen; BGer 1C_270/2011 vom 29. August 2011 E. 3.2). Für die Frage nach dem besonders schutzwürdigen Interesse und mithin nach der Parteistellung sind die konkreten Umstände des Einzelfalls von Bedeutung (BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.4 mit Hinweis auf BGE 123 II 76 E. 5b/bb).

2.2.2. Gemäss Art. 159 GG trifft das zuständige Departement Massnahmen zur Wiederherstellung oder Sicherung der gesetzlichen Ordnung (Abs. 1) und kann dabei unter anderem dann eine Ersatzverwaltung einsetzen, wenn die oberste Verwaltungsbehörde nicht beschlussfähig ist (Abs. 2 Ingress und lit. f). Die Bestimmung ist Teil der allgemeinen Regeln zur Staatsaufsicht über die Gemeinden (Art. 155–161 GG), welche die in Art. 100 der Kantonsverfassung (sGS 111.1, KV) verankerten Grundzüge der Aufsicht des Kantons über die Gemeinden konkretisieren. Die Einsetzung einer Ersatzverwaltung ist dementsprechend eine aufsichtsrechtliche Massnahme. An diesem aufsichtsrechtlichen Verfahren sind neben dem für den Erlass der Verfügung zuständigen Departement einerseits die Politische Gemeinde, für welche eine Ersatzverwaltung zu bestimmen ist, und anderseits jene Politische Gemeinde beziehungsweise jene Personen, welche als Ersatzverwaltung amten sollen, zu beteiligen. Allein diese Politischen Gemeinden und ihre Behörden werden aus der Verfügung, mit welcher eine Ersatzverwaltung eingesetzt wird, berechtigt und verpflichtet. Zu prüfen ist, ob darüber hinaus weitere Personen Anspruch auf eine Beteiligung an diesem Verfahren haben.

Der Beschwerdeführer wird durch die Verfügung, mit welcher die Vorinstanz eine Ersatzverwaltung für den Gemeinderat der Politischen Gemeinde A. eingesetzt hat, weder berechtigt noch verpflichtet noch wurde einem von ihm gestellten dahin gehenden Ersuchen nicht entsprochen; er ist dementsprechend zu Recht nicht primärer Adressat der angefochtenen Verfügung (vgl. Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 407). Als an dem durch die Verfügung begründeten Rechtsverhältnis nicht beteiligter Dritter ist er zur selbständigen Anfechtung in der Sache befugt, wenn er daran, dass das durch eine Verfügung begründete Rechtsverhältnis anders geregelt wird, persönlich und mehr als jedermann interessiert ist. Vorausgesetzt wird, dass eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zum Streitgegenstand besteht (vgl. Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 412). Da die Ersatzverwaltung einzig zum Zweck eingesetzt wurde, über

ein Baugesuch und die dagegen von ihm erhobene Einsprache bzw. seinen Rekurs zu befinden, erscheint der Beschwerdeführer zwar mehr als jedermann an dem durch die Verfügung begründeten Rechtsverhältnis interessiert.

Indessen muss auch das Interesse des Dritten an der Beschwerdeerhebung schutzwürdig im Sinn von Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP sein. Die Zulassung zum Verfahren wird somit von einer bestimmten Interessenqualität abhängig gemacht (vgl. Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 389). Der Begriff des «schutzwürdigen Interesses» hat einen stark wertenden Charakter. Gemeint sind stets Interessen, die es rechtfertigen, geschützt zu werden. Die besondere Beziehungsnähe wird deshalb verneint, wenn der Betroffene durch den angefochtenen Akt keinen persönlichen, unmittelbaren Nachteil erleidet oder er ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse geltend machen kann (BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.1 mit Hinweis unter anderem auf BGE 135 II 172 E. 2.1, 135 II 145 E. 6.1; Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 392).

2.2.3. Die Einsetzung einer Ersatzverwaltung wurde erforderlich, weil der Beschwerdeführer im vorherigen baurechtlichen Rekursverfahren erfolgreich die Beschlussfähigkeit des Gemeinderates der Politischen Gemeinde A. bestritten hatte und das Baudepartement zum Schluss gekommen war, es sei nicht seine Aufgabe, anstelle des Gemeinderates über das gegen die Verfügung der Baukommission erhobene Rechtsmittel zu befinden. Vielmehr hatte es die Politische Gemeinde A. auf die Möglichkeit hingewiesen, bei der zuständigen Aufsichtsbehörde die Einsetzung einer Ersatzverwaltung zu beantragen. Der Rekursentscheid vom 11. Februar 2015 wurde – nach dem Rückzug der dagegen von der Politischen Gemeinde A. und dem Gemeindepräsidenten erhobenen Beschwerden – rechtskräftig. Insbesondere wurde beschwerdeweise nicht geltend gemacht, das kantonale Baudepartement hätte an Stelle des nicht beschlussfähigen Gemeinderates entscheiden müssen.

Bei dieser Ausgangslage kann über das (neue) Baugesuch des Präsidenten der Politischen Gemeinde A. und über die vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Einsprache bzw. seinen Rekurs einzig eine Ersatzverwaltung befinden. Ein schutzwürdiges unmittelbares Interesse an der Anfechtung der Verfügung in der Sache legt der Beschwerdeführer nicht dar. Das allfällige Interesse, dass das Baugesuch des Präsidenten weder von den Behörden der politischen Gemeinde A. noch von einer Ersatzverwaltung behandelt werden kann, erscheint – auch wenn die Beweggründe für das Einlegen eines Rechtsmittels grundsätzlich nicht erheblich sind (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 392) – jedenfalls nicht als schutzwürdig. Der Beschwerdeführer selbst bringt keine sachlichen Gründe dafür vor, weshalb er am vorinstanzlichen Verfahren hätte beteiligt werden müssen. Insbesondere begründet er nicht, weshalb er – ohne widersprüchlich zu argumentieren – einerseits den Gemeinderat der Politischen Gemeinde – zu Recht – als nicht beschlussfähig ansah und im baurechtlichen Rechtsmittelverfahren auch nicht die Auffassung vertrat, das kantonale Baudepartement hätte anstelle des nicht beschlussfähigen Gemeinderates der Politischen Gemeinde A. über Baugesuch und Einsprachen befinden müssen, und anderseits gleichzeitig

die Einsetzung einer Ersatzverwaltung als unzulässig erachtet. Er macht denn auch – zu Recht – keinerlei Ausführungen dazu, wer seiner Auffassung nach über die Baugesuche des Gemeindepräsidenten und die dagegen erhobenen Einsprachen bzw. Rekurse befinden sollte. Schliesslich kann – was auch der Beschwerdeführer in seinen Eingaben nicht vorträgt – nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, es gebe schlicht keine Behörde, welche zur Behandlung des Baugesuches eines Gemeindepräsidenten zuständig sei, zumal auch ein Gemeindepräsident einen aus Art. 29 Abs. 1 BV und dem Verbot der formellen Rechtsverweigerung abgeleiteten verfassungsrechtlichen Anspruch auf die Behandlung seines formgerecht in seiner eigenen Gemeinde eingereichten Baugesuchs hat (vgl. Steinmann, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, N 18 zu Art. 29 BV).

Die angefochtene Verfügung ist für den Beschwerdeführer mit keinem erkennbaren Nachteil verbunden. Vielmehr führt sie dazu, dass über seine Einsprache bzw. seinen Rekurs gegen ein Baugesuch entschieden werden kann. Auch wenn der Beschwerdeführer an der Einsetzung der Ersatzverwaltung für den nicht beschlussfähigen Gemeinderat der Politischen Gemeinde A. nicht beteiligt wird, bleibt sein Anspruch auf Beurteilung seiner Einsprache bzw. seines Rekurses gegen das Baugesuch durch eine unabhängige Behörde, wie er sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ableitet (vgl. BGer 1C_903/2013 vom 10. August 2015 E. 2.1, BGE 140 I 326 E. 6), durchsetzbar. Ist er der Auffassung, Mitglieder der eingesetzten Ersatzverwaltung – vorliegend des Gemeinderates der Politischen Gemeinde B. – seien ihrerseits befangen, kann er diese Rüge im baurechtlichen Verfahren vorbringen.

2.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer zu Recht am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt wurde. Folglich steht auch keine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör in Frage. Die Beschwerde ist dementsprechend abzuweisen.

59

Art. 30ter VRP (sGS 951.1). Selbst bei einer allfälligen konkludenten Zustimmung des Verfahrensgegners zur Wiederherstellung ist zu prüfen, in welchem Mass den Betroffenen ein Verschulden an der Säumnis trifft. Ein Rechtsanwalt, der die Kostenvorschussverfügung zur Bezahlung an seinen Mandanten weiterleitet, lässt die gebotene Sorgfalt vermissen, wenn er sich vor Ablauf der Frist nicht über die Bezahlung des Vorschusses vergewissert. Damit steht der Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses die Verletzung einer elementaren Sorgfaltspflicht des Rechtsvertreters entgegen, die auch mit einer Zustimmung des Verfahrensgegners nicht geheilt werden könnte.

Verwaltungsgericht, 19. Februar 2015

Der Beschwerdeführer hatte beim Sicherheits- und Justizdepartement durch seinen Rechtsvertreter am 20. August 2014 gegen den Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung Beschwerde erhoben. Dieses forderte ihn am 21. August 2014 unter Androhung der Abschreibung des Verfahrens im Säumnisfall auf, bis 12. September 2014 einen Kostenvorschuss von CHF 1000 zu leisten. Nachdem der Kostenvorschuss innert Frist nicht bezahlt worden war, erhielt der Beschwerdeführer Gelegenheit, sich zur vorgesehenen Abschreibung des Rekursverfahrens zu äussern. Am 24. September 2014 zahlte der Rechtsvertreter den Kostenvorschuss bei der Post ein und machte geltend, er habe das Schreiben vom 21. August 2014 samt Rechnung und Einzahlungsschein am folgenden Tag an den Beschwerdeführer weitergeleitet und ihn unter Hinweis auf die Bedeutung der rechtzeitigen Zahlung aufgefordert, den Betrag zu überweisen. Der Beschwerdeführer habe Rechnung und Einzahlungsschein an seine Ex-Ehefrau übergeben und sie mit der fristgerechten Bezahlung des Kostenvorschusses betraut. Das kantonale Migrationsamt überwies dem Sicherheits- und Justizdepartement am 15. Oktober 2014 die Akten mit dem Antrag, der Rekurs sei abzuweisen; zum Gesuch um Wiederherstellung der Frist äusserte es sich nicht. Am 17. November 2014 schrieb das Sicherheits- und Justizdepartement den Rekurs unter Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses ab. Das Verwaltungsgericht heisst die dagegen erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer anerkennt, dass der Kostenvorschuss im Rekursverfahren nach Ablauf der bis 12. September 2014 angesetzten Frist und damit verspätet geleistet wurde. Er macht jedoch geltend, die Vorinstanz hätte die Frist wiederherstellen müssen.

2.1. Gemäss Art. 30ter Abs. 1 VRP kann die Wiederherstellung einer Frist angeordnet werden, wenn der Verfahrensgegner zustimmt. Zur Form der Zustimmung

äussert sich das Gesetz nicht. Insbesondere verlangt zumindest der Wortlaut der Bestimmung keine ausdrückliche Zustimmung. Die Vorinstanz hat das kantonale Migrationsamt am 1. Oktober 2014 ersucht, bis 17. Oktober 2014 die allfällige Zustimmung zum Gesuch mitzuteilen und unter Hinweis auf Art. 17 Abs. 2 VRP angedroht, nach unbenützter Frist werde aufgrund der Akten entschieden. Das kantonale Migrationsamt hat am 15. Oktober 2014 in Kenntnis des begründeten Gesuchs des Beschwerdeführers vom 24. September 2014 um Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses die Abweisung – und nicht die Abschreibung – des Rekurses beantragt. Ob gemäss Art. 30ter Abs. 1 VRP eine konkludente Zustimmung zur Wiederherstellung zulässig ist und ob das Migrationsamt mit diesem Antrag der Vorinstanz eine Behandlung des Rekurses in der Sache nahegelegt und damit einer Wiederherstellung der Frist konkludent zugestimmt hat, kann offen bleiben. Selbst bei einer allfälligen Zustimmung des Verfahrensgegners bleibt nämlich zu prüfen, in welchem Mass den Betroffenen ein Verschulden an der Säumnis trifft (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 1142).

2.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss sich eine Partei Fehler ihrer Vertreter oder Erfüllungsgehilfen, insbesondere ihres Anwalts und dessen als Hilfspersonen tätigen Kanzleiangestellten wie eigene anrechnen lassen (BGer 5G_1/2013 vom 21. März 2013 E. 3.1; 5A_316/2011 vom 6. Mai 2011 E. 3.2; BGE 114 Ib 67 E. 2c, 85 II 46, 78 IV 131 E. 2). Bei der Beurteilung des Verschuldens einer säumigen Partei ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab auszugehen. Dabei sind auch die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, wobei von einem Rechtsanwalt ein grösseres Mass an Sorgfalt erwartet werden kann. Grobes Verschulden ist umso eher anzunehmen, je höher die an die Partei beziehungsweise deren Vertreter gestellte Sorgfaltspflicht zu veranschlagen ist. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht hängen auch von der Wichtigkeit der vorzunehmenden Handlung ab. Nach der vom Bundesgericht bestätigten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung lässt ein Rechtsanwalt, der die Kostenvorschussverfügung zur Bezahlung an seinen Mandanten weiterleitet, die gebotene Sorgfalt vermissen, wenn er sich vor Ablauf der Frist nicht über die Bezahlung des Vorschusses vergewissert (vgl. VerwGE B 2013/113 vom 8. November 2013 E. 2.1.2, www.gerichte.sg.ch; BGer 2C_1212/2013 vom 28. Juli 2014; VerwGE B 2013/98 vom 25. Juni 2013). Damit steht der Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses die Verletzung einer elementaren Sorgfaltspflicht des Rechtsvertreters entgegen, die auch mit einer Zustimmung des Verfahrensgegners nicht geheilt werden könnte.

Ob der Beschwerdeführer die – strenge – Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts (insbesondere VerwGE B 2014/40 vom 14. Mai 2014, www.gerichte.sg.ch) zu Recht mit dem Hinweis beanstandet, sie stütze sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum klar enger als Art. 148 Abs. 1 ZPO gefassten Art. 50 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110, BGG) und zu dessen Vorgängerbestimmung, kann unter diesen Umständen offen bleiben. Zwar trifft zu,

dass insbesondere in der Literatur auch die Auffassung vertreten wird, Fehler einer Hilfsperson seien der Partei oder der Vertretung nur zuzurechnen, wenn sie auf eine ungenügende Instruktion oder Kontrolle der Partei beziehungsweise der Vertretung oder auf mangelhafte Organisation des Betriebs zurückzuführen sind (vgl. Merz, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 10 zu Art. 148 ZPO). In der Literatur wird aber auch ausgeführt, die offene Frage nach der Bedeutung des Verschuldens von Hilfspersonen werde insofern relativiert, als verschiedene Aufgaben wie Fristenwahrung, Arbeitsorganisation usw. zu den nicht delegierbaren Aufgaben eines Rechtsanwalts gehörten und somit auch die Einrede der gehörigen Auswahl, Instruktion und Überwachung nicht greife (vgl. Frei, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 29 zu Art. 148 ZPO).

2.3. An diesem Ergebnis würde sich indessen selbst dann nichts ändern, wenn dem Beschwerdeführer und seinem Rechtsvertreter – wie in der Beschwerde geltend gemacht wird – das Verhalten der Hilfsperson nicht vollumfänglich zuzurechnen wäre. Der Beschwerdeführer entschuldigt sich mit dem Hinweis, die Hilfsperson – seine Ex-Ehefrau – sei sorgfältig ausgewählt, mit dem Schreiben vom 22. August 2014 klar, korrekt und vollständig instruiert sowie überwacht worden.

Dazu ist vorab festzustellen, dass der Rechtsvertreter den Beschwerdeführer – und nicht dessen Ex-Ehefrau – mit der Leistung des Kostenvorschusses betraute. Indem er den Beschwerdeführer mit dem Schreiben vom 22. August 2014 über die Bedeutung der rechtzeitigen Zahlung des Kostenvorschusses ins Bild gesetzt hat, hat er ihn zwar ausreichend instruiert. Jedoch hat er – soweit der Beschwerdeführer als Hilfsperson des Rechtsvertreters betrachtet werden kann – es unterlassen, diesen auch ausreichend sorgfältig zu überwachen, indem er sich rechtzeitig vergewissert hätte, dass der Kostenvorschuss auch tatsächlich geleistet wurde. Aus der Kopie des Briefes vom 22. August 2014 geht nicht hervor, dass er mit eingeschriebener Post zugestellt wurde. Sollte der Brief nicht eingeschrieben versandt worden sein, war dem Rechtsvertreter auch nicht bekannt, ob der Beschwerdeführer den Brief tatsächlich erhalten hat. Der Rechtsvertreter macht auch nicht geltend, er habe sich beim Beschwerdeführer danach erkundigt. Eine Überwachung der Einhaltung der Frist wäre zudem deshalb angezeigt gewesen, weil der verschuldete Beschwerdeführer dem Rechtsvertreter als unzuverlässiger Zahler bekannt sein musste. Der Rechtsvertreter macht sodann nicht geltend, er habe – als er dem Beschwerdeführer am 22. August 2014 Rechnung und Einzahlungsschein zustellte – gewusst, dass dieser die Leistung des Kostenvorschusses seiner Ex-Ehefrau, die ihm als zuverlässig bekannt gewesen sei, überlassen werde. Abgesehen davon wird in der Beschwerde die Behauptung, die Ex-Ehefrau habe auch nach der Scheidung vom Beschwerdeführer für diesen regelmässig Zahlungen ohne Beanstandungen ausgeführt, nicht – beispielsweise mit einer entsprechenden Bestätigung durch die Ex-Ehefrau – belegt. Ebensowenig werden die Umstände geschildert, welche dazu führten, dass die Ex-Ehefrau den Kostenvorschuss nicht fristgerecht bezahlte. Damit hat der Rechtsvertreter selbst

seine Auffassung einer beschränkten Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen nicht ausreichend belegt.

2.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Verschulden des Rechtsvertreters an der Säumnis schwer wiegt und deshalb auch eine allfällige – konkludente – Zustimmung des Migrationsamtes eine Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses nicht zulassen würde. Dementsprechend erweist sich der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 17. November 2014 im Ergebnis als richtig. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

60

Art. 36 Abs. 2 VRP (sGS 951.1). Der Rechtsvertreter, an den eine 55-seitige Beschwerdeeingabe wegen Weitschweifigkeit zurückgewiesen wurde, kommt der Verpflichtung zur Kürzung nicht nach, wenn die neue Eingabe zwar noch 25 Seiten umfasst, jedoch das Layout hinsichtlich Schrifttyp, Schriftgrösse, Zeilenabständen und Seitenrändern so verändert wurde, dass lediglich der Platzbedarf, nicht aber der Umfang reduziert wurde.

Verwaltungsgericht, 23. Januar 2015
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 2C_204/2015 vom 21. Juli 2015)

Die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen büsste Rechtsanwalt X. wegen mehrfachen Verstosses gegen Berufsregeln mit CHF 1000. Die von ihm gegen den elfseitigen Entscheid erhobene Beschwerde umfasste 55 Seiten und enthielt zudem ein Begehren um Ansetzung einer Nachfrist zur Beschwerdeergänzung. Der Präsident des Verwaltungsgerichts wies die Eingabe unter Androhung der Nichtbehandlung im Säumnisfall als weitschweifig zur Ergänzung und Kürzung auf rund 25 Seiten zurück. Der Beschwerdeführer protestierte gegen die Zurückweisung und reichte innert erstreckter Frist die ergänzte Beschwerde erneut ein. Sie umfasst 25 Seiten in einem von der ursprünglichen Eingabe hinsichtlich Schrifttyp, Schriftgrösse, Zeilenabstand und Seitenrändern abweichenden Erscheinungsbild. Der Präsident des Verwaltungsgerichts trat mit Entscheid vom 14. Oktober 2014 auf die Beschwerde nicht ein und auferlegte dem Beschwerdeführer die amtlichen Kosten von CHF 1000. In der Begründung stellte er fest, die ursprüngliche 55-seitige Eingabe vom 4. Juni 2014 sei zu Recht als weitschweifig zur Verbesserung zurückgewiesen worden. Die in einem anderen Layout erstellte 25-seitige Eingabe vom 18. September 2014 hätte bei unveränderter Gestaltung nicht weniger, sondern mehr, nämlich rund 60 Seiten, umfasst. Es liege deshalb weiterhin ein unzulässiges Rechtsmittel vor. Der Beschwerdeführer verlangte mit einfacher schriftlicher Erklärung vom 28. Oktober

2014 einen Entscheid des Gerichts. Mit separater Eingabe vom gleichen Tag nahm er zudem Stellung zur Begründung des Nichteintretensentscheides vom 14. Oktober 2014. Das Verwaltungsgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1. Das Verwaltungsgericht ist zur Behandlung von Beschwerden gegen Disziplinarverfügungen der Anwaltskammer zuständig (Art. 6 Abs. 2 des Anwaltsgesetzes; sGS 963.70, AnwG). Der Beschwerdeführer ist Adressat des angefochtenen Entscheides, mit welchem ihn die Vorinstanz wegen mehrfachen Verstosses gegen die Berufsregeln mit CHF 1000 büsste, und deshalb zur Erhebung des Rechtsmittels befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 4. Juni 2014 rechtzeitig erhoben (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 VRP). Sie genügt ebenso wie die ergänzte und verbesserte Eingabe vom 18. September 2014 in formeller und inhaltlicher Hinsicht – allerdings nur auf den ersten Blick – den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP; vgl. auch VerwGE B 2003/16 vom 24. April 2003 E. 1b).

2. Der Entscheid vom 14. Oktober 2014, mit welchem der Präsident des Verwaltungsgerichts gestützt auf Art. 39bis Abs. 1 Ingress und lit. b VRP auf die Beschwerde vom 4. Juni/18. September 2014 nicht eintrat, fiel mit der einfachen schriftlichen Erklärung des Beschwerdeführers vom 28. Oktober 2014, mit welcher er einen Entscheid des Gerichts verlangte, ohne weiteres dahin (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 1049).

3. Gemäss Art. 36 VRP sind Begehren und Begründung auf das Wesentliche zu beschränken (Abs. 1); der Gerichtspräsident kann weitschweifige Eingaben zurückweisen und Nichtbehandlung androhen für den Fall, dass die Mängel nicht innert gesetzter Frist behoben werden (Abs. 2). Die Bestimmung übernahm die Regelung von Art. 71 des Gerichtsgesetzes (sGS 941.1, GerG), der mit dem am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (sGS 961.2, EG ZPO; SR 272, ZPO) aufgehoben wurde. Gemäss Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO sind weitschweifige Eingaben innert gerichtlicher Nachfrist zu verbessern. Ob eine Eingabe weitschweifig ist und den Gang der Rechtspflege behindert, beurteilt sich nach dem Umfang des angefochtenen Entscheides, früheren oder gegnerischen Rechtsschriften und der inhaltlichen Abschweifung vom Prozessthema. Als weitschweifig erscheinen beispielsweise langatmige Ausführungen und Wiederholungen betreffend Tat- und Rechtsfragen, die zur Wahrung eines Anspruchs nicht erforderlich sind oder sich in keiner Weise auf das Prozessthema beziehen (Kramer/Kubat ERK, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 10 zu Art. 132 ZPO). Unangebrachte Weitschweifigkeit darf nur angenommen werden, wenn eine Partei sich über einzelne Fragen in langatmigen Ausführungen und ständigen Wiederholungen ergeht, nicht aber, wenn sie vor dem Richter Tatsachenmaterial ausbreitet, dessen Vorlegung sie in guten Treuen für nötig hält. Dabei ist bei der Annahme von Weitschweifigkeit im Zweifelsfall Zurückhaltung geboten; wird

vorschnell auf Weitschweifigkeit erkannt, kann darin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegen. Zurückhaltung ist auch deshalb angebracht, weil sich das Gericht nicht mit jedem und sämtlichen Vorbringen befassen muss, sondern sich mit der Behandlung der relevanten Streitpunkte und Fragen begnügen kann (Gschwend/Bornatico, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 29 zu Art. 132 ZPO).

Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz betrifft eine disziplinarische Busse von CHF 1000, welche die Anwaltskammer dem Beschwerdeführer wegen Verletzung der Berufsregeln gemäss Art. 12 Ingress und lit. a des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61, BGFA) auferlegte. In der Sache ging die Vorinstanz im Wesentlichen davon aus, der Beschwerdeführer habe einen Mandanten in einem Strafverfahren wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln beraten und – nachdem er am 26. Juli 2013 Beschwerde bei der Anklagekammer erhoben und ein Gesuch um amtliche Verteidigung gestellt hatte – von diesem am 27. Juli 2013 Kostenvorschüsse für dieses Verfahren von insgesamt CHF 750 erhoben und mit Überweisungen vom 2. und 26. August 2013 auch erhalten. Am 15. Oktober 2013 habe er auch für das Verfahren vor Bundesgericht, wo er ebenfalls um amtliche Verteidigung ersucht hatte, einen Kostenvorschuss von CHF 1500 erhoben. In der rechtlichen Beurteilung war für die Vorinstanz unerheblich, dass sich der Beschwerdeführer verpflichtet hatte, die bezahlten Vorschüsse nach Gewährung der amtlichen Verteidigung zurückzuzahlen. Vielmehr wäre er zur Offenlegung gegenüber dem Gericht verpflichtet gewesen, damit die allfällige staatliche Leistung entsprechend hätte reduziert werden können. Dass der Beschwerdeführer die Prozesse «um jeden Preis» führte, obwohl er selbst den Mandanten mehrfach auf deren Aussichtslosigkeit hingewiesen hatte, bezeichnete die Vorinstanz als «äusserst fragwürdig». Bei der Bemessung der Busse ging sie von einem erheblichen mehrfachen Verstoss gegen die Berufsregeln aus, hielt dem Beschwerdeführer jedoch den ungetrübten anwaltlichen Leumund und seine Bereitschaft, sich im Fall der Feststellung eines Verstosses zu entschuldigen und ein entsprechendes Vorgehen künftig nicht mehr zu praktizieren, zugute.

Auf diese insgesamt elfseitige Verfügung reagierte der Beschwerdeführer mit einer 55-seitigen Beschwerdeeingabe vom 4. Juni 2014, in welcher er zudem um Ansetzung einer Nachfrist zur Ergänzung der Begründung ersuchte, an das Verwaltungsgericht. Das Rechtsbegehren umfasste neben dem Hauptantrag einen fünf Alinea umfassenden Eventualantrag, von denen vier Alinea im Subeventualantrag wörtlich wiederholt und drei davon mit einem «Eventualantrag» ergänzt wurden sowie zwei Anträge zu den Kostenfolgen. Zusammengefasst machte der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, weil das Disziplinarverfahren nicht wegen des als Regelverstoss beurteilten Verhaltens eröffnet worden sei. Hinsichtlich aller durch die Vorinstanz erhobenen Vorwürfe habe keine Verletzung von Berufsregeln festgestellt werden können. Diesbezüglich hätte das Disziplinarverfahren eingestellt werden müssen. Die Vorinstanz habe nicht

rechtsgenüglich abgeklärt, von wem er wofür einen Kostenvorschuss erhoben habe. Die Kostenvorschüsse von CHF 550 und von CHF 200 seien am 2. beziehungsweise am 26. August 2013 von der Treuhänderin des Mandanten für prozessfremden Aufwand bezahlt worden. Auf den am 15. Oktober 2013 für die persönliche Betreuung und vorprozessuale Bemühungen erhobenen Kostenvorschuss von CHF 1500 habe er verzichtet, nachdem er vom Betreibungsregisterauszug und der Anmeldung des Mandanten beim Sozialamt Kenntnis erhalten habe. Schliesslich bestehe kein klares Verbot für die Einforderung eines Kostenvorschusses. Es liege weder eine schuldhafte Verletzung einer Berufspflicht noch ein «grobes, schuldhaftes Verhalten» vor. Da die amtliche Verteidigung nicht gewährt worden sei, sei niemand geschädigt worden. Sodann befasst sich die Eingabe ausführlich mit Berufsregeln (Art. 12 Ingress und lit. g BGFA und Art. 11bis der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75), welche der Beschwerdeführer nach den Feststellungen in der angefochtenen Verfügung indessen gar nicht verletzt hat. Er bestreitet sodann die Pflicht zur Offenlegung von Kostenvorschüssen gegenüber der Vorinstanz und dem Bundesgericht. Schliesslich beanstandet er die Bussenhöhe und die Entscheidgebühr.

Eine konzise Begründung dieser Rügen ist auf deutlich weniger als 55 Seiten möglich. Der Umfang der Eingabe geht weniger auf die Vielfalt der geltend gemachten Rechtsverletzungen als vielmehr auf die redundante Verwendung von Argumenten und die Wiederholung von Sachverhaltselementen und der Rechtsauffassung der Vorinstanz und seiner eigenen Auffassung zurück. Zudem befasst sie sich unnötigerweise auch mit Verstössen, welche ihm schliesslich nicht angelastet wurden. Es lag dementsprechend im Ermessen des Präsidenten des Verwaltungsgerichts, die Eingabe vom 4. Juni 2014 als weitschweifig zur Kürzung an den Beschwerdeführer zurückzuweisen. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer die verfahrensleitende Verfügung vom 13. Juni 2014 rechtskräftig werden lassen.

4. Die ergänzte und verbesserte Eingabe vom 18. September 2014 umfasst 25 Seiten in einem von der ursprünglichen Eingabe hinsichtlich Schrifttyp, Schriftgrösse, Zeilenabstand und Seitenrändern abweichenden Erscheinungsbild. Der Beschwerdeführer hat eine Schrift gewählt, welche wesentlich weniger Raum beansprucht. Wenn in der früheren Gestaltung eine Seite maximal 30 Zeilen umfasste (beispielsweise Seite 24), sind es im neuen Erscheinungsbild 58 Zeilen (beispielsweise Seite 14). Zusammen mit der Reduktion der Seitenränder auf ein Minimum führt das neue Layout dazu, dass eine voll beschriebene Seite nicht mehr 283 (Seite 24), sondern 691 Wörter, das heisst das knapp zweieinhalbfache, beinhaltet (Seite 14). Der Beschwerdeführer hat damit die 55-seitige weitschweifige Eingabe nicht gekürzt, sondern – bei gleicher Gestaltung – eher ausgeweitet. Die Beschwerde ist damit im Wesentlichen bloss etwas enger und kleiner geschrieben, weshalb weiterhin ein unzulässiges Rechtsmittel vorliegt (vgl. BGer 8C_474/2013 vom 25. Juli 2013).

Die Erläuterungen des Beschwerdeführers zur einfachen schriftlichen Erklärung vom 28. Oktober 2014 ändern an dieser Beurteilung nichts. Vorab wird ihm nicht – wie er umständlich und sich wiederholend ausführt – die abweichende typogra-

fische Gestaltung der verbesserten Eingabe vom 18. September 2014 «verboten» (Ziffern 3, 8, 11, 14 und 15), sondern aus einem Vergleich des Platzbedarfes der beiden Layouts geschlossen, dass die zur Verbesserung zurückgewiesene Eingabe vom 4. Juni 2014 im Umfang nicht gekürzt wurde. Dazu dienten die Vergleiche des zeilen- und wortmässigen Umfangs einer vollbeschriebenen Seite im früheren und im neuen Layout (Erwägung 3). Bei einem Vergleich des Umfangs der beiden Eingaben ist zudem zu berücksichtigen, dass in der verbesserten Eingabe vom 18. September 2014 zahlreiche Abkürzungen verwendet werden (lit. B/3). Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerde sei erheblich gekürzt worden. Ein Vergleich zeigt, dass die Eingabe inhaltlich überarbeitet und – mit einem über rund zwei Seiten begründeten Antrag auf mündliche Verhandlung – ergänzt wurde. Dass der Beschwerdeführer seine Ausführungen gestrafft hat, mag insoweit zutreffen, als die Darstellung des Sachverhalts verkürzt und umständliche Formulierungen vereinfacht wurden. Dies ändert allerdings nichts daran, dass sie im Umfang – wenn überhaupt – nur unwesentlich kürzer geworden ist. Eine kursorische inhaltliche Prüfung ergibt, dass sich der Beschwerdeführer nach wie vor weitschweifig und sich wiederholend insbesondere mit dem Zweck des am 27. Juli 2013 bei seinem Mandanten erhobenen Kostenvorschusses von CHF 750 befasst (lit. C/III Ziffer 1 bis 6.2). Ebenso erweisen sich die Ausführungen zur Erhebung eines Kostenvorschusses von CHF 1500 bei seinem Mandanten am 15. Oktober 2013 redundant (lit. C/IV). Die Ausführungen zur Zahlung des am 27. Juli 2013 erhobenen Kostenvorschusses wiederholen frühere Ausführungen zu dessen Erhebung (lit. C/V). Im Zusammenhang mit der Frage der Pflicht zur Offenlegung der Kostenvorschüsse kommt der Beschwerdeführer auf die angeblichen Zwecke der Kostenvorschüsse zurück (lit. C/VI Ziffer 2.2). Im Weiteren befasst sich die Eingabe mit Art. 12 Ingress und lit. g BGFA, dessen Verletzung dem Beschwerdeführer indessen nicht vorgeworfen wurde (lit. C/VII). Wenn im Entscheid des Präsidenten des Verwaltungsgerichts vom 14. Oktober 2014 die inhaltliche Darstellung der Eingabe mit der Wendung «im Wesentlichen» eingeleitet wird (Erwägung 2 Absatz 3), kommt damit zum Ausdruck, dass eine Zusammenfassung folgt, und nicht, dass den nachfolgenden Sätzen, die auch mit Strichpunkt hätten abgetrennt werden können, keine oder weniger Bedeutung zukomme. Da die Frage der Weitschweifigkeit einer Eingabe von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt, kann der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass in einem anderen Verfahren (B 2014/15) eine von 84 auf 56 Seiten in unverändertem Layout gekürzte Beschwerde zugelassen wurde, nicht ableiten, im vorliegenden Verfahren müsse seine Eingabe vom 18. September 2014 behandelt werden. Im Übrigen ist das die einfache schriftliche Erklärung ergänzende zusätzliche Schreiben vom 28. Oktober 2014 seinerseits ein Beispiel für den ausufernden Stil der Eingaben des Beschwerdeführers.

5. Zusammenfassend gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass der Beschwerdeführer die Weitschweifigkeit seiner Eingabe vom 4. Juni 2014 mit der ergänzten Eingabe vom 18. September 2014 nicht behoben hat. Es ist deshalb ge-

rechtfertigt, wie dies als Säumnisfolge angedroht wurde, auf die Beschwerde nicht einzutreten und die gestellten Begehren nicht zu behandeln.

61

Art. 42 Abs. 1 lit. b^{ter} und Art. 47 Abs. 1 VRP (sGS 951.1); Art. 11bis Abs. 1 und 3 EG-KVG (sGS 331.11). Rechtsmittel gegen Einspracheentscheide betreffend Prämienverbilligung ist der Rekurs, der innerhalb einer Frist von 14 Tagen zu erheben ist. Falsche Rechtsmittelbelehrung durch die Ausgleichskasse der SVA St. Gallen.

Verwirkung des Anspruchs auf Prämienverbilligung für das Jahr 2015 infolge versäumter Anmeldefrist. Bestehen eines Grundes für die Wiederherstellung der verpassten Frist verneint.

Versicherungsgericht, 15. Dezember 2015 (KV-SG 2015/12

62

Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1); Art. 5 Abs. 3 BV (SR 101). Eine Verfügung, welche nicht dem Vertreter des Adressaten eröffnet wurde, ist nicht nichtig. Nach Treu und Glauben muss der Vertreter, nachdem er von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, ein Rechtsmittel ergreifen und darf sich nicht darauf beschränken, eine neue, die Rechtsmittelfrist auslösende Eröffnung an ihn zu verlangen.

Verwaltungsgericht, 23. Januar 2015

X. verpflichtete sich am 21. Januar 2011, sämtliche ungedeckten Kosten für den Lebensunterhalt einschliesslich Unfall, Krankheit und Rückreise, die den zuständigen Behörden des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden sowie privaten Erbringern von medizinischen Dienstleistungen durch den Aufenthalt seines Vaters in der Schweiz entstehen, bis zu einem Betrag von CHF 30 000 zu übernehmen. Während seines Aufenthalts erkrankte der Vater am 11. Februar 2011. Für seine Hospitalisation entstanden Kosten von CHF 32 755 im Kantonsspital St. Gallen und von etwas mehr als CHF 19 000 in der Geriatrischen Klinik St. Gallen. Hinzu kamen Kosten von

CHF 7500 für den Rücktransport in den Kosovo. X. betraute am 15. März 2011 A. mit der Interessenwahrung in diesem Krankheitsfall. Am 4. April 2011 wurde das Vertretungsverhältnis dem Kantonsspital St. Gallen angezeigt.

Das Kantonsspital St. Gallen verpflichtete X. am 13. September 2011 zur Zahlung von CHF 22 755 (CHF 32 755 abzüglich Teilzahlung von CHF 10 000). Die Verfügung wurde X. und nicht seinem Vertreter zugestellt. Für diese Forderung erteilte der Einzelrichter des Kreisgerichts St. Gallen – nachdem er dem Vertreter am 21. November 2011 das rechtliche Gehör gewährt und dieser am 23. Dezember 2011 Stellung genommen hatte – am 27. Januar 2012 im Betreibungsverfahren die definitive Rechtsöffnung. Die dagegen erhobene Beschwerde wies der Einzelrichter des Kantonsgerichts St. Gallen am 11. Mai 2012 ab mit der Begründung, der Vertreter sei spätestens am 15. Dezember 2011 in den Besitz der mangelhaft eröffneten Verfügung gelangt und in der Lage gewesen, Rekurs zu erheben. Am 23. Dezember 2011 beim Gläubiger die formell richtige Eröffnung der Verfügung zu verlangen, habe nicht genügt.

Zum Begehren des Vertreters von X. vom 23. Dezember 2011, ihm die Verfügung vom 13. September 2011 rechtsgenüglich zu eröffnen, hielt der Rechtsdienst des Kantonsspitals St. Gallen am 9. Januar 2012 fest, es bestehe kein Anspruch auf Erlass einer neuen Verfügung. Am 12. März 2012 ersuchte der Vertreter, «die Nichteröffnung einer neuen Kostenverfügung ... an den unterzeichneten bevollmächtigten Rechtsvertreter ordnungsgemäss zu verfügen». Mit Hinweis auf das beim Kantonsgericht hängige Beschwerdeverfahren in der Rechtsöffnungssache erachtete der Rechtsdienst das Gesuch am 19. März 2012 als hinfällig und retournierte es.

Am 12. Juli 2012 rügte der Vertreter von X. bei der Geschäftsleitung des Kantonsspitals St. Gallen Rechtsverzögerung durch den Rechtsdienst. Dieser sei anzuweisen, das Gesuch vom 12. März 2012 unverzüglich zu beantworten. Der Verwaltungsrat der Spitalverbunde des Kantons St. Gallen, an den die Eingabe am 17. Juli 2012 zuständigkeitshalber weitergeleitet worden war, trat auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde am 26. September 2012 nicht ein. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, eine mangelhafte Eröffnung führe nicht zwingend zur Nichtigkeit der Verfügung. Sie müsse nicht in jedem Fall nochmals zugestellt werden. Vielmehr müsse «die Rechtsmittelfrist gewahrt bleiben». Der Vertreter habe im Rechtsöffnungsverfahren bereits am 21. November 2011 Kenntnis von der Verfügung gehabt und die Möglichkeit, das ordentliche Rechtsmittel des Rekurses zu ergreifen, ungenutzt verstreichen lassen. Das – stellvertretend für das Gesundheitsdepartement handelnde – Bildungsdepartement (vgl. VerwGE B 2012/219 vom 22. Mai 2013, www.gerichte.sg.ch) hob am 4. November 2013 den Nichteintretensentscheid des Verwaltungsrats der Spitalverbunde vom 26. September 2012 auf mit der Begründung, nur mit dem Erlass einer Verfügung wäre es X. möglich gewesen, die Eröffnung der Verfügung vom 13. September 2011 in einem ordentlichen Rechtsmittelverfahren überprüfen zu lassen. Es entschied reformatorisch, die Rechtsverweigerungsbeschwerde sei unbegründet und abzuweisen, da die Verfügung vom 13. September 2011 mit der Übergabe an den Vertreter diesem als zugestellt gelte und die Rechtsmittelfrist ab diesem Zeitpunkt

zu laufen begonnen habe. Mangels Anfechtung sei diese in Rechtskraft erwachsen, womit kein Anspruch auf eine erneute Eröffnung bestehe. Das Verwaltungsgericht weist die von X. dagegen erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1. Der Rechtsdienst des Beschwerdegegners weigerte sich am 9. Januar 2012, die Kostenverfügung vom 13. September 2011 nachträglich auch dem Vertreter zu eröffnen. Auch das Gesuch vom 12. März 2012 um eine anfechtbare Feststellung, dass ein solcher Anspruch nicht besteht, behandelte er nicht. Deswegen erhob der Beschwerdeführer am 12. Juli 2012 eine Rechtsverweigerungsbeschwerde, auf welche der Verwaltungsrat der Spitalverbunde des Kantons St. Gallen am 26. September 2012 nicht eintrat. Die Vorinstanz hiess den dagegen erhobenen Rekurs am 4. November 2013 teilweise gut. Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der gegen diesen Rekursentscheid erhobenen Beschwerde zuständig (Art. 89 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Entscheides, mit welchem der Nichteintretensentscheid vom 26. September 2012 zwar aufgehoben, nicht aber eine Rechtsverweigerung festgestellt wurde, zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 92 in Verbindung mit Art. 64 und Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 19. November 2013 rechtzeitig erhoben und erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 92 in Verbindung mit Art. 64 und Art. 47 Abs. 1 sowie Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist dementsprechend einzutreten.

2. Die Vorinstanz hat den Rekurs des Beschwerdeführers teilweise gutgeheissen mit der Begründung, der Verwaltungsrat der Spitalverbunde des Kantons St. Gallen hätte auf die Rechtsverzögerungsbeschwerde eintreten müssen. Entgegen dem Begehren vom 12. März 2012 sei bisher keine anfechtbare Verfügung ergangen, mit welcher festgestellt worden sei, der Beschwerdeführer habe keinen Anspruch auf eine – zusätzliche – erst Rechtswirkungen auslösende förmliche Eröffnung der Kostenverfügung vom 13. September 2011 gegenüber dem Vertreter. Der Verwaltungsrat der Spitalverbunde des Kantons St. Gallen hätte dementsprechend die Rechtsverweigerungsbeschwerde in der Sache behandeln müssen. Die Vorinstanz hat aber aus prozessökonomischen Gründen auf eine Rückweisung verzichtet. Sie ist zum Schluss gekommen, die Rechtsverweigerungsbeschwerde hätte mangels Anspruchs auf eine erneute Eröffnung der Kostenverfügung abgewiesen werden müssen.

3. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben, der Sachverhalt richtig und vollständig festzustellen und – sinngemäss – der Beschwerdegegner anzuweisen, eine anfechtbare Verfügung über den Anspruch auf ordnungsgemässe Eröffnung der Kostenverfügung vom 13. September 2011 an seinen Vertreter zu erlassen.

3.1. Sowohl der Verwaltungsrat der Spitalverbunde des Kantons St. Gallen als auch die Vorinstanz haben die Frage, ob dem Beschwerdeführer ein solcher Anspruch zukommt, wenn auch nicht im – gegen eine solche Verfügung offen stehenden – or-

dentlichen Rechtsmittelverfahren, so doch über den Weg der Rechtsverweigerungsbeschwerde, inhaltlich geprüft und verneint. Das Begehren des Beschwerdeführers kann lediglich dahin gehend verstanden werden, es sei festzustellen, dass die Verfügung vom 13. September 2011 erst nach der Eröffnung an den Vertreter Rechtswirkungen, insbesondere den Lauf der Rechtsmittelfrist und allenfalls die Vollstreckbarkeit auslöse, und deshalb formell korrekt noch dem Vertreter zu eröffnen sei.

3.2. Indem die Verfügung vom 13. September 2011 dem Beschwerdeführer und nicht seinem Vertreter zugestellt wurde, wurde sie unbestrittenermassen mangelhaft eröffnet. Nach der Rechtsprechung ist jedoch nicht jede mangelhafte Eröffnung schlechthin nichtig mit der Konsequenz, dass die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen beginnen könnte. Aus dem Grundsatz, dass den Parteien aus mangelhafter Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen, folgt vielmehr, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht. Das bedeutet nichts anderes, als dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen ist, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. Richtschnur für die Beurteilung dieser Frage ist der auch in diesem prozessualen Bereich geltende Grundsatz von Treu und Glauben, an welchem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet (BGer 9C_791/2010 vom 10. November 2010 E. 2.2 mit zahlreichen Hinweisen).

Der Vertreter erhielt am 15. Dezember 2011, spätestens aber am 23. Dezember 2011 Kenntnis von der Verfügung des Beschwerdegegners vom 13. September 2011, mit welcher sein Mandant zur Bezahlung von Kosten über CHF 32 755 verpflichtet wurde. Er ging davon aus, die Rechtsmittelfrist beginne erst mit der ordentlichen Eröffnung an ihn zu laufen und hat deshalb am 23. Dezember 2011 kein Rechtsmittel ergriffen, sondern die korrekte Eröffnung beantragt. Am 9. Januar 2012 gab ihm der Rechtsdienst des Beschwerdegegners bekannt, seiner Auffassung nach bestehe kein solcher Anspruch. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hätte der Vertreter des Beschwerdeführers zumindest ab diesem Zeitpunkt davon ausgehen müssen, dass seine Auffassung zum Eintritt der Rechtswirkungen der mangelhaft eröffneten Verfügung und damit auch zum Beginn der Rechtsmittelfrist möglicherweise nicht zutrifft.

Dies gilt umso mehr, als die vom Rechtsdienst des Beschwerdegegners vertretene Auffassung auch mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmt. Danach führt die Eröffnung nur an die betroffene Person und nicht – auch – an ihren Rechtsvertreter nicht zur Nichtigkeit der Verfügung (vgl. BGer 9C_741/2012 vom 12. Dezember 2012 E. 2 mit Hinweisen). Vielmehr kann auch die fehlerhaft eröffnete Verfügung rechtsbeständig werden, wenn sie nicht innert vernünftiger Frist seit jenem Zeitpunkt in Frage gestellt wird, da der Adressat Kenntnis vom Verfügungsinhalt hat. Wird eine Verfügung trotz eines bestehenden, der Verwaltung bekannten Vertretungsverhältnisses nicht dem Rechtsvertreter, sondern der betroffenen Person selbst zugestellt, ist diese auf Grund der sie treffenden Sorgfaltspflicht in der Regel

gehalten, spätestens am letzten Tag der in der Verfügung genannten Beschwerdefrist an ihren Vertreter zu gelangen. Eine anschliessende Beschwerde gilt als rechtzeitig eingereicht, wenn sie innerhalb einer – in den fraglichen Rechtsgebieten geltenden – dreissigtägigen Rechtsmittelfrist, welche ab diesem Datum (letzter Tag der Frist gemäss Verfügung) läuft, erhoben wird (vgl. beispielsweise BGE 102 Ib 91; BGer I 598/01 vom 6. August 2002 E. 2.2; I 565/02 vom 6. Mai 2003 E. 3.1). Gelangt der Vertreter allerdings vor Ablauf der Beschwerdefrist, innert welcher sich der Vertretene an den Vertreter wenden müsste, in den Besitz der Verfügung oder des Entscheides, beginnt die Rechtsmittelfrist bereits in diesem Zeitpunkt zu laufen (BGer C 379/00 vom 28. Mai 2002 E. 1b; vgl. auch BGE 99 V 177 E. 3). Erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt eine zweite Verfügungszustellung an den Rechtsvertreter, vermag dies keine neue Beschwerdefrist auszulösen (BGE 118 V 190).

3.3. Hätte der Vertreter des Beschwerdeführers also – im Hinblick auf das laufende Rechtsöffnungsverfahren – den Eintritt der Rechtskraft der Kostenverfügung vom 13. September 2011 verhindern oder hinauszögern wollen, wäre er zur Wahrung der Rechte des Beschwerdeführers unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der für Private gleichermassen wie für staatliche Organe gilt (vgl. Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101, BV) gehalten gewesen, innert nützlicher Frist ein Rechtsmittel einzulegen. Nachdem der Beschwerdeführer im Rechtsöffnungsverfahren am 21. November 2011 Kenntnis von der Kostenverfügung vom 13. September 2011 erhalten hatte und ihm zudem am 6. Januar 2012 beschieden worden war, es bestehe kein Anspruch auf Erlass einer neuen Verfügung, hätte er sich nicht darauf beschränken dürfen, mit der Eingabe vom 12. März 2012 einzig daran festzuhalten, es sei mit anfechtbarer Verfügung festzustellen, dass kein Anspruch auf nachträgliche und Rechtswirkungen, insbesondere die Rechtsmittelfrist auslösende Eröffnung an ihn bestehe. Abgesehen davon fragt sich mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, ob die Erhebung eines Rechtsmittels nicht bereits im Rechtsöffnungsverfahren verspätet gewesen wäre, weil der Beschwerdeführer sich bei seinem untätig gebliebenen Rechtsvertreter nach dem Stand des Verfahrens hätte erkundigen und der Rechtsvertreter daraufhin innert einer Frist von 14 Tagen ein Rechtsmittel hätte ergreifen müssen. Nicht von Belang ist jedenfalls, ob der Vertreter – was er bestreitet – das Schreiben vom 19. März 2012, mit welchem ihm der Rechtsdienst des Beschwerdegegners das förmliche Gesuch vom 12. März 2012 retournierte, erhalten hat.

Der Vertreter des Beschwerdeführers macht geltend, die ihm im Rechtsöffnungsverfahren am 15. Dezember 2011 übergebenen Akten und Unterlagen seien bei weitem nicht vollständig und der Beschwerdeführer ferienhalber nicht mehr erreichbar gewesen, so dass er die Notwendigkeit, ein Rechtsmittel zu ergreifen, gar nicht habe beurteilen können. Rechtssicherheit und Prozessökonomie hätten deshalb geboten, zunächst die ordnungsgemässe Eröffnung der Kostenverfügung vom 13. September 2011 zu verlangen. Indessen nahm der Vertreter auch im Zwangsvollstreckungsverfahren, in welchem das Kantonsspital das Begehren vom 17. Oktober 2011 um

Erteilung der Rechtsöffnung auf ebendiese Kostenverfügung vom 13. September 2011 stützte, die Interessen des Beschwerdeführers wahr. Aus dem ihm zustehenden Akteneinsichtsrecht und dem Umstand, dass der Vertreter am 23. Dezember 2011 die Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens beantragte, ergibt sich, dass dem Vertreter bei sorgfältiger Wahrnehmung seiner Aufgabe zumindest die Verfügung als Ganzes bekannt sein musste. Dies hätte für die Erhebung eines Rekurses ausgereicht, zumal dieses Rechtsmittel zwar innert der vierzehntägigen Frist von Art. 45 Abs. 1 VRP zu erheben ist, jedoch gemäss Art. 48 Abs. 2 VRP innert Nachfrist – innerhalb derer er seine Unterlagen hätte komplettieren können – hinsichtlich der Anträge, der Darstellung des Sachverhalts und der Begründung ergänzt werden kann.

Beschwerdegegner und Verwaltungsrat der Spitalverbunde des Kantons St. Gallen waren schliesslich auch nicht gehalten, die Eingaben des Vertreters des Beschwerdeführers vom 23. Dezember 2011 (act. 2/7) und vom 12. März 2012 (act. 2/9) oder die Beschwerde vom 12. Juli 2012 (act. 2/10) als ordentliche Rechtsmittel gegen die Verfügung vom 13. September 2011 zu behandeln, zumal ihnen keinerlei Hinweise zu entnehmen waren, dass und weshalb der Beschwerdeführer die Verfügung inhaltlich als fehlerhaft erachtete.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Gesuch des Vertreters des Beschwerdeführers vom 12. März 2012 um förmliche und damit rechtsmittelfähige Feststellung, er habe keinen Anspruch auf zusätzliche förmliche Eröffnung der Kostenverfügung vom 13. September 2011, zwar – wie bereits die Vorinstanz zu Recht erkannt hat – hätte behandelt und rechtsmittelfähig abgewiesen werden müssen. Der Vertreter des Beschwerdeführers geht aber zu Unrecht davon aus, die Kostenverfügung vom 13. September 2011 könne keine Rechtswirkungen entfalten, weil sie ihm nicht förmlich eröffnet worden sei. Da kein Anspruch auf eine erneute, eine Rechtsmittelfrist auslösende formelle Eröffnung der Kostenverfügung vom 13. September 2011 besteht, hat die Vorinstanz zu Recht – indem sie den Rekurs abwies – festgestellt, der Beschwerdegegner habe dem Vertreter des Beschwerdeführers kein Recht verweigert. Die Beschwerde erweist sich dementsprechend als unbegründet. Sie ist abzuweisen.

63

Art. 55 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Im Administrativverfahren nach dem Strassenverkehrsgesetz hat der Betroffene Anspruch auf die Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung vor der Verwaltungsrekurskommission. Wird der Anspruch in jenem Verfahren nicht geltend gemacht, ist er verwirkt.

Verwaltungsgericht, 17. Dezember 2015

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer hat gemäss Art. 55 Abs. 1 VRP in Verbindung mit Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK) grundsätzlich Anspruch auf die Durchführung einer öffentlichen und mündlichen Verhandlung. Der Führerausweis soll ihm wegen einer Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften zu Warnzwecken entzogen werden, weshalb ein Entscheid über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage in Frage steht (vgl. BGE 133 II 331 E. 4.2, 121 II 22). Zudem ist er als Chauffeur beruflich auf den Führerausweis unbedingt angewiesen, sodass er auch in seinen zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen betroffen ist (vgl. für den Sicherungsentzug BGer 1C_622/2014 vom 24. April 2015 E. 3.3.1 mit Hinweis auf BGE 122 II 464 E. 3b und c).

Die gerichtliche Überprüfung des Führerausweisentzugs in einer öffentlichen Verhandlung muss im kantonalen Verfahren gewährleistet sein (BGer 6A.47/2000 vom 23. Januar 2001 E. 1b mit Hinweis auf BGE 121 II 219 E. 2b). Im mehrinstanzlichen Verfahren besteht gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein Anspruch darauf, dass mindestens einmal vor einem Gericht mit voller Kognition eine öffentliche Verhandlung stattfindet, sofern die Parteien nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichten (BGer 6P.95 und 6S.173/2006 vom 8. August 2006 E. 2.2.2 mit Hinweis auf BGE 125 II 417 E. 4f und 123 I 87 E. 2b/c). Von einem unzweideutigen Verzicht im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren darf ausgegangen werden, wenn der Beschwerdeführer keinen – eindeutigen (vgl. BGer 6A.78/2002 vom 7. Februar 2003 E. 1.1) – Antrag auf öffentliche Verhandlung gestellt hat, obwohl die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen diese Möglichkeit vorsahen und er wusste, dass in der Regel im schriftlichen Verfahren entschieden wird (vgl. BGer U 278/03 vom 30. Juli 2004 E. 2.1). Zum gleichen Ergebnis führen der Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs, welche auch im Verfahrensrecht gelten (vgl. BGer 6A.47/2000 vom 23. Januar 2001, in BGE 127 II 129 nicht publizierte E. 1b mit Hinweis auf BGE 121 I 30 E. 5f). Ein eindeutiger und unmissverständlicher Verzicht wird insbesondere angenommen, wenn in einem gerichtlichen Verfahren, das in der Regel schriftlich durchgeführt wird, kein Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gestellt wird (vgl. BGer 1C_324/2012 vom 26. September 2012 E. 2.2 mit Hinweisen auf BGE 134 I 229 E. 4.3 und 127 I 44 E. 2e/aa). Ein stillschweigender Verzicht wird insbesondere angenommen, wenn das Verfahren nach der Prozessordnung und nach klarer und allgemein bekannter Praxis schriftlich durchgeführt wird und kein Antrag auf eine öffentliche Verhandlung gestellt wird (vgl. BGer 1C_622/2014 vom 24. April 2015 E. 3.3.3 mit Hinweis auf BGE 134 I 229 E. 4.4 und 212 I 30 E. 6a). Die beschwerdeführende Partei muss die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung vor der ersten gerichtlichen Instanz verlangen, ansonsten dieses Recht verwirkt (BGer 2C_879/2013 E. 3 und 2C_853/2013 E. 4.1.2 vom 17. Juni 2014 je mit Hinweis auf 2C_349/201 vom 18. März 2013 E. 3.3). Die Minimalgarantie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt nicht, dass nach Verzicht auf ein mündliches und Durchführung des schriftlichen Verfahrens nochmals

Anspruch auf ein mündliches Verfahren zu gewähren ist (vgl. BGer 5D_181/2011 vom 11. April 2012 E. 3.1.3 für das Rechtsöffnungsverfahren).

Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat im Verfahren vor der Verwaltungsrekurskommission keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung gestellt, obwohl ihm beziehungsweise seinem Rechtsvertreter bekannt sein musste, dass das st.gallische Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren regelmässig schriftlich durchgeführt wird (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 999; BGE 134 I 229 E. 4.3). Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer am 11. Februar 2015 die Vernehmlassung des Beschwerdegegners vom 4. Februar 2015 zur Kenntnisnahme und die Akten zur Einsichtnahme bis 25. Februar 2015 zugestellt und darauf hingewiesen, den Entscheid werde er zu einem späteren Zeitpunkt erhalten. Der Beschwerdeführer hat sich in der Folge am 13. Februar 2015 schriftlich geäussert, ohne allerdings einen Antrag auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu stellen. Zwar ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass auch das Verwaltungsgericht eine mündliche öffentliche Verhandlung durchführt. Indessen handelt es sich bei der Verwaltungsrekurskommission um eine gerichtliche Behörde (vgl. Art. 80 Ingress und lit. c der Kantonsverfassung [sGS 111.1] in Verbindung mit Art. 16 des Gerichtsgesetzes [sGS 941.1]; BGer 1C_346/2009 vom 6. November 2009 E. 4.1), bei der alle Mängel der angefochtenen Verfügung und damit insbesondere auch deren Unangemessenheit gerügt werden können (Art. 46 Abs. 1 VRP). Demgegenüber ist das Verwaltungsgericht gemäss Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP auf die Rechtskontrolle beschränkt. Wenn die Überprüfung in der Rechtsmittelinstanz beschränkt ist, führt eine neue mündliche Verhandlung nicht notwendig zu einer Heilung (vgl. Meier-Ladewig, Handkommentar EMRK, 3. Aufl. 2011, N 173 zu Art. 6 EMRK). Dementsprechend bezieht sich der Anspruch auf Durchführung einer mündlichen öffentlichen Verhandlung im st.gallischen Verwaltungsjustizverfahren auf das Rekursverfahren vor der Verwaltungsrekurskommission. Soweit in jenem Verfahren der Anspruch nicht geltend gemacht wird, ist er deshalb verwirkt.

64

Art. 59bis Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 und Art. 64 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1); Art. 69 Abs. 1 StrG (sGS 732.1). Eine Rechnung kann ausnahmsweise als Verfügung qualifiziert werden, wenn im Einzelfall Strukturmerkmale von Art. 24 Abs. 1 VRP vorliegen. Im Verhältnis zwischen Staat und Gemeinde kommt ihr nur Verfügungscharakter zu, wenn die Gemeinde in ihrem Autonomiespielraum oder wie eine Privatperson betroffen ist (E. 1.1). Das Verwaltungsgericht ist zuständig für die Anfechtung des Gemeindebeitrags nach Art. 69 Abs. 1 StrG (E. 1.2). Liegt kein rechtskräftiges Projekt vor, ist die Gemeinde nicht im Sinne von Art. 69 Abs. 1 StrG beitragspflichtig. Die Gemeindebeiträge sind nicht Voraussetzung, sondern Folge eines rechtskräftigen Kantonsstrassenbauprojektes (E. 3.2)

Verwaltungsgericht, 27. Oktober 2015

Mit Beschluss vom 18. September 2013 nahm der Kantonsrat das Kantonsstrassenprojekt «Kantonsstrasse Nr. 00, X., A.» in das 16. Strassenbauprogramm auf (www.ratsinfo.sg.ch). Dieses Strassenprojekt liess das kantonale Tiefbauamt auf Antrag der Politischen Gemeinde Y. auf dem Gebiet der Politischen Gemeinde X. ausarbeiten. Im Rahmen der Vernehmlassung lehnte der Gemeinderat X. das Strassenprojekt mit Beschluss vom 20. Januar 2014 ab. Ein Referendum dagegen wurde nicht ergriffen. Mit Schreiben vom 11. Juni 2014 teilte das kantonale Tiefbauamt der Politischen Gemeinde X. mit, dass auf die Ausführung des Projekts verzichtet werde. Gleichzeitig stellte es ihr unter dem Briefkopf «Kanton St. Gallen, Baudepartement, Tiefbauamt» einen Gemeindebeitrag von CHF 41 341.65 (35 Prozent der anrechenbaren Gesamtkosten von CHF 91 847.40 plus Sonderkosten der Gemeinde in der Höhe von CHF 9195.05) in Rechnung.

Gegen die Rechnung vom 11. Juni 2014 erhob die Politische Gemeinde X. am 26. Juni 2014 Rekurs bei der Verwaltungsrekurskommission mit dem Rechtsbegehren, der Gemeindebeitrag sei von CHF 41 341.65 auf CHF 9195.05 zu reduzieren. Am 11. Juli 2014 nahm das Baudepartement sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich der Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission zum Rekurs Stellung. Am 18. August 2014 liess sich die Politische Gemeinde X. abschliessend vernehmen. Mit Entscheid vom 25. September 2014 trat die Verwaltungsrekurskommission auf den Rekurs nicht ein und überwies die Sache dem Verwaltungsgericht. Das Verwaltungsgericht behandelt die Eingabe der Politischen Gemeinde X. vom 26. Juni 2014 als Beschwerde und heisst sie gut.

Aus den Erwägungen:

1. Die Sachurteilsvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen.

1.1. Anfechtungsgegenstand im Verwaltungsrechtspflegeverfahren bilden Verfügungen und Entscheide (vgl. Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP, vgl. zum Verfügungsbegriff VerwGE B 2012/68 vom 14. Februar 2013 E. 3.2.1 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch). Im Normalfall gelten Rechnungen in öffentlich-rechtlicher Hinsicht nicht als Verfügungen (vgl. Bickel, Auslegung von Verwaltungsrechtsakten, Bern 2013, S. 263 f., Bertschi/Plüss in: A. Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, Zürich 2014, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N 22 und Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, N 2324). Solche Handlungen sind nicht auf das Erzielen von Rechtswirkungen gerichtet, sondern stellen Erscheinungsformen des tatsächlichen Verwaltungshandelns (Realakte) dar (vgl. zu den Verwaltungshandlungen ohne Verfügungscharakter VerwGE B 2013/22 vom 2. Juli 2013 E. 2.2 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch, sowie BGE 121 II 473 E. 2b und B. Waldmann, Vom Umgang mit organisatorischen, innerdienstlichen und anderen Anordnungen ohne Verfügungscharakter, ZSR 2014 I S. 489 ff.). Eine Rechnung kann aber ausnahmsweise als Verfügung qualifiziert werden, wenn im Einzelfall Strukturmerkmale von Art. 24 Abs. 1 VRP vorliegen (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, § 29 N 3). Eine (behördliche) Rechnung verkörpert eine verbindliche Anordnung, wenn ihr der Adressat diese Bedeutung aufgrund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt des Empfangs bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte und beilegen musste (vgl. Bickel, a.a.O., S. 265).

Im konkreten Fall ist das Begleitschreiben zum Rechnungsformular vom 11. Juni 2014 als «Rechnung» und nicht als «Verfügung» bezeichnet. Es enthält weder die Rechtsgrundlage für den der Gemeinde auferlegten Beitrag noch eine Rechtsmittelbelehrung. Hingegen sprechen der offizielle Briefkopf, die Kurzbegründung «Gemeindebeitrag an die aufgelaufenen Kosten des A.: Das Projekt wurde an der Urnenabstimmung vom 20. Januar 2014 abgelehnt, was zum Abschluss des Projekts führt.» sowie der Satz «Diese Kosten sind von der Gemeinde X. zu tragen.», welcher als Rechtsspruch interpretiert werden könnte, für den Regelungscharakter der Rechnung. Die Beschwerdeführerin hat die Rechnung bei der Verwaltungsrekurskommission angefochten. Wie aus der Rekursschrift vom 26. Juni 2014 (act. 2) ersichtlich ist, war ihr dabei die gesetzliche Grundlage der Beitragspflicht in Art. 69 Abs. 1 des Strassengesetzes (sGS 731.1, StrG) bekannt. Damit legte sie der Rechnungsstellung vom 11. Juni 2014 die Bedeutung einer verbindlichen Anordnung bei. Unter diesen Umständen ist die Rechnung vom 11. Juni 2014 grundsätzlich als Verfügung zu qualifizieren (vgl. im Übrigen zu den Rechtsfolgen einer mangelhaften Eröffnung der Verfügung VerwGE B 2013/263; B 2014/75 vom 28. April 2015 E. 2.3.3). Allerdings richtet sich die Rechnung vom 11. Juni 2014 nicht an eine Privatperson, sondern an eine politische Gemeinde. Diese Anordnung begründet kein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger. Ihr kommt damit nur dann Verfügungscharakter zu, wenn die Beschwerdeführerin von der konkreten Anordnung in ihrem Autonomiespielraum oder wie eine Privatperson betroffen ist

(M. Müller, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, N 47 zu Art. 5). Diese Kriterien entsprechen gleichzeitig den Voraussetzungen der Beschwerdebefugnis von Gemeinwesen gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, St. Gallen 2003, N 443 ff. und BGE 141 II 161 E. 2.1 ff. sowie BGer 2C_847/2015 vom 25. September 2015 E. 2.2).

Vorliegend beruft sich die Beschwerdeführerin weder auf die Gemeindeautonomie gemäss Art. 89 der Verfassung des Kantons St. Gallen (SR 131.225, sGS 111.1, KV, vgl. auch Art. 50 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101, BV) noch legt sie dar, aus welcher Bestimmung sie in der zur Diskussion stehenden Materie ein Selbstbestimmungsrecht ableiten und inwiefern dieses verletzt sein soll. Zudem ist nicht ersichtlich, dass in Bezug auf den Gemeindebeitrag nach Art. 69 Abs. 1 StrG die Gemeindeautonomie berührt sein könnte, handelt es sich doch dabei um eine Vorteilsabgeltung zugunsten des Kantons gemäss Art. 86 Abs. 1 KV. Es geht hier um einen Interessenkonflikt zwischen verschiedenen Gemeinwesen, der zwangsläufig auf kantonaler Ebene entschieden werden muss (vgl. BGE 135 I 43 E. 1.2). Die Autonomiebeschwerde ist daher unzulässig.

Wenn ein kantonaler Entscheid einer Gemeinde finanzielle Lasten auferlegt, ist die Gemeinde, wiewohl die fragliche Anordnung in keine autonomen Befugnisse eingreift, dann zur Beschwerde legitimiert, wenn sie in qualifizierter Weise in zentralen hoheitlichen Befugnissen berührt ist (BGE 140 I 90 E. 1.2.2). Der streitige Gemeindebeitrag von CHF 41 341.65 erreicht eine beträchtliche Höhe. Zudem beanstandet die Beschwerdeführerin prinzipiell die Beitragspflicht nach Art. 69 Abs. 1 StrG, weshalb der Beantwortung der Streitfrage präjudizielle Bedeutung zukommt. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, von einer qualifizierten Betroffenheit in der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben auszugehen. Der Rechnung vom 11. Juni 2014 ist daher Verfügungscharakter zuzuerkennen. Zudem ist die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP zur Beschwerde berechtigt. Ob der Beschwerdeführerin die Beschwerdebefugnis auch nach Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 2 VRP zustehen würde, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben.

1.2. Weiter ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zu prüfen. Da das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit von Amtes wegen überprüft, ist es dabei an die von der Verwaltungsrekurskommission in deren Entscheid vom 25. September 2014 vorgenommene Beurteilung nicht gebunden.

Laut Art. 59bis Abs. 1 VRP beurteilt das Verwaltungsgericht unter anderem Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide der Regierung und der Departemente, sofern kein ordentliches Rechtsmittel an eine Verwaltungsbehörde oder eine verwaltungsunabhängige Kommission des Bundes oder an das Bundesverwaltungsgericht offensteht und keine Ausschlussgründe nach Abs. 2 vorliegen. Die gesetzliche Ordnung über die Zuständigkeit der Verwaltungsrechtspflegebehörden stellt zwingendes Recht dar. Die Behörde darf weder Kompetenzen wahrnehmen, die rechtlich nicht

vorgesehen sind, noch auf ihre vom Gesetz umschriebene Zuständigkeit verzichten (K. Plüss, in: A. Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N 6 zu § 5).

Die Vorinstanz machte in ihrer Stellungnahme vom 11. Juli 2014 (act. 3/5, S. 3) geltend, eine klare Zuständigkeitsregelung bezüglich der Anfechtung des Gemeindebeitrags nach Art. 69 Abs. 1 StrG fehle sowohl im StrG als auch im VRP. Bei der angefochtenen Rechnung handle es sich nicht um eine Verfügung eines kantonalen Amtes, sondern des Kantons, da die Beitragserhebung nach Art. 69 Abs. 1 StrG nicht in die Zuständigkeit des Tiefbauamtes falle. Die Beiträge würden vom Tiefbauamt nach der Aufgabenzuteilung gemäss Art. 25 lit. a des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 141.3, GeschR) und der departementsinternen Regelung, nicht für es selbst, sondern für den Kanton St. Gallen in Rechnung gestellt. Eine verwaltungsinterne Rekursmöglichkeit nach Art. 40 VRP entfalle. Es handle sich um eine selbständige Kostenverfügung des Kantons, für deren Beurteilung die Verwaltungsrekurskommission in sachgemässer Anwendung von Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP zuständig sei.

Wie die Verwaltungsrekurskommission in Erwägung 1b ihres Entscheides vom 25. September 2014 mit Recht festgehalten hat, ist die enumerative Aufzählung der Zuständigkeiten der Verwaltungsrekurskommission in Art. 41 VRP abschliessend, soweit die Regierung gestützt auf Art. 41 lit. i VRP nicht durch Verordnung eine gesetzeskonforme Zuständigkeit begründet. Demzufolge kann die sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission aufgrund der zwingenden Natur der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung – entgegen der Meinung der Vorinstanz – nicht durch sachgemässe Anwendung von Zuständigkeitsvorschriften des VRP begründet werden. Dafür wäre zumindest eine Verordnung zu erlassen. Die Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission fällt daher ausser Betracht.

In Bezug auf Art. 69 Abs. 1 StrG ist im StrG das kantonale Tiefbauamt nicht als zuständige Stelle des Kantons im Sinne von Art. 1 der Strassenverordnung (sGS 732.11, StrV) vorgesehen (vgl. demgegenüber etwa Art. 71 Abs. 2 StrG). Vielmehr handelt diesbezüglich die Vorinstanz für den Kanton (vgl. Art. 23 lit. b des Staatsverwaltungsgesetzes, sGS 140.1, StVG, und Art. 25 lit. a GeschR). Im konkreten Fall hielt die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 11. Juli 2014 fest, dass das Tiefbauamt die Gemeindebeiträge für den Kanton «in Rechnung stelle». Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz das Tiefbauamt ermächtigt hat, den Gemeindebeitrag der Beschwerdeführerin im Namen der Vorinstanz zu verfügen (vgl. den Briefkopf auf dem Rechnungsformular), was von keiner Seite bestritten wird. Damit bildet vorliegend die Verfügung der Vorinstanz vom 11. Juni 2014 Anfechtungsgegenstand. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 VRP) und der diesbezügliche Entscheid der Verwaltungsrekurskommission vom 25. September 2014 korrekt.

Im Weiteren erfolgte die als «Rekurs» bezeichnete Beschwerdeeingabe vom 26. Juni 2014 rechtzeitig und erfüllt formal und inhaltlich die gesetzlichen Anfor-

derungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Auf einen gesonderten Schriftenwechsel im Sinne von Art. 64 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 VRP konnte im Beschwerdeverfahren verzichtet werden, da sich die Verfahrensbeteiligten bereits im Verfahren vor der Verwaltungsrekurskommission in der Sache äussern konnten.

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beitragspflicht der politischen Gemeinde könne nur dann entstehen, wenn das Strassenbauprojekt auch tatsächlich gebaut werde. Das Planungsrisiko liege beim Kanton. Es entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass die politische Gemeinde einen Gemeindebeitrag an die Planungskosten für ein Projekt entrichten müsse, welches sie nicht beantragt habe. Der Gemeinderat und die Bürgerschaft der Politischen Gemeinde X. hätten das Projekt «Kantonsstrasse Nr. 00, X., A.» vollumfänglich abgelehnt. Lediglich die Kosten der von ihr initiierten Überarbeitung des Projekts in der Höhe von CHF 9195.05 seien von ihr verursacht worden.

3.1. Wie die Vorinstanz in der Stellungnahme vom 11. Juli 2014 zutreffend ausgeführt hat, umfasst der Begriff Baukosten gemäss Art. 69 Abs. 1 StrG in Anlehnung an Art. 31 StrG die Planungs- und Projektierungskosten, die eigentlichen Baukosten und die Kosten für die Bereitstellung des Bodens und die Einleitung der hierfür notwendigen Massnahmen (vgl. GVP 2003 Nr. 22 E. 3c mit Hinweisen). Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Beitragspflicht der Gemeinde beziehe sich nur auf die eigentlichen Baukosten, stösst ihre Argumentation ins Leere, zumal sie die Beitragspflicht nach Art. 69 Abs. 1 StrG für Projektierungskosten im Umfang von CHF 9195.05 anerkennt.

3.2. Laut Art. 68 StrG trägt der Kanton die Kosten für den Bau und Unterhalt der Kantonsstrassen. Dieser Grundsatz wird von der Ausnahmebestimmung in Art. 69 StrG durchbrochen. Gemäss Art. 69 Abs. 1 StrG leistet die politische Gemeinde dem Kanton Beiträge von 35 Prozent der Baukosten für Geh- und Radwege entlang den Kantonsstrassen. Art, Umfang und Höhe der Beteiligung sind abschliessend festgelegt (vgl. Weder, in: Germann [Hrsg.], Kurzkommentar zum st.gallischen Strassengesetz, St. Gallen 1989, N 1 zu Art. 69). In Art. 69 Abs. 1 StrG ist die Rede von «die politische Gemeinde» in der Einzahl. Aus dem Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 StrG ergibt sich demnach, dass die Beitragspflicht an das Territorialitätsprinzip anknüpft. Einzig diejenige politische Gemeinde, auf deren Hoheitsgebiet ein Kantonsstrassenprojekt verwirklicht werden soll, ist beitragspflichtig. Nachbargemeinden, auf deren Gebiet kein Projekt ausgeführt werden soll, sind nicht beitragspflichtig, selbst wenn sie von einem Projekt stark profitieren. Zum gleichen Schluss führt die Auslegung von Art. 69 Abs. 1 StrG anhand der Gesetzesmaterialien. Gemäss der Botschaft des Regierungsrates zum Strassengesetz vom 28. Mai 1986 sollte in Art. 69 StrG (Art. 70 des damaligen Entwurfs) die Regelung des Gesetzes über das Strassenwesen vom 12. Februar 1930 (aStrG) beibehalten werden (vgl. ABl 1986 S. 1584 ff, S. 1645). Wie aus der systematischen Stellung von Art. 16 Abs. 1 aStrG in Bezug auf Art. 15 Abs. 2

aStrG sowie aus dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 aStrG – «Die Gemeinden, in deren Gebiet […]» – hervorgeht, stellte der Gesetzgeber damit unzweifelhaft auf das Territorialitätsprinzip ab. Weiter ist in Art. 69 Abs. 1 StrG keine Beitragsspanne, sondern ein fester Beitragssatz von 35 Prozent der Kosten statuiert. Dieser Beitragssatz 35 Prozent gilt unabhängig einer speziellen Interessenlage der Gemeinde (etwa dem Grad der Erschliessungsfunktion, der Nutzungsdichte des erschlossenen Gebietes oder der Ablehnung des Projektes durch die Gemeinde) sowie unabhängig des Verursacherprinzips (Antragsstellung beim Kanton). Einzig Mehrkosten gegenüber sonst üblicher und den Bedürfnissen entsprechender Ausführung, welche auf Begehren einer politischen Gemeinde zurückgehen, können nach dem Verursacherprinzip – zusätzlich zum Beitragssatz von 35 Prozent an die notwendigen Kosten – auf die jeweilige Gemeinde überwälzt werden (vgl. Weder, a.a.O., N 1 zu Art. 69). Nach der Konzeption des StrG besteht keine Möglichkeit, den Gemeindebeitrag gemäss Art. 69 Abs. 1 StrG je nach Interessenlage der Gemeinde zu reduzieren. Dementsprechend handelt es sich beim Gemeindebeitrag nach Art. 69 Abs. 1 StrG um eine gebundene Ausgabe im Sinne von Art. 118 lit. b des Gemeindegesetzes (sGS 151.2, GG, vgl. Weder, a.a.O., N 2 zu Art. 69). Wie bereits unter Erwägung 1.1 hiervor erwähnt, stellt der Gemeindebeitrag nach Art. 69 Abs. 1 StrG sodann eine Vorteilsabgeltung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 KV dar. Voraussetzung der Vorteilsabgeltung nach Art. 86 Abs. 1 KV ist – ähnlich den Grundeigentümerbeiträgen nach Art. 71 f. in Verbindung mit Art. 78 Abs. 1 StrG (Sondervorteil) – ein «besonderer Vorteil» aufgrund der Erfüllung von Staatsaufgaben anderer Gemeinwesen (vgl. die Botschaft der Verfassungskommission vom 17. Dezember 1999, ABl 2000 S. 165 ff., S. 377). Es rechtfertigt sich daher, für die Entstehung der Beitragspflicht der politischen Gemeinde nach Art. 69 Abs. 1 StrG analog die Regelung für Vorzugslasten der Grundeigentümer nach Art. 71 f. StrG in Verbindung mit Art. 77 ff. StrG heranzuziehen. Danach ist für die Entstehung der Beitragspflicht massgeblich, ob das der Beitragspflicht zugrundeliegende Projekt rechtskräftig ist (vgl. GVP 2011 Nr. 22, in: BR/DC 2/2013 Nr. 72). Dieses Vorgehen drängt sich überdies mit Blick auf die einschlägige Literatur zum StrG auf. Danach löst der Bau eines Geh- oder Radweges die Beitragspflicht der politischen Gemeinde aus (vgl. Weder, a.a.O., N 2 f. zu Art. 69). Darüber hinaus hat die Regierung (ehemals: der Regierungsrat) des Kantons St. Gallen bereits mit Beschluss Nr. 1105 vom 2. Juli 1991 festgehalten, dass Beiträge nach Art. 69 Abs. 1 StrG unabhängig vom Inhalt eines Vernehmlassungs- oder allfälligen Referendumsbeschlusses im Sinne von Art. 35 StrG zu leisten seien, es sei denn, dass der Regierungsrat aufgrund der Meinungsäusserung des zuständigen Gemeindeorgans auf das Kantonsstrassenbauvorhaben verzichte.

Im konkreten Fall geht aus den Akten nicht hervor, dass für das Kantonsstrassenprojekt «Kantonsstrasse Nr. 00, X., A.» ein Planverfahren nach Art. 39 ff. StrG durchgeführt worden ist. Liegt kein rechtskräftiges Projekt vor, ist die Beschwerdeführerin nicht im Sinne von Art. 69 Abs. 1 StrG beitragspflichtig. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als sich die Beschwerdeführerin in einer Konstellation wie der vorliegenden (Ablehnung des Projekts durch die politische Gemeinde), unabhängig vom Vernehm-

lassungsverfahren nach Art. 35 StrG – der Projektbeschluss der Regierung oder des Kantonsrates im Sinne von Art. 37 StrG kann von der Gemeinde nicht angefochten werden –, im Rahmen des Planverfahrens gegen das Projekt hätte zur Wehr setzen können. Würde anders entschieden, würden der Beschwerdeführerin wesentliche Verfahrensrechte vorenthalten. Überdies sind unnötige Projektierungsarbeiten von vorneherein zu vermeiden. Die Gemeindebeträge nach Art. 69 Abs. 1 StrG sind nicht Voraussetzung, sondern Folge eines rechtskräftigen Kantonsstrassenbauprojektes. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die angefochtene Rechnung insoweit aufzuheben, als der Gemeindebeitrag antragsgemäss (vgl. Art. 63 VRP) auf CHF 9195.05 zu reduzieren ist.

65

Art. 79bis VRP (sGS 951.1). Art. 79bis VRP verlangt für die Anhebung einer Klage aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis mit einer politischen Gemeinde beim Verwaltungsgericht kein vorgängiges Schlichtungsverfahren. Das Personalgesetz, welches ein Schlichtungsverfahren vorschreibt und eine entsprechende Schlichtungsstelle schafft, ist einzig auf Arbeitsverhältnisse mit dem Kanton unmittelbar anwendbar. Das Recht der Beklagten sieht in ihrem Dienst- und Besoldungsreglement weder ausdrücklich noch durch einen entsprechenden Verweis auf das kantonale Recht ein solches Verfahren vor.

Verwaltungsgericht, 28. April 2015

Die Klägerin wurde vom Gemeinderat der Politischen Gemeinde A. mit einem 70-Prozent-Pensum als Pflegefachfrau im Nachtdienst für das Altersheim «Q.» gewählt. Nachdem sie gegenüber dem Gemeinderat einen Fehler bei der Arbeitszeitberechnung geltend gemacht hatte und ein Einigungsversuch mit der Altersheimkommission gescheitert war, kündigte sie das Anstellungsverhältnis per 28. Februar 2013. Mit Schreiben vom 30. Januar 2013 machte sie gegenüber dem Gemeinderat der Politischen Gemeinde A. eine Forderung von CHF 50 000 geltend. Der Gemeinderat teilte ihr am 4. März 2013 mit, er lehne die geltend gemachten Ansprüche vollumfänglich ab. Da vermögensrechtliche Ansprüche auf dem Klageweg durchzusetzen seien, bestehe kein Raum für den Erlass einer Verfügung. Das Verwaltungsgericht tritt auf die Klage ein.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klagevoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Gemäss Art. 79bis erster Satzteil des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP; in der Fassung gemäss Art. 104 des Personalgesetzes, sGS 143.1, PersG, in Kraft seit 1. Juni 2012, nGS 47–31) beurteilt das Verwaltungsgericht vermögensrechtliche Ansprüche aus dem durch Verfügung begründeten Angestelltenverhältnis in Gemeinden. Die Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass die Klage vor Verwaltungsgericht nicht nur dann gewährleistet sein soll, wenn das Angestelltenverhältnis vertraglich begründet wurde, sondern – da es den Gemeinden freigestellt ist, inwieweit sie das Personalgesetz des Kantons anwenden wollen – weiterhin auch dann, wenn und solange sie bei der verfügungsweisen Anstellung bleiben (vgl. Personalgesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 27. April 2010, in: ABl 2010 S. 1585 ff., S. 1656).

Art. 5 Abs. 1 des Dienst- und Besoldungsreglements der Beklagten vom 1. Dezember 1997 sieht die Begründung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses durch Wahl vor. Das Dienstverhältnis der Klägerin beruht denn auch auf einem Wahlbeschluss des Gemeinderates vom 13. Juli 2010. Unabhängig davon, ob davon ausgegangen wird, das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei durch Verfügung – nämlich den Wahlbeschluss vom 13. Juli 2010 – oder aber durch öffentlich-rechtlichen Vertrag – nämlich den Wahlbeschluss vom 13. Juli 2010 der Beklagten und der unterschriftlichen Erklärung vom 19. Juli 2010 der Klägerin, mit den Anstellungsbedingungen einverstanden zu sein – begründet worden, ist das Verwaltungsgericht zur Behandlung der Klage zuständig.

2. Nach Auffassung der Beklagten kann das Verwaltungsgericht die Klage nicht an die Hand nehmen, weil – wovon die Verfahrensbeteiligten trotz des Einigungsversuchs vor der Altersheimkommission übereinstimmend ausgehen – vorgängig kein Schlichtungsverfahren im Sinn von Art. 78 Abs. 2 PersG durchgeführt wurde. Zu prüfen ist, ob – allenfalls in Verbindung mit dem Gemeinderecht – das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (dazu nachfolgend Erwägung 2.1), das Personalgesetz (dazu nachfolgend Erwägung 2.2) oder das Gemeindegesetz (dazu nachfolgend Erwägung 2.3) die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor der Erhebung der Klage beim Verwaltungsgericht verlangen.

2.1. Die Beklagte stellt zutreffend fest, dass die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege zur Klage vor dem Verwaltungsgericht in Art. 79 ff. VRP kein vorgängiges Schlichtungsverfahren verlangen. Die Erhebung der Klage setzt nach Art. 80 Abs. 2 Satz 1 VRP einzig die Ablehnung des Anspruchs durch die oberste in der Sache zuständige Verwaltungsbehörde des Gemeinwesens, gegen den sich der Anspruch richtet, voraus. Art. 79 ff. VRP schreiben nicht vor, welchem Gemeindeorgan diese Funktion zu übertragen ist. Dessen Bezeichnung obliegt dem jeweiligen Gemeinwesen.

Die Beklagte regelt den Rechtsschutz in Personalangelegenheiten in Art. 36 f. des Dienst- und Besoldungsreglements vom 1. Dezember 1997. Gemäss Art. 37 können Verfügungen und Entscheide betreffend öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse nach

den Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege angefochten werden. Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens schreiben die personalrechtlichen Bestimmungen der Beklagten nicht vor. Die Beklagte macht denn auch nicht geltend, sie habe eine Schlichtungsbehörde geschaffen oder sich der Schlichtungsstelle der St. Galler Gemeinden (vgl. www.vsgp.ch, Arbeitsgruppen) angeschlossen. Indem der Gemeinderat, bei dem es sich grundsätzlich in allen Angelegenheiten um die oberste Verwaltungsbehörde der Politischen Gemeinde handelt (vgl. Art. 89 Abs. 1 des Gemeindegesetzes, sGS 151.2, GG; Art. 29 Abs. 1 der Gemeindeordnung der Beklagten), die Ansprüche der Klägerin am 4. März 2013 vollumfänglich abgelehnt hat, sind die von Art. 80 Abs. 2 Satz 1 VRP verlangten Voraussetzungen für die Erhebung der Klage deshalb erfüllt.

2.2. Das Personalgesetz regelt gemäss dessen Art. 1 das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals. Unmittelbar anwendbar ist das kantonale Personalrecht dementsprechend grundsätzlich auf sämtliche Arbeitsverhältnisse mit dem Kanton (vgl. Personalgesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 27. April 2010, a.a.O., S. 1614). Auch das in Art 83 ff. PersG geregelte Schlichtungsverfahren gilt damit unmittelbar nur für Streitigkeiten in Arbeitsverhältnissen mit dem Kanton. Art. 78 Abs. 2 PersG kann deshalb nicht so verstanden werden, dass die Anhebung einer Klage aus einem Dienstverhältnis mit einer Gemeinde im Sinn von Art. 79bis VRP die vorgängige Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor der kantonalen Schlichtungsstelle voraussetzt. Das Dienst- und Besoldungsreglement der Beklagten verweist zur Regelung bestimmter Einzelfragen auf das – früher gültig gewesene – kantonale Personalrecht gemäss Staatsverwaltungsgesetz (sGS 140.1) und Verordnung über den Staatsdienst (sGS 143.20; beispielsweise Art. 14 zur Besoldung, Art. 15 zu Ruhetagen, Ferien und Urlaub, Art. 22 zum Verbot der Annahme von Geschenken). Einen Verweis auf das Schlichtungsverfahren nach Personalgesetz, welches im Zeitpunkt des Erlasses des Reglements am 1. Dezember 1997 ohnehin auch im kantonalen Personalrecht noch nicht vorgesehen war, enthält das Recht der Beklagten nicht. Damit kann offen bleiben, welche Bedeutung einem solchen Verweis zukäme.

2.3. Auch Art. 95 Abs. 2 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2, GG) führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Bestimmung wurde mit Art. 93 PersG begrifflich angepasst, indem der Begriff «Beamter» aufgehoben und der Begriff des «Dienstverhältnisses» durch «Arbeitsverhältnis» ersetzt wurde (vgl. nGS 47–31; Personalgesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 27. April 2010, a.a.O., S. 1650). Sie sieht vor, dass die Gemeinden das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis durch eigenes Reglement ordnen und – soweit sie dies nicht tun oder nichts anderes bestimmen – die Vorschriften des kantonalen Personalrechts sachgemäss angewendet werden. Inhaltlich dieselbe Regelung bestand bereits mit Art. 143 Abs. 2 und 3 des Gemeindegesetzes vom 23. August 1979 (vgl. nGS 15–59). Mit der subsidiären Anwendbarkeit des kantonalen Rechts soll eine klare Ordnung geschaffen werden, ohne die Gemeindeautonomie einzuschränken (vgl. Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines

Gemeindegesetzes vom 24. August 1976, in: ABl 1976 S. 1227 ff., S. 1281). Von den Gemeinden können die personalrechtlichen Regeln des Kantons – als ergänzendes Gemeinderecht – angewendet werden, soweit diese die notwendigen Voraussetzungen in formeller Hinsicht dafür schaffen (vgl. Personalgesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 27. April 2010, in: ABl 2010 S. 1585 ff., S. 1656). Da die Regeln des kantonalen Personalrechts und damit auch die Voraussetzung eines gescheiterten Schlichtungsverfahrens für die Anhebung einer Klage beim Verwaltungsgericht auf Arbeits- und Dienstverhältnisse mit Gemeinden nur subsidiär und sachgemäss – das heisst als Gemeinderecht – anwendbar sind, ist die Argumentation mit den Bestimmungen des kantonalen Personalgesetzes nicht geeignet, aus Art. 78 Abs. 2 PersG einen – in Art. 79bis VRP nicht vorgesehenen – Vorbehalt eines solchen Schlichtungsverfahrens abzuleiten.

66

Art. 98 Abs. 2 VRP (sGS 951.1); Art. 30 lit. b Ziff. 1 AnwG (sGS 963.70); Art. 2, Art. 3 und Art. 11bis HonO (sGS 963.75). Wenn keine Honorarvereinbarung abgeschlossen wurde und der Rekurrent von seinem Rechtsvertreter keine Aufwendungen verlangte, welche über die übliche Interessenwahrung hinausgehen, ist der Rechtsvertreter des Rekurrenten im Falle einer vollen ausseramtlichen Entschädigung an das festgelegte Honorar gebunden.

Verwaltungsgericht, 27. Oktober 2015

Das Sozialamt der Politischen Gemeinde Q. verpflichtete den Beschwerdeführer am 3. Dezember 2013, die für das in den Jahren 1999/2000 finanzierte Beschäftigungsprogramm beim Verein B. geleisteten kommunalen Sozialhilfebeiträge in der Höhe von CHF 2000 zurückzuerstatten. Die Verwaltungsrekurskommission hiess den vom Beschwerdeführer erhobenen Rekurs am 8. Juli 2014 gut, hob die angefochtene Verfügung auf und verpflichtete die Politische Gemeinde Q., den Beschwerdeführer für das Rekursverfahren ausseramtlich mit insgesamt CHF 1347.85 (CHF 1200 zuzüglich 4 Prozent Barauslagen und 8 Prozent Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Das Verwaltungsgericht tritt auf die Beschwerde, mit welcher eine Entschädigung des Beschwerdeführers für das vorinstanzliche Verfahren von CHF 4314.20 (CHF 3800 zuzüglich CHF 194.60 Barauslagen und CHF 319.60 Mehrwertsteuer), eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz beantragt wird, nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1.2. Die Beschwerdebefugnis setzt ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids voraus (vgl. Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Gegen behördliches Handeln soll nur einschreiten können, wer selbst davon betroffen ist (vgl. VerwGE B 2012/92 vom 14. Februar 2013 E. 1.2.1 mit Hinweis auf Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 387). Diesbezüglich macht der Beschwerdeführer geltend, er sei beschwert, weil die ihm zugesprochene Parteientschädigung die effektiven Kosten seines Rechtsvertreters trotz Obsiegens nicht decke.

Im Streit steht einzig die Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung für das vorangegangene Rekursverfahren. Ist ein Beteiligter, wie hier der Beschwerdeführer, vor der Vorinstanz (erstinstanzliches Gericht) durch einen Anwalt vertreten, wird die ausseramtliche Entschädigung nach der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (sGS 963.75, HonO) bemessen (vgl. Art. 30 lit. b Ziff. 1 des Anwaltsgesetzes, sGS 963.70, AnwG). Bei der HonO handelt es sich um einen gemässigten «Zwangstarif», der grundsätzlich sowohl für den Anwalt als auch für den Richter verbindlich ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 HonO). Will der Anwalt gegenüber seinem Klienten nach Zeitaufwand abrechnen, so hat er mit diesem durch Einzelabrede und unter Hinweis auf die HonO einen Stundenansatz zu vereinbaren (Art. 2 Abs. 3 HonO, vgl. hierzu auch BGer 4P.137/2006 vom 20. September 2006 E. 3.1 f. und Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen BR.2006.1 vom 7. September 2006 E. III. 1c). Nach Art. 2 Abs. 2 HonO binden die zugesprochenen Parteikosten den Rechtsanwalt sodann nicht, wenn das Gesetz keine volle Entschädigung vorsieht. Art. 2 Abs. 2 HonO ist dahingehend zu verstehen, dass keine Bindung des Anwalts an das vom Richter festgelegte Honorar besteht, wenn im jeweiligen Einzelfall keine volle Entschädigung zugesprochen werden konnte oder der Klient Aufwendungen verlangte, die eine übliche Interessenwahrung übersteigen (vgl. Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 836, Fn. 152, anderer Ansicht R. HIRT, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St. Gallen 2004, S. 204, wonach die Rechtsvertreter und -vertreterinnen im Rekursverfahren gestützt auf Art. 2 Abs. 2 HonO generell nicht an die zugesprochene Entschädigung gebunden sind). Vom Honorar nach der HonO kann darüber hinaus abgewichen werden, soweit es in einem krassen Missverhältnis zu den Bemühungen des Rechtsanwaltes steht (Art. 3 HonO). Art. 3 HonO betrifft aber vor allem den Fall, dass ein sehr hoher Streitwert einem sehr geringen Aufwand gegenüber steht (vgl. Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen BZ_2007_84 vom 28. Februar 2008 E. III. 2b) und dient damit der Reduktion des Honorars. Davon kann hier keine Rede sein, da der Beschwerdeführer geltend macht, dass der effektive Aufwand seines Rechtsvertreters wesentlich höher sei als von der Vorinstanz angenommen. Des Weiteren ist es der unentgeltlichen Vertretung nach Art. 11bis HonO verwehrt, für ihre Tätigkeit von der vertretenen Partei eine zusätzliche Entschädigung zu verlangen (vgl. Hirt, a.a.O., S. 247 und 249).

Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich und wird auch von der Vorinstanz weder im angefochtenen Entscheid noch in der Vernehmlassung zur Beschwerde geltend gemacht, dass die konkreten Umstände des Falles einen Verzicht auf eine Entschädigung oder eine Reduktion der Entschädigung gestützt auf Art. 98 Abs. 2 VRP nahelegen würden (vgl. hierzu VerwGE B 2011/88 vom 18. Oktober 2011 E. 2.2.4 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch, und GVP 1993 Nr. 53). Der im Rekursverfahren obsiegende Beschwerdeführer hatte damit Anspruch auf Zusprache einer vollen ausseramtlichen Entschädigung und erhielt nach den Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid auch eine solche. Überdies ist eine Honorarvereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Rechtsvertreter im Sinne von Art. 2 Abs. 3 HonO nicht nachgewiesen. Auch hätte eine solche Vereinbarung im konkreten Fall angesichts des Antrags des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege (Antrag Ziff. 4 des Rekurses vom 24. Dezember 2013), insbesondere um Bestellung seines Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand im Sinne von Art. 99 Abs. 1 und 2 VRP in Verbindung mit Art. 117 und 118 Abs. 1 lit. c ZPO sowie Art. 29 Abs. 3 BV, gemäss Art. 11bis HonO nicht abgeschlossen werden dürfen. Darüber hinaus bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer von seinem Rechtsvertreter Aufwendungen verlangte, welche über die übliche Interessenwahrung hinausgehen. Unter diesen Umständen ist der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers an das von der Vorinstanz in Ziff. 3 des angefochtenen Entscheides festgelegte Honorar von CHF 1200 gebunden. Folglich ist nicht erkennbar und wird vom Beschwerdeführer auch nicht weiter dargelegt, inwiefern er in Bezug auf die Bemessung der ausseramtlichen Kosten für das Rekursverfahren in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen sein sollte. Die Kosten für die freiberufliche Rechtsvertretung werden ihm vollumfänglich entschädigt. Daran würde auch die geforderte Anpassung an den «effektiven» Aufwand seines Rechtsvertreters, d.h. eine allfällige Änderung der Höhe der im angefochtenen Rekursentscheid festgesetzten ausseramtlichen Entschädigung im Beschwerdeverfahren, nichts ändern. Die Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers ist somit nicht gegeben, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer in eigenem Namen Beschwerde erhoben. Es liegt keine Kostenbeschwerde seines Rechtsvertreters im Sinne von Art. 12 Abs. 1 HonO vor (vgl. hierzu den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen VZ.2010.35 vom 16. November 2010 E. III. 1, www.gerichte.sg.ch). Ob auf eine solche gemäss dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 HonO ebenfalls nicht einzutreten gewesen wäre, da der Rechtsvertreter im Rekursverfahren keine Kostennote eingereicht hat (vgl. Hirt, a.a.O., S. 259), kann darum offen bleiben.

67

Art. 98ter VRP (sGS 951.1) i.V.m. Art. 105 Abs. 2 ZPO (SR 272). Der prozessuale Antrag auf Entschädigung der ausseramtlichen Kosten kann bis zum Abschluss des Rekursverfahrens gestellt werden.

Verwaltungsgericht, 23. Januar 2015

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer rügt ferner, Art. 19 VRP halte fest, dass die Beteiligten bis zum Abschluss des Verfahrens neue Begehren stellen und sich auf neue Tatsachen, Beweismittel und Vorschriften berufen könnten. Die Vorinstanz sei deshalb zu Unrecht nicht auf die in der Sache am 11. Januar 2013 neu gestellten Rechtsbegehren eingetreten, welche auf echten Noven – die Annahme der Initiative «Darbellay» durch den Ständerat am 13. Dezember 2012 – beruht hätten. Zudem habe der Beschwerdeführer erst auf den Rekursaugenschein hin einen Anwalt beigezogen. Erst in diesem Zeitpunkt habe für ihn Anlass bestanden, eine Parteientschädigung zu beantragen. Dagegen hielt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid fest, dass die Rechtsbegehren im Rekursverfahren innert der Rekursfrist selbst vorzubringen seien, was mitunter auch für ein allfälliges Kostenbegehren gelte. Mit Eingabe vom 11. Januar 2013 seien die Rechtsbegehren klarerweise erst nach Ablauf der Rekursfrist und damit verspätet ausgeweitet worden, weshalb auf den Rekurs hinsichtlich dieser Anträge nicht habe eingetreten werden können.

Dieser Auffassung der Vorinstanz ist – vorbehältlich der nachfolgenden Erwägungen zum Kostenbegehren – grundsätzlich zuzustimmen. Im Rekursverfahren sind zwar gemäss Art. 46 Abs. 3 VRP neue Begehren zulässig, d.h. die Rechtsbegehren können grundsätzlich erweitert bzw. geändert werden. Eine ausdehnende Änderung eines Antrags ist jedoch – entgegen dem vom Beschwerdeführer zitierten Art. 19 VRP – nur innerhalb der Rekursfrist bzw. der zur Antragstellung angesetzten Nachfrist zulässig (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 640). Was der Beschwerdeführer dagegen unter Berufung auf angeblich echte Noven vorbringen lässt, vermag nicht zu überzeugen, da im Rekursverfahren die Möglichkeit nicht eingeschränkt wird, die gestellten Anträge bis zum Zeitpunkt des Rekursentscheides mit einer gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren geänderten rechtlichen Begründung oder mit neuen Tatsachen zu versehen (vgl. Donatsch, in A. Griffel [Hrsg.]: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N 7 zu § 20a) und die Rekursinstanz nicht an die Begehren der Parteien gebunden ist (Art. 56 Abs. 1 VRP). Im Weiteren wurden die mit Stellungnahme vom 11. Januar 2013 gestellten Rechtsbegehren im vorangegangenen Rekursverfahren offenkundig nach Ablauf der Rekursfrist eingereicht. Zudem sind die Ausführungen im Rekursentscheid unbestritten geblieben, wonach es sich bei den Anträgen in der Sache selbst (Ziff. 2) um ausdehnende Abänderungen des Rekursantrags vom 27. Juli

2012 handelt. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht nicht auf die Anträge Ziff. 2 eingetreten, mit welchen um Aufhebung der erstinstanzlichen Verfügungen und um Erteilung der Baubewilligung (al. 1), eventualiter um teilweise Erteilung der Baubewilligung für denjenigen Teil des Allwetterplatzes, welcher ausserhalb des Waldabstandsbereichs liegt (al. 2) sowie um Rückbau auf das im Jahr 2009 bewilligte Ausmass (al. 3) ersucht wurde. Die Beschwerde ist in dieser Hinsicht unbegründet.

Bezüglich des Zeitpunkts des Kostenbegehrens (Ziff. 3) kann der Auffassung der Vorinstanz hingegen nicht gefolgt werden. Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 105 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272, ZPO) schreibt einen bestimmten Zeitpunkt für die Stellung des Entschädigungsantrags nicht vor. Die Parteien können dem Gericht – resp. der Rekursinstanz – entweder beantragen, Parteikosten in angemessener Höhe zuzusprechen, oder sie können eine bezifferte und substantiierte Kostennote einreichen. Da eine Kostennote regelmässig erst unmittelbar vor dem Verfahrensabschluss vollständig erstellt eingereicht werden kann, ergibt sich, dass der rein prozessuale Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung bis zum Schluss der Parteiverhandlung – und damit sachgemäss bis zum Abschluss des Rekursverfahrens – gestellt werden kann (vgl. Sterchi in: Hausheer/Walter [Hrsg.]: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 7 f. zu Art. 105). Auch versteht es sich von selbst, dass ein Entschädigungsantrag erst nach Beizug eines Rechtsanwalts gestellt werden kann. Die Vorinstanz ist folglich im Rekursverfahren zu Unrecht nicht auf den in der Stellungnahme des nachträglich beigezogenen Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 11. Januar 2013 vorgebrachten Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung eingetreten. Diesbezüglich erweist sich die Beschwerde als begründet, weshalb nachfolgend über die Zusprechung einer ausseramtlichen Entschädigung an den Beschwerdeführer für das Rekursverfahren zu entscheiden ist.

68

Art. 99 VRP (sGS 951.1); Art. 4 und Art. 11 HonO (sGS 963.75). Reicht der Rechtsvertreter im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht eine Kostennote ein, ist diese bei der Festsetzung der Honorarpauschale zu berücksichtigen. Spricht das Gericht eine Entschädigung zu, die den in der Kostennote ausgewiesenen Aufwand nicht vollumfänglich abgilt, hat es die Abweichung von der Kostennote zumindest summarisch zu begründen. Entsteht als Folge eines Anwaltswechsels, für den keine sachlichen Gründe geltend gemacht werden oder ersichtlich sind, ein Zusatzaufwand, ist dieser durch die unentgeltliche Rechtsverbeiständung nicht gedeckt.

Verwaltungsgericht, 27. November 2015

Aus den Erwägungen:

4.

4.1. […]

4.2. Bei diesem Verfahrensausgang sind die ausseramtlichen Kosten wettzuschlagen (Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 183). Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers ist durch den Staat aus unentgeltlicher Rechtsverbeiständung zu entschädigen. Die Rechtsvertreterin hat mit Schreiben vom 18. Mai 2015 eine Kostennote eingereicht mit der Bitte um Berücksichtigung des ausserordentlichen Aufwands in der vorliegenden Streitsache. Nach dieser Kostennote beträgt ihre Entschädigungsforderung CHF 6009.10 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).

4.2.1. Im Kanton St. Gallen wird das Honorar in der Verwaltungsrechtspflege auf der Grundlage einer Honorarpauschale festgesetzt. Nach Art. 22 Abs. 1 lit. a Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (sGS 963.75, HonO) beträgt das Honorar vor Verwaltungsbehörden pauschal CHF 500 bis 6000 und nach Art. 22 Abs. 1 lit. b vor Verwaltungsgericht pauschal CHF 1000 bis CHF 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; vgl. dazu BGE 141 I 124 E. 4 und BGer 1C_53/2015 vom 12. Mai 2015 E. 2.5.). Richtschnur ist dabei das gemäss kantonalem Tarif gerechtfertigte Anwaltshonorar, welches durch die bei objektiver Würdigung notwendig erscheinende Inanspruchnahme des Anwalts entstanden ist (A. Urwyler, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 105 N 9 und 10). Bei der Festsetzung der Honorarpauschale ist die eingereichte Kostennote zu berücksichtigen.

Nach der Praxis müssen Gerichte und Verwaltungsbehörden eingehend begründen, wenn sie die Honorarpauschalen nach Art. 22 Abs. 1 HonO unterschreiten oder wenn sie sich über die Vorbringen, mit denen ein ausserordentlicher Aufwand geltend gemacht wird, hinwegsetzen. Ansonsten müssen die Gründe für Kürzungen der Kostennote nur summarisch dargelegt werden, und der Vertreter braucht nicht vorgängig angehört zu werden (vgl. Hirt, a.a.O., S. 208). Dies ist namentlich deshalb gerechtfertigt, weil sich die Pauschalentschädigung nicht nur nach dem Umfang der Bemühungen richtet.

4.2.2. Die Fragen, die sich im vorliegenden Verfahren stellen, gehen über jene hinaus, die sich üblicherweise im Zusammenhang mit Ansprüchen auf Familiennachzug zu beurteilen sind. Das Gericht anerkennt daher, dass das Verfahren einen überdurchschnittlichen Aufwand verursachte. Zudem fällt ins Gewicht, dass die Mandatsübernahme durch die unentgeltliche Rechtsvertreterin erst nach Beginn des Beschwerdeverfahrens erfolgte, weshalb sie einerseits zwar auf bereits vorhandene Unterlagen der früheren Rechtsvertreter zurückgreifen konnte, sich andererseits aber auch von Grund auf in den Fall und die umfangreichen Akten einarbeiten musste.

Dieser durch mehrfachen Anwaltswechsel auf Seiten des Beschwerdeführers verursachte Zusatzaufwand ist zum Vornherein nicht über die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gedeckt, zumal keinerlei sachlichen Gründe für den Anwaltswechsel vorgebracht wurden oder ersichtlich sind. Mit Blick auf den Pauschalrahmen von Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO und die in durchschnittlichen Familiennachzugsfällen zugesprochene Entschädigung kann deshalb der von der Rechtsvertreterin in der detaillierten Aufstellung zur pauschalen Honorarnote geltend gemachte Aufwand nicht vollumfänglich entschädigt werden. Angemessen erscheint eine – gemäss Art. 31 Abs. 3 AnwG um einen Fünftel gekürzte – Entschädigung von CHF 4000 zuzüglich vier Prozent pauschale Barauslagen und Mehrwertsteuer.

69

Art. 99 Abs. 2 VRP (sGS 951.1) i.V.m. Art. 117 ZPO (SR 272). Im Rekursverfahren vor dem Bildungsdepartement ist die Dispensierung einer Schülerin vom Wintersportlager der Oberstufe umstritten. Das Sicherheits- und Justizdepartement lehnte das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung ab. Weil die Schule in zwei Fällen Dispensen erteilt hatte und im bisherigen Verfahren keine Anstalten traf, den Vorwurf der rechtsungleichen Behandlung auszuräumen, erscheint der Rekurs indessen nicht als aussichtslos.

Verwaltungsgericht, Präsidialentscheid, 23. Juli 2015

Die Tochter der Beschwerdeführer – Muslime salafistischer Ausrichtung – besuchte im Schuljahr 2014/15 die erste Realklasse im Oberstufenzentrum St. Margrethen. Die Eltern ersuchten den Schulrat um Dispensierung ihrer Tochter vom Skilager. Der Schulrat lehnte das Gesuch ab mit der Begründung, Klassenlager seien Bestandteil des Schulalltages und dienten der Bildung, dem sozialen Lernen und der Integration der Schülerinnen und Schüler in den Klassenverband. Im Rekursverfahren vor dem Bildungsdepartement ersuchten die Beschwerdeführer vergeblich um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung. Der Präsident des Verwaltungsgerichts heisst die dagegen erhobene Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

3.3.

3.3.1. Die Beschwerdeführer machten in der Rekurseingabe vom 17. Februar 2015 geltend, sie seien vom Schulrat nicht rechtsgleich behandelt worden. Das Kind M. sei vom Skilager dispensiert worden. Die Beschwerdeführer beantragten

zumindest sinngemäss Einsicht in die entsprechenden Akten (Ziff. 3). Der Schulrat entgegnete in seiner Stellungnahme, «der damit verbundene Vorwurf, es werde mit unterschiedlichen Ellen gemessen, [sei] absolut haltlos und aus der Luft gegriffen. Es liegt uns aus Gründen des Persönlichkeits- und des Datenschutzes fern, diese Akten zugänglich zu machen oder in irgendeiner Art und Weise zu diesen Vorwürfen Stellung zu nehmen. Der Vorgang betreffend die Klassenkameradin ist schlicht und einfach nicht Teil dieses Rekursverfahrens». In seiner Stellungnahme vom 2. April 2015 erneuerte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer sein Akteneinsichtsgesuch und brachte ergänzend vor, nicht nur sei M. dispensiert worden, im Fall von R., einer Schülerin aus dem Schulhaus W., sei es den Eltern gestattet worden, sie ins Skilager zu begleiten. Die Beschwerdeführer selbst seien vom Schulrat jedoch «abgekanzelt» worden, als sie genau dies auch verlangt hätten.

3.3.2. Nach Auffassung der Vorinstanz sind diese Ausführungen nicht geeignet, das Rechtsmittel nicht als aussichtslos erscheinen zu lassen. Die heutigen Beschwerdeführer hätten das Argument der rechtsungleichen Behandlung erstmals im Rekursverfahren vorgebracht. Es sei ihnen indessen auch ohne Einsicht in die betreffenden Akten zuzumuten gewesen, weitere Angaben und Ausführungen zu diesem Sachverhalt zu machen. Zumindest hätte näher ausgeführt werden müssen, in Bezug auf welche entscheidrelevante Tatsache eine rechtsungleiche Behandlung vorliegen könnte, was – ungeachtet der im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsmaxime – von den heutigen Beschwerdeführern darzulegen gewesen wäre. Diese Mitwirkungspflicht hätten sie verletzt. Sie würden den Sachverhalt nicht nur besser kennen, sondern hätten auch ein eigenes Interesse daran, diesen beweismässig zu untermauern. Nach den konkreten Umständen sei zu erwarten gewesen, dass die Eltern die massgeblichen Tatsachen selber belegen würden. Die Rechtsmittelbehörde müsse hier nicht von sich aus nach nicht aktenkundigen Tatsachen forschen, und die Beschwerdeführer hätten ihre Mitwirkungspflicht verletzt.

3.3.3. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich (Art. 8 Abs. 1 BV). Nach diesem allgemeinen Gleichheitssatz ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Gleichheitsprinzip verbietet Regelungen, denen keine rechtlich erheblichen Unterscheidungen zu Grunde liegen. Anderseits untersagt es aber auch die rechtliche Gleichbehandlung von Fällen, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Abzustellen ist auf die Tatsachen, die im Hinblick auf die zu erlassende oder anzuwendende Norm relevant sind. Lässt ein Rechtssatz durch das Verwenden unbestimmter Rechtsbegriffe oder das Einräumen von Ermessen einen Spielraum offen, hat die rechtsanwendende Behörde davon in allen gleich gelagerten Fällen gleichen Gebrauch zu machen. Sie verletzt den Gleichheitssatz dann, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 495 und 507 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts).

3.3.4. Mit der Vorinstanz ist insofern einig zu gehen, als die Argumentation der Beschwerdeführer in den bisherigen Verfahren nicht stringent war. Während sie das Dispensationsgesuch zuhanden des Schulrates einzig mit C.s schlechter psychischer Verfassung begründeten, wird im pendenten Rekursverfahren geltend gemacht, der Lagerbesuch lasse sich nicht mit ihren religiösen Geboten vereinbaren. Der Schulrat hat indessen bereits in der angefochtenen Verfügung vom 5. Februar 2015 auf die (ohne weiteres erkennbare) religiöse Motivation des Dispensationsgesuches Bezug genommen. Dies drängte sich schon deshalb auf, weil der Vater in seinem E-Mail an die Schulleiterin vom 9. Januar 2015 ausgeführt hatte: «Nach Kopftuchverbotstreit wird das neue Thema sein. Wir sind uns sicher mit Gotteshilfe diesen Streit auch zu gewinnen.» Der Schulrat zog aus sämtlichen Umständen den (berechtigten) Schluss, dass die medizinische Begründung vorgeschoben sei und die Eltern von Anfang an beabsichtigt hätten, C. nicht ins Wintersportlager zu schicken. Vor dem Hintergrund der Behauptung, dass zwei andere muslimische Mädchen dispensiert bzw. von den Eltern ins Lager begleitet worden seien, erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Dispensationspraxis des Schulrates nicht rechtsgleich bzw. ermessensfehlerhaft ist. Dieser hat von Amtes wegen auf eine rechtsgleiche Dispensationspraxis zu achten, was umso entscheidender ist, wenn diese (in zulässiger Weise) restriktiv gehandhabt wird. Die behauptete rechtsungleiche Behandlung konnte von den Beschwerdeführern erst nach Durchführung des Lagers bzw. im Zeitpunkt der Rekurserhebung erkannt und gerügt werden. Aufgrund der apodiktischen Weigerung des Schulrates, die entsprechenden Akten zu edieren, war es zum einen den Beschwerdeführern unmöglich, hierzu im Rekurs fundierte Aussagen zu machen. Zum andern kann ohne Einsicht in die entsprechenden Schülerdossiers bzw. ohne fundierte Stellungnahme des Schulrates (als im Rekursverfahren zulässige Noven) nicht leichthin davon ausgegangen werden, das Rechtsmittel sei aussichtslos. Der Vorwurf, die Beschwerdeführer hätten ihre Mitwirkungspflicht verletzt, geht trotz offensichtlich knapper Begründung des Rechtsmittels fehl. Es wird deshalb Aufgabe der Rekursinstanz sein, den Rügen in Bezug auf die rechts(un)gleiche Dispensationspraxis des Schulrates nachzugehen.

3.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Rekursverfahren hinsichtlich der Erfolgsaussichten ohne Kenntnis der vergleichbaren Fälle nicht als aussichtslos bezeichnet werden kann. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben. Den Beschwerdeführern ist für das beim Bildungsdepartement hängige Rekursverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung zu gewähren. Als unentgeltlicher Rechtsbeistand ist RA X. zu bestimmen.

2. Zivilrechtspflege

70

Art. 6 Abs. 2 und 5 und Art. 63 Abs. 1 ZPO (SR 272). Zwingende sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, sofern die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO gegeben sind, keine Einlassung vor Kreisgericht möglich, Beachtung der Unzuständigkeit durch die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen. Wiedereinreichung des Gesuchs beim zuständigen Handelsgericht nach Art. 63 Abs. 1 ZPO möglich, superprovisorische vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts durch das Kreisgericht bleibt vorläufig bestehen. Offen bleibt, ob damit die Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB für das Pfandrecht gewahrt ist.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 3. November 2015

Aus den Erwägungen:

2. a) Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Gesuchsgegnerin die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters des Kreisgerichts nicht bestritten und sich auf das Verfahren eingelassen. Die sachliche Zuständigkeit ist jedoch grundsätzlich zwingender Natur und abgesehen von ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen der Parteidisposition entzogen; eine Einlassung ist nicht möglich (BGE 138 III 471 E. 3.1; BGE 140 III 355 E. 2.4). Sie ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO), also nicht nur auf Parteieinrede hin. Erlässt ein sachlich unzuständiges Gericht einen Entscheid, leidet dieser nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an einem schwerwiegenden Mangel, der je nach den Umständen die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehen kann (BGE 137 III 217 E. 2.4.3). Das Kantonsgericht als obere kantonale Instanz hat somit die sachliche Zuständigkeit seiner Vorinstanz auch ohne entsprechende Rügen des Rechtsmittelführers oder Rechtsmittelgegners zu prüfen (BGer 4A_488/2014 E. 3 [nicht publ. Erwägung von BGE 141 III 137]).

b) Wie die Einzelrichterin im Schreiben vom 10. September 2015 den Parteien mitteilte und von diesen in keiner Weise in Abrede gestellt wurde, ist das Kreisgericht sachlich nicht zuständig gewesen, über diese vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu entscheiden. Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO), der Streitwert (Pfandsumme Fr. 44 495.85) liegt über Fr. 30 000.– (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 BGG) und es ist die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO). Da die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in der Begrifflichkeit von Art. 6 Abs. 5 ZPO eine vorsorgliche Massnahme ist (BGE 137 III 563 E. 3.4), ist das Handelsgericht zur Beurteilung entsprechender Gesuche zuständig, sofern die Hauptsache handelsrechtlicher Natur ist (Art. 6 Abs. 2 ZPO). Hauptsache ist in diesem

Zusammenhang die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, die allenfalls mit einer Forderungsklage auf Zahlung der erbrachten Leistungen verbunden werden kann. Da hier alle Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Handelsgerichts in der Hauptsache gegeben sind, mithin diese handelsrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO ist, ist zwingend das Handelsgericht zuständig (BGE 137 III 563). Da dem Einzelrichter des Kreisgerichts die sachliche Zuständigkeit zur materiellen Beurteilung des Gesuchs um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts fehlt, ist in Abänderung des vorinstanzlichen Entscheids vom 29. Juni 2015 auf das Gesuch nicht einzutreten.

3. a) Die Einzelrichterin hielt im erwähnten Schreiben vom 10. September 2015 fest, dass der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 63 Abs. 1 ZPO eine Wiedereinreichung beim zuständigen Handelsgericht innert Monatsfrist offenstehen werde, wobei der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit erhalten bleibe. Die gestützt auf die dringliche Anordnung vom 8. April 2015 erfolgte vorläufige Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts bleibe in dieser Übergangszeit bestehen. Es werde allenfalls am zuständigen Richter sein, die Voraussetzungen des Pfandrechts zu prüfen. Die Parteien haben keine Einwendungen gegen diese Ausführungen der Einzelrichterin erhoben, im Gegenteil hat insbesondere die Gesuchsgegnerin erklärt, dass sie diese Rechtsauffassung teile. Insbesondere wurde auch keine Prozessüberweisung verlangt. Eine solche Prozessüberweisung von Amtes wegen oder auf Antrag der Parteien an ein anderes Gericht unter Wahrung der Rechtshängigkeit wäre denn auch – im Gegensatz zur Regelung in gewissen kantonalen Prozessordnungen – nach ZPO nicht zulässig (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 7.19). Die ZPO sieht stattdessen ein Vorgehen nach Art. 63 ZPO vor.

b) Die Gesuchstellerin erhält damit die Gelegenheit, ihr Gesuch betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts innert Monatsfrist ab Zustellung des Nichteintretensentscheids (vgl. BGE 138 III 610 E. 2.7) beim zuständigen Handelsgerichtspräsidenten anhängig zu machen. Wird das Gesuch gemäss Art. 63 Abs. 1 ZPO bei zuständiger Stelle wieder eingereicht, bleibt der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit erhalten. Die superprovisorisch vorgenommene vorläufige Eintragung (Verfügung vom 8. April 2015) ist vorerst aufrechtzuerhalten, bis allenfalls der zuständige Handelsgerichtspräsident die Voraussetzungen für das Pfandrecht geprüft und insbesondere darüber entschieden hat, ob die Verwirkungsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB für das Pfandrecht (durch die superprovisorische Verfügung des unzuständigen Kreisrichters) eingehalten ist oder entsprechende Massnahmeentscheide oder andere Anordnungen trifft.

[…]

71

Art. 6 Abs. 2 und Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO (SR 272). Der Streitwert einer vorsorglichen Beweisführung bemisst sich nach dem mutmasslichen Begehren im Hauptprozess. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden. Dieser Anspruch ist im vorsorglichen Beweisführungsverfahren glaubhaft zu machen.

Handelsgerichtspräsident, 29. April 2015

Aus den Erwägungen:

I.

[…]

2. Beim Gesuchsteller wurde vor einigen Jahren ein Hirntumor festgestellt, der am 18. Januar 2008 operativ entfernt wurde (gest.act. 7: Arztbericht vom 2. September 2014). Nach der Operation fand eine Strahlentherapie statt. Am 4. März 2012, […], wurde mittels eines MRI ein stabiler Zustand festgestellt. Anlässlich eines weiteren MRI vom 8. August 2012 wurde ein Tumorrezidiv (Wiederauftreten des Tumors) diagnostiziert.

[...]

4. Mit Eingabe vom 18. November 2014 reichte der Gesuchsteller das vorliegende Gesuch um vorsorgliche Beweisführung mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren beim Handelsgericht St. Gallen ein. In seinem Gesuch macht er im Wesentlichen geltend, er sei beim Verkehrsunfall auf die Kopfseite gefallen, auf der sich der Tumor befinde. Der Sturz bzw. der Kopfaufprall habe den Tumor reaktiviert und habe diesen wieder anwachsen lassen. Im Hinblick auf den sich abzeichnenden Haftungsprozess gegen die Gesuchsgegnerin stelle er den Antrag auf vorsorgliche Beweisführung im Zusammenhang mit der umstrittenen Kausalität zwischen dem Unfallereignis vom 13. April 2012 und dem Tumorrezidiv. […]

II.

1. Nach Art. 158 Abs. 2 ZPO sind auf die vorsorgliche Beweisführung die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anwendbar. Soweit das Handelsgericht in der Hauptsache zuständig ist oder zuständig wäre, ist es auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage zuständig (vgl. Art. 6 Abs. 5 ZPO). Für die Behandlung des Gesuches um vorsorgliche Beweisführung ist der Präsident des Handelsgerichts zuständig (Art. 17 Abs. 1 lit. b EG ZPO).

2. Das Gericht tritt auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO). Zu diesen Prozessvoraussetzungen gehören insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts sowie das schutzwürdige Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a und b ZPO). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Dies enthebt die Parteien

jedoch weder von der Beweislast noch davon, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken (vgl. Art. 160 ZPO). Sie haben dem Gericht das in Betracht fallende Tatsachenmaterial zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen. Dabei hat der Gesuchsteller die Tatsachen vorzutragen und zu belegen, welche die Zulässigkeit seines Gesuches begründen, die Gesuchsgegnerin diejenigen Tatsachen, welche sie angreifen. Aus der Pflicht zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen ist nicht zu schliessen, das Gericht müsse in Verfahren, die der Verhandlungsmaxime folgen, von sich aus nach den Tatsachen forschen, welche die Zulässigkeit des Gesuches berühren (vgl. BGE 139 III 278 E. 4.3., BGer 4P.197/2003, E. 3.2; BGer 4P.239/2005, E. 4.3). Im Bereich der Prozessvoraussetzungen gilt ein eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht ist nicht zu ausgedehnten Nachforschungen verpflichtet (Zürcher, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm, 2. Auflage, Art. 60 N 4).

3. Für die Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend zuständig, soweit die Zivilprozessordnung nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 13 ZPO).

a) Für Klagen aus Motorfahrzeug- und Fahrradunfällen ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Unfallort zuständig (Art. 38 Abs. 1 ZPO).

Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in der Stadt St. Gallen. Es besteht somit ein Gerichtsstand in St. Gallen.

b) Das Handelsgericht ist für handelsrechtliche Streitigkeiten sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (vgl. dazu Art. 6 Abs. 2 ZPO). Ist nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen, so hat die klagende Partei das Wahlrecht, an das Handelsgericht zu gelangen, wenn die übrigen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO gegeben sind.

aa) Voraussetzung für eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ist insbesondere, dass sich der Streitwert auf mindestens Fr. 30 000.– beläuft (BGE 139 III 67 E. 1.2). Für die Streitwertberechnung einer vorsorglichen Beweisführung sind die mutmasslichen Begehren im Hauptprozess massgebend (BGE 140 III 12 E. 3.3. E. 4).

bb) Aufgrund der Akten ist erstellt, dass der Gesuchsteller grundsätzlich im Rahmen des UVG unfallversichert ist. Dies schliesst allerdings Ansprüche gegen die Gesuchsgegnerin nicht aus, kann er gegen diese doch den sogenannten (Direkt-)Schaden geltend machen, d.h. denjenigen Teil des Schadens, der durch die Sozialversicherungen nicht übernommen wurde. Der Gesuchsteller erwähnt zwar in seinem Gesuch in allgemeiner Weise den erforderlichen Streitwert von mindestens Fr. 30 000.–. Er führt jedoch dazu nur aus, dass in Anbetracht seiner erlittenen

Verletzungen und der umstrittenen Kausalitätsfrage hinsichtlich des Tumorrezidives davon auszugehen sei, dass das Handelsgericht zuständig sei. Obwohl die Gesuchsgegnerin in ihrer Gesuchantwort erklärt, sie könne nicht beurteilen, ob die Streitwertgrenze von Fr. 30 000.– erreicht sei oder nicht, unterlässt es der Gesuchsteller in seiner Gesuchsreplik glaubhaft darzulegen, dass der Streitwert von mindestens Fr. 30 000.– erfüllt sei. So bringt er nicht substanziiert vor, dass er aufgrund der erlittenen unfallbedingten Verletzungen bzw. des Anwachsens des Tumors einen (Direkt-) Schaden von mindestens Fr. 30 000.– erlitten habe, der durch die Gesuchsgegnerin als Autohaftpflichtversicherung zu bezahlen sei, sofern ihm mit dem beantragten Gutachten der Beweis des Kausalzusammenhangs gelinge.

Der Gesuchsteller hat somit nicht glaubhaft gemacht, dass ein Streitwert von mindestens Fr. 30 000.– gegeben ist.

4. Als Voraussetzung für die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ist ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft zu machen. Mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, ist ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung jedoch noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Der Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (vgl. BGE 138 III 76 E. 2.4.2; BGer 4A_336/2013 E. 3.2.2). Allgemein beurteilt sich nach den mutmasslichen Begehren im Hauptprozess, ob das vorsorglich beantragte Beweismittel eine erhebliche Tatsache betrifft und zum Beweis dieser Tatsache tauglich ist. Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ist nur als Hilfsverfahren für ein beabsichtigtes Hauptverfahren zulässig, weshalb die gesuchstellende Partei ihre Rechtsbegehren zu bezeichnen hat, die sie im Hauptprozess aufgrund eines schlüssig und substanziiert behaupteten Lebenssachverhalts einzuklagen gedenkt (vgl. BGE 140 III 12 E. 3.3; BGE 138 III 76 E. 2.4.2; BGE 140 III 16 E. 2.2.2).

a) Der Gesuchsteller begründet sein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung damit, dass die V AG in ihrer Eigenschaft als UVG-Versicherer das Vorhandensein eines rechtserheblichen Kausalzusammenhangs zwischen dem Unfallereignis vom 13. April 2012 und dem Tumorrezidiv mit Verfügung vom 10. Juli 2013 verneint habe. Im laufenden Einspracheverfahren verweise die V AG auf den Bericht des behandelnden Hausarztes vom 2. September 2014 und verneine nach wie vor den natürlichen Kausalzusammenhang (gest.act. 6). Der Hausarzt habe in seinem Bericht festgehalten, dass seines Erachtens ein derartiger kausaler Zusammenhang eher unwahrscheinlich, aber möglich sei. Dieser Einspracheentscheid präjudiziere den Haftungsanspruch des Gesuchstellers gegenüber der Gesuchsgegnerin, da diese das Vorhandensein eines rechtserheblichen Kausalzusammenhanges zwischen dem Unfallereignis und dem

Tumorrezidiv ebenfalls verneinen werde, wenn der obligatorische Unfallversicherer dies getan habe. Er stelle daher im Hinblick auf den sich abzeichnenden Haftungsprozess gegen die Gesuchsgegnerin den vorliegenden Antrag um vorsorgliche Beweisführung im Zusammenhang mit der umstrittenen Kausalität.

b) Die Gesuchsgegnerin wendet demgegenüber in ihrer Gesuchsantwort ein, der Gesuchsteller habe es unterlassen, den hinter dem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung stehenden materiellrechtlichen Anspruch glaubhaft zu machen. Er erwähne nur unbestimmt einen Haftpflichtanspruch. Trotz dieser Einwendung der Gesuchsgegnerin legt der Gesuchsteller auch in seiner Gesuchsreplik nicht dar, welche Ansprüche er gegenüber der Gesuchsgegnerin im Hauptverfahren im Zusammenhang mit dem Tumorrezidiv geltend machen will. Der Gesuchsteller behauptet nicht substanziiert, dass aufgrund der Vergrösserung des Tumors ein finanzieller (Direkt-)Schaden entstanden oder noch zu erwarten sei, für den er die Gesuchsgegnerin haftbar machen möchte. Ein solcher (Direkt-)Schaden ist denn auch nicht offensichtlich, nachdem der Gesuchsteller UVG-versichert ist und somit über einen sozialversicherungsrechtlichen Schutz verfügt.

Aus dem eingereichten ärztlichen Bericht des Hausarztes ergibt sich zudem, dass bereits am 24. August 2012 eine Reresektion (Wiederentfernung) des Tumorrezidivs erfolgte, eine Chemotherapie durchgeführt wurde und seither ein stabiler Verlauf ohne Hinweise auf ein Lokalrezidiv (Wiederauftreten des Tumors) oder Metastasen (Ableger des Tumors) besteht. Nachdem das Tumorrezidiv wenige Monate nach dem Verkehrsunfall operativ entfernt wurde, erscheint es auch nicht offensichtlich, dass der Gesuchsteller aufgrund des Tumorrezidivs einen materiellen Schaden erlitten hat oder ihm noch ein solcher droht, der ihm als (Direkt-)Schaden durch die Gesuchsgegnerin zu ersetzen wäre. Es fehlen somit Angaben zu einem Schaden, den der Gesuchsteller bei der Gesuchsgegnerin als (Direkt-)Schaden gestützt auf Art. 58 ff. Strassenverkehrsgesetz einfordern könnte.

Nachdem der Gesuchsteller nicht glaubhaft darlegt, aufgrund des Anwachsens des Tumors sei ihm ein (Direkt-)Schaden entstanden bzw. drohe ihm ein (Direkt-)Schaden zu entstehen, den er klagweise gegen die Gesuchsgegnerin geltend machen könnte, ist ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung zur Kausalität zwischen Unfall und der Entwicklung des Tumors nicht glaubhaft gemacht. Dies zumal der Gesuchsteller auch nicht darlegt, weshalb es ihm unmöglich sein sollte, den bestehenden oder drohenden (Direkt-)Schaden zumindest ansatzweise zu substanziieren.

5. Der Gesuchsteller hat somit weder glaubhaft gemacht, dass der erforderliche Mindeststreitwert für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts erfüllt ist, noch dass ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung besteht. Auf das Gesuch ist daher mangels Erfüllung der Prozessvoraussetzungen nicht einzutreten.

72

Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO (SR 272). Prozessvoraussetzung, dass die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden sei («res iudicata»). Materielle Rechtskraft (E.III.2.c): Kriterium der *Parteiidentität:* Die Anfechtung von Beschlüssen der Versammlung der Stockwerkeigentümer ist eine Gestaltungsklage, die im Falle der Gutheissung der Klage Wirkung für alle Stockwerkeigentümer hat. Die rechtskräftige Erledigung des Anfechtungsverfahrens bindet das Gericht auch im Verhältnis zwischen dem damaligen Anfechtungskläger und einem anderen Stockwerkeigentümer (E.III.2.c.bb). Kriterium der *Identität des Streitgegenstands* im Falle des Prozessabschlusses mittels eines gerichtlichen Vergleichs (E.III.2.c.cc), der über den ursprünglichen Prozessgegenstand hinausgeht (E.III.2.c.dd).

Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 28. Mai 2015

Die Parteien sind Stockwerkeigentümer in der Liegenschaft A in B. Der Kläger Y ist Eigentümer einer Stockwerkeigentumseinheit im 7. Obergeschoss. Den beklagten Ehegatten X gehört eine Stockwerkeigentumseinheit im 8. Obergeschoss. Diese Attika-Wohnung liegt unmittelbar über der Nachbarwohnung des Y und verfügt über einen Sitzplatz, der einen Teil des Flachdaches über der Wohneinheit des Y einnimmt.

Die Versammlung der Stockwerkeigentümer lehnte im Herbst 2010 mehrere Anträge des Y ab, darunter denjenigen, die Gatten X seien zu verpflichten, die Blumentröge, welche ihren Sitzplatz abgrenzten, an den ursprünglichen Ort gemäss Beilage zum Begründungsakt zurückzuversetzen. Weiter bewilligte die Versammlung nachträglich das Versetzen einer Türe am neben dem Sitzplatz gelegenen Abstellraum von der Süd- auf die Nordseite. Y focht diese beiden Beschlüsse beim Kreisgericht an; die StWE-Gemeinschaft beantragte Nichteintreten auf die Klage resp. deren Abweisung. Im Laufe jenes Verfahrens («OV-Verfahren») schlossen X und Y einen Vergleich, welchen die Bevollmächtigten der StWE-Gemeinschaft mitunterzeichneten. Er hat folgenden Wortlaut:

«1. Herr und Frau X als Eigentümer der Dachwohnung A verpflichten sich,
   - die Türe Abstellraum (Nordost) zu schliessen
   - den Sitzplatz West gemäss Grundrissplan […] gemäss Beilage zurückzusetzen.

   Der Rückbau erfolgt im Rahmen der geplanten Flachdachsanierung des Hauses A.
2. Herr Y bestätigt, dass er im Übrigen den heutigen Ausbau/Ausgestaltung des Flachdaches A akzeptiert.
3. Herr Y zieht zurück:
   - die Klage […] betreffend Anfechtung von Beschlüssen der StWE-Gemeinschaft ans Kreisgericht […]
   - die privatrechtliche Baueinsprache gegen den Baubewilligungsentscheid der Gemeinde B vom […] betreffend Fassaden- und Flachdachsanierung […]

   Die Rückzüge erfolgen gegenüber der StWE-Gemeinschaft, welche einen selbständigen Anspruch auf Durchsetzung dieser Ansprüche hat.

4. Die Kosten der Verfahren […] werden halbiert.
Jede Partei trägt ihre eigenen Anwaltskosten.»

Der Vergleich wurde dem Kreisgericht durch den Rechtsvertreter der StWE-Gemeinschaft zugestellt, mit der Bitte, das Verfahren «zufolge Klagerückzug» abzuschreiben. Das Kreisgericht schrieb das Verfahren «zufolge Vergleichs» als erledigt ab und verteilte die Kosten wie im Vergleich vereinbart («Abschreibungsbeschluss»).

Y macht geltend, die Gatten X hätten ihre Verpflichtungen aus dem Vergleich nicht erfüllt, einer Abmahnung mit Fristansetzung seien sie nicht nachgekommen. Er leitete Klage gegen die Gatten X ein. Er beantragte – zusammengefasst – die Beklagten X seien zu verpflichten, die nordwestliche Türe des Abstellraums rückzubauen und die Nutzung des Sitzplatzes auf den Umfang gemäss den Plänen des Begründungsakts einzuschränken, wobei insbesondere die ursprünglichen Blumentröge resp. entsprechende Abschrankungen (wieder) zu erstellen seien. Die Vorinstanz trat auf die Klage weitestgehend nicht ein.

Aus den Erwägungen:

III.

2. Voraussetzung für das Eintreten auf eine Klage ist u.a., dass es sich nicht um eine abgeurteilte Sache handelt (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO). Eine solche – «res iudicata» – liegt vor, wenn der strittige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Die Rechtskraft eines Entscheids (oder seines Surrogates) bewirkt seine Unabänderlichkeit (formelle Rechtskraft, nachstehende lit. b) sowie die Verbindlichkeit des Entscheids zwischen den gleichen Parteien in einem späteren Prozess (materielle Rechtskraft, nachstehende lit. c; vgl. Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 36 zu Art. 59 ZPO).

[…]

c) Mit der formellen tritt die materielle Rechtskraft ein; sie bedeutet Massgeblichkeit des Urteils in jedem späteren Verfahren unter denselben Parteien (Zürcher, ZPO Komm., N 39 zu Art. 59 ZPO; Zingg, Berner Kommentar, N 37, 39 und 95 zu Art. 59 ZPO; BGE 139 III 126 E. 3.1).

aa) Rechtskraftfähig sind grundsätzlich alle Entscheide, die einen Rechtsstreit mit einer Beurteilung der materiellen Anspruchsvoraussetzungen abschliessen, unabhängig von der Art der Klage (Zürcher, ZPO Komm., N 41, 44 zu Art. 59 ZPO; BGE 123 III 16 E. 2.a). Urteilen gleichgestellt ist die Erledigung der Streitsache durch Parteierklärung, insbesondere durch Vergleich oder Klagerückzug (sofern nicht i.S.v. Art. 63 oder Art. 65 a.E. ZPO erfolgt). Rechtskraftwirkung hat die Parteierklärung und nicht der Abschreibungsbeschluss (BK-Zingg, N 105 zu Art. 59 ZPO; vgl. Killias, Berner Kommentar, N 30 ff., 37, 39 zu Art. 241 ZPO).

Die Erledigung des OV-Verfahrens ist rechtskraftfähig. Da der Prozessabschluss durch die Parteierklärung selbst erfolgt – und nicht durch den Abschreibungsbeschluss – ist primär auf den Vergleich und dessen Wortlaut abzustellen und nicht auf den

Abschreibungsbeschluss; für die materielle Rechtskraft (nicht aber die Identität des Sachverhaltes, nachstehend lit. cc und dd) ist irrelevant, ob die Abschreibung infolge Vergleichs oder Rückzugs erfolgte (zumal nicht behauptet oder erkennbar ist, dass der Rückzug auf eine Art erfolgte, die keine Rechtskraftwirkung erzeugte).

bb) Die materielle Rechtskraft wirkt sich in späteren Verfahren nur aus, wenn die gleiche Rechtssache *zwischen den gleichen Parteien* erneut streitig ist. In der Regel schafft ein Entscheid (oder dessen Surrogat) nur zwischen den betreffenden Parteien Verbindlichkeit. Am Prozess nicht beteiligte Dritte werden durch die Rechtskraft im Grundsatz nicht berührt, eine Erstreckung der Rechtskraftwirkung auf Dritte erfolgt nur im Ausnahmefall und aus zwingenden Gründen (BK-Zingg, N 136–138 zu Art. 59 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 24 N 15 a. A.; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 7.56–58; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, N 12.d.aa zu Art. 192 ZPO/BE; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 4.a zu Art. 89 ZPO/SG).

Neben hier nicht interessierenden Fallgruppen von Ausnahmen – im Vordergrund stehen neben prozessualen Sonderfällen verschiedene Formen der Rechtsnachfolge (vgl. eingehend Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, N 12.d zu Art. 192 ZPO/BE; BK-Zingg, N 139 ff. zu Art. 59 ZPO, Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar, N 4.b zu Art. 89 ZPO/SG, Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 24 N 15 1. und 2. Spiegelstrich) – gilt eine Ausnahme insbesondere für Gestaltungsurteile. Deren allfällige Drittwirkung ist nicht Äusserung der materiellen Rechtskraft, sondern Folge der richterlichen Umgestaltung materiellen Rechts; die konkreten Rechtsfolgen sind dem im Einzelfall anwendbaren materiellen Recht zu entnehmen: Das Scheidungsurteil etwa wirkt erga omnes, ein gutheissendes Urteil über die Anfechtungsklage bzgl. eines Generalversammlungsbeschlusses von Gesetzes wegen gegenüber allen Aktionären (Art. 706 Abs. 5 OR), aber das eine Testamentsungültigkeitsklage gutheissende Urteil nur unter den Prozessparteien (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, N 12.e zu Art. 192 ZPO/BE; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar, N 4.c, 5. Spiegelstrich zu Art. 89 ZPO/SG; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 24 N 15 3. Spiegelstrich; Markus, Berner Kommentar, N 19 zu Art. 87 ZPO).

Eine ausdrückliche Regelung analog dem Recht der Aktiengesellschaft (Art. 706 Abs. 5 OR) fehlt dem Vereinsrecht, das kraft Verweisung für die Anfechtung von Beschlüssen der Versammlung der Stockwerkeigentümer zur Anwendung gelangt (Art. 712m Abs. 2 ZGB; BSK ZGB II-Bösch, N 10 zu Art. 712m ZPO), zwar, jedoch wird auch mit der Anfechtung eines Beschlusses der StWE-Versammlung gleich wie im Falle der aktienrechtlichen Anfechtungsklage das interne Verhältnis einer rechtlich geordneten Personenmehrheit geregelt, so dass das gutheissende (also den angefochtenen Beschluss aufhebende) Urteil erga omnes wirkt (BK-Markus, N 13 und 19 zu Art. 87 ZPO; Riemer, Berner Kommentar, N 81 zu Art. 75 ZGB; Riemer, Stämpflis Handkommentar, N 19 zu Art. 75 ZGB; vgl. für Forderungen Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar, N 88 zu Art. 712l ZGB).

Die Klage im OV-Verfahren zielte auf die Anfechtung resp. Nichtigerklärung von zwei Beschlüssen der Versammlung der Stockwerkeigentümer. Es handelte sich dabei um eine Gestaltungsklage, die im Falle der Gutheissung Wirkung für alle Stockwerkeigentümer, also auch die nunmehrigen Beklagten, gehabt hätte. Für die Frage der materiellen Rechtskraft, also der Bindungswirkung für ein zweites Verfahren, gilt dies auch für die Abweisung der entsprechenden Gestaltungsklage (resp. den diese surrogierenden Klagerückzug, BK-Killias, N 39 al. 1 zu Art. 241 ZPO), d.h. die rechtskräftige Erledigung des OV-Verfahrens bindet das Gericht auch im Verhältnis zwischen dem Kläger und den nunmehrigen Beklagten.

cc) Umstritten ist zwischen den Parteien, ob ein gerichtlicher Vergleich oder ein blosser Klagerückzug (allenfalls innerhalb eines aussergerichtlichen Vergleiches) vorliege.

Der *Klagerückzug* ist eine einseitige Erklärung des Klägers, die Klage zurückzuziehen. Es handelt sich um eine Abstandserklärung, die an das Gericht zu richten ist (Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 23 N 20; BK-Killias, N 5 zu Art. 241 ZPO; Leumann Liebster, ZPO Komm., N 11 zu Art. 241 ZPO). Ein *gerichtlicher Vergleich* (Prozessvergleich) ist die gegenseitige Einigung der Parteien über die im Rechtsstreit auszutragende Differenz nach Prozesseinleitung. Typischerweise erfolgt die Beilegung der Streitigkeit durch ein gegenseitiges Nachgeben; er macht die Fortsetzung des Prozesses und den gerichtlichen Entscheid unnötig, an seine Stelle tritt ein privatrechtlicher Vertrag, dem aber zufolge des bereits hängigen Prozesses (und formell durch gerichtlichen Erledigungsbeschluss) prozessrechtliche Bedeutung zukommt (Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, S. 149; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O. § 23 N 24, 29; BK-Killias, N 11, 14 zu Art. 241 ZPO; Leumann Liebster, ZPO Komm., N 7 zu Art. 241 ZPO). Der Vergleich muss sich nicht auf den Prozessgegenstand beschränken, er kann auch von der Klage nicht erfasste Punkte («Pendenzen», Walder, a.a.O., S. 155) sowie streitige oder ungewisse Rechtsverhältnisse einer Partei zu Dritten umfassen, wobei in letzterem Fall die Zustimmung der Drittperson erforderlich ist (Walder, a.a.O., S. 155, BK-Killias, N 12 zu Art. 241 ZPO; Leumann Liebster, ZPO Komm., N 7 zu Art. 241 ZPO; vgl. BGer 5A_77/2012 E. 4.2.2). Andiskutiert wird, ob der Klagerückzug, verbunden einzig mit einer vom Gesetzlichen abweichenden Kostenregelung (materiell) einen Vergleich darstellt (AGVE 2001, 57 f. mit Hinweis auf Walder, a.a.O., S. 142, FN 2). Schliesslich darf der Vergleich sich nur auf Ansprüche beziehen, die der freien Disposition der Parteien unterstehen, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf Fälle nicht zutrifft, die aufgrund des materiellen Rechts Wirkung gegenüber am Verfahren nicht beteiligte Dritte haben; so muss sich etwa ein am Prozess nicht beteiligter Aktionär nicht gefallen lassen, dass ein angefochtener Beschluss der Generalversammlung der Aktiengesellschaft durch einen – gerichtlichen oder aussergerichtlichen – Vergleich erledigt wird, hierfür ist ein Gerichtsentscheid notwendig (BGE 80 I 385 [= Pra 44 Nr. 40] E. 3; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 23 N 27). Keine (unmittelbar) prozessrechtliche, sondern rein privatrechtliche Natur ist dem *aussergerichtlichen*

Vergleich eigen. Dieser ist ein materiellrechtlicher Innominatkontrakt, dessen Inhalt dem Gericht typischerweise nicht bekanntgegeben wird, allenfalls wird diesem die Gegenstandslosigkeit infolge Einigung mitgeteilt; der aussergerichtliche Vergleich kann eine Abstandserklärung enthalten und so zur Abschreibung wegen Rückzugs oder Anerkennung führen (Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 23 N 25 [welche die These vertreten, ein solcher Rückzug hätte novierende Wirkung, so dass der zurückziehende Kläger bei Nichterfüllung der Gegenleistung wiederum eine neue Klage einreichen könne]; BK-Killias, N 16 zu Art. 241 ZPO; Leumann Liebster, ZPO Komm., N 7 zu Art. 241 ZPO).

Der Vergleich wurde vorliegend nach Prozesseinleitung, unmittelbar vor Durchführung der Hauptverhandlung, abgeschlossen und vom Rechtsvertreter der Beklagten dem Gericht zwecks Abschreibung eingereicht, und dies – entgegen der Darstellung des Klägers – mit durch den Vergleich (Ziff. 3 Abs. 2) eingeräumter Befugnis. Aus prozessualer Warte steht der Klagerückzug zwar im Vordergrund, doch selbst wenn man die eingegangenen Verpflichtungen der nunmehrigen Beklagten vorerst ausblendete, handelt es sich dabei durchaus nicht um die einzige der im Rahmen des Prozessgegenstandes relevanten Erklärungen: Der Kläger zog neben der damals hängigen Klage auch eine Baueinsprache betreffend die Fassaden- und Flachdachsanierung zurück, und man traf eine Kostenregelung; ferner erklärte sich der Kläger bereit, einen Gestaltungszustand des Flachdaches zu akzeptieren, sofern die heutigen Beklagten gewisse Anpassungen vornähmen. Diese Anerkennung betraf – da es sich um die Gestaltung der Miteigentumssache handelte – das Verhältnis zwischen den damaligen Parteien. Was den damaligen Prozessgegenstand anbelangt, war zwischen den damaligen Prozessparteien eine vergleichsweise Lösung gar nicht möglich: Die Anfechtung des Beschlusses der StWE-Gemeinschaft wirkt gegenüber deren allen Mitgliedern (die dem Beschluss zugestimmt hatten), dieser Punkt stand ausserhalb der Verfügungsgewalt der Prozessparteien, die StWE-Gemeinschaft konnte im Rahmen des vorgegebenen Prozessstoffes gegenüber dem Kläger formell nicht «nachgeben». Indessen wird mit den Zugeständnissen der Eigentümer der Dachwohnung derjenige Zustand geschaffen, zu dessen Duldung oder Schaffung die StWE-Gemeinschaft diese hätte verpflichten müssen, wäre sie im Prozess unterlegen, resp. ein Zustand, welcher die angefochtenen (vor allem im Interesse der nun Beklagten liegenden) Beschlüsse obsolet machte. Wenn auch nicht formell, so doch materiell erhielt der Kläger damit von den heutigen Beklagten weitgehend das zugesichert, was er mit der Klage gegen die damalige Beklagte anstrebte: das Schliessen der Türe zum Abstellraum und eine Nutzungsanpassung, wobei letztlich beides die Gestaltung resp. (Sonder-) Nutzung der Miteigentumssache betraf. Inhaltlich geht der Vergleich damit über den blossen Klagerückzug hinaus; weiter wurde ein Kostenantrag formuliert und der Beklagten das Recht auf Durchsetzung eingeräumt. Es handelt sich insgesamt um einen *gerichtlichen Vergleich.*

dd) Eine abgeurteilte Sache liegt vor, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig (und materiell siehe vorne, lit. aa) beurteilten identisch ist.

aaa) Die Identität des Streitgegenstandes beurteilt sich nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen (BGE 139 III 126 E. 3.2.3; BGE 136 III 123 E. 4.3.1; s. auch BGE 125 III 241 E. 1 je m.w.H.; zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff, vgl. BK-Zingg, N 71, 75 zu Art. 59 ZPO). Für die Identität nicht relevant ist die angerufene (resp. zwischen den beiden Prozessen als verändert behauptete) rechtliche Anspruchsgrundlage (eingehend BK-Zingg, N 74, 93 zu Art. 59 ZPO). Der Begriff der Anspruchsidentität ist nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Er wird durch die mit dem Begehren des abgeschlossenen Verfahrens insgesamt erfassten und beurteilten Rechtsbehauptungen bestimmt. Der neue Anspruch ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war, wenn bloss das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung unterbreitet wird oder wenn die im ersten Prozess beurteilte Hauptfrage für Vorfragen des zweiten Prozesses von präjudizieller Bedeutung ist (zur letztgenannten Konstellation kritisch BK-Zingg, N 81, letzter Spiegelstrich, S. 597 f., zu Art. 59 ZPO); anderseits sind Rechtsbehauptungen trotz gleichen Wortlauts nicht identisch, wenn sie nicht auf dem gleichen Entstehungsgrund, d.h. auf denselben Tatsachen und rechtlichen Umständen beruhen (BGE 123 III 16 E. 2.a; 121 III 474 E. 4.a). Die Identität des Antrags und die des Sachverhalts sind gesondert zu prüfen (BGE 139 III 1 26 E. 3.2.3 m.w.H.; BK-Zingg, N 76–80 [zum Allgemeinen], N 81 [zu den Anträgen], N 82–92 [zum Sachverhalt] zu Art. 59 ZPO).

Beim gerichtlichen Vergleich im Besonderen ist zu beachten, dass Vergleichsbestimmungen, welche über den Prozessgegenstand hinausgehen, und dabei insbesondere solche, welche eigentliche Gegenleistungen für einen Klagerückzug darstellen, mittels des Abschreibungsbeschlusses einen Vollstreckungstitel erhalten und an der materiellen Rechtskraft des Prozessabschlusses teilhaben (Walder, a.a.O., S. 155; BGE 110 II 44 E. 5; AGVE 2001, S. 57). Zur Bestimmung des Umfanges, in welchem ein Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist (und damit als abgeurteilte Sache gilt), ist bei einem vergleichsweisen Abschluss damit zur Auslegung des rechtskräftig gewordenen Dispositives nicht nur auf die ursprünglichen Anträge abzustellen, sondern auch auf den Text des Vergleiches.

bbb) Im OV-Verfahren war ein Vergleich mit (fasst man das aktuell beklagte Ehepaar als Einheit zusammen) drei Akteuren geschlossen worden, wobei die eine Vertragspartei des Vergleichs – die damals eingeklagte StWE-Gemeinschaft – selber nicht über Rechtspersönlichkeit, sondern nur über beschränkte Handlungsfähigkeit im gesetzlichen Umfang gemäss Art. 712l ZGB verfügte. Die aktuell Beklagten, Mitglieder der damals beklagten StWE-Gemeinschaft und nach Massgabe der Personenidentität von der Rechtskraft eines Entscheides in der damaligen Sache auf deren Seite mit betroffen, gaben in diesem Vergleich ein Leistungsversprechen ab, nämlich Gestaltungselemente rückzubauen resp. eine Nutzungsart zurückzunehmen, welche mit den damals angefochtenen Beschlüssen der Versammlung der Stockwerkeigentümer legitimiert worden waren. Der Kläger zog die Klage ausdrücklich wegen dieses

Versprechens zurück. Die StWE-Gemeinschaft selber hätte dem Kläger im Rahmen eines Vergleiches im Hauptklagepunkt gar nicht entgegenkommen dürfen. Wohl hätte sie – da die der Gemeinschaft zustehende Gebäudehülle resp. Dachnutzung betroffen war – dem Kläger die baulichen Massnahmen zusichern können, die schliesslich die nunmehrigen Beklagten versprachen; an ihrer Stelle taten dies also die aktuell Beklagten, welche mutmasslich im Verhältnis zwischen der StWE-Gemeinschaft und diesen letztlich die Kosten ohnedies zu tragen gehabt hätten. Das Leistungsversprechen der nunmehrigen Beklagten war (zusammen mit dem Zugeständnis in der Kostenfrage durch die StWE-Gemeinschaft) die dem Kläger versprochene Gegenleistung für den Rückzug der damaligen Klage (und Baueinsprache) und nimmt damit inhaltlich an der Rechtskraftwirkung des den Prozess abschliessenden Vergleichs teil.

Die Lebenssachverhalte, welche den beiden Verfahren zugrunde liegen, entsprechen einander. Damals wie heute ging bzw. geht es darum, dass die Beklagten Teile des Flachdaches nutzen und eine Türe in die Wand des Abstellraumes bauten, was der Kläger nicht für zulässig hält […]. Gegenüber dem OV-Verfahren hat sich sachverhaltlich geändert, dass der Vergleich abgeschlossen wurde und damit eine verbriefte Verpflichtung der Beklagten selbst vorliegt, einen entsprechenden Rückbau vorzunehmen. Der Vergleich aber hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO) und stellt keine seit dem Verfahrensabschluss aufgetretene neue Tatsache dar (vgl. BK-Zingg, N 91 zu Art. 59 ZPO sowie N 88 mit Hinweis auf BGer 5A_438/2007 E. 2.2.1). Die Neuinterpretation der Anspruchsgrundlage schliesslich (Vergleich als vertragliche Grundlage anstelle der gesetzlichen und reglementarischen Regelung der StWE-Gemeinschaft) alleine vermag die Identität das Sachverhaltes nicht zu ändern (BK-Zingg, N 93 zu Art. 59 ZPO).

ee) Soweit von den Rechtsbegehren des OV-Verfahrens und dem Vergleich bereits erfasst, besteht zwischen dem Kläger und den Beklagten also ein materiell rechtskräftiger Entscheid und damit eine abgeurteilte Sache und es ist auf die Klage nicht einzutreten.

73

Art. 85 ZPO (SR 272). Unbezifferte Forderungsklage. Voraussetzung der Unmöglichkeit resp. Unzumutbarkeit der Bezifferung der Forderung. Der Nachweis für die Unmöglichkeit resp. Unzumutbarkeit obliegt der klagenden Partei, es liegt weder an der beklagten Partei noch am Gericht, bei Substantiierungsschwierigkeiten der Klägerin von sich aus und entgegen dem Klagefundament von einer unbezifferten Forderungsklage auszugehen oder eine entsprechende Klageänderung anzunehmen (E. II.2).

Art. 320 Abs. 2 OR (SR 220). Entstehung eines Arbeitsvertrags ohne ausdrücklichen Vertragsschluss (faktisches Vertragsverhältnis). Zentrale Voraussetzung ist, ob aufgrund der objektiven Umstände eine Lohnzahlung einziger resp. wichtigster Grund für die widerspruchslose Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation war (E. III.1).

Art. 55 Abs. 1 ZPO. Verhandlungsgrundsatz; allgemeine Ausführungen zu Behauptungs-, Substantiierungs-, Bestreitungs- und Beweisführungslast (E. III.2.a).

Art. 56 ZPO. Richterliche Fragepflicht; allgemeine Ausführungen (E. III.2.c).

Art. 152 Abs. 1 ZPO. Recht auf Beweis; allgemeine Ausführungen (E. III.2.d).

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 21. August 2015
-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016)

X lebte während mehrerer Jahre mit Y im Konkubinat. Sie macht geltend, vor und während des Zusammenlebens für eine Y und seinem Bruder gehörende Kollektivgesellschaft Z namentlich Büroarbeiten erledigt zu haben und trotz erheblichen Umfangs der Arbeitsleistung dafür nicht entlohnt worden zu sein. Nachdem eine nachträgliche Einigung gescheitert war, trat X die Forderung aus dem «faktischen Arbeitsverhältnis bei Y» an die Klägerin ab. Die Klägerin macht gegenüber der Z (Beklagte) eine Lohnzahlung von netto Fr. 94 000.– geltend (entsprechend 47 Monatslöhnen zu Fr. 2000.–).

Aus den Erwägungen:

II.

[…]

2. Umstritten ist, ob eine unbezifferte Forderungsklage i.S.v. Art. 85 ZPO vorliege, bzw. ob von einem zulässigen Wechsel zu einer unbezifferten Forderungsklage auszugehen ist.

a) Grundsätzlich ist die Forderungsklage auf Geld zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO); die unbezifferte Forderungsklage i.S.v. Art. 85 ZPO gestattet der klagenden Partei ausnahmsweise, eine Klage ohne genau bezifferten Antrag zu erheben, wenn es

ihr unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, die Bezifferung also erst nach dem Beweisverfahren möglich ist. Die klagende Partei muss als vorläufigen Streitwert einen Mindeststreitwert angeben. Der Anspruch ist, soweit möglich und zumutbar, zu substantiieren, das Rechtsbegehren unmittelbar im Anschluss an das Beweisverfahren zu beziffern (zum Ganzen Markus, Berner Kommentar, N 3, 11, 14, 20, 23 zu Art. 59 ZPO; BGer 4A_93/2014 E. 4.3.1). Nicht ausreichend ist, einzig unter Hinweis auf fehlende Informationen auf die Bezifferung zu verzichten. Der Klägerin obliegt der Nachweis, dass und inwieweit eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist. An der Möglichkeit oder Zumutbarkeit der Bezifferung fehlt es einzig, wenn ein Beweisverfahren schon für schlüssige Behauptungen unabdingbar ist (BGer 4A_93/2014 E. 4.3.2). Unmöglich ist die Bezifferung, wenn der Klägerin die genaue Höhe des Anspruchs nicht bekannt ist und diese Unkenntnis auf Tatsachen in der Sphäre der Beklagten beruht. Unzumutbar ist sie, wenn sich die Höhe des Anspruchs nur mithilfe eines vorsorglichen Expertiseverfahrens, einer vorsorglichen Beweisaufnahme o.ä. ermitteln liesse (Bopp/Bessenich, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 12 f. zu Art. 85 ZPO).

b/aa) […]

bbb) Das Rechtsbegehren sowohl der Klagebewilligung wie auch der Klage lautet auf ein beziffertes Rechtsbegehren. Der Klagebegründung lässt sich allenfalls entnehmen, dass eine Teilklage vorliegen könnte (indem sich die Klägerin vorbehielt, auch mutmasslich verjährte Betreffnisse einzuklagen), in der Klage wird aber nicht geltend gemacht, dass die Bezifferung des Anspruchs unmöglich oder unzumutbar sei und weshalb dem so sei. Im Gegenteil legte die Klägerin dar, wie der Klagebetrag zustande komme und auf welche Art Unwägbarkeiten rechnerisch integriert worden seien. In der Replik beschränkte sich die Klägerin darauf, auf die Natur der eingeklagten Forderung zu verweisen. Damit verkannte die Klägerin ihre prozessualen Obliegenheiten: Es war weder am Gericht noch an der Gegenpartei («Der Beklagtenanwalt übersieht offenbar...»), aus der Art der Forderung eine vorgegebene Schwierigkeit der Substantiierung zu erkennen und die bezifferte Klage entgegenkommenderweise als unbezifferte Forderungsklage zu behandeln, sondern an ihr, der Klägerin, die Klage als das zu bezeichnen, was sie sein solle, vor allem aber darzutun, weshalb die Bezifferung unzumutbar oder unmöglich gewesen sei. Diesem Erfordernis kam sie nicht nach resp. vermochte sie mit der pauschalen Verweisung auf Schwierigkeiten des Nachweises – die ihr wohl erst nach Lektüre der Klageantwort bewusst geworden sind – nicht zu genügen. Letzteres gälte auch dann, wenn man die unbezifferte Forderungsklage nicht als ursprünglich gestellt, sondern als durch Klageänderung zulässig erklärte. Es braucht deshalb nicht erörtert zu werden, ob das blosse Zitieren eines Gesetzesartikels als Begründung einer Klageänderung ausreichen könnte. Anlässlich der Hauptverhandlung jedenfalls verwies der klägerische Rechtsvertreter zwar auf die Rechtsbegehren gemäss Klage *und Replik,* stützte sich aber auf die ursprüngliche Berechnung und verlor kein weiteres Wort zur unmöglichen oder unzumutbaren

Bezifferung. Die Vorinstanz konnte deshalb zu Recht davon ausgehen, die Berufung auf die unbezifferte Forderungsklage sei in der Replik nachgeschoben, aber anlässlich der Hauptverhandlung faktisch fallen gelassen worden.

bb) […]

bbb) […]

Bezüglich eines «Klagewechsels» im Berufungsverfahren ist der Klägerin schliesslich entgegenzuhalten, dass eine Klageänderung nicht dann zulässig wäre, wenn «kein Hinderungsgrund» vorliegt, sondern dann, wenn sie, die Klägerin, die Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO – neben der gleichen Verfahrensart und dem engen Sachzusammenhang (Art. 227 Abs. 1 i.V.m. Art. 317 Abs. 2 lit. a ZPO) fällt insbesondere das Erfordernis ins Gewicht, dass die Klageänderung im Berufungsverfahren durch zulässig eingebrachte neue Tatsachen oder Beweismittel veranlasst sein muss (Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO, vgl. Reetz/Hilber, ZPO Komm., N 86 zu Art. 317 ZPO) – darlegt und beweist. Dies tut sie wiederum nicht.

cc) Insgesamt behandelte die Vorinstanz die Angelegenheit aufgrund des Prozessganges zu Recht ihrer Gestalt entsprechend als bezifferte Forderungsklage und ist auch im Berufungsverfahren nicht anders zu verfahren.

[…]

III.

1. a) Wie eingangs angedeutet, ist umstritten, ob vom 1. Dezember 2007 bis zum 31. Oktober 2011 zwischen X und der Beklagten ein seiner Natur nach entgeltliches Arbeitsvertragsverhältnis bestand sowie, gegebenenfalls, in welchem Umfang dies der Fall gewesen und wie dies abzugelten ist. Die Vorinstanz hielt – zusammengefasst – dafür, dass X zwar «gelegentliche Tätigkeiten in geringfügigem Ausmass» für die Beklagte verrichtet habe, dass unter Berücksichtigung der Umstände jedoch von einer Gefälligkeit, resp. der stillschweigenden Vereinbarung einer entschädigungslosen Leistung auszugehen sei.

b) Der (Einzel-)Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Schuldvertrag, der ein Dauerschuldverhältnis zwecks Leistung von Arbeit gegen ein Entgelt unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation begründet (Art. 319 Abs. 1, BSK OR I-Portmann, N 1 zu Art. 319 OR; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, N 2 zu Art. 319 OR, S. 71; Geiser/Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 99 f.). Ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist im Einzelfall anhand aller Elemente des Verhältnisses zu beurteilen, wobei die Bezeichnung durch die Parteien oder die Behandlung durch die Sozialversicherungen irrelevant ist (Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 319 OR, S. 72).

Der Abschluss des Arbeitsvertrages ist in aller Regel nicht an eine Form gebunden (Art. 320 Abs. 1 OR); er kommt auch zustande, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR); ist dies der Fall – und die Unentgeltlichkeit nicht explizit vereinbart –, so liegt eine unwiderlegbare Vermutung für den Abschluss eines Arbeitsvertrages vor. Die Norm grenzt die unentgeltliche von

der entgeltlichen Arbeit ab, gleichzeitig handelt es sich um eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Arbeitnehmers: Bei Stillschweigen über den Lohn soll nicht vorschnell ein Verzicht auf den Lohnanspruch angenommen werden (insb. wenn die Arbeit mit der – später enttäuschten – Hoffnung auf eine besondere Vergütung erfolgte) und die Arbeitsaufnahme bei noch nicht vollständiger Einigung über die wesentlichen Punkte des Vertrages soll dem Arbeitnehmer nicht schaden (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, N 17 zu Art. 320 OR; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR, S. 139 f.; Geiser/Müller, a.a.O., N 260–262). Massgeblich sind die objektiven Umstände und (ausser im Fall der ausdrücklich vereinbarten Unentgeltlichkeit) nicht der tatsächliche oder aufgrund des Vertrauensprinzips ermittelte Parteiwille (Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR, S. 139 f; BK-Rehbinder/Stöckli, N 17 zu Art. 320 OR).

Bei dieser Abgrenzung von entgeltlicher und unentgeltlicher Arbeit ist danach zu fragen, ob bei Würdigung der objektiven Umstände der Lohn als einziger oder doch wichtigster Grund der Arbeitsleistung bei widerspruchsloser Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis) erscheint (BK-Rehbinder/Stöckli, N 17 zu Art. 320 OR; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR, S. 140). Das ist für Tätigkeiten gegeben, die man üblicherweise verrichtet, um seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Umstände, die üblicherweise für die Unentgeltlichkeit sprechen, sind i.d.R. Nachbarschaftshilfe, Freundschaftsdienste, nebenamtliche karitative Tätigkeit oder Arbeit aufgrund familienrechtlicher Pflichten. Im Konkubinat bestehen solche Pflichten vorab, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurden; diese können in gewissem Umfang die Mithilfe im Betrieb des Partners oder die Besorgung des gemeinsamen Haushalts umfassen. Die Mitarbeit des Konkubinatspartners vermag die Abschlussvermutung jedenfalls dann zu begründen, wenn sie über den Rahmen familienrechtlicher Beistandspflichten klar hinausgeht (Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, N 11.b, 3. Spiegelstrich zu Art. 320 OR; BK-Rehbinder/Stöckli, N 17, 22 zu Art. 320 OR; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR, S. 142 f.).

Die Klägerin beruft sich im Prozessverlauf einzig auf ein solches faktisches Arbeitsverhältnis, sie behauptet insbesondere nicht, es sei ein Arbeitsvertrag geschlossen worden, in dessen Rahmen die Entgeltlichkeit explizit vereinbart resp. eine Lohnvereinbarung getroffen worden wäre. Zu prüfen ist somit, ob die objektiven Verhältnisse dafür sprechen, dass X – in einem Subordinationsverhältnis resp. in die Arbeitsorganisation der Beklagten integriert – Arbeiten verrichtete, die nur gegen Lohn zu erwarten waren, dabei insbesondere, ob die Ausrichtung eines Lohnes als zumindest wichtigstes Motiv erscheint. Die Bemessungsfaktoren für die Lohnberechnung sind zu prüfen, wenn dies bejaht wird. Die Beweislast hierfür trägt die Klägerin (Art. 8 ZGB), der Beklagten steht der Gegenbeweis offen.

2. Die Klägerin macht im Rahmen einleitender Bemerkungen geltend, die Vorinstanz habe mit dem angefochtenen Entscheid die Regeln zur Substantiierungs- und Behauptungslast falsch angewendet und die richterliche Fragepflicht verletzt. […]

a) Im – hier geltenden – Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes (Art. 55 Abs. 1 ZPO) obliegt der Klägerin, in der Klageschrift die rechtsbegründenden Tatsachen darzulegen und Beweismittel zu benennen.

Die *Behauptungslast* besagt, dass die Parteien Behauptungen über die Existenz von nach Ort und Zeit bestimmten Gegebenheiten der Aussenwelt oder des geistigen Innenlebens, von Tatsachen also, aufzustellen haben. Die Behauptungslast trägt die beweisbelastete Partei. Fehlende Sachvorbringen sind den unbewiesenen gleichgestellt – fehlt das Sachvorbringen, so bleibt der Beweis aus und die beweisbelastete Partei trägt im Ergebnis den Nachteil der Beweislosigkeit (Hurni, Berner Kommentar, N 12–15 zu Art. 55 ZPO; BGer 4C.166/2006 E. 3). Welche Tatbestandselemente zu behaupten sind, ergibt sich durch Auslegung aus der Sachnorm, auf welche die klagende Partei ihre Rechtsbegehren stützt. Die Behauptungslast erfordert das Aufstellen eines schlüssigen, vollständigen und widerspruchsfreien Tatsachenvortrags, der – sofern er als bewiesen angenommen würde – den Schluss auf die anbegehrte Rechtsfolge zuliesse (BGer 4A_144/2009 E. 3.2, 4A_210/2009 E 3.2; BK-Hurni, N 17–20 zu Art. 55 ZPO). Darüber hinaus trifft die beweisbelastete Partei, abhängig von der Reaktion der Gegenpartei, die Substantiierungslast. Diese verlangt, den durch gegnerische Bestreitungen ungenau gewordenen Tatsachenvortrag so weit zu konkretisieren, bis er wiederum als subsumtionsfähig und schlüssig gelten kann. Die Vorbringen sind nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BK-Hurni, N 23–25 zu Art. 55 ZPO; Sutter-Somm/Von Arx, ZPO Komm., N 25 f. zu Art. 55 ZPO; zum Ganzen auch Killias, Berner Kommentar, N 21 f., 29 zu Art. 221 ZPO). Die Schlüssigkeit des Tatsachenvortrags ist sodann Voraussetzung des Beweisanspruchs: Ist der klägerische Tatsachenvortrag nicht schlüssig, so ist die Klage ohne Beweisverfahren abzuweisen. Insbesondere dient das Beweisverfahren nicht dazu, eine lückenhafte Sachdarstellung zu vervollständigen, um die notwendigen schlüssigen Tatsachenbehauptungen zu gewinnen (BK-Hurni, N 28 f. zu Art. 55 ZPO).

Gegenstück der Behauptungslast ist die *Bestreitungslast*. Bestreitet eine Partei die Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, so gilt die Tatsache als unbestritten. Ist der Tatsachenvortrag der klagenden Partei schlüssig, so liegt es an der beklagten Partei, diesen zu bestreiten. Dem ist Genüge getan, wenn die Bestreitung bei Unterstellung ihrer Wahrheit das gegnerische Begehren als unbegründet erscheinen liesse und zur Abweisung der Klage führen würde. Die Bestreitung ist insofern zu detaillieren, als klar werden muss, welche Tatsachenbehauptungen im Einzelnen anerkannt oder bestritten sind, doch muss sie nicht gleichermassen substantiiert wie die Behauptung erfolgen; es genügt, wenn sie so weit konkretisiert wird, als notwendig ist, um den Behauptungsbelasteten zu der ihm obliegenden Beweisführung zu veranlassen. Die Bestreitungslast führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast (BK-Hurni, N 39 f. zu Art. 55 ZPO).

Schliesslich trifft jede beweisbelastete Partei die *Beweisführungslast:* Die Partei hat die Beweismittel für die von ihr behaupteten Tatsachenbehauptungen zu benennen, zu beantragen und anzubieten, wobei anzugeben ist, welches Beweismittel für welche Tatsachenbehauptung Beweis liefern soll (Art. 55 Abs. 1 a. E. ZPO; Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; BK-Hurni, N 45 zu Art. 55 ZPO). Die Beweismittel sind genau zu bezeichnen, es ist unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich auf einen Stoss Akten oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen. Auch bei mehrseitigen Dokumenten ist die relevante Stelle zu bezeichnen (BK-Killias, N 29 zu Art. 221 ZPO).

[…]

c) Es sind mehrere Milderungen der Behauptungslast resp. des Verhandlungsgrundsatzes gängig (BK-Hurni, N 30 ff. zu Art. 55 ZPO; Sutter-Somm/Von Arx, ZPO Komm., N 36 ff. zu Art. 55 ZPO); die Klägerin beruft sich einzig darauf, die Vorinstanz sei ihrer Fragepflicht nicht nachgekommen. Der Einwand der Klägerin auf den Vorhalt, sie wolle einen unerlaubten Ausforschungsbeweis führen, es sei ja Allgemeinwissen, welche Geschäftsunterlagen zur Edition gemeint seien, verweist nicht auf Notorietät (BK-Hurni, N 31 zu Art. 55 ZPO; Sutter-Somm/Von Arx, ZPO Komm., N 38 ff. zu Art. 55 ZPO), sondern ist im Rahmen des Rechts auf Beweis, in dem er auch vorgebracht wurde, zu behandeln.

Die Möglichkeiten des Gerichts, der Klägerin im Rahmen der Fragepflicht (Art. 56 ZPO) Anleitung zur Nachbesserung zu geben, sind begrenzt. Auch die Fragepflicht setzt voraus, dass ein bestimmter Sachverhalt zumindest andeutungsweise behauptet wird, aber noch gewisser Vervollständigung bedarf. Fehlt eine Tatsachenbehauptung auch andeutungsweise, besteht kein Anlass nachzufragen (BK-Hurni, N 10 zu Art. 56 ZPO; BK-Killias, N 26 zu Art. 221 ZPO; Sutter-Somm/Von Arx, ZPO Komm., N 19 zu Art. 56 ZPO). Voraussetzung ist sodann, dass die Vorbringen der Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig sind und dies nicht auf prozessualer Unsorgfalt beruht – unsorgfältige Prozessführung darf durchaus den Rechtsverlust nach sich ziehen (BK-Hurni, N 26 zu Art. 56 ZPO). Die Rüge der Verletzung der Fragepflicht dringt von vornherein nur durch, wenn die Partei glaubhaft machen kann, dass die korrekte Ausübung der Fragepflicht zu einem für sie günstigen Ausgang des Verfahrens geführt hätte, wobei sie aufzeigen muss, welche Reaktion sie auf die unterbliebenen Fragen abgegeben hätte (BK-Hurni, N 46 zu Art. 56 ZPO).

[…]

d) Die übrigen Ausführungen in dieser allgemeinen Ziffer 2.2 der Berufung beschlagen die Frage, ob einzelne Beweisanträge zu Recht abgelehnt wurden, d.h. die Klägerin macht sinngemäss eine Verletzung ihres Rechts auf Beweis geltend.

[…] In allgemeiner Hinsicht kann dazu festgehalten werden, dass jede Partei als Korrelat zur Beweislast ein Recht darauf hat, dass das Gericht die von ihr zum Nachweis rechtserheblicher und strittiger Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO) form- und fristgerecht angebotenen, tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO).

Eine Tatsache ist rechtserheblich, wenn es ihres Nachweises zur Stützung des begehrten Anspruchs aufgrund der angerufenen Sachnorm bedarf (Brönnimann,

Berner Kommentar, N 9 f. und 27 zu Art. 150 ZPO); ob sie streitig ist, ergibt sich aus dem Schriftenwechsel resp. aus den Parteivorbringen der nicht beweisbelasteten Partei (BK-Brönnimann, N 11 ff. zu Art. 150 ZPO). Unter dem Begriff der Tauglichkeit ist dem Gericht unbenommen, von Beweiserhebungen abzusehen, wenn es diese von vornherein für nicht geeignet hält, die behaupteten Tatsachen zu beweisen. Das Gericht kann im Rahmen der Beweiswürdigung in einer Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel weitere Beweismittel ablehnen, wenn diese an der bereits feststehenden Überzeugung nichts zu ändern vermögen; diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung beschlägt neben einer Beurteilung der Tauglichkeit eines Beweismittels Fälle, in denen eine Selektion unter einer Vielzahl von Beweismitteln zu treffen ist oder in denen das Beweisergebnis feststeht und durch weitere Beweismittel nicht zu erschüttern sein wird (ausführlich BK-Brönnimann, N 18–20 und 55–63 zu Art. 152 ZPO; Hasenböhler, ZPO Komm., N 18–37a zu Art. 152 ZPO, Staehelin/Staehelin/Grolimund; Zivilprozessrecht, § 18 N 23).

Formell gesehen ist ein form- und fristgerechter Antrag erforderlich. Dies bedeutet vorab, dass der Antrag innert der im Rahmen der Eventualmaxime vorgegebenen Fristen (vgl. Art. 229 ZPO, BK-Brönnimann, N 26 zu Art. 152 ZPO) zu erfolgen hat. In den diesbezüglichen Rechtsschriften soll eine Zuordnung von Sachvorbringen zu den einzelnen Beweismitteln erfolgen, verfügbare Urkunden sind einzureichen (Art. 221 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 lit. c ZPO; BK-Brönnimann, N 22–26 zu Art. 152 ZPO). Voraussetzung ist auch, dass die Partei ihrer Behauptungslast genügt, also einen schlüssigen Sachvortrag beibringt, der sämtliche Tatbestandsmerkmale der konkret anwendbaren Sachnorm als konkretes Geschehen behauptet (BK-Brönnimann, N 28–30 zu Art. 152 ZPO). Auch das Beweisthema muss schliesslich «substantiiert» sein, d.h. in diesem Zusammenhang inhaltlich so bestimmt oder bestimmbar, dass ohne gerichtliches Dazutun Beweis abgenommen werden kann. Der Beweis muss im Antrag bezeichnet werden, er muss individualisierbar, spezifizierbar und lokalisierbar sein; nur so kann das Gericht in der Beweisverfügung die Beweismittel genügend bezeichnen und nur so ist die Gegenpartei in der Lage, konkret zu den Sachvorbringen Stellung zu nehmen und diese ihrerseits substantiiert zu bestreiten und den Gegenbeweis anzutreten. Nicht zulässig ist insbesondere der sogenannte Ausforschungsbeweis (BSK ZPO-Guyan, N 3 und 3a zu Art. 152 ZPO; BK-Brönnimann, N 31–35 zu Art. 152 ZPO).

74

Art. 85, Art. 86, Art. 88 ZPO (SR 272). Zulässigkeit und Auslegung von Feststellungsbegehren (als unbezifferte Forderungsklage, Stufenklage oder Teilklage; E. III.2).

Dem Entscheid über die Teilklage kommt grundsätzlich nur mit Bezug auf den eingeklagten Teilanspruch materielle Rechtskraft zu; eines Nachklagevorbehaltes bedarf es folglich nicht (E. III.8).

Art. 338 Abs. 2 OR (SR 220) begründet einen persönlichen, von der Erbfolge unabhängigen Anspruch der berechtigten Hinterlassenen gegenüber dem Arbeitgeber des Verstorbenen. Die entsprechenden Beträge fallen nicht in die Erbmasse. Das persönliche, einem einzelnen Erben gehörende Vermögen und der Nachlass als Gesamtvermögen haben nicht denselben Rechtsträger (E. III.4).

Von Art. 338 Abs. 2 OR kann vertraglich abgewichen werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sämtliche Leistungen aus einer überobligatorischen, vom Arbeitgeber finanzierten Versicherung automatisch an den Lohnnachgenuss anzurechnen sind (E. III.5).

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 20. Februar 2015

Aus den Erwägungen:

I.

1. A. [Klägerin], geboren am XX. September 2004, ist das einzige Kind des am X. November 2010 verstorbenen V. Dieser war im Zeitpunkt seines Hinschieds von der Mutter seiner Tochter, M., geschieden und stand in einem Arbeitsverhältnis zur B. [Beklagte].

Am 25. November 2010 überwies die B. Fr. 18 216.– (Fr. 24 000.– abzüglich 24.1 Prozent Quellensteuer) Lohnnachgenuss auf das Lohnkonto des Verstorbenen bei der C. AG. A. hat jedoch infolge laufender Erbschaftsstreitigkeiten zwischen ihr als gesetzlicher Erbin und den Eltern des Verstorbenen als eingesetzten Erben keinen Zugriff auf das besagte Bankkonto. Sämtliche Bemühungen des Rechtsvertreters von A., die C. AG zur Auszahlung oder die B. zur erneuten Zahlung des Betrages zu bewegen, blieben erfolglos. Wie sich später herausstellte, wäre der Lohnnachgenuss lediglich mit 6 Prozent Quellensteuer (Fr. 1440.–) zu besteuern gewesen.

[…]

III.

[...]

2. Die Klägerin bringt vor, die Vorinstanz sei zu Unrecht auf die Feststellungsbegehren nicht eingetreten und habe verkannt, dass sie, die Klägerin, sehr wohl ein Feststellungsinteresse habe. Da die Beklagte die Auskunft über die Berechnungs-

grundlagen des Lohnnachgenusses verweigert habe, sei sie, die Klägerin, gezwungen gewesen, Entsprechendes zu verlangen. Ihr stehe ein Auskunfts- und Informationsrecht zu, welches nicht allein durch die parallele Leistungsklage auf den unstrittigen Betrag hinfällig werde. Diese beiden Interessen könnten sehr wohl nebeneinander im Rahmen einer Klage stufenweise geltend gemacht werden.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Feststellungsklage zuzulassen, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses (Art. 88 ZPO) ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat, welches kein rechtliches zu sein braucht, sondern auch bloss tatsächlicher Natur sein kann (vgl. auch Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit; erforderlich ist vielmehr, dass ihre Fortdauer dem Kläger nicht mehr zugemutet werden darf, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit behindert (BGE 136 III 523 E. 5; BGE 131 III 319 E. 3.5). Das Interesse an einer selbständigen Feststellungsklage wird in der Regel dort verneint, wo direkt auf Leistung oder Rechtsgestaltung geklagt werden kann (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 5.7; BGE 135 III 378 E. 2.2).

b) Mit ihrem ersten (Feststellungs-)Begehren beantragt die Klägerin, es sei der Lohnnachgenuss nach V. festzustellen. Nachdem ein Anspruch der Klägerin auf Lohnnachgenuss als einzige Berechtigte grundsätzlich nicht umstritten ist, ist ihr Begehren am ehesten so zu verstehen, dass sie im laufenden Verfahren die Höhe des gesamthaft geschuldeten Lohnnachgenusses – die sie jedoch in diesem Rechtsbegehren nicht beziffert – gerichtlich festgestellt haben möchte. Ein derartiges (unbeziffertes) Begehren auf Feststellung bzw. Ermittlung der Höhe einer Forderung durch das Gericht wäre wohl im Gegensatz zu einem unbezifferten Leistungsbegehren (vgl. dazu Art. 85 ZPO und E.aa und bb hiernach) prozessual nicht zulässig. Gleichzeitig macht sie aber mit ihrem Leistungsbegehren die Zahlung von Fr. 24 000.– an Lohnnachgenuss geltend. Damit wäre insoweit auch kein Feststellungsinteresse ersichtlich (vgl. E.c hiernach), und auf das Rechtsbegehren wäre grundsätzlich nicht einzutreten. Es ist jedoch zu prüfen, ob dieses Begehren im Lichte der Begründung anders ausgelegt werden muss (vgl. auch vi-act. 38, S. 1, wo die Klägerin ausführt, es liege eine «Stufenklage in Form einer Auskunftsklage in der ersten Stufe» vor, wobei in dieser ersten Stufe die Höhe des Anspruchs «festzustellen» sei, und auch Berufung, S. 16, wo sie sich auf ein «Auskunfts- und Informationsrecht und ein darauf resultierendes Feststellungsinteresse» beruft).

Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben und im Lichte der Begründung auszulegen (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 67; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 34, 35; BGer 5A_618/2012 E. 4.3.3). Es ist zu berücksichtigen, was eine Partei in der Sache wirklich anstrebt. Ein als Feststellungsklage formuliertes Rechtsbegehren kann nach richtiger Auslegung eine Leistungsklage beinhalten, wenn sich dies aus der Begründung, allenfalls in

Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid ergibt (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 221 N 38; BGer 4A_383/2013 E. 3.2.3). Ist eine Partei berufsmässig vertreten, rechtfertigt es sich, höhere Anforderungen an die Formulierung der Anträge zu stellen, als bei Anträgen von Laien (BK-Sterchi, N 15 zu Art. 311; Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 881; BSK ZPO-Spühler, Art. 311 N 13).

aa) Soll mit einer Leistungsklage eine Geldforderung durchgesetzt werden, so ist der geforderte Betrag zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Eine unbezifferte Forderungsklage ist ausnahmsweise möglich, wenn es für den Kläger unmöglich oder unzumutbar ist, seine Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Er muss jedoch einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Die Bezifferung ist nachzuholen, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch den Beklagten dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Die unbezifferten bzw. nachträglich zu beziffernden Forderungsklagen lassen sich folglich weiter dahingehend unterscheiden, ob das Beweisverfahren die Bezifferung des Forderungsbegehrens ermöglicht oder ob dies von einer selbständig eingeklagten Pflicht der beklagten Partei zur Auskunftserteilung oder Rechenschaftsablegung abhängt. Letztere werden auch als Stufenklagen bezeichnet (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 6.7 ff., 11.60; Bopp/Bessenich, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 85 N 1 ff.).

Bei einer Stufenklage verbindet also die klagende Partei in objektiver Klagenhäufung einen materiellrechtlichen Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung mit einem vorerst unbezifferten Hauptanspruch auf eine Geldleistung (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 6.12.; BGE 140 III 409 E. 4.3). Voraussetzung für eine Stufenklage ist somit ein materiellrechtlicher Anspruch auf Auskunft oder Rechenschaft. Dieser kann sich aus Gesetz oder Vertrag ergeben und selbständig eingeklagt werden (Bopp/Bessenich, a.a.O., Art. 85 N 14; BGE 140 III 409 E. 3.2).

Eine Teilklage schliesslich ist dadurch charakterisiert, dass die klagende Partei sich darauf beschränkt, einen Teil eines (behaupteten) Anspruchs einzuklagen. Der Vorteil einer Teilklage liegt namentlich in der Vermeidung von Prozesskosten, die sich grundsätzlich nach dem eingeklagten und nicht nach dem behaupteten Anspruch richten. Mit einer Teilklage kann allenfalls auch die Beurteilung der Sache im vereinfachten statt im ordentlichen Verfahren erreicht werden (vgl. Bopp/Bessenich, a.a.O., Art. 86 N 4 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 6.39 ff.).

bb) Auf Leistung des Lohnnachgenusses im Umfang von Fr. 24 000.– (bzw. in der Berufung neu von «mindestens» Fr. 24 000.–, vgl. dazu E.III. 3) zielt die Klägern bereits mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 3. Einen höheren Betrag machte sie in diesem Prozess ausdrücklich nicht geltend. Die Klägerin beschränkt sich vielmehr darauf, nur einen Teil der behaupteten Forderung einzuklagen, wohl auch, um von einem kostenlosen und vereinfachten Verfahren zu profitieren. Unter diesen Umständen kann das Begehren auf Feststellung des Lohnnachgenusses nicht als zulässiges Leistungsbegehren auf Zahlung des gesamten, quantitativ noch nicht feststehenden Lohnnachgenusses verstanden werden. Auch als unbezifferte Forderungsklage nach

Art. 85 ZPO mit einem Mindestwert von Fr. 24 000.– kann das fragliche Begehren nicht interpretiert werden, wenn die Klägerin – unter Verweis auf eine allfällige spätere Leistungsklage – explizit erklärt, sie wolle vorläufig nur einen Leistungsanspruch von Fr. 24 000.– und daneben bloss «die Auskunft über die Höhe des gegenständlichen Lohnnachgenusses» geltend machen. Die Klägerin stellt denn auch keine Beweisanträge, welche die Bezifferung des Forderungsbegehrens im Rahmen des Beweisverfahrens hätten ermöglichen können.

Zu Beginn des erstinstanzlichen Verfahrens war die Klägerin offensichtlich der Ansicht, ihr stünden nicht alle Unterlagen zur Verfügung, um die Höhe ihrer Forderung zu berechnen. Ein Editionsbegehren oder andere Beweisanträge, welche die Bezifferung des Forderungsbegehrens im Rahmen des Beweisverfahrens hätten ermöglichen können, stellte sie jedoch – wie erwähnt – nicht. Die Klägerin beruft sich vielmehr grundsätzlich und pauschal auf ein Auskunftsrecht, welches ihr als Berechtigte gegenüber der Beklagten zustehe, ohne jedoch eine solche Auskunft im Rahmen des Verfahrens zu verlangen. Zwar hätte die Klägerin möglicherweise tatsächlich einen materiellrechtlichen Anspruch auf Auskunftserteilung (vgl. Art. 328b OR i.V.m. Art. 8 DSG [Bundesgesetz über den Datenschutz; SR 235.1] und Art. 1 Abs. 7 VDSG [Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz; SR 235.11]), was jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden braucht, da ein solcher Anspruch auf Auskunft nicht selbständig eingeklagt ist. Einen solchen enthält nämlich weder ihr Rechtsbegehren auf Feststellung des Lohnnachgenusses, noch führt sie in der Begründung an, welche konkrete Auskunft sie von der Beklagten im Rahmen des Verfahrens erwartet oder auf welche gesetzliche oder vertragliche Grundlage sie ihren Anspruch stützt. Folglich kann das fragliche Begehren der Klägerin auch nicht als Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung im Rahmen einer Stufenklage gemäss Art. 85 ZPO ausgelegt werden. Im Übrigen könnte im Berufungsverfahren ohnehin nicht mehr darauf eingetreten werden, da der Klägerin – wie sie selber einräumt – mit dem von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren eingebrachten gültigen Arbeitsvertrag nun sämtliche Unterlagen zur Berechnung des Lohnnachgenusses zur Verfügung stehen und es somit bereits bei der Anhebung der Berufung an einem schutzwürdigen Interesse und damit an einer Prozessvoraussetzung fehlte (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

Wie die vorangegangenen Erwägungen zeigen, ergibt sich auch aus der klägerischen Begründung – selbst in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid – nicht, dass das als Feststellungsbegehren formulierte Rechtsbegehren neben dem Leistungsbegehren in Ziff. 3 der Klagebewilligung bzw. in Ziff. 4 des Berufungsbegehrens eine selbständige Bedeutung hat.

c) Weiter verlangt die Klägerin, es sei festzustellen, dass ihr Lohnnachgenuss in Höhe von (mindestens) Fr. 24 000.– zustehe. Da eine entsprechende Leistungsklage ohne weiteres möglich ist und auch erhoben wird und im Rahmen der Leistungsklage ohnehin zu prüfen ist, ob der eingeklagte Lohnnachgenuss geschuldet ist, besteht hier kein zusätzliches Feststellungsinteresse, und auf das Rechtsbegehren ist nicht

einzutreten. Somit kann hier auch offen bleiben, ob das Ergänzen des Rechtsbegehrens mit dem Wort «mindestens» eine unzulässige Klageänderung darstellt oder nicht (vgl. Art. 317 Abs. 2 ZPO).

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht nicht auf die klägerischen (Feststellungs-)Begehren eingetreten ist.

[…]

4. Die Klägerin rügt die vorinstanzliche Beurteilung, wonach die Beklagte mit einer Zahlung auf das Lohnkonto des verstorbenen Mitarbeiters ihrer Pflicht zur Lohnnachzahlung nachkommen könne. Sie, die Klägerin, sei einzige Berechtigte, weshalb nur an sie oder an einen von ihr benannten Dritten schuldbefreiend geleistet werden könne. Die Beklagte dagegen ist der Ansicht, als vertraglicher Anspruch habe der Lohnnachgenuss auf das vertraglich vereinbarte Konto, auf welches die Klägerin als Erbin letztlich Zugriff habe, schuldbefreiend bezahlt werden können.

a) Art. 338 Abs. 2 OR begründet einen persönlichen, von der Erbfolge unabhängigen Anspruch der berechtigten Hinterlassenen gegenüber dem Arbeitgeber des Verstorbenen. Die entsprechenden Beträge fallen nicht in die Erbmasse (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Art. 338 N 2; ZK-Staehelin, N 5 zu Art. 338 OR; BK-Rehbinder/Stöckli, N 3 zu Art. 338 OR; BSK OR I-Portmann, Art. 338 N 2; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Art. 338 N 8; Rickenbach, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, S. 74 f.).

Leistet der Schuldner an einen Nichtberechtigten, so hat er grundsätzlich nicht erfüllt, d.h. seine geschuldete Leistung nicht erbracht, und zwar auch dann, wenn er in gutem Glauben handelte (Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, N 2072, 2093; BK-Weber, N 121 zu Art. 68 OR; ZK-Schraner, N 115 zu Art. 68 OR). Fehlt dem Gläubiger die Handlungsfähigkeit, ist an den gesetzlichen Vertreter, beispielsweise den Inhaber der elterlichen Sorge (Art. 304 ZGB), zu leisten (BK-Weber, N 89 zu Art. 68 OR; ZK-Schraner, N 54 f. zu Vorbemerkungen zu Art. 68–96 OR). Der Schuldner, der an einen Nichtberechtigten geleistet hat, wird nachträglich befreit, wenn der Dritte dem Gläubiger die Leistung zukommen lässt (BK-Weber, N 134 zu Art. 68 OR; ZK-Schraner, N 128, 132 zu Art. 68 OR).

Mit dem Tod des Erblassers geht der Nachlass in seiner Gesamtheit auf die Erben über (Art. 560 ZGB). Sind mehrere Erben vorhanden, bilden sie bis zur Erbteilung eine Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB). Dabei handelt es sich um eine Rechtsgemeinschaft in der Form einer Gesamthandschaft. Dies bedeutet, dass den Erben alle Rechte an den Erbschaftsaktiven gemeinsam zukommen und dem einzelnen Erben bis zur Teilung keine selbstständigen Rechte zustehen, er also über Nachlasswerte oder auch nur Teile davon nicht alleine verfügen kann (PraxKomm Erbrecht-Weibel, Art. 602 ZGB N 4, 13; CHK-Graham-Siegenthaler, N 7 zu Art. 602 ZGB). Erst mit der Teilung werden die Erbschaftsaktiven (und -passiven) in die Alleinberechtigung (bzw. -verpflichtung) der einzelnen Erben überführt (PraxKomm Erbrecht-Weibel, Art. 602 ZGB N 19). Das persönliche, einem einzelnen Erben gehörende Vermögen und der

Nachlass als Gesamtvermögen haben also nicht denselben Rechtsträger (vgl. auch Piotet, Schweizerisches Privatrecht IV/2, S. 648 f.).

b) Die Parteien sind sich einig, dass die Klägerin grundsätzlich als einzige Berechtigte einen Anspruch auf Lohnnachgenuss als Nachwirkung aus dem Arbeitsverhältnis zwischen ihrem Vater, V., und der Beklagten hat. Die Beklagte ist also verpflichtet, den entsprechenden Betrag an die Klägerin bzw. deren gesetzliche Vertreterin zu leisten. Mit einer Zahlung auf das Bankkonto des Verstorbenen leistete die Beklagte jedoch an die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft, welche das Konto mit dem Tod des Erblassers erworben hat. Diese leitete die Leistung nicht weiter. Folglich hat die Beklagte nicht erfüllt und wurde auch nicht nachträglich befreit. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte mit der Überweisung des Betrags auf das frühere Lohnkonto des Verstorbenen eine für sie (scheinbar) praktische Lösung gewählt hat, um das Geld der Klägerin schnell und unkompliziert zukommen zu lassen. Auch wenn nicht die Beklagte zu verantworten hat, dass erbrechtliche Streitigkeiten die Weiterleitung des Geldes an die Anspruchsinhaberin verhindern, so durfte sie auch nicht davon ausgehen, dass das Geld trotz Zahlung an eine unberechtigte Dritte der Klägerin zukommen würde.

5. Weiter bringt die Klägerin sinngemäss vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Leistungen aus der Kaderzusatzversicherung an den Lohnnachgenuss angerechnet. Es bestehe weder eine Verrechenbarkeit, noch sei eine Verrechnung seitens der Beklagten vorgenommen bzw. konkret verlangt worden oder wäre eine derartige Verrechnung im Rahmen des Prozesses statthaft gewesen. Die Beklagte führt dagegen aus, sie sei im Umfang der Leistungen der D. [Versicherungsgesellschaft] von der Zahlung des Lohnnachgenusses befreit, da sie die Versicherungsleistungen, welche der Klägerin zugeflossen seien, vollständig mit eigenen Mitteln finanziert habe.

a) Verrechnung ist die wechselseitige Tilgung zweier sich gegenüberstehender Forderungen durch einseitiges Rechtsgeschäft (Art. 120 OR) und kann im Rahmen des (erstinstanzlichen) Schriftenwechsels auch noch in einem hängigen Verfahren ohne Weiteres geltend gemacht werden (vgl. BSK OR I-Peter, Vor Art. 120–126, N 2). Eine Verrechnung bedingt also gegenseitige Forderungen. Vorliegend geht es aber nur um die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte. Eine Gegenforderung wird von keiner Partei behauptet. Eine Verrechnung kommt daher von vornherein nicht in Betracht und wurde von der Vorinstanz auch nicht vorgenommen. Sie hat vielmehr die Leistungen aus der Kaderzusatzversicherung für die berufliche Vorsorge an den Lohnnachgenuss angerechnet, in der Annahme, die Versicherungsleistungen stellten – zumindest in der entsprechenden Höhe – einen Ersatz für den Lohnnachgenuss dar.

b) Von Art. 338 Abs. 2 OR kann vertraglich abgewichen werden, wenn damit eine für den Arbeitnehmer bzw. für die Anspruchsberechtigten günstigere Regelung getroffen wird, indem beispielsweise zusätzliche Monatslöhne versprochen werden oder die Dienstdauer verkürzt wird (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 338 N 9;

ZK-Staehelin, N 9 zu Art. 338 OR). Ausserdem erachtet es die überwiegende Lehre als zulässig, überobligatorische Versicherungsleistungen an den Lohnnachgenuss anzurechnen, wenn dieselben im Rahmen einer vom Arbeitgeber finanzierten Ersatzlösung erbracht werden (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 338 N 9; ZK-Staehelin, N 8 zu Art. 338 OR; BK-Rehbinder/Stöckli, N 6 zu Art. 338 OR; Rickenbach, a.a.O., S. 78; a.M. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, a.a.O., Art. 338 N 3). Dies bedeutet jedoch nicht, dass sämtliche Leistungen aus einer überobligatorischen, vom Arbeitgeber finanzierten Versicherung automatisch an den Lohnnachgenuss anzurechnen sind. Nur wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Abschluss einer entsprechenden Versicherung als Ersatzlösung für den Lohnnachgenuss vereinbart wurde, rechtfertigt es sich, den Anspruch auf Lohnnachgenuss durch die Versicherungsleistungen als erfüllt zu betrachten. Andernfalls sind vom Arbeitgeber versprochene überobligatorische Leistungen zusätzlich geschuldet.

c) Im zwischen der Beklagten und dem Verstorbenen abgeschlossenen Arbeitsvertrag wird unter «3. Benefits» eine durch die Arbeitgeberin bezahlte «Kaderzusatzversicherung berufliche Vorsorge» aufgeführt. Ausserdem wurde die Geltung der «Allgemeinen Anstellungsbedingungen (AAB)» vereinbart. Gemäss Ziff. 10.9 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen richtet die Arbeitgeberin den Hinterbliebenen des verstorbenen Mitarbeiters über den Todestag hinaus zwei Monatslöhne aus, wenn er einen Ehegatten, Lebenspartner oder minderjährige Kinder hinterlässt. Die Vertragsparteien haben also in zulässiger Abweichung zur gesetzlichen Regelung (Art. 338 Abs. 2 OR) eine Auszahlung von zwei Monatslöhnen Lohnnachgenuss bereits ab dem ersten Dienstjahr vereinbart. Nichts deutet jedoch darauf hin, und dies wird von den Parteien auch nicht behauptet, dass verabredet wurde, die Leistungen aus der Kaderzusatzversicherung sollten zur Deckung eines allfälligen Anspruchs auf Lohnnachgenuss verwendet werden. Der Abschluss einer Kaderzusatzversicherung wurde offensichtlich vielmehr als Leistung bzw. Vergünstigung für den Arbeitnehmer vereinbart, welche zum Lohn, dem Geschäftsfahrzeug und der Spesenpauschale hinzukommt. Unter diesen Umständen können aber die Leistungen aus der genannten Versicherung nicht an den der Klägerin zustehenden Lohnnachgenuss angerechnet werden.

[…]

8. Mit Ziff. 5 ihres Berufungsbegehrens behält sich die Klägerin ein Nachklagerecht ausdrücklich vor, wobei sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren die Möglichkeit einer erneuten Leistungsklage über den noch nicht geltend gemachten Teil des Lohnnachgenusses erörterte.

Es steht den Parteien frei, lediglich einen Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung geltend zu machen (Art. 86 ZPO). Dem Entscheid über die Teilklage kommt indessen grundsätzlich nur mit Bezug auf den eingeklagten Teilanspruch materielle Rechtskraft zu (vgl. Bopp/Bessenich, a.a.O., Art. 86 N 10); eines Nachklagevorbehaltes bedarf es folglich nicht. Auf das entsprechende Rechtsbegehren ist daher nicht näher einzugehen.

75

Art. 91 Abs. 2 ZPO (SR 272). Kann zwischen den Parteien keine Einigung über den Streitwert erzielt werden oder erweist sich ihre Streitwertangabe als offensichtlich unrichtig, so hat das Gericht den Streitwert nach objektiven Kriterien festzusetzen. Bei einer Klage auf Nichtigkeit eines Grundstückkaufvertrages bzw. darauf gestützter Rückübertragung des Eigentums an der Liegenschaft entspricht der Streitwert dem Wert der Liegenschaft ohne Abzug allfälliger Hypothekarschulden.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Obligationenrecht, 21. Dezember 2015

Aus den Erwägungen:

[…]

III.

1. a) In Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO wurde der Streitwert in der vorliegenden Angelegenheit vom Kreisgericht St. Gallen auf Fr. 164 000.– festgesetzt. Zur Begründung führte das Kreisgericht aus, der Kaufpreis der Liegenschaft habe Fr. 820 000.– betragen, wovon ein Anteil von Fr. 656 000.– durch ein Hypothekardarlehen der X. Bank getilgt worden sei. Unter Berücksichtigung der Belehnung habe der Nettowert der Liegenschaft, welcher für die Berechnung des Streitwerts für die Rückübertragung massgebend sei, somit Fr. 164 000.– betragen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 164 000.– hat die Vorinstanz sodann die Parteientschädigung nach dem kantonalen Tarif festgesetzt.

[…]

2. a) Der Streitwert spielt unter anderem eine Rolle für die Bestimmung der Gerichts- und Parteikosten nach Massgabe der anwendbaren kantonalen Tarifordnungen. So orientieren sich in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die kantonalen Gerichtskosten- und Anwaltstarife für die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigungen in der Regel am Streitwert (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 2.150; BK-Sterchi, N 2 zu Vorbemerkungen zu Art. 91–94 ZPO). Art. 91 ZPO enthält deshalb einheitliche Regeln für die Bestimmung des Streitwerts, die im Verfahren vor kantonalen Gerichten immer gelten, wenn der Streitwert eine Rolle spielt (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 2.146).

b) Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, handelt es sich aber dennoch um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, so haben sich die Parteien über den Streitwert zu einigen. Kann zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden oder erweist sich ihre Streitwertangabe als offensichtlich unrichtig, so hat das Gericht gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO den Streitwert festzusetzen. Es hat dabei einen Ermessensentscheid zu fällen, wobei es den Streitwert nach objektiven Kriterien zu schätzen hat. Divergiert das Interesse der klägerischen Partei von

jenem der Beklagten, so ist in der Regel, jedoch nicht zwingend, auf den höheren Wert abzustellen (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7291 Ziff. 5.7; Stein-Wigger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 91 N 25 f.; BK-Sterchi, N 13 ff. zu Art. 91 ZPO; BSK ZPO-Rüegg, Art. 91 N 6).

c) Zur Bestimmung des Streitwerts besteht sodann eine reiche Praxis, die auch unter dem neuen Zivilprozessrecht herangezogen werden kann (BBl 2006 7291 Ziff. 5.7). Vorliegend verlangten die Kläger vor der Vorinstanz die Feststellung der Nichtigkeit des Grundstückkaufvertrages sowie, gestützt darauf, die Rückübertragung der Liegenschaft bzw. des Eigentums an der Liegenschaft. Es handelt sich folglich um eine obligationen- bzw. sachenrechtliche Streitigkeit. Demzufolge ist in erster Linie auf die Rechtsprechung aus diesen Bereichen abzustellen.

aa) Im Bereich des Obligationenrechts bestimmt sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei einer Klage auf Erfüllung oder Rückabwicklung eines zweiseitigen Vertrages der Streitwert nach dem Wert der geforderten Leistung ohne Abzug der Gegenleistung (BGE 80 II 311 E. 1 a.E.; BGE 116 II 431 E. 1; BGE 30 II 298 E. 1; BK-Sterchi, N 19a zu Art. 91 ZPO mit Verweis auf BGE 46 II 271; CPC-Tappy, Art. 91 N 47; vgl. auch Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 3a zu Art. 73 ZPO/SG; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 1 und 12 zu § 18 ZPO/ZH; Bühler, in: Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, N 12 zu §§ 16 + 17 ZPO/AG). Auch bei einer Klage betreffend Nichtigkeit eines Grundstückkaufvertrages entspricht gemäss Bundesgericht der Streitwert dem Wert der gekauften Sache (BGE 65 II 90; vgl. Bühler, a.a.O., N 18 zu §§ 16 + 17 ZPO/AG; Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, N 1413 zu Art. 51 BGG betreffend Ungültigerklärung). In der Lehre wird zudem darauf hingewiesen, dass bei einem Streit über einen Kaufvertrag, sei es betreffend dessen Gültigkeit oder Vollzug, der Streitwert dem Kaufpreis entspreche, wobei für den Fall, dass ausnahmsweise Preis und Wert auseinanderfallen, auf den höheren Betrag abzustellen sei (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 40).

bb) Im Bereich des Sachenrechts entspricht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei Eigentumsklagen der Streitwert dem Verkehrswert der streitigen Sachen (BGE 94 II 51 E. 2). Beim Streit um das Eigentum an einer Liegenschaft entspricht der Streitwert dem Wert der Liegenschaft, wobei sich dieser wiederum nach dem Kaufpreis bemisst (BGE 84 II 187 E. 1). Auch im Zusammenhang mit einem Vorkaufs- bzw. Kaufsrecht hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Streitwert dem Kaufpreis der Liegenschaft entspreche (BGE 97 II 277 E. 1) bzw. der Verkehrswert der Liegenschaft massgebend sei (BGE 90 II 135 E. 1). Schliesslich wird auch in der Lehre darauf hingewiesen, dass bei streitigem Eigentum auf den Wert (Donzallaz, a.a.O., N 1407 zu Art. 51 BGG) bzw. den Verkehrswert (BK-Sterchi, N 18a zu Art. 91 ZPO) abzustellen sei.

cc) Hingegen hat das Bundesgericht, ebenfalls im Bereich des Sachenrechts, festgehalten, dass bei auf Art. 641 Abs. 2 ZGB gestützten Klagen, in denen die Räumung von Liegenschaften verlangt wurde, der Streitwert dem Wert des beanspruchten Objekts abzüglich darauf lastender Hypotheken entspreche (BGer 4A_141/2013 E. 1; BGer 4A_18/2011 E. 1.1; BGer 4A_318/2009 E. 1.1). In der Lehre wurde diese Rechtsprechung jedoch kritisiert und darauf hingewiesen, dass in solchen Fällen nicht das Eigentum, sondern dessen Benutzung streitig sei, weshalb zur Bestimmung des Streitwerts der Wert des Grundstücks mit und ohne Besetzung zu vergleichen sei. Dabei sei die Dauer der Besetzung bis zur Exmission zu berücksichtigen und bei mehrjähriger Besetzung auf den Kapitalwert abzustellen (Bohnet, Note zu BGer 4A_18/2011 vom 5. April 2011, in: SZZP 4/2011, 297 f., wo er auch festhält, dass bei einem Streit um Eigentum der Streitwert dem objektiven Wert der Sache entspreche, der durch eine Hypothek nicht verändert werde; dazu nachfolgend 3.). Das Bundesgericht hat denn auch an anderer Stelle festgehalten, dass bei einer Exmission nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Streitwert nicht ein kapitalisierter Nutzungswert, sondern der durch die Verzögerung mutmasslich entstehende Schaden bzw. der in der betreffenden Zeit hypothetisch anfallende Miet- oder Gebrauchswert gelte (BGer 5A_645/2011 E. 1.1; vgl. zum Ganzen auch Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 15 N 6).

3. Vorliegend verlangten die Kläger vor der Vorinstanz die Feststellung der Nichtigkeit eines Grundstückkaufvertrages sowie, gestützt darauf, die Rückübertragung des Eigentums an einer Liegenschaft. Streitig war somit nicht die Beseitigung bestehender Beeinträchtigungen oder die Unterlassung drohender Eingriffe wie bei einer Räumung oder Exmission nach Art. 641 Abs. 2 ZGB. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Streitwertbestimmung aus diesem Bereich, die sich überdies als widersprüchlich erweist, ist deshalb vorliegend unbeachtlich.

a) Aus der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des Sachenrechts ergibt sich sodann, dass bei streitigem Eigentum über eine Liegenschaft für die Berechnung des Streitwertes in erster Linie auf den Kaufpreis, allenfalls auf den Verkehrswert, abzustellen ist. Allerdings war sowohl in den von den Beschwerdeführern erwähnten (Beschwerde, S. 6) als auch in den dargestellten Entscheiden des Bundesgerichts der Sachverhalt insofern anders gelagert, als die jeweils streitige Liegenschaft nicht mit einer Hypothek belastet bzw. aus dem Sachverhalt keine Belehnung ersichtlich war. Es kann deshalb nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass auch bei einer mit einer Hypothekarschuld belasteten Liegenschaft bei einer Rückübertragung der Streitwert dem Kaufpreis, allenfalls dem Verkehrswert, entspricht und eine allfällige Hypothekarschuld in jedem Fall unbeachtlich ist.

b) Die Unbeachtlichkeit der Belehnung der Liegenschaft für die Bestimmung des Streitwerts ergibt sich jedoch bei der näheren Betrachtung des mit der vorliegenden Klage verfolgten Ziels sowie unter Beizug der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus dem Obligationenrecht. Die Kläger verlangten vor der Vorinstanz die Nichtigerklärung des Grundstückkaufvertrages und gestützt darauf eine Rückübertragung der

Liegenschaft. Der Normzweck der Nichtigkeit besteht dabei in der Wiederherstellung der vorvertraglichen Güter- bzw. Vermögensverteilung. Um diese zu erreichen, bedarf es einer Rückabwicklung des (teilweise) erfüllten, aber nichtigen Vertrages (BSK OR I-Huguenin, Art. 19/20 N 58).

aa) Mit Abschluss des Grundstückkaufvertrages verpflichteten sich die Kläger, das Eigentum an der streitigen Liegenschaft auf die Beklagten zu übertragen. Diese verpflichteten sich wiederum, den Kaufpreis von Fr. 820 000.– «durch ausseramtliche Banküberweisung zu Gunsten der Verkäuferschaft bis zum Grundbucheintrag» zu tilgen. Dieser Plicht kamen die Beklagten teilweise nach, indem sie den Klägern einen Teilbetrag in Höhe von Fr. 656 000.– durch eine Zahlung der X. Bank überwiesen. Im Falle einer Rückabwicklung des Grundstückkaufvertrages wären die Beklagten somit verpflichtet gewesen, den Klägern das Eigentum an der Liegenschaft zurückzuübertragen. Gleichzeitig wären die Kläger, wie von den Beschwerdeführern erwähnt, ihrerseits dazu verpflichtet gewesen, die erhaltene Zahlung von Fr. 656 000.– an die Beklagten zurückzubezahlen. Bei der Rückabwicklung von zweiseitigen Verträgen entspricht dabei, wie dargestellt, nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Streitwert dem Wert der geforderten Leistung ohne Abzug der Gegenleistung. Der Wert der von den Klägern geforderten Leistung deckt sich vorliegend mit dem Wert der Liegenschaft und entspricht dem Kaufpreis von Fr. 820 000.–.

bb) Ob und in welcher Höhe vor Abschluss des Grundstückkaufvertrages auf der streitigen Liegenschaft eine Hypothekarschuld lastete, ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht. Ersichtlich ist einzig, dass die Liegenschaft bei Abschluss des Kaufvertrages mit zwei Inhaberschuldbriefen im Gesamtbetrag von Fr. 660 000.– belastet und als derzeitiger Inhaber jeweils die Y. Bank vermerkt war. Nach Abschluss des Kaufvertrages hat die Beklagte sodann offenbar ein Hypothekdarlehen bei der X. Bank in Höhe von Fr. 656 000.– aufgenommen, welches sie zur teilweisen Bezahlung des Kaufpreises (durch die Bank) verwendet hat. Die errichtete Hypothek tangiert indes den Grundstückkaufvertrag zwischen den Parteien ebenso wenig wie eine allfällige Hypothek der Kläger, die vor Abschluss des Vertrages bestanden hatte. Ein Hypothekarvertrag wird zwischen der jeweiligen Partei und ihrer Bank vereinbart, wobei letztere in der Regel als Sicherheit ein Grundpfandrecht verlangt, vorliegend wohl die erwähnten Inhaberschuldbriefe. Der Grundstückkaufvertrag, dessen Nichtigkeit die Klägerin vor der Vorinstanz verlangte, wurde jedoch nur zwischen den Parteien geschlossen. Inwiefern deshalb eine bestehende Hypothek bei einer Drittpartei, vorliegend die Bank, bei einer Klage auf Nichtigkeit eines Grundstückkaufvertrages den Streitwert beeinflussen soll, ist nicht ersichtlich.

cc) Für den Fall, dass Hypothekarschulden bei der Bestimmung des Streitwerts beachtet werden, bestünde überdies ein weiteres Problem. Vorausgesetzt eine Liegenschaft wäre bis zur Höhe ihres Kaufpreises oder Verkehrswerts mit einer Hypothekarschuld belehnt, was aufgrund von Schwankungen der Grundstückpreise durchaus möglich ist, so ergäbe sich bei einer Berücksichtigung der Hypothek

bei der Streitwertbestimmung ein Streitwert von 0. Sollte eine Liegenschaft gar über ihren Kaufpreis oder Verkehrswert hinaus belehnt sein, wäre der Streitwert sogar negativ.

Der Streitwert hat deshalb bei einer Klage auf Nichtigkeit eines Grundstückkaufvertrages (bzw. darauf gestützter Rückübertragung des Eigentums an der Liegenschaft) dem Wert der Liegenschaft ohne Abzug allfälliger Hypothekarschulden zu entsprechen. Der Wert der Liegenschaft entspricht vorliegend dem Kaufpreis von Fr. 820 000.–. Der Streitwert beträgt folglich Fr. 820 000.–.

[…]

76

Art. 98 und Art. 99 ZPO (SR 272); Art. 82 und Art. 83 SchKG (SR 281.1). Von einer beklagten Partei kann weder ein Gerichtskostenvorschuss noch eine Sicherheit für Parteikosten verlangt werden. Dies gilt auch im Aberkennungsprozess.

Handelsgerichtspräsident, 5. Oktober 2015

Aus den Erwägungen:

1. Die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin sind die Hauptparteien eines Aberkennungsprozesses (HG.2015.34-HGK). Die Gesuchstellerin ist im Hauptprozess in der Klägerrolle. Sie ist somit die Betriebene bzw. Schuldnerin im Sinne von Art. 82/83 SchKG. Bei der Gesuchsgegnerin handelt es sich um die Gläubigerin im Sinne von Art. 82/83 SchKG. Mit Eingabe vom 26. März 2015 ersuchte die Gesuchstellerin mit obenstehenden Anträgen um Sicherheit für die Gerichts- sowie Parteikosten. Mit Eingabe vom 18. April 2015 ersuchte die Gesuchsgegnerin um Abweisung der Anträge.

2. […]

a) Gemäss klarem und ausdrücklichem Gesetzeswortlaut kann bloss die Klägerin auf Antrag der Beklagten zur Leistung einer Parteikostenkaution verpflichtet werden. Eine Beklagte kann selbst dann nicht zur Leistung einer Parteikostenkaution verpflichtet werden, wenn bei ihr eine der in Art. 99 Abs. 1 lit. a bis d ZPO genannten Voraussetzungen erfüllt ist. Dies ergibt sich unter anderem auch aus der Sanktionsfolge. Dem Kläger kann für den Fall, dass er die Kaution nicht bezahlt, das Nichteintreten auf die Klage angedroht werden. Beim Beklagten müsste hingegen die Klageanerkennung als Sanktion angedroht werden. Dafür bietet das Gesetz jedoch keine Grundlage.

b) Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass im Aberkennungsprozess die Parteienrollen vertauscht sind. […]

c) Entgegen der Ansicht der Klägerin bestehen keine Gründe, bei der Entscheidung über die Parteikostenkaution auf die materielle Rechtslage abzustellen, d.h. vom Gläubiger eine Parteikostenkaution zu verlangen. […] Erhält der Gläubiger […] die provisorische Rechtsöffnung, so wird er insofern privilegiert, als er sich auf die Beklagtenrolle zurückziehen kann. Es ist nunmehr am Schuldner, sich aktiv gegen die Durchsetzung der Forderung zu wehren. Dies ist vom Gesetzgeber so gewollt. Der Gesetzgeber privilegiert im Gerichtsverfahren bewusst diejenigen Gläubiger, deren Forderung auf einer öffentlichen Urkunde oder durch Unterschrift bekräftigen Schuldanerkennung beruht (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Sofern es dem Schuldner nicht gelingt, die Schuldanerkennung im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung umgehend zu entkräften (Art. 82 Abs. 2 SchKG), wird er in die Klägerrolle gedrängt und hat die mit dieser Rolle verbundenen prozessualen Nachteile zu tragen [so auch: Suter/Von Holzen in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 99 N 9].

3. Damit ist auch gesagt, dass von der Gesuchsgegnerin keine Sicherheitsleistung für Gerichtskosten verlangt werden kann. Gemäss klarem Gesetzeswortlaut kann das Gericht nur von der klagenden Partei einen Gerichtskostenvorschuss verlangen (Art. 98 ZPO). Auch hier handelt es sich um eine bewusste Privilegierung des Gläubigers, der die provisorische Rechtsöffnung erhalten hat. Es kann zwar als stossend empfunden werden, dass ein Schuldner, der gegen einen insolventen Gläubiger klagen muss, letztendlich im Falle des Obsiegens auf ein finanziell wertloses Regressrecht verwiesen ist (Art. 111 ZPO). Dies ändert aber nichts daran, dass dies vom Gesetzgeber ausdrücklich so gewollt ist, weil es letztendlich der Kläger ist, der das konkrete Verfahren anstrengt und nicht der Beklagte. Nicht anders verhält es sich im Übrigen im Rechtsmittelverfahren. Auch in jenen Verfahren hängt die Klägerrolle nicht vom materiellen Rechtsanspruch an sich ab, sondern vom Ausgang des vorinstanzlichen Entscheides. Obsiegt der Gläubiger in einem ordentlichen Verfahren vor erster Instanz, so wird der Schuldner im Rechtsmittelverfahren in die Klägerrolle gedrängt und hat die entsprechenden Rechtsmittelvorschüsse zu bezahlen.

77

Art. 109 Abs. 1 und Art. 122 ZPO (SR 272). Kein zusätzlicher Anspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters, wenn sich die Parteien auch in Bezug auf die Höhe der der Partei mit unentgeltlicher Rechtspflege von der Gegenpartei zu bezahlenden Entschädigung einigen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 21. Juli 2015

In einem Aberkennungsverfahren einigen sich die Beklagte (Gläubigerin) und die mit unentgeltliche Rechtsverbeiständung prozessierende Klägerin (Schuldnerin) anlässlich einer Instruktionsverhandlung vergleichsweise, wobei sich die Beklagte unter anderem dazu verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 10 000.– zu bezahlen. Gestützt auf die Vereinbarung schreibt der verfahrensleitende Richter des Kreisgerichts das Verfahren als erledigt ab, auferlegt die Entscheidgebühr der Beklagten und verpflichtet diese, die Klägerin für deren Parteikosten mit Fr. 10 000.– zu entschädigen. Gegen diesen Entschädigungsanspruch erhebt der unentgeltliche Rechtsvertreter der Klägerin (Rechtsanwalt A.B.) Beschwerde mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass er unter Anrechnung der Fr. 10 000.– vom Staat mit Fr. 24 433.10 zu entschädigen sei. Der Einzelrichter im Obligationenrecht weist die Beschwerde ab, soweit er darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

Nach einem einfachen Schriftenwechsel lud der verfahrensleitende Richter die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung vor mit dem Ziel, einen Einigungsversuch durchzuführen und die Hauptverhandlung insoweit vorzubereiten, als die Möglichkeit einer Beschränkung des Prozessthemas auf die örtliche Zuständigkeit in Betracht gezogen werden könne […]. Anlässlich der Instruktionsverhandlung einigten sich die Parteien dann, wie ausgeführt, vergleichsweise, wobei die Beklagte die Gerichtskosten übernahm und sich zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 10 000.– verpflichtete.

Einen höheren Entschädigungsanspruch als die vereinbarten Fr. 10 000.– könnte Rechtsanwalt A.B. als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Klägerin bei dieser Ausgangslage nur dann geltend machen, wenn entweder die Parteien vereinbart hätten, die Beklagte sei (umfassend) entschädigungspflichtig, wobei der verfahrensleitende Richter den Entschädigungsanspruch unter Anrechnung der vereinbarten Fr. 10 000.– festlege und Rechtsanwalt A.B. zuspreche (zur Zusprechung der Entschädigung an den Anwalt der obsiegenden Armenrechtspartei vgl. BGer 5A_754/2013 E. 5), oder aber wenn die Meinung gewesen wäre, dem Entgegenkommen der Klägerin bei der vergleichsweisen Lösung und insofern ihrem «Unterliegen» werde so Rechnung getragen, dass sie einen Teil ihrer Parteientschädigung selber übernehme. Mindestvoraussetzung hierfür wäre aber gewesen, dass aus dem Vergleich ein entsprechender Vorbehalt hervorginge bzw. sich konkrete Anhaltspunkte hierfür ergäben. Dies ist nicht der Fall: Vorab ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der Vergleich von Rechtsanwalt A.B. selber (für die Klägerin) unterzeichnet wurde. Von ihm als Anwalt hätte aber erwartet werden dürfen, dass er angesichts der konkreten Bezifferung der Parteientschädigung dafür besorgt sein würde, dass der blosse Akonto-Charakter im umschriebenen Sinn im Vergleich zum Ausdruck kommen würde. Dies umso mehr, als die Parteientschädigung unbestrittenermassen Gegenstand des Vergleichsgesprächs bildete. Tatsächlich enthält der Vergleichstext aber keinen entsprechenden Anhaltspunkt; im Gegenteil, es ist vorbehaltlos von einer

nicht verrechenbaren Entschädigung von Fr. 10 000.– die Rede. Die Variante mit einer umfassenden Entschädigungspflicht der Beklagten fällt sodann auch deshalb ausser Betracht, weil diese Variante voraussetzen würde, dass der Klägerin bzw. ihrem Anwalt ein entsprechend höherer Anspruch gegen die Beklagte zugesprochen worden wäre mit dem Vorbehalt der Entschädigung in reduziertem Umfang durch den Staat bei Uneinbringlichkeit bei der Beklagten (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO und Art. 31 Abs. 3 AnwG). Dies aber machte Rechtsanwalt A.B. weder im erstinstanzlichen noch im Beschwerdeverfahren geltend; vielmehr beschränkt(e) er sich von Anfang an auf die Geltendmachung einer (reduzierten) Parteientschädigung gegenüber dem Staat. Damit bliebe lediglich die Variante mit einem Teilunterliegen. Abgesehen davon, dass es hierfür, d.h. für eine teilweise Übernahme der Parteikosten durch den Staat, an der Zustimmung des verfahrensleitenden Richters fehlt (vgl. hierzu Art. 109 Abs. 2 lit. b ZPO), hatte dieser aber auch von sich aus keinen Anlass zur Annahme, die vorbehaltlos vereinbarten Fr. 10 000.– seien nur als Teilentschädigung zu verstehen: Auszugehen ist bei einem Streitwert von Fr. 660 000.– von einem mittleren Honorar von Fr. 29 760.– (Art. 14 lit. f HonO). Zu berücksichtigen ist sodann, dass zumindest der erste Schriftenwechsel mit einer zehnseitigen Klageschrift und einer 14-seitigen Klageantwort (vi-act. 1 und 13) eine Unterschreitung dieses Honorars um 25 Prozent auf Fr. 22 320.– gerechtfertigt hätte (Art. 17 HonO) und dass der Prozess nicht vollständig mit einem doppelten oder einfachen Schriftenwechsel mit anschliessender Hauptverhandlung durchgeführt wurde, sondern lediglich – ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren (zum Einbezug desselben bei der Bemessung der Parteientschädigung vgl. BGE 141 III 20) – nur ein einfacher Schriftenwechsel und eine Instruktionsverhandlung stattfanden, wobei Letztere dem Versuch einer Einigung und der Besprechung einer allfälligen Beschränkung des Verfahrens diente, also keine allzu fundierte Vorbereitung und – entgegen der Darstellung von Rechtsanwalt A.B. – insbesondere kein Plädoyer erforderlich waren. In Anwendung von Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 HonO hätte sich hierfür ein Honorar von 60 Prozent (Fr. 14 000.–) bzw. zuzüglich Barauslagen und MwSt.(Art. 28bis und Art. 29 HonO) von ca. Fr. 15 000.– respektive nach Abzug von 20 Prozent (vgl. Art. 31 Abs. 3 AnwG) ein solches von Fr. 12 000.– als durchaus vertretbar erwiesen. Dass sich der Vorderrichter bei dieser Ausgangslage nicht veranlasst sah, die vorbehaltlos vereinbarte Parteientschädigung von Fr. 10 000.– (im Hinblick auf die von Rechtsanwalt A.B. heute verlangte Erhöhung im Rahmen der Armenrechtsentschädigung) zu hinterfragen, ist nicht zu beanstanden, womit gleichzeitig gesagt ist, dass die Fr. 10 000.– auch in quantitativer Hinsicht bei einer vergleichsweisen Erledigung zumindest nicht als unangemessen tief erscheinen.

78

Art. 110 ZPO (SR 272). Ein Kostenentscheid, der mit der Hauptsache angefochten wird, unterliegt demselben Rechtsmittel wie diese. Selbständig kann er jedoch – auch wenn gegen den Entscheid in der Hauptsache das Rechtsmittel der Berufung gegeben wäre – nur mit Beschwerde angefochten werden. Dabei ist unerheblich, ob der Kostenentscheid die Prozesskosten nach ihrer Höhe festsetzt und unter den Parteien verlegt oder ob der Entscheid darüber auf einen späteren Zeitpunkt aufgeschoben wird. Auch der Entscheid, die Kostenregelung erst mit dem Endentscheid vorzunehmen, ist daher selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar.

Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 26. Oktober 2015

Aus den Erwägungen:

II. 2. Der Entscheid der Vorinstanz vom 21. Januar 2015 – es kann offen bleiben, ob es sich um einen Teilentscheid oder um einen Zwischenentscheid handelt – betrifft im angefochtenen Teil die Kosten, welche nicht liquidiert, sondern bei der Hauptsache belassen wurden. Es stellt sich die Frage des dagegen zulässigen Rechtsmittels. Der Beklagte 3 betitelt seine Eingabe vom 15. Mai 2015 als Berufung und vertritt die Auffassung, ein Kostenentscheid liege nur vor, wenn über die Kosten auch tatsächlich entschieden werde, was vorliegend nicht zutreffe. Sollte die Berufungsinstanz anderer Auffassung sein, wäre «diese Berufung als Beschwerde entgegenzunehmen».

a) Ein Kostenentscheid, der mit der Hauptsache angefochten wird, unterliegt demselben Rechtsmittel wie diese (Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7299; vgl. auch Sterchi, Berner Kommentar, N 1 zu Art. 110 ZPO; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 2 zu Art. 110 ZPO). Sofern die Streitigkeit berufungsfähig ist, kann demnach nicht nur der Sachentscheid, sondern auch die Kostenregelung im Rahmen der Berufung überprüft werden, was in Art. 318 Abs. 3 ZPO explizit festgehalten wird (Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 399 und N 399a). Selbständig ist ein Kostenentscheid dagegen nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO). Weder in der Literatur noch in der Praxis eingehend thematisiert wurde dabei bisher die Frage, ob auch der Entscheid, die Kostenregelung erst mit dem Endentscheid vorzunehmen, einen Entscheid im Sinne von Art. 110 ZPO darstellt. Sterchi scheint dies zu verneinen und argumentiert, das Unterbleiben der Kostenliquidation in einem Teil- oder Zwischenentscheid könne nicht als unrichtige Rechtsanwendung gerügt werden, da gar kein anfechtbarer Kostenentscheid nach Art. 110 ZPO vorliege (BK-Sterchi, N 1 zu Art. 110 ZPO). Allerdings schweigt er sich über die Folgen und insbesondere darüber aus, ob gegen einen derartigen Nicht-Entscheid nur die Berufung zulässig ist. Schmid seinerseits subsumiert unter den Begriff «Kostenentscheid» den Entscheid über die betragsmässige Festsetzung der Gerichtskosten und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteient-

schädigung bezüglich der berechtigen Partei und der Höhe (KUKO ZPO-Schmid, N 1 zu Art. 110 ZPO). Zum Entscheid, die Kostenregelung erst mit dem Endentscheid vorzunehmen, äussert er sich ebenfalls nicht. Es stellt sich damit die Frage nach der Auslegung von Art. 110 ZPO.

b) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Das Bundesgericht befolgt dabei einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt namentlich eine hierarchische Priorisierung der einzelnen Auslegungselemente ab. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (BGE 141 III 155 E. 4.2; vgl. auch BGE 140 I 305 E. 6.1/6.2; 140 II 289 E. 3.2; 140 III 206 E. 3.5.4; 140 III 289 E. 2.1; 140 III 315 E. 5.2.1; 140 V 213 E. 4.1, je mit weiteren Hinweisen).

Der per 1. Januar 2011 in Kraft gesetzte Art. 110 ZPO mit der Marginalie «Kostenentscheid» wurde von den Eidgenössischen Räten diskussionslos und im Wortlaut unverändert vom Entwurf des Bundesrats zum Gesetz erhoben (AmtBull StR 2007 S. 513; AmtBull NR 2007 S. 652). Die Botschaft des Bundesrats führte in diesem Zusammenhang (zu Art. 108 VE ZPO) erläuternd aus, dass bei berufungsfähigen Streitigkeiten nicht nur der Sachentscheid, sondern auch die Kostenregelung im Rahmen der Berufung überprüft werden könne. Wolle eine Partei dagegen einzig den Kostenpunkt anfechten, so stehe auch in berufungsfähigen Angelegenheiten nur die Beschwerde zur Verfügung. Dabei werden in den bundesrätlichen Erläuterungen zu den Rechtsmitteln gegen die Kostenfolgen eines Zivilprozesses in bloss zwei Sätzen scheinbar unterschiedslos drei Begriffe, nämlich «Kostenentscheid», «Kostenregelung» und «Kostenpunkt» verwendet (Botschaft zur ZPO, a.a.O.). Keines dieser drei Synonyme ist aber dahingehend zu verstehen, dass ausschliesslich die Höhe der Kosten sowie deren Verlegung unter den Parteien gemeint sein sollen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den in Art. 110 ZPO verwendeten Begriff «Kostenentscheid» umfassend verstand, umso mehr als bezüglich der Kosten grundsätzlich Akzessorietät zur Hauptsache besteht (vgl. auch ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 75 zu Art. 311 ZPO). Es ist mithin davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Aufgabelung des Rechtsweges hinsichtlich der Prozesskosten ausschliesslich davon abhängig machen wollte, ob der erstinstanzliche Entscheid in der Hauptsache angefochten wird oder nicht, wohingegen andere Kriterien keine Rolle spielen sollten.

Für eine derartige Interpretation spricht im Übrigen auch die Gesetzessystematik. Art. 110 ZPO befindet sich im 2. Kapitel (mit der Überschrift «Verteilung und Liquidation der Prozesskosten») des 8. Titels («Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege») des 1. Teils («Allgemeine Bestimmungen»). Art. 104 Abs. 1 ZPO verpflichtet das Gericht, in der Regel im Endentscheid auch über die Prozesskosten zu entscheiden, worunter nichts anderes als jedwelche Anordnung im Zusammenhang mit den Prozesskosten zu verstehen ist. Es besteht kein Anlass, den Wortlaut von Art. 110 ZPO enger als denjenigen von Art. 104 Abs. 1 ZPO auszulegen. Insofern ist nicht danach zu unterscheiden, ob die Prozesskosten nach ihrer Höhe festgesetzt und unter den Parteien verlegt werden oder ob der Entscheid darüber auf einen späteren Zeitpunkt aufgeschoben wird. Hier offenbleiben kann die Frage, ob Art. 110 ZPO auch anzuwenden wäre, wenn das Gericht überhaupt nichts

zu den Kosten sagt, sei es versehentlich oder aus anderen Gründen. Denn vorliegend traf die Vorinstanz bezüglich der Kosten durchaus eine Regelung – wenn auch vielleicht nicht im Sinn des Beklagten 3 –, indem es den gesamten Komplex der Kosten bei der Hauptsache beliess.

c) Handelt es sich – wie ausgeführt – bei Ziffer 5 des angefochtenen Entscheids um einen Kostenentscheid im Sinn von Art. 110 ZPO, so steht dagegen die Berufung nicht offen, was Nichteintreten zur Folge hat.

79

Art. 126 Abs. 1 ZPO (SR 272). Keine Sistierung eines Zivilverfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung eines vom Beklagten eingeleiteten, den gleichen Streitgegenstand betreffenden öffentlich-rechtlichen Verfahrens, wenn dem öffentlich-rechtlichen Entscheid keine bindende Wirkung zukommen wird, das Resultat des öffentlich-rechtlichen Verfahrens für den Ausgang des Zivilverfahrens auch sonst keine entscheidende präjudizielle Bedeutung haben wird und das Interesse des Klägers an einer beförderlichen Fortsetzung des Zivilverfahrens überwiegt.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 29. Juli 2015

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit es verlangt, namentlich dann, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. […]

4. Im Hauptverfahren verlangt der Kläger, es sei den Beklagten, die das Skigebiet Z betreiben, bei Strafe im Übertretungsfall zu verbieten, die beiden in seinem

Eigentum stehenden Grundstücke zu befahren, namentlich mit Pistenfahrzeugen. Er beruft sich dabei gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB auf seine Abwehrrechte als Eigentümer bzw. den Besitzesschutz gemäss Art. 928 ZGB. Die Klageantwort im Hauptverfahren liegt noch nicht vor. In ihrer Eingabe im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen argumentierten die Beklagten unter anderem, die Vorbereitung und der maschinelle Unterhalt der Skipisten durch den Konzessionär seien Inhalt der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung. Mit dem zur Zeit beim Gemeinderat Y hängigen Begehren bezwecken sie die öffentlich-rechtliche Feststellung, dass den betroffenen Grundeigentümern im Skigebiet Z mit der Ausscheidung einer Zone für Skiabfahrts- und Skiübungsgelände im Sinn von Art. 19 BauG die Abwehrbefugnis, die Pistenpräparierung, insbesondere auch mit Pistenfahrzeugen, gegenüber den Skilift- und Bahnbetreibern entzogen worden sei und insofern eine Duldungspflicht bestehe.

a) Gemäss Art. 6 ZGB werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Die bundesrechtliche Eigentumsordnung stellt mithin kein abschliessendes Ganzes dar, das jegliche kantonale Regelung von vornherein ausschliessen würde (Eckenstein, Spannungsfelder bei nachbarrechtlichen Klagen nach Art. 679 ZGB, in: ZStP, Band 225/2010, S. 27; ZK-Marti, N 286 ff. zu Art. 6 ZGB). Zwar darf auch das kantonale öffentliche Planungs- und Baurecht nicht Sinn und Zweck des Bundeszivilrechts widersprechen oder gar dessen Anwendung vereiteln, verfügt jedoch über expansive Kraft (vgl. ZK-Marti, N 45 ff. zu Art. 6 ZGB). So bestimmt das öffentliche Recht mittels Bauordnung und Zonenplan mehr und mehr, was beispielsweise im Nachbarrecht im Sinne von Art. 684 Abs. 2 ZGB nach Lage und Ortsgebrauch an Einwirkungen zulässig ist (vgl. Eckenstein, a.a.O., S. 29). Gemäss herrschender haftpflichtrechtlicher Auffassung ist ein Eingriff in ein absolutes Recht wie z. B. das Eigentum grundsätzlich widerrechtlich (Eckenstein, a.a.O., S. 69). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entfällt allerdings die Widerrechtlichkeit von Immissionen, die bei einem Bauvorhaben von einem Grundstück auf das Nachbargrundstück ausgehen, sofern die Bauarbeiten notwendig und zweckmässig sind, die Einwirkungen selbst bei Anwendung aller Sorgfalt unvermeidlich sind und eine Bewilligung der zuständigen Behörden vorliegt (vgl. BGE 114 III 230 E. 4a). Hingegen ist der Inhalt einer Baubewilligung hauptsächlich eine behördliche Feststellung, dass ein Bauvorhaben dem Zweck und Charakter der Nutzungszone entspricht und dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften entgegenstehen. Normen des privaten Nachbarrechts bilden grundsätzlich keine Bewilligungsvoraussetzung (Eckenstein, a.a.O., S. 80). Aus dem öffentlichen Recht ergeben sich allenfalls Hinweise, ob eine Immission vermeidbar ist oder nicht. Der Begriff der Unvermeidbarkeit ist allerdings dem privaten Nachbarrecht vorbehalten. Die Vermeidbarkeit sowie auch die Notwendigkeit und die Zweckmässigkeit sollte der von übermässigen Immissionen betroffene Nachbar denn auch von den zuständigen Zivilgerichten überprüfen lassen können. Eine Baubewilligung hat keine direkten Auswirkungen auf die Beurteilung einer Überschreitung des Eigentums im privaten Nachbarrecht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum eine übermässige

und Schaden verursachende Bauimmission, auch wenn sie unvermeidlich ist, durch eine Baubewilligung rechtmässig werden könnte (Eckenstein, a.a.O., S. 82). Diese rechtlichen Ausführungen beziehen sich zwar in erster Linie auf nachbarrechtliche Sachverhalte, haben aber ohne weiteres auch für den vorliegenden Fall Gültigkeit. Die Analogie ergibt sich daraus, dass beide Fälle die Abwehransprüche des dinglich Berechtigten gegenüber einem Störer betreffen, der sein Tun ganz oder zumindest teilweise mit einer öffentlich-rechtlichen Bewilligung rechtfertigt.

b) Bereits in seinem Entscheid vom 5. Januar 2015 hat der Einzelrichter im Personen-, Erb- und Sachenrecht am Kantonsgericht erwogen, dass eine annähernd ähnlich klare Eingriffsnorm wie diejenige gemäss Sachverhalt von BGE 135 III 633, aus welcher sich ergibt, dass aus der Existenz einer überlagernden Skizone die Duldung einer Passage mit Pistenfahrzeugen folgt, vorliegend nicht existiert. Im dort anwendbaren Bau- und Zonenreglement war klar und eindeutig festgehalten, dass auf den bezeichneten Flächen Starts respektive Landungen mit Deltagleitern und Gleitschirmen gestattet seien, dass die Eigentümer der Parzellen angemessen für die Nutzung zu entschädigen seien, sowie, dass eine Art Trägerschaft für Betrieb, Organisation und Sicherheit zuständig sein müsse (BS.2014.17, E.III 2c/ee). Daran hat sich zwischenzeitlich nichts geändert, im Gegenteil: Mit ihrem Feststellungsbegehren wollen die Beklagten offenbar zuständigen Ortes eine (förmliche) öffentlich-rechtliche Grundlage schaffen, mit deren Hilfe sie vom Kläger die Duldung der Pistenpräparierung durch Pistenfahrzeuge auf dessen Grundstücken durchzusetzen beabsichtigen. Dem Kläger ist insofern beizupflichten, als die von den Beklagten beantragten Feststellungen rechtsgenüglich kaum getroffen werden können, ohne zumindest den Eigentümern der im Skigebiet Z liegenden Grundstücke gestützt auf Art. 15 VRP das rechtliche Gehör zu gewähren. Gemäss seinen unbestrittenen Ausführungen wurde der Kläger aber im öffentlich-rechtlichen Feststellungsverfahren – wenigstens bislang – nicht einbezogen. Allein von daher ist schwer erkennbar, welche präjudizielle Wirkung das bei der Gemeinde Y hängige öffentlich-rechtliche Verfahren auf das vorliegende Verfahren haben kann. Kommt dazu, dass dem Entscheid im öffentlich-rechtlichen Verfahren ohnehin keine bindende Wirkung für den Zivilprozess zukommt. Selbst wenn also das beim Gemeinderat Y hängige Verfahren mit der förmlichen Feststellung endet, wonach das Präparieren der Skipisten mittels entsprechenden Fahrzeugen auf den im Skigebiet Z liegenden Grundstücken zu dulden sei, wäre eine entsprechende Erkenntnis für den Zivilrichter zwar von gewisser Bedeutung, aber nicht bindend. Letztlich hat dieser seinen eigenen Entscheid nach Massgabe der Bestimmungen von Art. 641 Abs. 2 bzw. Art. 928 ZGB zu fällen.

c) Zutreffend ist der Hinweis des Klägers, dass die Rechtmässigkeit (resp. eben die Widerrechtlichkeit) der von ihm im Hauptverfahren geltend gemachten Störungen seines Besitzes bzw. Eigentums eine Frage des Privatrechts und deshalb vom Zivilrichter zu entscheiden ist. Dabei bewegt sich letzterer allerdings nicht im rein privatrechtlichen Raum. Gerade wo – wie vorliegend – möglicherweise öffentlich-rechtliche Beschränkungen im Sinn von Art. 702 ZGB in Frage stehen,

hat sich der Zivilrichter auch mit diesem Teil der Rechtsordnung zu befassen. Dass letztlich er zu beurteilen hat, ob die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts und dabei insbesondere gegen die in Art. 26 BV verbriefte Eigentumsgarantie verstossen, verlangt danach, dass er sich zumindest vorfrageweise mit dem Sachverhalt aus öffentlich-rechtlicher Sicht auseinandersetzt. Keinesfalls wird für ihn aber bindend sein, wie der Gemeinderat Y die Tragweite des Zonenplans und des diesem zugrunde liegenden Baureglements in Bezug auf die Befugnis der Grundeigentümer im Skigebiet Z, sich gegen die Pistenpräparierung, insbesondere auch mit Pistenfahrzeugen durch die Skilift- und Bahnbetreiber zu wehren, interpretiert. Zwar haben das zur Zeit beim Gemeinderat Y hängige Feststellungsverfahren einerseits und das beim Kreisgericht pendente sachenrechtliche Verfahren andererseits durchaus einen gewissen Sachzusammenhang. Nach dem Gesagten ist jedoch nicht erkennbar, welche zusätzliche Erkenntnisse aus dem Feststellungsverfahren resultieren könnten, welche der Richter im Hauptverfahren vorfrageweise nicht ebenfalls zu gewinnen in der Lage wäre. Der vorliegende Sachverhalt ist durchaus vergleichbar mit demjenigen, der BGE 129 II 72 zugrunde lag. Damals stellte das Bundesgericht klar, dass ein Grundeigentümer dann, wenn nur das Zivilrecht anwendbar sei – z. B. in der Nachbarschaft eines privaten Flugplatzes – immer verbieten könne, dass sein Grundstück in geringer Höhe von Flugzeugen überflogen werde, da diesfalls das Eindringen in den Luftraum des Grundstückes vorliege. Das Präparieren von Skipisten mit Pistenfahrzeugen und die davon ausgehende Schädigung des Kulturlands stellen für den betroffenen Grundeigentümer einen Eingriff von ähnlicher Intensität dar, für welche es einer unmissverständlichen Duldungsnorm bedarf. Im Bereich des öffentlichen Rechts fehlt eine solche vorliegend ganz offensichtlich, da – wie bereits ausgeführt – die Beklagten weder aus Art. 19 BauG noch aus Art. 8 Baureglement die Befugnis herleiten können, die Präparierung der Pisten auf den Grundstücken des Klägers mit Pistenfahrzeugen vorzunehmen. Auch ist offensichtlich (und im Übrigen gar nicht behauptet), dass die der Beklagten 1 bzw. der Z AG erteilten Bewilligungen zum Betrieb der Skilifte keine Enteignungsrechte beinhalten. Insofern ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen öffentlich-rechtlichen Entscheidgrundlagen der Zivilrichter für die Beurteilung der Hauptsache noch benötigt. Eine entscheidende präjudizierende Wirkung ist vom Feststellungsverfahren jedenfalls nicht zu erwarten. Insofern überwiegt das Interesse des Klägers an einer beförderlichen Fortsetzung des Hauptverfahrens. Im Übrigen ist es den Beklagten unbenommen, auf einen raschen Abschluss des mittlerweile seit mehr als einem halben Jahr hängigen Feststellungsverfahrens hinzuwirken und daraus resultierende neue Erkenntnisse im Zuge der Klageantwort oder später noch im Rahmen von Art. 229 ZPO in der Hauptverhandlung einzubringen.

Zutreffend ist der Hinweis der Beklagten, dass der Besitzesschutz nicht «umgehend durchgesetzt werden» müsse, da der Hauptprozess sich mittlerweile im ordentlichen Verfahren befindet. Umgekehrt hat der Kläger gestützt auf das Beschleu-

nigungsgebot gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO Anspruch darauf, dass seine Sache innert angemessener Frist beurteilt wird. Sind aber – wie festgestellt – die Voraussetzungen für die Sistierung des Prozesses nicht gegeben, ist das Verfahren nach Massgabe der zivilprozessualen Bestimmungen fortzusetzen.

80

Art. 158 Abs. 2 und Art. 13 lit. b ZPO (SR 272). Für das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach Art. 13 ZPO. Die Beweissicherung ist eine Massnahme, die einen Vollstreckungsort im Sinne von Art. 13 lit. b ZPO haben kann. Betrifft die Beweissicherung eine Immobilie, so ist das Gericht am Ort der Immobilie zuständig. Zur möglichen Aufgabe eines gerichtlich bestellten Sachverständigen gehört es, dass er einen bestimmten Zustand des Werkes, dessen Ursachen und ähnliche Tatsachen (z. B. auch erforderliche Verbesserungsmassnahmen) feststellt. Die Beurteilung, ob ein Werk im Sinne des Werkvertrages mangelhaft ist oder nicht, obliegt demgegenüber dem Richter.

Handelsgerichtspräsident, 4. März 2015

Aus den Erwägungen:

1. Für das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung verweist Art. 158 Abs. 2 ZPO auf die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen. Der Verweis umfasst auch die Bestimmungen über die örtliche und sachliche Zuständigkeit. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich somit nach Art. 13 ZPO. Danach ist – soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt – zwingend das Gericht am Ort zuständig, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder die Massnahme vollstreckt werden soll.

a) Die Gesuchstellerin macht geltend, dass sich die zu begutachtende Liegenschaft in St. Gallen befinde. Da die Beweise somit in St. Gallen gesichert werden müssten, sei die örtliche Zuständigkeit im Kanton St. Gallen gegeben. Zudem bestehe auch eine örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts in der Hauptsache, sei dies aufgrund der Erbringung der charakteristischen Leistung in St. Gallen oder aufgrund des Sitzes der Gesuchsgegnerinnen 2, 3 und 4 im Kanton St. Gallen. Allfällige vertragliche Gerichtsstandsabreden stünden dem nicht entgegen.

Demgegenüber wendet die Gesuchsgegnerin 1 ein, es bestehe kein Vollstreckungsort in St. Gallen. Weder die Gesuchstellerin noch die Gesuchsgegnerinnen oder die beantragten Gutachter hätten ihren Sitz oder sonstigen Bezug in bzw. zu St. Gallen. Es sei deshalb nicht ersichtlich, welcher Anspruch in St. Gallen vollstreckt

werden müsse. Wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit sei daher auf das Gesuch nicht einzutreten.

b) Die Gesuchstellerin beantragt, dass zur Sicherung von Beweismitteln an der Liegenschaft in St. Gallen eine vorsorgliche Beweisführung durchzuführen sei. Die beantragte Beweissicherung stellt eine Vollstreckungsmassnahme dar. Zuständig ist somit das Gericht am Ort, an welchem das Beweismittel abzunehmen ist (Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 20) bzw. die vorsorgliche Beweisführung (z. B. Augenschein) durchgeführt werden soll (Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., Art 158 N 34 mit Verweis auf P. Guyan, Basler Komm. ZPO, Art. 158 N 8; Leuenberger/Uffer-Tobler, S. 229; N. Passadelis, Handkomm. ZPO, Art. 158 N 9; H. Schmid, Kurzkomm. ZPO, Art. 158 N 8; Staehelin/Staehelin/Grolimund, S. 301; Zürcher, Dike Komm. ZPO, Art. 158 N 14). Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts St. Gallen ist somit nach Art. 13 lit. b ZPO gegeben. Damit kann offen bleiben, ob auch eine örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts St. Gallen in der Hauptsache im Sinne von Art. 13 lit. a ZPO besteht.

[…]

2. Die vorsorgliche Beweisführung ist in Art. 158 ZPO geregelt. Gemäss dieser Bestimmung nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.

a) Ein gesetzlicher Anspruch auf eine vorsorgliche Beweisführung besteht u.a. im Werkvertragsrecht. So ergibt sich aus Art. 367 Abs. 2 OR ein Anspruch des Bauherrn und des Unternehmers auf die Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes (Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A, Art. 158 N 10).

b) Eine Gefährdung von Beweismitteln kann in einer Erschwerung oder Verunmöglichung einer späteren Beweisabnahme bestehen. Beabsichtigt der Gesuchsteller den bestehenden Zustand zu verändern und verunmöglicht er daher selbst eine spätere Beweiserhebung, so stellt dies keinen Grund für die Ablehnung der vorsorglichen Beweisführung dar (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 12 f.).

c) Die vorsorgliche Beweisführung soll jedoch nicht nur der Beweissicherung, sondern auch der Abklärung von Prozess- oder Beweisaussichten dienen (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 17 ff.). Glaubhaft zu machen ist in diesem Zusammenhang lediglich ein schutzwürdiges Interesse als solches, nicht jedoch die zu beweisende Tatsache selbst (vgl. BGer 4A_322/2012 E. 2.2.1.; Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 19.; Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, 21/22, S. 3 ff. insb. S. 9). Der Gesuchsteller hat glaubhaft zu machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf welchen ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 mit verschiedenen Hinweisen). Abgesehen von der Glaubhaftmachung eines Hauptanspruches bzw. der

substanziierten Behauptung der anspruchsbegründenden Tatsachen, die durch das vorsorglich beantragte Beweismittel bewiesen werden sollen, sind an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses keine hohen Anforderungen zu stellen. Dieses ist grundsätzlich nur dann zu verneinen, wenn es sich als offensichtlich nicht existent erweist, was namentlich dann der Fall sein kann, wenn das beantragte Beweismittel offenkundig untauglich ist (BGer 4A_322/2012 E. 2.2.1).

3. a) Vorliegend begründet die Gesuchstellerin ihr Gesuch um Durchführung einer vorsorglichen Beweisführung damit, dass die von den Gesuchsgegnerinnen erstellte Liegenschaft diverse Mängel aufweise. So löse sich der Verputz an verschiedenen Stellen. Die Fassade bzw. die darunterliegenden Dämmelemente würden Wasser anziehen, das ins Mauerwerk eindringe. Im Innern der Wohnungen seien Wasser- und Feuchtigkeitsschäden entstanden. Darüber hinaus seien verschiedene Details mangelhaft ausgeführt worden. Die eingereichten Mängelaufnahmen, Mängellisten und Expertenberichte würden dies veranschaulichen. Die Ursachen der Mängel seien unbekannt. Die Mängel könnten durch fehlerhafte Planung, mangelhafte Bauleitung und/oder durch mangelhafte Bauausführung verursacht worden sein. Die heutigen Eigentümer der Liegenschaft würden die umgehende Sanierung der Liegenschaft verlangen (gest.act. 30). Die Schäden seien von massivem Ausmass. Eine Sanierung sei dringend notwendig. Die Gesuchsgegnerinnen seien zwar grundsätzlich mit einer Sanierung einverstanden gewesen. Eine Sanierung hätten sie jedoch nicht durchgeführt. Es sei davon auszugehen, dass sich die Situation noch weiter verschlimmern werde, solange keine Massnahmen ergriffen werden. Bei weiterer Intensivierung der Schäden seien unaufschiebbare Sofortmassnahmen zur Schadenbeseitigung notwendig, was eine Beweissicherung zu einem späteren Zeitpunkt erschweren bzw. unmöglich machen würde. Die Anordnung einer gerichtlichen Beweissicherung sei daher dringend.

b) Die Gesuchsgegnerin 1 wendet demgegenüber ein, die Gesuchstellerin habe nicht dargelegt, aus welchem Grund ein Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin 1 bestehe. Sie bestreite, dass sie in irgendeiner Form für Baumängel an der Liegenschaft einzustehen habe. Zudem habe die Gesuchstellerin nicht substanziiert dargetan, welche Mängel vorhanden seien und welche Verfehlungen die Gesuchsgegnerin 1 begangen haben soll. Eine Beweismittelgefährdung bestehe nicht, habe die Gesuchstellerin doch über fünf Jahre zugewartet, um ihre Ansprüche geltend zu machen. Zudem bestehe kein schutzwürdiges Interesse der Gesuchstellerin an einer vorprozessualen Beweisführung, bestünden doch bereits Privatgutachten, die über die angeblichen Mängel Auskunft gäben. Im Übrigen seien auch die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung nach Art. 367 Abs. 2 OR nicht gegeben, beziehe sich diese Bestimmung doch nur auf die Mängelfeststellung im Rahmen der Abnahme des Werkes. Das Gesuch sei daher abzuweisen.

c) Die Gesuchstellerin legt glaubhaft dar, dass ihr ein Anspruch auf Mängelbeseitigung im Sinne der geltend gemachten erforderlichen Sanierung gegenüber den Gesuchsgegnerinnen zustünde, sollte die Liegenschaft aufgrund fehlerhafter Planung,

Bauleitung und/oder Bauausführung Mängel im Bereich der Fenster, der Fassade, der Balkone und/oder der Hinterfüllung aufweisen. Aufgrund der eingereichten Privatgutachten/Berichte, auf welche die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch verweist, erscheint auch glaubhaft, dass in diesen Bereichen Baumängel vorhanden sind.

Ebenso ist glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin die Liegenschaft aufgrund erheblicher Mängel möglichst bald sanieren lassen will, womit eine Beweiserhebung zu einem späteren Zeitpunkt erschwert oder verunmöglicht würde. Nachdem die Gesuchsgegnerin 1 die Resultate der Privatgutachten bestreitet, stellen diese Gutachten keinen Ersatz für eine gerichtliche Beweissicherung dar.

Damit sind die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt. Es ist daher eine gerichtliche Expertise betreffend die streitgegenständliche Liegenschaft anzuordnen.

Die Frage, ob auch die Voraussetzungen für die Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes nach Art. 367 Abs. 2 OR erfüllt sind, kann dabei offen bleiben, beruft sich die Gesuchstellerin doch nicht direkt auf diese Bestimmung, sondern bringt nur vor, dass sie sich auch auf diese Bestimmung berufen könnte.

4. […]

5. Die Fragen an den Experten hat in erster Linie die Gesuchstellerin zu formulieren. Der endgültige Entscheid über die Formulierung der Fragen obliegt jedoch dem Gericht (BGE 139 III 33 E. 4.3 mit Verweis auf Schmid, in ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Oberhammer [Hrsg.], Art. 185 N 4).

a) Zur möglichen Aufgabe eines gerichtlich bestellten Sachverständigen gehört es, dass er einen bestimmten Zustand des Werkes (z. B. Ablösen des Verputzes), dessen Ursachen (z. B. fehlende Wasser abweisende Beschichtung) 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 die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben. 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).

81

Art. 204 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c ZPO (SR 272); Art. 396 Abs. 1 und Abs. 3 OR (SR 220). Grundsätzlich müssen die Parteien persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen. Der Vermieter kann aber die Liegenschaftsverwaltung delegieren, sofern er sie schriftlich zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt. Eine solche Ermächtigung kann sich auch aus einer schriftlich eingeräumten generellen Befugnis zur Vertretung gegenüber Schlichtungsstellen ergeben, was durch Auslegung zu ermitteln ist. Ist diese Vertretungsbefugnis Teil eines umfassenden Vertretungsverhältnisses für die konkrete Liegenschaft, steht dem auch Art. 396 Abs. 3 OR nicht entgegen; denn es wäre impraktikabel und inadäquat, in solchen Fällen zu verlangen, dass die Liegenschaftsverwaltung für jede einzelne Schlichtungsverhandlung vom Vermieter noch eine separate Ermächtigung zum Vergleichsabschluss einzuholen hat.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Obligationenrecht, 18. Dezember 2014

Eine Liegenschaftsverwaltung hatte an einer Schlichtungsverhandlung teilgenommen, an der ein Vergleich zustande gekommen war. Die Vermieterin machte mittels Revision die Unwirksamkeit des Vergleichs geltend, da die Verwaltung entgegen Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO nicht schriftlich zum Vergleichsabschluss ermächtigt gewesen sei. Die Schlichtungsstelle wies das Revisionsgesuch ab, wogegen die Mieterin Beschwerde beim Kantonsgericht erhob.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO müssen die Parteien grundsätzlich persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen. Damit soll – mit Blick auf das primäre Ziel der Schlichtungsverhandlung, nämlich die Parteien zu einigen – eine echte und gedeihliche Aussprache ermöglicht werden, an der jene Personen beteiligt sind, die miteinander im Streit liegen, mit dem Streitgegenstand aus erster Hand – und somit am engsten – vertraut sind sowie über diesen auch verfügen können (vgl. Botschaft zur ZPO, BBl 2006, S. 7331; BGE 140 III 70 E. 4.3; BK-Alvarez/Peter, N 1 zu Art. 204 ZPO; Honegger, ZPO Komm., N 1 zu Art. 204 ZPO; BSK ZPO-Infanger, N 1 zu Art. 204 ZPO).

b) Von der in Art. 204 Abs. 1 ZPO statuierten persönlichen Anwesenheitspflicht ausgenommen ist gemäss Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO (unter anderem), «wer […] als Vermieter die Liegenschaftsverwaltung delegiert, sofern diese zum Abschluss eines Vergleichs schriftlich ermächtigt ist» (wobei im Lichte des soeben dargelegten Zwecks der Schlichtungsverhandlung nur eine das betroffene Mietobjekt auch effektiv betreuende Verwaltung als Vertreterin in Frage kommt [s. Honegger, ZPO Komm., N 11 zu Art. 204 ZPO]). Vorliegend stellt sich in diesem Zusammenhang die – von der Vorinstanz bejahte – Frage, ob sich eine solche Ermächtigung von X. aus dem schriftlichen Verwaltungsvertrag vom 28. August 2006 sowie namentlich der in dessen Ziffer 2.1 eingeräumten Befugnis zur «Vertretung […] gegenüber […] Schlichtungsstellen» ergab, was durch Auslegung zu ermitteln ist.

aa) Der Vertragsinhalt bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Vertragsparteien (sog. subjektive Auslegung; Art. 18 Abs. 1 OR). Lässt sich dieser nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, ist durch objektivierte (normative) Auslegung – insbesondere unter Berücksichtigung des Vertrauensprinzips – jener Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich hatten; dabei ist massgebend, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden (Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., N 1200 f.; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, N 304, N 306, N 332 zu Art. 18 OR). Die Vertragsauslegung richtet sich in erster Linie nach dem von den Parteien verwendeten Wortlaut, wobei auch der Sachzusammenhang, in dem er verwendet wird, einzubeziehen ist (systematische Element). Als ergänzende Auslegungsmittel fallen sodann namentlich die Begleitumstände des Vertragsschlusses, der Vertragszweck, die Interessenlage der Parteien bei Zustandekommen des Vertrags, ihr Verhalten vor und nach Vertragsschluss sowie eine allfällige Verkehrsauffassung und Verkehrsübung in Betracht (Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1205 ff., N 1222 ff.; ZK-Jäggi/Gauch, N 344 ff., N 354 ff., N 411 ff. zu Art. 18 OR). Im Rahmen der hier vorzunehmenden Vertragsauslegung – die ein Auftragsverhältnis betrifft – ist zudem Art. 396 Abs. 1 OR zu beachten, wonach sich der Umfang eines Auftrags nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts bestimmt.

bb) Vorliegend kam die Vorinstanz soweit ersichtlich schon aufgrund einer subjektiven Auslegung des Verwaltungsvertrags vom 28. August 2006 zum Schluss, die X. in dessen Ziffer 2.1 erteilte Ermächtigung zur Vertretung der Vermieterschaft gegenüber Schlichtungsstellen habe sich auch auf Vergleichsabschlüsse erstreckt (s. zu einer allfälligen normativen Auslegung aber immerhin nachfolgend E.bbb). Dazu fällt folgendes in Betracht:

aaa) Der hier zur Debatte stehende Verwaltungsvertrag wurde wie erwähnt am 28. August 2006 und damit mehrere Jahre vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (1. Januar 2011) geschlossen. Die damals geltende st.gallische Zivilprozessordnung – unter welcher im Schlichtungsverfahren die Vertretung der

Vermieterschaft durch die Liegenschaftenverwaltung zulässig (wenngleich im Gesetz nicht explizit vorgesehen) war (s. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 3/c zu Art. 153 ZPO/SG) – enthielt keine dem heutigen zweiten Halbsatz von Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO («…, sofern diese zum Abschluss eines Vergleichs schriftlich ermächtigt sind») entsprechende Regelung und sah auch keine generelle Sonderregelung für die Vertretung bei Prozessvergleichen vor; unter diesem Aspekt bestand daher für die Vertragsparteien – sollte die der Verwalterin eingeräumte Befugnis zur Vertretung gegenüber Schlichtungsstellen auch die Mitwirkung bei Vergleichen umfassen – kein Anlass, den Vertragstext dahingehend zu präzisieren. Es fällt weiter in Betracht, dass es – wie schon die Vorinstanz zutreffend erwog – unter altem wie neuem Prozessrecht Kernaufgabe des Schlichtungsverfahrens war und ist, die Streitparteien zu einigen, was schon an sich nahelegt, dass sich die Einräumung einer generellen, d.h. in keiner Hinsicht eingeschränkten Vertretungsbefugnis gegenüber Schlichtungsstellen – wie sie vorliegend mit Ziffer 2.1 des Verwaltungsvertrags erfolgte – auf eine umfassende Teilnahme an Schlichtungsverfahren und damit auch auf den Abschluss von Vergleichen im Rahmen solcher Verfahren erstrecken soll. Denn immerhin bedeutet «schlichten» im vorliegenden Sachzusammenhang nach dem allgemeinen Sprachgebrach nichts anderes, als zwischen Konfliktparteien zu vermitteln mit dem Ziel, den Streit beizulegen (www.duden.de/rechtschreibung/schlichten).

Hier kommt hinzu, dass der Verwalterin mit dem Verwaltungsvertrag vom 28. August 2006 weitreichende Verwaltungsbefugnisse übertragen wurden, die sich namentlich auf folgende Aufgabenkreise erstreckten: Den Abschluss der Mietverträge (wenn auch nur in direkter Stellvertretung) mit dem Ziel einer «ständigen Vollvermietung», die Kündigung und Änderung bestehender Mietverträge, die periodische Überprüfung und Anpassung der Mietzinse, das Mietzinsinkasso, «gegebenenfalls unter Inanspruchnahme des Rechtswegs» (wozu auch die Einräumung einer Vollmacht über das Mietzinskonto der Vermieterschaft gehören sollte), die Übergabe und Abnahme von Mietobjekten, die «Erledigung des gesamten Verkehrs mit den Mietern» (einschliesslich Erlass einer Hausordnung, Überwachung ihrer Einhaltung sowie Streitschlichtung), die Beschäftigung eines Hauswarts (einschliesslich Vertragsschluss, Erstellen eines Pflichtenhefts, Überwachung, Lohnzahlung und -anpassung, Abrechnung mit Sozial- und Unfallversicherern sowie gegebenenfalls Kündigung), den Abschluss von Versicherungs- und Serviceverträgen, das Erstellen der periodischen Heiz- und Nebenkostenabrechnung sowie die umfassende Buchführung über die Liegenschaft (einschliesslich Erledigung sämtlicher Zahlungen, auch von Hypothekarzinsen sowie Amortisationen). Dabei spricht insbesondere die Tatsache, dass die Verwalterin nicht nur ermächtigt war, die Mietverträge abzuschliessen und aufzulösen, sondern diese auch abzuändern, dafür, dass ihr auch im Rahmen der Schlichtung die Befugnis zur Modifikation von Mietverträgen zustehen sollte, was wiederum nahelegt, dass ihre Bevollmächtigung zur Vertretung gegenüber Schlichtungsstellen auch Vergleichsabschlüsse einschliessen sollte. Angesichts des vorstehenden um-

fassenden Pflichtenhefts der Verwalterin – mit dem offensichtlich eine weitgehende Entlastung der Vermieterschaft von Verwaltungsaufgaben bezweckt werden sollte (wobei diesem Zweck insoweit, als das vorliegende Mietverhältnis betroffen ist, nach den Akten zu schliessen auch tatsächlich nachgelebt wurde) – sowie namentlich der Tatsache, dass der Verwalterin der gesamte Verkehr mit den Mietern uneingeschränkt übertragen wurde (was sich auch mit dem Umstand deckt, dass in den vorliegenden Mietverträgen anstelle der Adresse der Vermieterin jene der Verwalterin steht), dürfte den Vertragsparteien bei Vertragsschluss sodann klar gewesen sein, dass die Verwalterin mit den Verwaltungsangelegenheiten und namentlich den Mietverhältnissen fortan weitaus vertrauter sein würde als die Vermieterschaft selbst; dies wiederum lässt darauf schliessen, dass die Abrede, X. sei «zur Vertretung […] gegenüber […] Schlichtungsstellen» befugt, in der Annahme erfolgte, diese sei prädestiniert, die Vermieterschaft künftig in allfälligen Schlichtungsverfahren vollumfänglich zu vertreten (was im Übrigen nach dem vorn Gesagten auch dem Sinn des Gesetzes entspricht).

Dies alles legt nahe, dass die X. im Verwaltungsvertrag vom 28. August 2006 ohne jede Einschränkung schriftlich eingeräumte Befugnis zur «Vertretung […] gegenüber […] Schlichtungsstellen» nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien umfassend sein und sich auf sämtliche Aspekte des Schlichtungsverfahrens und somit namentlich auch auf Vergleichsabschlüsse erstrecken sollte, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in dieser Hinsicht – vor allem auch unter dem Blickwinkel des Willkürverbots – nicht zu beanstanden ist.

bbb) Selbst wenn im Übrigen die Vorinstanz nicht aufgrund einer subjektiven, sondern mittels normativer Auslegung zum vorstehenden Ergebnis gelangt wäre – was aufgrund ihrer Ausführungen zwar eher nicht anzunehmen, aber letztlich auch nicht ganz auszuschliessen ist – wäre ihr beizupflichten, dass die X. eingeräumte Ermächtigung zur Vertretung gegenüber Schlichtungsstellen im Lichte des vorstehend Gesagten von den Vertragsparteien nach dem Vertrauensprinzip im soeben dargelegten Sinn verstanden werden durfte und musste. Aus den gleichen Gründen durfte im Übrigen auch die Schlichtungsstelle – als Dritte – Ziffer 2.1 des ihr vorgelegten Verwaltungsvertrags nach Treu und Glauben dahingehend verstehen.

cc) Zu prüfen bleibt, ob am vorstehenden Ergebnis Art. 396 Abs. 3 OR etwas zu ändern vermag, der früher (und namentlich auch, als der vorliegende Verwaltungsvertrag zustande kam) zwar noch mit einem Vorbehalt zugunsten des eidgenössischen und kantonalen Prozessrechts versehen war, welcher indes mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung fallen gelassen wurde, weshalb er in Verfahren, die dieser unterstehen, zu beachten ist (s. dazu AS 2010, S. 1841; KUKO OR-Schaller, N 6 zu Art. 396 OR; Sterchi, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 68 ZPO; BSK ZPO-Tenchio, N 14a zu Art. 68 ZPO; KUKO ZPO-Domej, N 3 zu Art. 68 ZPO). Nach dieser Bestimmung bedarf der Beauftragte – im Sinne einer Ausnahmeregelung zu Art. 396 Abs. 2 OR, wonach in einem Auftrag grundsätzlich «auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten» ist, welche zu seiner Ausführung gehören – (unter anderem) zum Vergleichsabschluss einer «besonderen Ermächtigung»; vorliegend

stellt sich daher die Frage, ob die Vorinstanz anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 12. Februar 2014 ungeachtet dessen von einer zureichenden Vollmacht zum Vergleichsabschluss ausgehen durfte, dass sich diese (nur) aufgrund einer Auslegung des Verwaltungsvertrags ergab. Dazu fällt in Betracht, dass zwar Art. 396 Abs. 3 ZPO nach herrschender Ansicht keine Schriftlichkeit verlangt, indes in der Lehre umstritten ist, ob die «besondere Ermächtigung» auch bloss konkludent erteilt werden kann (s. dazu insbes. Fellmann, Berner Kommentar, N 119 und 124 zu Art. 396 OR; OFK-Bühler, N 5 zu Art. 396 OR; BSK OR I-Weber, N 14 zu Art. 396 OR; KUKO OR-Schaller, N 6 zu Art. 396 OR). Nachdem allerdings das Bundesgericht Letzteres in zwei (nicht amtlich veröffentlichten) Entscheiden klar bejahte (BGer 4C.271/2001 E. 3.1; in diesem Sinn [wenngleich nur die nachträgliche Genehmigung betreffend] wohl auch BGer 4P.184/2003 E. 2.3.2), ist das Vorgehen der Vorinstanz auch unter diesem Aspekt nicht zu beanstanden (womit offen bleiben kann, ob vorliegend überhaupt von einer bloss konkludenten Bevollmächtigung ausgegangen werden muss). Soweit der hier konkret in Frage stehende, das Schlichtungsverfahren betreffende Fall der Vertretung des Vermieters durch eine Liegenschaftenverwaltung betroffen ist – der in Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO speziell geregelt ist – kommt im Übrigen hinzu, dass wie dargelegt (E. 2/b) nur eine das besondere Mietobjekt auch tatsächlich betreuende Verwaltung als Vertreterin in Frage kommt; anders als in den weiteren in Art. 204 Abs. 3 lit. c geregelten Fällen (Vertretung des Arbeitgebers oder Versicherers durch eine angestellte Person [die im Rahmen des Anstellungsverhältnisses auch mit ganz anderen Hauptaufgaben betraut sein kann]) erfolgt die Vertretung durch eine Liegenschaftenverwaltung somit regelmässig im Rahmen eines spezifischen, die konkrete Liegenschaft betreffenden Grundverhältnisses, welches im Allgemeinen die (je nach Abmachung mehr oder weniger umfassende, häufig aber – wie vorliegend – weitgehende) Vertretung des Vermieters gegenüber Mietern, Dritten und Behörden zum Inhalt hat. In solchen Fällen sollten daher an die «besondere Ermächtigung» nach Art. 396 Abs. 3 OR im Allgemeinen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden; insbesondere wäre es – jedenfalls soweit wie vorliegend (auch) die Vertretung gegenüber Schlichtungsbehörden klar vereinbart ist – nicht nur impraktikabel, sondern vor allem auch den besonderen Umständen des Grundverhältnisses nicht angemessen, zu verlangen, dass der Liegenschaftenverwalter für jede einzelne Schlichtungsverhandlung vom Vermieter noch eine separate Ermächtigung zum Vergleichsabschluss einzuholen hat (in diese Richtung wohl auch CPC-Bohnet, N 15 zu Art. 204 ZPO [zur Vertretung durch den «gérant de l'immeuble»]: «Quant aux pouvoirs, ils peuvent être décrits de manière large»).

c) Im Ergebnis ist demnach die Annahme der Vorinstanz, X. sei schriftlich zum Vergleichsabschluss an Schlichtungsverhandlungen ermächtigt gewesen, weder unter dem Blickwinkel des Willkürverbots (nämlich soweit die erstinstanzlich wohl vorgenommene subjektive Auslegung des Verwaltungsvertrags betroffen ist) noch in rechtlicher Hinsicht (nämlich soweit eine allfällige normative Auslegung des Verwaltungsvertrags sowie die übrigen vorn angesprochenen rechtlichen Aspekte betroffen

sind) zu beanstanden. Daraus ergibt sich zugleich, dass weder die persönliche Anwesenheit der Gesuchstellerin an der Schlichtungsverhandlung noch ihre persönliche Mitwirkung beim Vergleichsabschluss notwendig war und der Vorinstanz insoweit kein Verfahrensfehler anzulasten ist. Daraus wiederum folgt, dass die Vorinstanz das Revisionsgesuch zu Recht abgewiesen hat.

82

Art. 261 Abs. 1 und 145 Abs. 2 lit. b ZPO (SR 272); Art. 3 lit. a UWG (SR 241); Art. 28 ZGB (SR 210); Art. 46 Abs. 2 BGG (SR 173.110). Der Tatbestand der Herabsetzung nach Art. 3 lit. a UWG erscheint als wettbewerbsbezogene Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtsschutzes, womit die Anforderungen an eine Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB weitgehend auch auf die unlautere Herabsetzung gemäss Art. 3 lit. a UWG übertragen werden können. Im Bereich des UWG sind jedoch strengere Kriterien zu erfüllen, bevor von einer Verletzung der Ehre gesprochen werden kann. Werden der Gesuchstellerin ehrenrührige Tatsachen unterstellt, so dürfen an die Glaubhaftmachung des Nichtvorhandenseins dieser Tatsachen nicht unzumutbar hohe Anforderungen gestellt werden.

Im vorsorglichen Massnahmeverfahren gilt der Friststillstand während den Gerichtsferien weder für die Frist zur Beschwerde ans Bundesgericht noch für die Prosequierungsfrist.

Handelsgerichtspräsident, 17. November 2015

Aus den Erwägungen:

2. Im Jahr 2013 konnte die Gesuchstellerin eine Ausschreibung der Kantonspolizei A […] für sich entscheiden. […] Die Herstellung der Sicherheitsausrüstung erfolgte durch die X in Pakistan. Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens haben sowohl die Gesuchstellerin als auch der Gesuchsgegner sowie die X die Zusicherung abgegeben, dass die ILO-Kernübereinkommen über Kinderarbeit eingehalten würden (gest.act. 6 – 8).

3. Im Juni 2014 kündigte die Gesuchstellerin die Zusammenarbeit mit dem Gesuchsgegner auf den 31. Dezember 2014 (gest.act. 3).

4. Mit Schreiben vom 30. März 2015 an die Kantonspolizei A erhob der Gesuchsgegner diverse Vorwürfe gegen F, den Geschäftsführer der Gesuchstellerin. Die Vorwürfe bezogen sich auf Kinderarbeit im Partnerbetrieb in Pakistan, […]. Nachdem die Gesuchstellerin von der Kantonspolizei A am 7. April 2015 über dieses Schreiben

informiert worden war, forderte die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner mit Schreiben vom 16. April 2015 auf, solche rufschädigenden Äusserungen zu unterlassen und eine entsprechende Unterlassungserklärung abzugeben (gest.act. 12). Der Gesuchsgegner teilte mit Schreiben vom 20. April 2015 mit, dass er die Unterlassungserklärung nicht unterzeichne (gest.act. 13).

5. Die Gesuchstellerin reichte daraufhin das vorliegende Gesuch vom 30. April 2015 […] beim Handelsgerichtspräsidenten ein und beantragte unter Ziffer 1 ihres Rechtsbegehrens, dem Gesuchsgegner sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art 261 ZPO zu verbieten, die Gesuchstellerin gegenüber Dritten in Wort oder Schrift bezüglich der unternehmerischen Tätigkeit der Gesuchstellerin in Zusammenhang mit Kinderarbeit bzw. der Ausbeutung von Kindern zu bringen.

[…]

III.

1. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Die beantragte Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt somit zunächst voraus, dass die Gesuchstellerin glaubhaft macht, dass die beanstandeten Äusserungen gegen das UWG verstossen oder ihr Persönlichkeitsrecht durch diese Äusserungen widerrechtlich verletzt wird.

2. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann gemäss Art. 28 ZGB zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen. Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Gemäss der gesetzlichen Bestimmung ist jede Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (BGer 5A_888/2011 E. 5.1). Eine Verletzung der Persönlichkeit liegt namentlich vor, wenn die Ehre einer Person beeinträchtigt wird, indem ihr berufliches oder gesellschaftliches Ansehen geschmälert wird (BGer 5A_489/2012 E. 2.2).

Das UWG bezweckt den lauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse der Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG). Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG).

2.1. Vorliegend beruft sich die Gesuchstellerin sowohl auf das Lauterkeitsrecht als auch auf das Persönlichkeitsrecht. Geht es um den geschäftlichen Ruf, das berufliche und wirtschaftliche oder gesellschaftliche Ansehen einer Person, so können das UWG und das Persönlichkeitsrecht kumulativ angewendet werden (Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, N 79 zu Art. 1 UWG). Dabei gilt das UWG als Spezialgesetz zum Persönlichkeitsrecht des ZGB, soll es doch die vom Persönlichkeitsrecht miterfasste Wirtschaftsfreiheit schützen. Als wettbewerbsbezogene Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes erscheint insbesondere der vorliegend

in Frage stehende Tatbestand der Herabsetzung (vgl. BGE 118 IV E. 4 S. 160 f.; BGE 123 III 354 E. 1b; BGer 4C.295/2005 E. 5.1.), womit die Anforderungen an eine Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB weitgehend auch auf die unlautere Herabsetzung gemäss Art. 3 lit. a UWG übertragen werden können (vgl. Urteil des Obergerichts Zürich vom 5.8.2013, LB 120082 E. 2.2.). Im Bereich des UWG sind jedoch strengere Kriterien zu erfüllen, bevor von einer Verletzung der Ehre gesprochen werden kann (vgl. Spitz in: Jung/Spitz, Handkommentar SHK, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, N 12 und N 42 zu Art. 3 lit. a UWG).

2.2. Voraussetzung für die Anwendung des UWG ist im Gegensatz zum Persönlichkeitsrecht, dass das beanstandete Verhalten oder Geschäftsgebaren den Wettbewerb zwischen den Mitbewerbern oder zwischen den Anbietern und Abnehmern beeinflusst (vgl. Art. 2 UWG). Dabei kommt es nur auf die objektive Eignung des Verhaltens zur Beeinflussung und nicht auf einen tatsächlich feststellbaren Einfluss an (Jung, in Jung/Spitz, Handkommentar SHK, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bern 2010, N 17 zu Art. 2).

[…]

Es erscheint glaubhaft, dass sich die Äusserungen des Gesuchsgegners auch gegen die Gesuchstellerin und nicht nur gegen F persönlich richteten, hat der Gesuchsgegner doch die Vorwürfe betreffend Kinderarbeit gegen F als Geschäftsführer der Gesuchstellerin erhoben und gegenüber einer Kundin der Gesuchstellerin geäussert. Damit ist auch die Gesuchstellerin direkt angegriffen, welche die Ware in Pakistan herstellen lässt und als deren Organ F handelt. Die Gesuchstellerin ist somit aktivlegitimiert.

Ebenfalls glaubhaft erscheint, dass sich die Äusserungen des Gesuchsgegners betreffend Kinderarbeit in einer Produktionsstätte der Gesuchstellerin unter den Abnehmern von Sicherheitsausrüstungen zumindest als Gerücht herumsprechen und sich damit negativ auf die Wettbewerbssituation der Gesuchstellerin auswirken könnten. Dementsprechend erscheint es auch glaubhaft, dass diese Äusserungen des Gesuchsgegners objektiv geeignet sind, den Wettbewerb unter den Produzenten von Sicherheitsausrüstungen bzw. zwischen den Anbietern und den Abnehmern zu beeinflussen. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des UWG sind somit vorliegend gegeben.

3. Gemäss Art. 3 lit. a UWG handelt insbesondere unlauter, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preis oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt.

Eine Herabsetzung liegt dann vor, wenn ein negatives Einwirken auf das Bild eines Marktteilnehmers, das im Wettbewerb als relevant anzusehen ist, erfolgt (Spitz, a.a.O., N 29 zu Art. 3 lit a). Eine Äusserung ist dann herabsetzend, wenn sie den anderen, seine Waren usw. anschwärzt, also verächtlich macht. Dafür genügt nicht jede negative Aussage. Diese muss eine gewisse Schwere aufweisen (BGE 122 IV 33 E. 2c). Unrichtig ist eine Aussage dann, wenn sie nicht der Wirklichkeit entspricht. Eine unrichtige herabsetzende Äusserung über Tatsachen ist in

der Regel unlauter (Spitz, a.a.O., N 35 f. zu Art. 3 lit a). Art. 3 lit. a UWG bezieht sich nur auf herabsetzende Äusserungen, die gegenüber Dritten erfolgen, seien dies Lieferanten, Kunden oder andere unbestimmte Dritte (Baudenbacher, a.a.O., N 11 zu Art. 3 lit. a UWG).

[…]

3.4. Aus den vorliegenden Akten ergibt sich, dass sowohl die Gesuchstellerin als auch der Gesuchsgegner in ihrer jeweiligen Selbstdeklaration vom 13. Mai bzw. 14./16. Mai 2013 sowie im Vertrag vom 22. Oktober 2013 die Einhaltung der Kernarbeitsnormen der ILO betreffend Kinderarbeit zugesichert haben (gest.act. 6 und 7). Eine entsprechende Zusicherung hat auch die X in ihrer Selbstdeklaration vom 14. Mai 2013 abgegeben (gest.act. 5). Ebenso liegt eine schriftliche Erklärung von F vom 9. Juni 2015 vor, in welcher er bestätigt, dass alle Produkte der Gesuchstellerin ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention 182 hergestellt worden seien (gest.act. 15). Im Weiteren hat der Prokurist der Gesuchstellerin, T, in seiner schriftlichen Erklärung vom 8. Juni 2015 ausgeführt, dass sich bei seinen beiden Besuchen in der Produktionsstätte in Pakistan keine Kinder im Betrieb aufgehalten hätten und es ihm aufgefallen wäre, wenn dort Kinderarbeit stattgefunden hätte (gest.act. 16).

Für das Gericht besteht keine absolute Gewissheit, dass bei der pakistanischen Subunternehmerin keine Kinderarbeit geleistet wird. Es bestehen jedoch auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die erwähnten Zusicherungen inhaltlich falsch wären. Die vom Gesuchsgegner eingereichten Belege sind jedenfalls nicht ausreichend, um den Vorwurf der Kinderarbeit als glaubhaft und die Zusicherungen als falsch erscheinen zu lassen. Aus den von der Gesuchstellerin eingereichten Bildern aus Pakistan lässt sich entgegen der Behauptung des Gesuchsgegners nicht auf Kinderarbeit im Produktionsbetrieb der Gesuchsgegnerin schliessen. Weder ist auf den Bildern ausreichend klar erkennbar, ob Kinder oder Erwachsene in der Produktion arbeiten, noch ist durch den Gesuchsgegner glaubhaft gemacht, dass es sich um Aufnahmen aus dem Produktionsbetrieb der Gesuchstellerin handelt, hat doch die Gesuchstellerin behauptet, die Bilder würden aus einer anderen Produktionsstätte stammen (gest.act. 15 Beilagen, gesg.act. 9). Auch die eingereichte Bestätigung von M ändert an diesem Umstand nichts, ergibt sich doch aus ihrer Schilderung nicht, sie habe die Bilder auf dem Laptop, welche Kinder im Betrieb der Subunternehmerin zeigen sollen, selbst gesehen. Ebenso wenig vermag die Bestätigung von M betreffend die angebliche Aussage von F bezüglich Kinderarbeit den Vorwurf der Kinderarbeit als glaubhaft erscheinen, hat doch F in seiner Erklärung vom 9. Juni 2015 eine solche Aussage bestritten (gest.act. 15). Zudem ist zu berücksichtigen, dass nach unbestrittener Behauptung der Gesuchstellerin M die Lebenspartnerin des Gesuchsgegners ist. Der Verdacht der Gesuchstellerin, es handle sich um Gefälligkeitsbestätigungen, erscheint somit nicht abwegig. Zudem ist zu berücksichtigen, dass an die Beweisführung bezüglich negativer Tatsachen (Nichtvorhandensein von Kinderarbeit) nicht unzumutbar hohe Anforderungen gestellt

werden dürfen. Dementsprechend reichen im vorliegenden Summarverfahren die Bestätigungen und Ausführungen der Gesuchstellerin aus, um glaubhaft zu machen, dass die gesuchsgegnerische Behauptung betreffend Kinderarbeit im Zulieferbetrieb der Gesuchstellerin unwahr ist. Sollte sich in einem allfälligen Hauptverfahren neue Anhaltspunkte für das Bestehen von Kinderarbeit ergeben, wäre dies jedoch entsprechend zu berücksichtigen.

3.5. Erscheint der Vorwurf der Kinderarbeit als unwahr, so ist auch ohne weiteres glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin durch diesen Vorwurf in schwerer Weise herabgesetzt und in ihren wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt wird.

4. Gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG kann die Gesuchstellerin dem Gericht beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten. Das Unterlassungsgesuch muss auf das Verbot eines genau umschriebenen Verhaltens gerichtet sein. Die verpflichtete Partei soll erfahren, was sie nicht mehr tun darf, und die Vollstreckungsbehörden müssen wissen, welche Handlungen sie zu verhindern oder mit Strafe zu belegen haben. Aus der Verbotsanordnung muss hervorgehen, welche Äusserungen bzw. Veröffentlichungen der Gesuchsgegnerin untersagt werden. Dabei ist nicht jede einzelne Äusserung im Verbot aufzuzählen, sondern der Gesamteindruck, den die einzelnen Äusserungen beim Durchschnittsleser nicht erwecken dürfen (vgl. BGer 5A_888/2011 E. 8.3.1).

Das von der Gesuchstellerin beantragte Verbot unter Ziffer 1 des Rechtsbegehrens ist ausreichend klar umschrieben und bezieht sich auf die Äusserungen des Gesuchsgegners betreffend Kinderarbeit.

5. Ein rechtlich geschütztes Interesse an einem Unterlassungsgesuch setzt gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG als auch gemäss Art. 28a ZGB voraus, dass eine Verletzung droht oder eine Wiederholungsgefahr besteht.

Nachdem der Gesuchsgegner im Schreiben vom 6. März 2015 an das Landespolizeiamt S und im Schreiben vom 30. März 2015 an die Kantonspolizei A Vorwürfe gegen die Gesuchstellerin betreffend Kinderarbeit erhoben hat (gest.act. 9 und 14) und er auch nicht bereit war, eine entsprechende Unterlassungserklärung zu unterzeichnen, erscheint die Behauptung der Gesuchstellerin glaubhaft, es sei mit weiteren Verletzungen der Persönlichkeit der Gesuchstellerin bzw. weiteren Verstössen gegen das UWG durch den Gesuchsgegner zu rechnen.

6. Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO muss die Gesuchstellerin nicht nur glaubhaft machen, dass eine Verletzung ihrer Rechte eingetreten ist oder einzutreten droht, sondern auch, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

Die Gesuchstellerin hat glaubhaft dargelegt, dass der Gesuchsgegner mit seinen Vorwürfen betreffend Kinderarbeit den Ruf der Gesuchstellerin ruiniere und ein nicht wieder gutzumachender Imageschaden drohe, sofern der Gesuchsgegner weiterhin seine Vorwürfe betreffend Kinderarbeit äussern sollte. Damit ist ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht.

7. Für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist im Weiteren erforderlich, dass in prozessualer Hinsicht eine relative Dringlichkeit vorliegt. Eine solche Dringlichkeit ist dann gegeben, wenn das ordentliche Verfahren klar länger dauert, als das Massnahmeverfahren. Bei Streitigkeiten aus unlauterem Wettbewerb ist von einer Verfahrensdauer von zwei bis drei Jahren auszugehen. Eine vorsorgliche Massnahme kann verlangt werden, solange die Gefahr besteht, dass der Anspruch nicht mehr rechtzeitig oder vollständig durchgesetzt werden kann. Eine solche Gefahr besteht insbesondere dann, wenn noch weitere Verletzungen zu befürchten sind (vgl. Stähelin, in Jung/Spitz, Handkommentar SHK, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bern 2010, N 23 zu Art. 14).

Nachdem die Gesuchstellerin glaubhaft dargelegt hat, dass mit weiteren Vorwürfen des Gesuchsgegners betreffend Kinderarbeit zu rechnen sei, ist auch die zeitliche Dringlichkeit für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegeben.

8. Das beantragte Verbot erscheint zudem verhältnismässig. Zwar wird durch das Verbot die Meinungsäusserungsfreiheit des Gesuchsgegners eingeschränkt. Doch besteht mit Art. 3 lit. a UWG eine klare gesetzliche Grundlage für die Massnahme und die Interessen des Gesuchstellerin, nicht ungerechtfertigt mit Kinderarbeit in Verbindung gebracht zu werden, überwiegen die Interessen des Gesuchsgegners, letztlich unbewiesene rufschädigende Behauptungen zu verbreiten.

9. Für den Fall der Nichtbeachtung des Verbotes ist dem Gesuchsgegner die Ungehorsamstrafe gemäss Art. 292 StGB anzudrohen. Die beantragte zusätzliche Anordnung einer Ordnungsbusse im Sinne von Art. 343 ZPO erscheint nicht erforderlich, kann doch mit der angedrohten Ungehorsamstrafe dem auszusprechenden Verbot ausreichend Nachachtung verschafft werden.

10. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen hat das Gericht gemäss Art. 263 ZPO der gesuchstellenden Partei eine Frist für die gerichtliche Geltendmachung ihrer Ansprüche zu setzen. Diese Frist wird auf den 1. März 2016 gesetzt. Sollte innert dieser Frist die Gesuchstellerin ihre Ansprüche nicht mittels Klage geltend machen, so fällt die angeordnete Massnahme ohne weiteres dahin.

11. Der Fristenstillstand während den Gerichtsferien gilt nicht, und zwar weder für die Beschwerdefrist gemäss nachstehender Rechtsmittelbelehrung (Art. 46 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes) noch für die Prosequierungsfrist (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Letzteres ergibt sich aus dem Umstand, dass das Summarverfahren insoweit noch andauert, als die Massnahme jederzeit abänderbar und die Prosequierungsfrist erstreckbar ist [BK-ZPO-Güngerich, Art. 263 N 4]. Insofern unterscheidet sich ein Massnahmeentscheid wesentlich von einer Klagebewilligung, welche das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde definitiv beendet.

83

Art. 298 Abs. 1 ZPO (SR 272). Eine Kindesanhörung hat in allen familienrechtlichen Verfahren zu erfolgen und ist grundsätzlich zwingend.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 24. Februar 2015

Aus den Erwägungen:

1. Die Mutter rügt insbesondere, die Vorinstanz habe keine Kinderanhörung vorgenommen, obschon sie bereits vor Vorinstanz eine solche beantragt habe […].

Die Vorinstanz begründet die fehlende Kinderanhörung (im Massnahmeverfahren) damit, dass sie das Kind im Hauptverfahren anhören werde und es nicht der Belastung einer mehrfachen Anhörung habe aussetzen wollen […].

2. Nach Art. 298 Abs. 1 ZPO wird das Kind durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen.

Eine Kindesanhörung hat in allen familienrechtlichen Verfahren zu erfolgen (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 3). Sie dient nicht nur der Sachverhaltsfeststellung, sondern ist, als Ausfluss aus dem Persönlichkeitsrecht (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 8; Steck, Die Kinderbelange in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, FamPra.ch 2010, 800, 804; Bodenmann/Rumo-Jungo, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, 22, 24), vor allem ein persönliches Mitwirkungsrecht des Kindes, welches diesem einen besonderen Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 5). Begründet wird der Einbezug des Kindes damit, dass es vom Verfahren direkt betroffen bzw. unmittelbar berührt und seine Persönlichkeit ernst zu nehmen sei (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 7; BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 8). Dem Kind soll gezeigt werden, dass seine Wünsche und Bedürfnisse wahrgenommen und in die Entscheidung mit einfliessen werden (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 12).

Die Pflicht zur Anhörung gilt als generelle Maxime und ist grundsätzlich zwingend (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 5, 7). Sie darf weder unterbleiben, wenn sie nach Auffassung des Gerichts keinen entscheidenden Einfluss auf den Ausgang des Verfahren erwarten lässt (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 8; Steck, Die Kinderbelange in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, FamPra.ch 2010, 800, 805), noch, wenn eine Kindesvertretung eingesetzt wurde (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 17; BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 13). Eine Kindesanhörung hat selbst dann zu erfolgen, wenn Kinderbelange ‹nur› in einem vorsorglichen Massnahmeverfahren betroffen sind (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO

Komm., Art. 298 ZPO, N 27). Im anschliessenden Hauptverfahren ist dann unter Umständen ein zweites Gespräch vorzunehmen, namentlich, wenn inzwischen viel Zeit verstrichen ist (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 27). Dabei ist unbestritten, dass eine Anhörung nicht vor einem Richterkollegium, sondern durch eine Einzelperson, allenfalls mit Beizug eines Gerichtsschreibers, zu erfolgen hat (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 16; BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 20). Nach überwiegender Meinung, der mit Blick auf die in Kinderbelangen geltenden Offizialmaxime beizupflichten ist, ist für eine Kindesanhörung sodann nicht einmal ein Antrag nötig (BernerKomm ZPO/Spycher, Art. 209 ZPO, N 10; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 9; BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 7; FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anh. ZPO, Art. 298 ZPO, N 9).

3. Auf eine Kindesanhörung kann nur in Ausnahmefällen verzichtet werden, nämlich erstens, wenn das Kind noch zu jung ist und zweitens, wenn andere wichtige Gründe gegen eine Anhörung sprechen.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt die Altersgrenze (für eine Anhörung) bei sechs Jahren (BGE 131 III 553 E. 1.2; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 29; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.256). Ab diesem Alter sind grundsätzlich sämtliche Kinder anzuhören.

Wegleitend für die sonstigen wichtigen Gründe ist das Kindeswohl (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 14). Solche werden zum Beispiel in einer strikten Weigerung des Kindes, einer sichtlich grossen Belastung oder seiner gesundheitlichen Situation gesehen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.257). Der wichtige Grund hat also in der Person des Kindes zu liegen (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 31). Die Anhörung muss dem Kind nach den gesamten Umständen zumutbar sein, d.h. keine Gefährdung für seine physische oder psychische Gesundheit bedeuten (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 16). Unnötige Belastungen durch wiederholte Anhörungen sind zu vermeiden (BGE 133 III 553 E. 4; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 31). Vor einer erneuten Befragung sind demnach der erhoffte Gewinn durch neue Erkenntnisse und die Belastung des Kindes sorgfältig gegeneinander abzuwägen (BGE 133 III 553 E. 4; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 27).

4. Hier sprechen weder das Alter des Kindes noch andere wichtige Gründe gegen eine Kindesanhörung. Die Anhörung vor der KESB […] geschah zudem bereits […], als K erst zwei Tage bei der Pflegefamilie weilte. Inzwischen hat er sich eingelebt und es ist geraume Zeit verstrichen. Die damalige Anhörung war also bereits zum Verfügungszeitpunkt der (Vorinstanz) nicht mehr aktuell.

Die Kindesanhörung gehört zum verfahrensrechtlichen Mindeststandard (BGE 131 III 409 E. 4.4.3). Die Unterlassung stellt eine formelle Rechtsverweige-

rung dar; sie verletzt den Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör, auch wenn es nicht als Partei am Verfahren beteiligt, sondern als Person davon betroffen ist. Die formelle Natur des Anspruchs bewirkt grundsätzlich, dass eine Verfügung, in der dieser missachtet wurde, aufgehoben werden muss. Die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs wäre nur ein unvollkommener Ersatz. Wohl ist es möglich, eine Kindesanhörung im Rechtsmittelverfahren nachzuholen, wenn sie wegen zeitlicher Dringlichkeit unterblieb (BGE 131 III 413 E. 4.4.2; BGer 5C.149/2006, E. 1.3). Hier erschiene das aber als wenig sachgerecht, weil K im Hauptverfahren ohnehin anzuhören ist, damit die (Vorinstanz) einen persönlichen Eindruck (von ihm) gewinnen und er sich ins Verfahren einbringen kann. Eine mehrfache Anhörung durch verschiedene Personen […] soll K aber möglichst erspart bleiben.

Es liegt ein schwerwiegender Verfahrensmangel vor und der Sachverhalt erscheint zugleich in wesentlichen Teilen als unvollständig (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 318 ZPO, N 35, 37). Der angefochtene Entscheid wird somit aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

84

Art. 115 Abs. 1, Art. 112 Abs. 1, Art. 121 Abs. 1, Art. 117 und Art. 82 Abs. 1 IPRG (SR 291). Auszahlung eines Todesfallkapitals aus der schweizerischen beruflichen Vorsorge (Überobligatorium) an ein in Österreich lebendes minderjähriges Kind. Prüfung der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts: Das st.gallische Versicherungsgericht ist zur Beurteilung der Streitigkeit zuständig (Art. 115 Abs. 1 IPRG; Art. 112 Abs. 1 IPRG). Betreffend die Anspruchsprüfung ist Schweizer Recht anwendbar (Art. 121 Abs. 1 IPRG; Art. 117 IPRG). Betreffend die Frage der befreienden Tilgung der Schuld der Vorsorgeeinrichtung ist jedoch österreichisches Recht massgebend (aufgrund des Aufenthalts des Kindes; Art. 82 Abs. 1 IPRG, unter den die gesetzliche Vermögenssorge praxisgemäss fällt). Die Vorsorgeeinrichtung hat bei Auszahlung an die Mutter des Kindes ihre (sich aus der in Österreich geltenden Rechtslage ergebenden) Sorgfaltspflichten nicht genügend beachtet. Sie hat nicht schuldbefreiend geleistet.

Versicherungsgericht, 31. Juli 2015

85

Art. 15 Abs. 2 und Art. 22 EG-ZPO (sGS 961.2); Art. 12 EG-ZGB (sGS 911.1); Art. 238 lit. f, Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO (SR 272). Über Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des Amtsnotariats entscheidet – soweit das EG-ZGB nichts anderes vorsieht – das zuständige Departement. Dessen Entscheide wiederum sind beim Einzelrichter/der Einzelrichterin des Kantonsgerichts mit Beschwerde anfechtbar, was auch für prozessleitende Verfügungen, wie etwa solche betreffend die aufschiebende Wirkung, gilt. Auf die Beschwerde ist die Zivilprozessordnung – die insofern kantonales Recht darstellt – anwendbar, womit sich die Beschwerdefrist nach Art. 321 ZPO richtet. Folgen einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung (falsche Rechtsmittelinstanz und -frist; im zu beurteilenden Fall offen gelassen). Anforderungen an die Geltendmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinn von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 7. Mai 2015

Aus den Erwägungen:

1. a) Gemäss Art. 15 Abs. 2 EG-ZPO entscheidet die Einzelrichterin oder der Einzelrichter des Kantonsgerichts «über Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departements», soweit das Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG-ZGB) dies vorsieht. Art. 12 Abs. 1 EG-ZGB bestimmt, dass (soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält) über Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des Amtsnotariats das zuständige Departement entscheidet. Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departements wiederum sind gemäss Art. 12 Abs. 2 EG-ZGB beim Einzelrichter des Kantonsgerichts mit Beschwerde anfechtbar. Dass von Letzterem prozessleitende Verfügungen des Departements und namentlich solche, welche die aufschiebende Wirkung betreffen (s. dazu Art. 51 Abs. 2 VRP), ausgenommen wären, ergibt sich weder aus Art. 15 Abs. 2 EG-ZPO noch aus Art. 12 Abs. 2 EG-ZGB; beide Bestimmungen sprechen ohne jede Einschränkung von «Verfügungen und Entscheiden». Eine dahingehende Ausnahme lässt sich insbesondere auch nicht etwa e contrario aus dem blossen Umstand herleiten, dass Art. 12 Abs. 4 EG-ZGB für Verfügungen des Departements betreffend unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung die Beschwerdemöglichkeit beim Einzelrichter des Kantonsgerichts ausdrücklich erwähnt; denn insoweit fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, aus dem herzuleiten wäre, für andere prozessleitende Verfügungen gelte diese Zuständigkeit nicht. Es erscheint im Übrigen nicht nur konsequent, sondern auch zweckmässig und sachgerecht, dass die Einzelrichterin/der Einzelrichter des Kantonsgerichts in Fällen, in denen sie/er – wie vorliegend – in der Hauptsache zuständig wäre, auch über

Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen befindet. Im vorliegenden Zusammenhang fällt zudem in Betracht, dass die aufschiebende Wirkung in der Literatur auch als vorsorgliche Massnahme sui generis qualifiziert wird; denn wie diese dient auch sie letztlich dem vorläufigen Rechtsschutz (s. dazu etwa BSK ZPO-Sprecher, N 55 vor Art. 261–269 ZPO, sowie BSK BGG-Meyer/Dormann, N 3 zu Art. 103 ZPO und N 1 zu Art. 104 ZPO; s. für das Verwaltungsverfahren: Kiener, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum VwVG, N 3 zu Art. 55 VwVG). Hier ist daher zumindest auch auf Art. 12 Abs. 3 EG-ZGB hinzuweisen, der für Verfügungen betreffend vorsorgliche Massnahmen (und Vollstreckungsmassnahmen) ausdrücklich statuiert, sie seien «bei der in der Hauptsache zuständigen Rechtmittelinstanz anfechtbar». […]

b) Die Verfahren vor dem Amtsnotariat und dem Departement des Innern sind Verwaltungsverfahren, auf die das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege zur Anwendung kommt. Soweit hingegen das vorliegende Beschwerdeverfahren betroffen ist, fällt in Betracht, dass aArt. 12 Abs. 2 lit. b EG-ZGB unter der Geltung des früheren kantonalen Zivilprozessrechts bestimmte, gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes sei in den nicht unter lit. a aufgeführten Streitigkeiten der Rekurs an den Einzelrichter des Kantonsgerichts zulässig, wobei in einer Fussnote ausdrücklich auf Art. 217 ff. ZPO/SG, also die damaligen zivilprozessualen Bestimmungen zum Rekurs an den Einzelrichter des Kantonsgerichts, verwiesen wurde. Per 1. Januar 2011 (Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung) wurde in aArt. 12 Abs. 2 lit. b EG-ZGB der Begriff «Rekurs» durch den Begriff «Beschwerde» ersetzt. Statuiert wurde diese Änderung in Art. 22 EG-ZPO, der zu den Schlussbestimmungen dieses Erlasses gehört und mit der Marginalie «Änderungen bisherigen Rechts […] b) Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch» versehen ist. Daraus folgt – wie schon in GVP 2012 Nr. 56 E. 2.b erörtert –, dass diese Bestimmung insoweit an die Schweizerische Zivilprozessordnung angepasst wurde, woraus sich wiederum ergibt, dass der kantonale Gesetzgeber für das in ihr statuierte Rechtsmittelverfahren vor der Einzelrichterin/dem Einzelrichter des Kantonsgerichts – in Analogie zur früheren Regelung sowie im Übrigen auch in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Parallelität von zuständigem Gericht und anwendbarem Verfahrensrecht (s. zu Letzterem GVP 2012 Nr. 56 E. 2.b a.E.) – die Zivilprozessordnung (die insofern kantonales Recht darstellt, s. BGE 139 III 225) für anwendbar erachtet und daher in dieser Hinsicht nicht von einer Ausnahme zugunsten des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege ausgegangen werden kann. Daran vermag entgegen dem Standpunkt der Rekurrenten/Beschwerdeführer auch der Umstand nichts zu ändern, dass sich das vorliegende Verfahren im Bereich einer «Schnittstelle» von Verwaltungsverfahren und Zivilprozess bewegt. Beizufügen bleibt, dass – wie schon in GVP 2012 Nr. 56 E. 2.b a.E.dargelegt – Art. 11 Abs. 1 EG-ZGB, wonach für das Verfahren die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege gelten, abweichende Vorschriften (u.a.) des EG-ZGB explizit vorbehält.

Daraus folgt, dass sich das vorliegende Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO richtet, womit die Beschwerdefrist – da eine prozessleitende Verfügung (vgl. BSK

BGG-Meyer/Dormann, Art. 103 N 30 BGG) angefochten ist – entgegen der Ansicht der Rekurrenten/Beschwerdeführer nicht 30 Tage (vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO), sondern (in Ermangelung einer abweichenden Regelung) gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO 10 Tage betragen hätte.

c) Wird ein Rechtmittel nicht fristgerecht eingereicht, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, womit grundsätzlich nicht darauf einzutreten ist (Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 90 zu Art. 59 ZPO). Hier liegt allerdings insofern eine Besonderheit vor, als die von der Vorinstanz angegebene Rechtmittelbelehrung eine falsche Rechtmittelinstanz und -frist nannte. Dazu fällt folgendes in Betracht:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf derjenigen Partei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, grundsätzlich kein Nachteil daraus erwachsen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1; s. auch ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 104 vor Art. 308 ff. ZPO, und Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO). Diesen Schutz kann eine Partei allerdings nur dann für sich beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Keinen Schutz verdient daher, wer die Unrichtigkeit der Belehrung erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, wobei allerdings nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der Partei oder ihres Vertreters eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen vermag (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1; s. auch ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 105 vor Art. 308 ff. ZPO, und Staehelin, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO). Ob eine grobe Unsorgfalt vorliegt, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, wobei auch die Rechtskenntnisse der betroffenen Partei respektive der Umstand, ob sie anwaltlich vertreten ist oder nicht, zu berücksichtigen sind (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 105 vor Art. 308 ff. ZPO; Staehelin, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO). Der Vertrauensschutz versagt in der Regel dann, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtssuchenden bzw. seinen Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmungen ersichtlich gewesen wäre; hingegen verlangt das Bundesgericht nicht, dass neben dem Gesetz auch noch die einschlägige Rechtsprechung und Literatur konsultiert werden (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1, mit Verweisen auf die weitere Rechtsprechung des Bundesgerichts; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 105 vor Art. 308 ff. ZPO; Staehelin, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO).

Hier hätte nach dem in lit. a Gesagten ein Blick in die einschlägigen Bestimmungen des EG-ZPO und des EG-ZGB genügt, um zu erkennen, dass die angefochtene Verfügung entgegen der darin enthaltenen Rechtmittelbelehrung nicht mit dem Rechtsmittel der Beschwerde an das Verwaltungsgericht, sondern mit jenem der Beschwerde an die Einzelrichterin/den Einzelrichter des Kantonsgerichts anzufechten wäre. Insoweit dürfte daher den anwaltlich vertretenen Rekurrenten/Beschwerdeführern eine relevante Unsorgfalt im vorstehenden Sinn anzulasten sein. Der blosse Umstand, dass sie die Beschwerde an das Verwaltungs- anstatt an das Kantonsgericht richteten, dürfte ihnen aber im Lichte von Art. 11 Abs. 3 VRP für sich allein nicht zum

Nachteil gereichen. Eine andere Frage ist, ob den Rekurrenten/Beschwerdeführern anzulasten ist, dass sie die Beschwerde erst nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist nach Art. 321 Abs. 2 ZPO erhoben haben. In dieser Hinsicht war angesichts der sachlichen Zuständigkeit der Einzelrichterin/des Einzelrichters des Kantonsgerichts an sich naheliegend, dass sich das Beschwerdeverfahren – in Übereinstimmung mit der früheren gesetzlichen Regelung sowie dem Grundsatz der Parallelität von zuständigem Gericht und anwendbarem Verfahrensrecht – wohl eher nach der Zivilprozessordnung denn nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege richten dürfte. Zur Abklärung der Frage, ob allenfalls dennoch Letzteres zur Anwendung kommen könnte, genügte zwar ein Blick in das Gesetz nicht; es hätte auch noch die dazu veröffentlichte Gerichtspraxis konsultiert werden müssen. Die Frage, ob den anwaltlich vertretenen Rekurrenten/Beschwerdeführern bei dieser besonderen Ausgangslage noch zugestanden werden könnte, sie hätten in guten Treuen annehmen dürfen, es komme das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege zur Anwendung und die Beschwerdefrist betrage somit 14 Tage, oder ob ihnen hinsichtlich der nicht eingehaltenen 10-tägigen Beschwerdefrist nach Art. 321 Abs. 2 ZPO eine relevante Unsorgfalt im vorstehenden Sinn anzulasten wäre, kann indes vorliegend letztlich offen bleiben. Denn wie sogleich zu zeigen ist (E. 2), ist ohnehin schon aus einem anderen Grund auf ihre Beschwerde nicht einzutreten.

2. a) Prozessleitende Verfügungen können – abgesehen von im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen (s. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) – nur dann mit Beschwerde angefochten werden, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Diese – das Anfechtungsobjekt einschränkende – Bestimmung wäre hier auch dann anwendbar, wenn den Rekurrenten/Beschwerdeführern zugestanden würde, sie hätten davon ausgehen dürfen, auf das Beschwerdeverfahren sei das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege anwendbar; denn eine falsche Rechtsmittelbelehrung vermag nie ein für den betreffenden Fall nicht gegebenes Rechtsmittel zu schaffen (s. anstelle Vieler: Staehelin, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO).

Der drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil im Sinn von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, den das Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des zu beurteilenden Falls in pflichtgemässer Ermessensausübung zu konkretisieren hat (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 13 zu Art. 319 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N 23 zu Art. 319 ZPO). Ob Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO – anders als Art. 93 Abs. 1 lit a BGG (der sich im Übrigen von der Regelung der ZPO dahin unterscheidet, als er bloss von einem «nicht wiedergutzumachenden Nachteil» spricht) – nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Nachteile erfasst, wurde vom Bundesgericht soweit ersichtlich bislang offen gelassen (s. insbes. BGE 137 III 380 E. 2) und ist in der Lehre umstritten (verneinend: Sterchi, Berner Kommentar, N 12 zu Art. 319 ZPO, sowie BSK ZPO-Spühler, N 7 zu Art. 319 ZPO; indifferent: ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N 25 ff. zu Art. 319 ZPO; bejahend: Freiburghaus/Afheldt, ZPO Komm., N 15

zu Art. 319 ZPO). Nicht leicht wiedergutzumachen ist ein Nachteil regelmässig dann, wenn er sich auch bei einem späteren günstigen Entscheid in der Hauptsache nicht oder nicht mehr vollständig beheben lässt. Die Voraussetzung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO kann aber auch dann erfüllt sein, wenn sich die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid (bloss) erheblich erschwert (Freiburghaus/Afheldt, ZPO Komm., N 14 zu Art. 319 ZPO; vgl. auch ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N 25 ff. zu Art. 319 ZPO). Es obliegt dem Beschwerdeführer, in der Beschwerdeschrift substantiiert darzulegen und nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für eine Anfechtung nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfüllt sind (Art. 321 Abs. 1 ZPO; vgl. BK-Sterchi, N 15 zu Art. 319 ZPO; vgl. auch ZR 111 (2012) Nr. 51). Er hat daher aufzuzeigen, inwiefern ihm ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, was die konkrete Umschreibung des mit der Verfügung verbundenen, erheblichen Nachteils wie auch Ausführungen zur Frage bedingt, inwiefern und warum sich dieser Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll.

b) (Im zu beurteilenden Fall war ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nicht hinreichend dargetan, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten war)

3. Strafrechtspflege

86

Art. 65 Abs. 2, Art. 133 Abs. 1 und Art. 382 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Anfechtbarkeit verfahrensleitender Anordnungen der Gerichte (Wiedererwägung). Bestellung der amtlichen Verteidigung. Rechtsmittel, Legitimation, rechtlich geschütztes Interesse. Nur die beschuldigte Person hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Anfechtung einer verfahrensleitenden Anordnung betreffend Bestellung einer amtlichen/notwendigen Verteidigung. Dem Anwalt, der erfolglos ein Gesuch gestellt hat, fehlt mangels rechtlich geschützten Interesses die Legitimation. Der Grundsatz der fehlenden materiellen Rechtskraft von verfahrensleitenden Anordnungen bezieht sich auf Dauerverfügungen, die nötigenfalls den veränderten Verhältnissen angepasst werden müssen. Dauert die Wirkung einer verfahrensleitenden Anordnung nicht mehr an, kann diese nicht in Wiedererwägung gezogen werden. Wiedererwägungsgesuche sind schliesslich an die befasste Verfahrensleitung zu stellen. Eine neue befasste Verfahrensleitung ist nicht dafür zuständig, eine nichtandauernde verfahrensleitende Anordnung der zuvor befassten Verfahrensleitung in Wiedererwägung ziehen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 17. August 2015

Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, eine Detailhandelsangestellte während rund eineinhalb Jahren zum Kontakt mit ihm gedrängt zu haben («Stalking»). Das Kreisgericht sprach den privat verteidigten Beschuldigten der mehrfachen Nötigung schuldig und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe. Im Berufungsverfahren ordnete die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung durch den vom Beschuldigten gewünschten Rechtsanwalt wegen Vorliegens eines Falles von notwendiger Verteidigung an. In Folge übermittelte der amtliche Verteidiger dem Berufungsgericht unter anderem ein als Wiedererwägungsgesuch bezeichnetes Begehren um die nachträgliche Anordnung der amtlichen Verteidigung für das vorangegangene Untersuchungsverfahren sowie das vorinstanzliche Verfahren und um Entschädigung seiner vor dem Berufungsverfahren erbrachten Leistungen. Während der Untersuchung und dem vorinstanzlichen Verfahren wurden die Gesuche um die Bestellung einer amtlichen Verteidigung jeweils abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

V.

1. Sodann ist über die beantragte nachträgliche Anordnung der amtlichen Verteidigung ausserhalb des Berufungsverfahrens zu befinden. Die Verteidigung begründet ihr diesbezügliches «(Wiedererwägungs-)Gesuch» zur Hauptsache damit, dass ein «unverträglicher Widerspruch» bestehe, wenn dem Beschuldigten nur im Berufungsverfahren die amtliche Verteidigung wegen eines Falles von notwendiger Verteidigung gewährt werde, obschon die Unfähigkeit des Beschuldigten «von allen Anfang an» geltend gemacht worden sei.

a) Jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Das rechtlich geschützte Interesse bezieht sich auf die notwendige Beschwer der unmittelbar und direkt in ihren eigenen Rechten betroffenen Partei (vgl. BSK StPO-Ziegler/Keller, Art. 382 N 1; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 382 N 1 f.; Guidon, Die Beschwerde gemäss schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen, 2011, N 232 f.). Die Betroffenheit muss dabei eine aktuelle sein (BSK StPO-Ziegler/Keller, Art. 382 N 2; Guidon, a.a.O., N 244). Die dogmatische Unterscheidung zwischen Rechtsmittel und Rechtsbehelfen hat sodann keine praktische Bedeutung, da beide Anfechtungsmöglichkeiten eröffnen (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz 1531).

b) Vorliegend wurde das Wiedererwägungsgesuch im Namen des Rechtsanwalts und auch im Namen des Beschuldigten eingereicht. Es gilt zu klären, wer aufgrund seiner rechtlich geschützten Interessen zur Gesuchstellung berechtigt ist.

aa) Trägerin des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege bzw. im Fall einer beschuldigten Person auf amtliche Verteidigung ist ausschliesslich die Prozesspartei, welche die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt (vgl. BGer 1B_705/2011 E. 2.2, BGer 5P.164/2005 E. 1.3, BGer 5P.220/2003 E. 3.1). Der Anwalt, der im Namen der von ihm vertretenen Person erfolglos ein Gesuch gestellt hat, kann dagegen nicht

in eigenem Namen vorgehen. Art. 135 Abs. 3 StPO räumt der amtlichen Verteidigung ausdrücklich das Recht ein, gegen den Entscheid über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers Beschwerde zu führen. Voraussetzung für eine solche Beschwerde ist indessen, dass die amtliche Verteidigung für das betreffende Verfahren gewährt worden ist (BGer 1B_705/2011 E. 2.2, BGer 5P.164/2005 E. 1.3). Zwar hat der Anwalt unter Umständen ein faktisches Interesse an der Abänderung des ablehnenden Entscheids, nämlich wenn sich die Forderung gegenüber der von ihm vertretenen Person für bereits erbrachte Leistungen als nicht einbringlich erweist. Es fehlt ihm aber an einem rechtlich geschützten Interesse (vgl. BGer 1B_705/2011 E. 2.2, BGE 125 I 161 E. 2a; Guidon, a.a.O., N 237 m.w.H.).

Vorliegend leitet der amtliche Verteidiger (für das Berufungsverfahren) seine Berechtigung für die Stellung des Gesuchs sinngemäss aus dem Umstand ab, wonach die bisher erhaltenen Zahlungen nur einen Teil seiner Aufwendungen abdecken und der grösste Teil vorläufig abgeschrieben werden musste. Da er für sich aus keiner Rechtsnorm einen Anspruch auf Erteilung des Mandats ableiten kann, fehlt es an einem rechtlich geschützten Interesse. Der Rechtsvertreter war bereits vor Abschluss des Untersuchungs- und vorinstanzlichen Verfahrens bzw. nach Entscheid innerhalb der laufenden Rechtmittelfrist nicht zum Rechtsbehelf oder -mittel gegen einen ablehnenden Entscheid legitimiert. Somit kann er in seinem Namen – sei es in Form eines Wiedererwägungsgesuchs oder eines anderen Rechtsbehelfs – seine Nichteinsetzung nicht anfechten. Soweit das Gesuch um nachträgliche Erteilung der amtlichen Verteidigung im Namen des Rechtsvertreters gestellt wird, ist darauf nicht einzutreten.

bb) Eine beschuldigte Person muss im Strafverfahren in den in Art. 130 StPO genannten Fällen zwingend (notwendig) verteidigt werden und hat unter den Voraussetzungen von Art. 132 StPO Anspruch auf eine amtliche Verteidigung (BGer 1B_705/2011 E. 2.2). Bei der amtlichen Verteidigung nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO wird für die vorläufige Übernahme der Kosten – neben Nichtvorliegen eines Bagatellfalles sowie rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten – die Mittellosigkeit der beschuldigten Person verlangt. In Fällen notwendiger Verteidigung setzt die staatliche Kostenbevorschussung keinen Nachweis der finanziellen Bedürftigkeit des Beschuldigten voraus (Art. 132 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 130 StPO). Die Verfahrensleitung muss dann spätestens am Ende des Strafverfahrens entscheiden, ob und inwieweit die staatlich bevorschussten Verteidigungskosten auf den Beschuldigten zu überwälzen sind (Art. 135 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 lit. a StPO; vgl. BGE 139 IV 113 E. 5.1).

Der Beschuldigte kann vorliegend nicht geltend machen, er habe trotz Erfüllung der Voraussetzungen für die Anordnung der notwendigen bzw. amtlichen Verteidigung während der Untersuchung und vor dem Kreisgericht über keinen Rechtsbeistand verfügt. Aufgrund der damals gewährleisteten Verteidigung ist er durch die abweisenden Entscheide zur amtlichen Verteidigung nicht beschwert. Die nachträgliche Bewilligung der amtlichen Verteidigung hat für ihn unter diesem Gesichtspunkt keinen praktischen Nutzen. Der Beschuldigte kann aber vorbringen, wenn ihm die amtliche

Verteidigung für die vorangegangenen Verfahren gewährt worden wäre, hätte er als Bedürftiger keine Mittel für die Honorarbevorschussung des Rechtsvertreters beschaffen müssen. Insofern hätte er bei Gutheissung der nachträglichen Anordnung der amtlichen/notwendigen Verteidigung einen praktischen, wirtschaftlichen Nutzen, wenn die angefallenen Honorarkosten – zumindest vorläufig – durch den Staat getragen worden wären. Dabei lässt sich sein Anspruch auf Übernahme der Verteidigungskosten bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen aus der Strafprozessordnung ableiten, weshalb ein rechtlich geschütztes Interesse gegeben ist. Aufgrund seiner Beschwer ist er legitimiert, ein Gesuch wegen nicht gewährter amtlicher/notwendiger Verteidigung zu stellen.

2. a/aa) Entscheide im Bereich der Verteidigung (Art. 128 ff. StPO) sind mit dem Rechtsmittel der Beschwerde anzufechten (BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 133 N 5 m.w.H.; Schmid, a.a.O., Art. 382 N 2; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. St. Gallen/Zürich 2013, N 1510 [nachfolgend jeweils Schmid, Handbuch]; Guidon, a.a.O., N 98 m.w.H.; vgl. auch Guidon, Zur Anfechtbarkeit verfahrensleitender Entscheide erstinstanzlicher Gerichte, fp 1/2012, S. 26 ff, S. 28). Es ist daher fraglich, ob neben der Beschwerde die Stellung eines (Wiedererwägungs-)Gesuchs gegen einen formell rechtskräftigen Entscheid an das zweitinstanzliche Sachgericht zulässig ist. Die Verteidigung beruft sich dabei auf Art. 65 Abs. 2 StPO, wonach vor der Hauptverhandlung getroffene verfahrensleitende Anordnungen von Amtes wegen oder auf Antrag geändert oder aufgehoben werden können, und verweist auf den Grundsatz der fehlenden materiellen Rechtskraft von verfahrensleitenden Zwischenverfügungen.

bb) Damit verfahrensleitende Verfügungen an die Entwicklung und die Bedürfnisse des Strafverfahrens angepasst werden können, darf eine Behörde – solange sie mit der Sache befasst ist – solche abändern oder zurücknehmen (vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 19. Oktober 2005, BB.2005.72, E. 2.2; BSK StPO-Stohner, Art. 80 N 4; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 45 Rz 20; Guidon, a.a.O., N 466). Der von der Verteidigung angerufene Art. 65 Abs. 2 StPO dient dazu, dass anlässlich der Hauptverhandlung auf eine von der Verfahrensleitung des (Kollegial)Gerichts zuvor getroffene Zwischenverfügungen wiedererwägungsweise zurückgekommen werden kann (vgl. Schmid, Handbuch, a.a.O., N 538; Brüschweiler, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. Aufl., Art. 65 N 2 f.). Daraus erschliesst sich sodann auch die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten, ein Wiedererwägungsgesuch an die befasste Behörde zu stellen (Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 19. Oktober 2005, BB.2005.72, E. 2.2; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 45 Rz 20; Guidon, a.a.O., N 466 f.).

cc) Die Anordnung der amtlichen oder notwendigen Verteidigung ist eine verfahrensleitende Verfügung, welche sich auf die Dauer des jeweiligen Verfahrens erstreckt und einen Schritt auf dem Weg zum Endurteil darstellt (vgl. BSK StPO-Stohner, Art. 80 N 4 f.). Die Gewährleistung der amtlichen oder notwendigen Verteidigung obliegt der jeweiligen Verfahrensleitung (vgl. Art. 133 Abs. 1 StPO, Art. 62 StPO; BSK StPO-Jent, Art. 62 N 1 f. und N 5; siehe auch Art. 61 StPO; BSK StPO-Jent, Art. 61 N 1,

N 6 f. und N 10 ff.; Schmid, a.a.O., Art. 130 N 2 und Art. 133 N 1a). Schliesslich wird auch ein für das Hauptverfahren eingesetzter amtlicher Verteidiger nicht automatisch unentgeltlicher Rechtsvertreter im (Haft)Beschwerdeverfahren, sondern ist mittels selbständigem Entscheid von der Beschwerdeinstanz einzusetzen (vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 27. Dezember 2012, BB.2012.186, E. 3; BGer 1B_705/2011 E. 2.3.2).

b/aa) Wird vorliegend darauf abgestellt, ob das Berufungsgericht die verfügende Behörde darstellt bzw. mit der Sache befasst ist, muss die Zulässigkeit des Wiedererwägungsgesuchs verneint werden. Befasst mit der Frage der amtlichen Verteidigung für das jeweilige Verfahren waren nämlich die Staatsanwaltschaft (welche ohnehin nicht Adressat von Art. 65 Abs. 2 StPO wäre [vgl. etwa Schmid, a.a.O., Art. 65 N 1]) und das Kreisgericht. Für einen (gerichts)behördenübergreifenden Anwendungsbereich von Art. 65 Abs. 2 StPO sind keine Anhaltspunkte erkennbar.

bb) Die vom amtlichen Verteidiger vorgebrachte fehlende materielle Rechtskraft von Zwischenverfügungen bezieht sich ohnehin auf Dauerverfügungen, deren Wirkungen anhalten und nötigenfalls den veränderten Verhältnissen angepasst werden müssen (vgl. Schmid, a.a.O., Art. 65 N 2), was vorliegend nach Abschluss der vorangegangenen Verfahren gerade nicht der Fall ist. Die prozessualen Wirkungen der abweisenden Entscheide über die amtliche Verteidigung kommen im Berufungsverfahren nicht mehr zum Tragen (hingegen dauert die Beschwernis durch die abweisenden Entscheide – keine vorläufige Übernahme der Verteidigungskosten – an [vgl. oben E.V.1.b/bb]).

cc) Aus Art. 65 Abs. 2 StPO und dem Grundsatz der fehlenden materiellen Rechtskraft von Zwischenverfügungen lässt sich daher nicht ableiten, dass nicht mehr andauernde Verfügungen durch die neu befasste Verfahrensleitung in Wiedererwägung gezogen werden können.

c/aa) Dem Einzelnen steht überdies gestützt auf Art. 29 BV ein Anspruch auf Wiedererwägung zu, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben, oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 19. Oktober 2005, BB.2005.72, E. 2.2; BGE 124 II 1 E. 3a, BGE 120 Ib 42 E. 2b, BGE 113 Ia 146 E. 3a, BGE 109 Ib 246 E. 4a, BGE 100 Ib 368 E. 3a, Guidon, a.a.O., N 470).

bb) Vorliegend wird die (erst) im Berufungsverfahren angeordnete amtliche Verteidigung sinngemäss als neuer Umstand geltend gemacht. Dabei handelt es weder um eine Tatsache, welche sich auf der Sachverhaltsebene veränderte – vielmehr wird diesbezüglich eine Änderung explizit verneint – noch um ein neues Beweismittel. Ein über die StPO hinausgehender verfassungsrechtlicher Anspruch die Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs ist daher zu verneinen.

d) Mangels Zuständigkeit des Berufungsgerichts ist deshalb auch auf das im Namen des Beschuldigten eingereichte Gesuch um die nachträgliche Bewilligung

der amtlichen Verteidigung für das Untersuchungsverfahren und für das Verfahren vor dem Kreisgericht nicht einzutreten. Entsprechend erübrigen sich die beantragte Aufhebung der im Verfahren zur amtlichen Verteidigung angefallenen Kosten und die begehrte Löschung der diesbezüglichen Betreibungen.

87

Art. 83 Abs. 4 StPO (SR 312.0). Beschränkter neuer Fristenlauf durch die Berichtigung eines Entscheids. Die Berichtigung eines Entscheids löst nur hinsichtlich der Punkte, die Gegenstand der Berichtigung bilden, eine neue Rechtsmittelfrist aus (E. 4.a/bb).

Kantonsgericht, Strafkammer, 16. Juni 2015

Aus den Erwägungen:

4. a/bb) Zwar beginnt mit der Berichtigung (Art. 83 Abs. 4 StPO) grundsätzlich auch die Frist zur Anmeldung der Berufung nach Art. 399 Abs. 1 StPO neu zu laufen (vgl. BSK StPO-Stohner, Art. 83 N 18). Dies gilt indessen nur in Bezug auf den Gegenstand der Berichtigung, denn einzig in diesem Umfang ist eine neue Beschwer eingetreten. Hinsichtlich der vom Berichtigungsentscheid nicht umfassten Entscheidpunkte wird keine neue Rechtsmittelfrist ausgelöst (vgl. BSK StPO-Stohner, Art. 83 N 19). Dies entspricht der Praxis des Bundesgerichts zum alten Bundesrechtspflegegesetz (vgl. BGE 119 II 482 E. 3; 117 II 508 E. 1.a; 116 II 86 E. 3) und nunmehr auch zum Bundesgerichtsgesetz (vgl. statt vieler BGer 4A_258/2013 und 4A_54/2013 m.w.H.). Danach beginnt eine neue Rechtsmittelfrist einzig hinsichtlich jener Punkte zu laufen, die Gegenstand der Berichtigung bildeten; das Rechtsmittel kann sich somit nicht gegen jene Teile des ursprünglichen Urteils richten, die von der Berichtigung nicht betroffen waren. Das Bundesgericht hat diese Auffassung auch ausdrücklich für die Berichtigung gemäss Schweizerischer Zivilprozessordnung bestätigt (BGer 4A_474/2012, 4A_478/2012, 4A_584/2012 E. 2), wobei sich Art. 334 Abs. 3 ZPO vollständig mit dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 4 StPO deckt.

88

Art. 87 Abs. 2 StPO (SR 312.0). Zustellungsdomizil für Personen mit Wohnsitz im Ausland.

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 aufwändigen 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 Strafbefehls 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.

89

Art. 102 StPO (SR 312.0). Beschränkung der Akteneinsicht.

Anklagekammer, 31. März 2015

Aus den Erwägungen:

II.

3. Dem Beschwerdeführer steht als beschuldigter Person selbstverständlich und unbestrittenermassen grundsätzlich ein vollumfängliches Akteneinsichtsrecht in die Originalakten zu. Gemäss Art. 102 StPO entscheidet die Verfahrensleitung über die Akteneinsicht. Sie trifft die erforderlichen Massnahmen, um Missbräuche und Verzögerungen zu verhindern und berechtigte Geheimhaltungsinteressen zu schützen (Abs. 1). Die Akten sind am Sitz der betreffenden Strafbehörde oder rechtshilfeweise bei einer anderen Strafbehörde einzusehen. Anderen Behörden sowie den Rechts-

beiständen der Parteien werden sie in der Regel zugestellt (Abs. 2). Die anwaltlichen Verteidiger haben einen (grundsätzlich uneingeschränkten) Anspruch auf Zustellung sämtlicher Akten. Der postalischen oder anderweitigen Zustellung gleichgestellt ist das Überlassen der Akten zwecks Mitnahme. Hiervon kann nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn praktische Gründe dies erheischen, bspw. wenn die Akten sehr umfangreich sind oder die Strafverfolgungsbehörde oder das Gericht die Akten dringend benötigen (BSK StPO-Schmutz, Art. 102 N 4). Ob sich unter Berücksichtigung dieser Darlegungen die von der Staatsanwaltschaft grundsätzlich geübte Praxis, Einsicht in Videoopfereinvernahmen grundsätzlich ausschliesslich bei ihr zu gewähren, in jedem Fall mit anwaltlicher Verteidigung und ohne konkrete Hinweise auf entsprechende anwaltliche Missbrauchsgefahren, als rechtens erweisen würde, erscheint als eher fraglich. Diese Frage bildet aber nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb hierüber nicht zu entscheiden ist.

3.1. Im vorliegenden Fall wurde mit der streitigen Verfügung die Einsichtnahme in die DVD über die polizeiliche Einvernahme des mutmasslichen minderjährigen Opfers zeitlich befristet und mit der Auflage verbunden, dass der (anwaltliche) Verteidiger den Inhalt dieses Datenträgers weder vervielfältigen noch weitergeben darf. Dies hat zur Folge, dass dem Verteidiger des Beschwerdeführers ein Exemplar der Aufzeichnung für die Dauer des Strafverfahrens nicht uneingeschränkt zur Verfügung steht. Das Bundesgericht hat sich mit der Frage der zulässigen Beschränkung der Akteneinsicht in Konstellationen wie der vorliegenden im Entscheid vom 8. November 2012 auseinandergesetzt (BGer 1B_445/2012). Darin ist zusammenfassend insbesondere Folgendes dargelegt: Eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts ist zulässig, wenn es aufgrund einer Interessenwahrung darum geht, höherwertige private oder öffentliche Geheimhaltungsinteressen zu wahren. Darunter fallen auch Sachverhalte aus dem Intim- oder Privatbereich. In jedem einzelnen Fall bedarf es dabei einer sorgfältigen Güterabwägung der Interessen an der Einsicht mit den entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen. Um die Intimsphäre eines kindlichen Sexualopfers zu schützen, ist es angebracht, die Videoaufzeichnung der Opferbefragung und deren Transkription der Verteidigung nur unter strengen Auflagen zu überlassen. Die Verteidigung darf die Aufzeichnung weder kopieren, noch seiner Klientschaft oder einer Drittperson überlassen. Sie hat alle Vorkehren zu treffen, dass die Aufzeichnung und deren Inhalt nicht weiter verbreitet und die Visionierung durch die beschuldigte Person nur im Beisein der Verteidigung erfolgt. Die Aufzeichnung ist sodann beim Abschluss des Verfahrens der Staatsanwaltschaft zurückzugeben.

3.2. Im Vergleich zum erwähnten bundesgerichtlichen Entscheid steht zwar in dem im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Fall dem Verteidiger kein Exemplar der Videoaufzeichnung der Opferbefragung für die Dauer des Strafverfahrens ständig und uneingeschränkt zur Verfügung. Hingegen ist sein Akteneinsichtsrecht und das Anfertigen von Kopien mit Bezug auf die Transkription der Einvernahme des Opfers (Protokoll) gänzlich unbeschränkt. Durch das nicht ständige Überlassen

einer DVD-Aufzeichnung reduziert sich für den Anwalt zudem auch die andauernde Pflicht, ständig und unter allen Umständen für eine Nichtverbreitung der Aufzeichnung bzw. des Inhalts besorgt sein zu müssen.

3.3. Die im vorliegenden Fall zu beurteilende Lösung der Vorinstanz gewichtet im Ergebnis das Interesse des kindlichen (mutmasslichen) Sexualopfers zwar leicht höher als das Bundesgericht, indem der Verteidigung insbesondere die DVD-Aufzeichnung nicht während der gesamten Dauer des Strafverfahrens überlassen wird. Dies erscheint hier aber als sachgerechte und verhältnismässige Lösung. Insbesondere hat der Beschwerdeführer denn auch deswegen keine eigentliche Einschränkung in einer effektiven Verteidigung konkret begründet aufzeigen können. Die fragliche Einvernahme bei der Polizei dauerte nur rund 1 Stunde, womit ein Überblick in kurzer Zeit gewonnen werden kann. Es liegt zudem ein Wortprotokoll vor, welches dem beschuldigten Beschwerdeführer und seinem Verteidiger uneingeschränkt zur Verfügung steht. Auf eine (auf den 10. Dezember 2014 angesetzte) Einvernahme des (mutmasslichen) Opfers durch die Staatsanwaltschaft unter eigener Teilnahme hat der Beschwerdeführer verzichtet. Die Aussagen des Beschwerdeführers und des (mutmasslichen) Opfers sind mit Bezug auf den äusseren Ablauf der im Strafverfahren zu beurteilenden Handlungen praktisch identisch. Unterschiede gibt es bezüglich Einschlafen sowie bezüglich Intensität der Berührung der Scheide, womit sich der wesentliche Teil der Befragung zusätzlich verkürzt. Die Aufnahme der Einvernahme mit dem (mutmasslichen) Opfer stand dem Beschwerdeführer und seinem Verteidiger bisher während insgesamt rund 50 Tagen zur Verfügung. Dies reicht zeitlich ohne weiteres aus, um die auf DVD aufgenommene Befragung zu sichten, die nach Ansicht der Verteidigung wesentlichen Stellen mehrfach zu sichten und Auffälligkeiten (z. B. im Protokoll der Einvernahme handschriftlich) zu vermerken. Zudem besteht im bevorstehenden Gerichtsverfahren – die Vorinstanz hat am 27. Januar 2015 die Parteimitteilung erlassen und darin die Anklageerhebung beim Gericht wegen sexueller Handlungen mit einem Kind gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB und Schändung gemäss Art. 191 StGB in Aussicht gestellt – die Möglichkeit zur erneuten Einsichtnahme. Die Anklagekammer geht davon aus, dass im Bedarfsfall der Verteidigung nochmals (allenfalls rasch und zeitlich grosszügig) die DVD zur Einsichtnahme zur Verfügung stehen wird. Auch wenn sich die Verteidigung dabei an ein Zeitfenster zu halten haben wird, kann mit Blick auf die gesamten Umstände vorliegend nicht von einer unzumutbaren Einschränkung der Parteirechte gesprochen werden.

3.4. Insgesamt erweisen sich die Massnahmen hinsichtlich der DVD mit der Opferbefragung von X.___ vom 4. November 2014 gemäss der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz vom 10. Februar 2015 unter Mitberücksichtigung des im Vergleich zur streitigen Beschränkung des Akteneinsichtsrecht höher einzustufenden Schutzes der Intimsphäre des kindlichen (mutmasslichen) Sexualopfers als rechtens und verhältnismässig. Die vom Beschwerdeführer gegen die angefochtene Verfügung erhobene Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang erweisen sich (beantragte) Anweisungen an die Vorinstanz als hinfällig.

90

Art. 131 Abs. 2 und 3 und Art. 311 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen (Art. 131 Abs. 2 StPO). Wurden in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor eine Verteidigerin oder ein Verteidiger bestellt worden ist, so ist die Beweiserhebung nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet (Art. 131 Abs. 3 StPO). Im vorliegenden Fall war die beschuldigte Person nach Eröffnung der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft noch nicht (notwendig) verteidigt (E. III./3b/bb/ccc). Die Kantonspolizei konnte deshalb nicht rechtsgültig eine Urin- und Blutprobe anordnen, zumal im Stadium der Untersuchung der Staatsanwaltschaft die ausschliessliche Beweiserhebungskompetenz zukommt (Art. 311 Abs. 1 StPO; E. III./3b/bb/ccc).

Kantonsgericht, Strafkammer, 21. August 2015

X fuhr am Montag, 7. Januar 2013, zwischen 22.30 und 23.00 Uhr mit Y auf dem Beifahrersitz mit seinem Personenwagen vom Restaurant R in A nach B. Auf der Autobahn überschritt X mehrmals die erlaubte Höchstgeschwindigkeit, fuhr einem vor ihm fahrenden Auto zu nahe auf und gab diesem Lichtzeichen (Lichthupe). Sodann wurde X von der Anklage vorgeworfen, sowohl bei der Fahrt zum Restaurant R in A als auch auf der Rückfahrt 5,4 Mikrogramm THC im Blut gehabt zu haben. Die Vorinstanz erklärte X unter anderem der mehrfachen qualifiziert groben Verkehrsregelverletzung, der mehrfachen Verkehrsregelverletzung und des einmaligen Fahrens in fahrunfähigem Zustand schuldig. Die Strafkammer hob die Verurteilung von X wegen Fahren in fahrunfähigem Zustand auf.

Aus den Erwägungen:

III.

3. a) Wer aus anderen Gründen [als wegen Angetrunkenheit] fahrunfähig ist und ein Motorfahrzeug führt, macht sich strafbar (Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG).

b/aa) X wird zur Last gelegt, dass er am Abend des 7. Januar 2013 sowohl bei der Hinfahrt zum Restaurant R in A als auch bei der Rückfahrt nach B 5,4 Mikrogramm THC im Blut gehabt habe. X bezweifelte an der Berufungsverhandlung, dass es sich so verhalten hat. Er habe zwar am 3. Januar 2013 das letzte Mal geraucht. Am Tag, als er gefahren sei (7. Januar 2013), und am vorherigen Tag habe er überhaupt nicht geraucht. Auf Nachfrage des Vorsitzenden hin präzisierte X, dass er «sicher 48 Stunden», also zwei Tage, vor der Fahrt nicht mehr geraucht habe. Den ihm vorgehaltenen THC-Gehalt von 5,4 Mikrogramm konnte er sich nicht erklären.

bb/aaa) Das Kreisgericht hat X des (einmaligen) Fahrens in fahrunfähigem Zustand schuldig erklärt (Art. 91 Abs. 2 SVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 VRV und Art. 34 lit. a VSKV-Astra [Verordnung des Astra zur Strassenverkehrskontrollverordnung]).

Im Berufungsverfahren brachte der Verteidiger von X im Wesentlichen vor, dass ab der polizeilichen Anhaltung von X Untersuchungshandlungen durchgeführt worden seien, welche unwirksam seien, weil der Anspruch seines Mandanten auf notwendige Verteidigung nicht bzw. nicht rechtzeitig beachtet worden sei. Denn gemäss Art. 131 Abs. 2 StPO müsse die notwendige Verteidigung zwar nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung durch diese sichergestellt werden, wenn die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung bei Einleitung des Verfahrens erfüllt gewesen seien. Vorliegend sei spätestens an die unmittelbar nach der Anhaltung von X erfolgte Meldung der Polizei an die piketthabende Staatsanwältin, also noch am 7. Januar 2013, die staatsanwaltliche Untersuchung eröffnet worden. In der Folge habe die Kantonspolizei noch diverse Untersuchungshandlungen vorgenommen. Aufgrund des Gesagten hätte jedoch X zwingend eine Verteidigung vor der Vornahme der erwähnten polizeilichen Untersuchungshandlungen beigegeben werden müssen. Dieser Pflicht der Behörden sei aber erst im Februar 2013 nachgekommen worden. Hinsichtlich des Vorwurfs des Fahrens in fahrunfähigem Zustand sei zum einen zu beachten, dass X nie gesagt habe, fahrunfähig gewesen zu sein. Zum anderen beruhe die Annahme der Vorinstanz, wonach das Fahren in fahrunfähigem Zustand objektiv erstellt sei, ausschliesslich auf Beweismitteln, welche nicht zu Ungunsten von X verwertet werden dürften. Denn insbesondere die Entnahme von Blut und Urin sowie die ärztlichen und gerichtsmedizinischen Untersuchungen und Erhebungen seien alle angeordnet und durchgeführt worden, bevor X notwendig verteidigt gewesen sei. Deshalb fehle ein rechtsgültiger Nachweis dafür, dass X am Abend des 7. Januar 2013 einen zur Fahrunfähigkeit führenden THC-Gehalt im Blut gehabt habe. Er könne daher nicht eines solchen Vergehens schuldig erklärt werden.

bbb) Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen (Art. 131 Abs. 2 StPO). Wurden in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor eine Verteidigerin oder ein Verteidiger bestellt worden ist, so ist die Beweiserhebung nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet (Art. 131 Abs. 3 StPO). Im zu beurteilenden Fall war – wie auch der Verteidiger zu Recht vorbrachte – bei den im Verdacht stehenden Delikten (qualifizierte grobe Verkehrsregelverletzung, grobe Verkehrsregelverletzung und Fahren in fahrunfähigem Zustand) die Erforderlichkeit einer notwendigen Verteidigung von Anfang an offenkundig (vgl. Art. 90 Abs. 2 und 3 sowie Art. 91 Abs. 2 SVG und Art. 130 lit. b StPO). Die X vorgeworfenen Tathandlungen ereigneten sich am 7. Januar 2013. Dieser war indes erst ab dem 31. Januar 2013 (Datum der Auftragserteilung an den Rechtsanwalt) verteidigt.

ccc) Vorliegend ordnete die Staatsanwaltschaft bzw. die von der Polizei kontaktierte, zuständige Staatsanwältin bereits am 7. Januar 2013, 23.15 Uhr, mithin kurz nach dem vorgeworfenen Vorfall, gegenüber der Kantonspolizei St. Gallen mündlich die Sicherstellung des Personenwagens («Tatfahrzeug») von X an. Dies stellte eine Zwangsmassnahme dar, was – bzw. die wohl unmittelbar zuvor erfolgte Mitteilung an die Staatsanwaltschaft (Art. 307 Abs. 1 StPO) – die Eröffnung der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft zur Folge hatte (vgl. Art. 309 Abs. 1 lit. b und c StPO; siehe auch BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 131 StPO N 3). Damit hätte X nach dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 131 Abs. 2 StPO bereits zu diesem Zeitpunkt verteidigt sein müssen. Die notwendige Verteidigung muss auf jeden Fall vor Eröffnung der Strafuntersuchung durch die Staatsanwaltschaft sichergestellt werden (BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 131 StPO N 5 mit Hinweisen). Da dies vorliegend nicht der Fall war (sondern erst am 31. Januar 2013), konnte die Kantonspolizei bzw. der Polizeibeamte P am 7./8. Januar 2013 nicht rechtsgültig eine Urin- und Blutprobe anordnen (vgl. Art. 131 Abs. 2 und 3 StPO).

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass jedenfalls eine Erhebung von forensischen Beweisen ohne vorgängige Bestellung der (notwendigen) Verteidigung möglich gewesen wäre, wären die vorliegend vorgenommenen Beweisabnahmen nicht rechtsgültig zu Stande gekommen. Denn nach Eröffnung der Untersuchung konnte nur noch die Staatsanwaltschaft Beweiserhebungen durchführen (vgl. Art. 311 Abs. 1 StPO). Im Stadium der Untersuchung kommt der Staatsanwaltschaft die ausschliessliche Beweiserhebungskompetenz und damit auch die Pflicht zur eigenhändigen Beweiserhebung zu (vgl. BSK StPO-Omlin, Art. 311 StPO N 6 und Art. 312 StPO N 4). Damit war die Kantonspolizei St. Gallen nicht mehr befugt, am 7. Januar 2013, 23.40 Uhr, eine Urinprobe und am 8. Januar 2013, 00.10 Uhr, eine Blutprobe anzuordnen, nachdem die Strafuntersuchung wie erwähnt spätestens am 7. Januar 2013, 23.15 Uhr, eröffnet war. Dies führt zur Unwirksamkeit bzw. Unverwertbarkeit der von der Polizei angeordneten Urin- und Blutprobe und entsprechend auch der darauf basierenden chemisch-toxikologischen Untersuchung der Asservate (Urin, Blut) durch das Institut für Rechtsmedizin vom 30. Januar 2013, welches den THC-Gehalt von 5,4 Mikrogramm feststellte.

ddd) Da X bestreitet, am 7. Januar 2013 (Tag der Autofahrt) oder am Tag zuvor Betäubungsmittel geraucht bzw. konsumiert zu haben, und der angeklagte THC-Gehalt von 5,4 Mikrogramm aufgrund der Unverwertbarkeit der entsprechenden Beweise nicht als nachgewiesen gelten kann, steht nicht fest, dass er am 7. Januar 2013 fahrunfähig gewesen ist. Dies führt dazu, dass X von der Anklage des Fahrens in fahrunfähigem Zustand freizusprechen ist. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Abnahme der Beweisanträge der Verteidigung, wonach die beiden Polizeibeamten P und O sowie allfällige weitere involvierte Angehörige der Kantonspolizei St. Gallen zu den Geschehnissen vom 7./8. Januar 2013 als Zeugen einzuvernehmen seien.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schuldspruch der Vorinstanz wegen Fahren in fahrunfähigem Zustand aufzuheben ist.

91

Art. 132 Abs. 2 StPO (SR 312.0). Rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten bei der amtlichen Verteidigung. Begründungspflicht des Gesuchstellers.

Anklagekammer, 17. Dezember 2014

Aus den Erwägungen:

5. a) Die Verfahrensleitung ordnet nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO eine amtliche Verteidigung an, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist. Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist die Verteidigung namentlich geboten, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre (Abs. 2). Ein Bagatellfall liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden zu erwarten ist (Abs. 3).

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer bedürftig ist und es sich vorliegend um keinen Bagatellfall handelt. Wie hoch die tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten sein müssen, damit eine unentgeltliche Verteidigung beansprucht werden kann, kann nicht abstrakt gesagt werden; es ist den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Tatsächliche Schwierigkeiten liegen etwa vor, wenn der objektive oder subjektive Tatbestand umstritten ist und diverse Zeugen oder andere Beweise erhoben werden müssen, wenn eine Massnahmebedürftigkeit abgeklärt werden muss oder ein umfangreiches Beweisverfahren über mehrere Gerichtstermine erfolgt. Massgebend kann auch sein, ob ein Geständnis vorliegt oder nicht. Rechtliche Schwierigkeiten liegen beispielsweise vor, wenn es um komplexe Tatbestände wie Betrug geht, wenn die Subsumption des vorgeworfenen Verhaltens generell oder im konkreten Fall umstritten ist, bei allfälligen Rechtfertigungs- oder Schuldgründen oder etwa wenn die richtige Sanktion oder Art und Höhe umstritten ist. Der Grad der Schwierigkeit ist einerseits an den Fähigkeiten und prozessualen Erfahrungen der beschuldigten Person zu messen, andererseits sind aber auch die konkreten Verfahrenshandlungen zu berücksichtigen, die für eine wirksame Verteidigung erforderlich sind. Um sich gegen den Vorwurf gemeinrechtlicher Delikte zur Wehr zu setzen, bedarf es keiner besonderen Kenntnisse des schweizerischen Rechtssystems (BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 132 N 37–39; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., Bern 2012, N 453 ff.; BGer 1B_102/2012 E. 2.2 m.w.H.).

b/aa) Im Beschwerdeverfahren vor der Anklagekammer gilt grundsätzlich das Rügeprinzip (vgl. Art. 396 Abs. 1 i.V.m. Art. 385 StPO; Oberholzer, a.a.O., N 1571). Die angefochtene Verfügung ist im Rahmen des Beschwerdeantrages und unter Mitberücksichtigung der vom Beschwerdeführer in konkreter und begründeter Form

dargelegten Einwände und Rügen zu überprüfen. Es ist darzulegen, wogegen sich die Beschwerde genau richtet bzw. welche Punkte der Verfügung angefochten werden, aus welchen Gründen diese fehlerhaft war bzw. welche Gründe einen anderen Entscheid nahe legen und welche Beweise für die Fehlerhaftigkeit angerufen werden (vgl. Art. 385 Abs. 1 StPO). Die Beschwerdebegründung hat sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen. Daran mangelt es, wenn die Richtigkeit der Erwägungen bloss pauschal bestritten wird oder wenn nicht einmal ansatzweise dargelegt wird, weshalb z. B. die beantragte amtliche Verteidigung zuzusprechen ist. Genügt eine Eingabe diesen Anforderungen nicht, so sieht Art. 385 Abs. 2 StPO vor, dass die Rechtsmittelinstanz sie zur Verbesserung innerhalb einer kurzen Nachfrist zurück weist. Von Rechtsanwälten kann jedoch erwartet werden, dass sie Rechtsmittel formgerecht einreichen. Deshalb wird ihnen gegenüber nur bei Versehen oder unverschuldetem Hindernis eine Nachfrist angesetzt (BSK StPO-Guidon, Art. 396 N 9b, N 9c; BSK StPO-Ziegler/Keller, Art. 385 N 3).

bb) Der Beschwerdeführer bringt vor, dass das Verfahren tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten bereite, denen er allein nicht gewachsen sei. Worin diese tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten im Einzelnen konkret bestehen sollten, legt er hingegen nicht dar. Der pauschale Einwand, dass in rechtlicher Hinsicht zu prüfen sein werde, ob der Tatbestand des Raubes tatsächlich erfüllt sei, genügt jedenfalls nicht. Vielmehr hätte der Beschwerdeführer darzulegen, weshalb Zweifel an der Erfüllung des Tatbestandes bestehen, worin diese liegen und inwiefern deren Geltendmachung entsprechende Schwierigkeiten darstellen würden. Gleich verhält es sich mit dem Einwand, dass es auch bei der Strafzumessung rechtlicher und tatsächlicher Ausführungen bedürfe, welche er alleine nicht vorzubringen vermöge. Welche Ausführungen bei der Strafzumessung wesentlich wären und weshalb der Beschwerdeführer nicht in der Lage wäre, diese selber vorzubringen, wird nicht ansatzweise begründet. Alleine der Umstand, dass die Strafakten umfangreich sind, vermag in vorliegender Situation ebenfalls keine rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten zu begründen. Die Beschwerdebegründung ist diesbezüglich ungenügend, so dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

c) Im Übrigen sind aber auch keine rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten ersichtlich. Die Strafuntersuchung ist praktisch abgeschlossen, ausstehend ist lediglich noch die Schlusseinvernahme. Weitere Beweiserhebungen erscheinen damit weder nötig, noch stehen solche an oder sind beantragt. Zudem ist der Beschwerdeführer grösstenteils geständig oder aber die Beweislage erscheint relativ klar. Etwas Gegenteiliges bringt denn auch der Beschwerdeführer in der Beschwerde nicht vor. Schwierige oder anspruchsvolle Verfahrenshandlungen, für die eine wirksame Verteidigung erforderlich sein könnte, sind daher ebenfalls nicht ersichtlich. Ebenso sind die Vorwürfe, auch wenn sie zahlreich sind, doch recht einfach und klar. Es handelt sich im Wesentlichen um Delikte gemeinrechtlicher Natur. Die rechtliche Qualifikation dürfte keine Probleme bereiten und ist für die Mittäter denn teilweise auch bereits erfolgt. Allein deshalb, weil der Aktenumfang nicht gering ist, kann nicht

von tatsächlichen Schwierigkeiten ausgegangen werden. Vielmehr ist der erhöhte Aktenumfang im Wesentlichen durch die Mehrheit der Delikte bedingt, wobei die Einstellung diverser Sachverhaltskomplexe bereits angekündigt worden ist und die entsprechenden Aktendossier damit nicht mehr von Relevanz sind. Auch hinsichtlich der Art und Höhe der Sanktion stellen sich im Verurteilungsfalle keine besonderen Schwierigkeiten, der Antrag der Staatsanwaltschaft wurde bereits kommuniziert. Unerheblich sind allfällige ausländerrechtliche Konsequenzen bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwölf Monaten. Eine solche Sanktion wird nicht beantragt, überdies würde sich dann die Frage einer notwendigen Verteidigung, welche durch das Gericht zu bestellen wäre, stellen. Letztlich vermögen somit auch allfällige ausländerrechtliche Folgen keine tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten im Strafverfahren zu begründen; das Strafverfahren wird unabhängig von einem ausländerrechtlichen Verfahren geführt.

d) Insgesamt werden vom Beschwerdeführer rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten nicht rechtsgenüglich dargelegt. Solche sind denn aber auch nicht ersichtlich. Damit sind die Voraussetzungen für die Gewährung einer amtlichen Verteidigung gemäss Art. 132 StPO nicht erfüllt.

92

Art. 145 und 309 StPO (SR 312.0). Zulässiger Umfang staatsanwaltlicher Abklärungen vor Eröffnung eines Strafverfahrens; die Einholung schriftlicher Berichte ist nur in engen Grenzen möglich.

Anklagekammer, 15. September 2015

Aus den Erwägungen:

II.

2 Die Staatsanwaltschaft eröffnet nach Art. 309 Abs. 1 StPO eine Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt (lit. a). Sie verfügt hingegen nach Art. 310 Abs. 1 StPO die Nichtanhandnahme, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind (lit. a), Verfahrenshindernisse bestehen (lit. b) oder aus den in Art. 8 StPO genannten Gründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist (lit. c). Die Staatsanwaltschaft verzichtet auf die Eröffnung einer Untersuchung, wenn sie sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl erlässt (Art. 309 Abs. 4 StPO).

2.1. Eine Nichtanhandnahmeverfügung kann entsprechend nur dann ergehen, wenn keine Untersuchungshandlungen vorgenommen werden. Sie setzt demnach voraus, dass sich die Staatsanwaltschaft bei ihrem Entscheid (grundsätzlich) alleine auf die (polizeilichen) Ermittlungsergebnisse oder die Strafanzeige stützt (vgl. Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 310 N 1; BSK StPO-Omlin, Art. 310 N 6; BGer 1B_731/2012, E. 2).

2.2. Die Staatsanwaltschaft ist jedoch bereits vor Eröffnung des Strafverfahrens berechtigt, polizeiliche Berichte und Strafanzeigen, aus denen der Tatverdacht nicht deutlich hervorgeht, zwecks Durchführung ergänzender Ermittlungen an die Polizei zu überweisen (Art. 309 Abs. 2 StPO). Die Staatsanwaltschaft ist zudem befugt, derartige Ergänzungen grundsätzlich auch selber vorzunehmen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sie sogar eine einfache Anfrage an die beschuldigte Person richten («une simple prise de position»; BGer 1B_368/2012, E. 3.2; BGer 1B_363/2012, E. 2.2). In der Literatur werden indessen unterschiedliche Auffassungen über das zulässige Mass dieser ergänzenden Abklärungen durch die Staatsanwaltschaft vertreten. Während einige Autoren der Staatsanwaltschaft vor der Eröffnung der Untersuchung nur die informelle Informationsbeschaffung erlauben wollen, halten andere auch durch diese geführte Einvernahmen im Sinne der StPO für statthaft (vgl. Landshut/Bosshard, a.a.O., Art. 309 N 41 m.w.H.).

2.3. Eine Strafuntersuchung ist gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO aber zwingend dann zu eröffnen, wenn die Staatsanwaltschaft Zwangsmassnahmen anordnet (BGer 1B_368/2012, E. 3.2; BGer 1B_363/2012, E. 2.2; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1228). Der zulässige Umfang staatsanwaltschaftlicher Vorabklärungen findet (zumindest) dadurch eine klare (Maximal-) Grenze. Da bereits Vorladungen als Zwangsmassnahmen gelten, führt auch die Einvernahme der beschuldigten Person oder von Zeugen in aller Regel zur Eröffnung der Strafuntersuchung (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., Bern 2012, N 1371).

3.3 Der Beschwerdeführer rügt unter anderem, die Vorinstanz habe durch die von ihr veranlasste detaillierte schriftliche Stellungnahme des Beschwerdegegners (und weiterer Personen aus seinem Umfeld) bereits Untersuchungshandlungen vorgenommen, was Hinweis darauf sei, dass es der Strafsache an der für die Nichtanhandnahme der Untersuchung nötigen Klarheit fehle. Nachstehend ist daher abzuklären, ob die schriftliche Befragung des Beschwerdeführers zulässig war und noch im Rahmen der vor Verfahrenseröffnung erlaubten staatsanwaltschaftlichen Abklärungen lag.

3.1. Die von der Vorinstanz gewählte schriftliche Befragung ist der Strafprozessordnung so nicht bekannt. Art. 145 StPO sieht zwar vor, dass die Strafbehörde eine einzuvernehmende Person einladen kann, an Stelle einer Einvernahme oder zu deren Ergänzung einen schriftlichen Bericht abzugeben. Solche Berichte vermögen eine Einvernahme allerdings nur ganz ausnahmsweise zu ersetzen und kommen vor allem für komplexe Fragen in Betracht, die sich nur im Zusammenhang mit Belegen

und Zahlen beantworten lassen. Für zentrale Aussagen in einem Strafverfahren sind sie demgegenüber nicht geeignet; Einvernahmen von Beschuldigten und Zeugen lassen sich dadurch nicht (vollständig) ersetzen. Die Einholung eines Berichts darf auch nicht zu einer Umgehung von Beweiserhebungsvorschriften oder zu einer Beschneidung von Parteirechten führen. Die betroffenen Personen sind überdies vorgängig über ihre Rechte zu orientieren (Schmid, Praxiskommentar, Art. 145 N 1 ff.). Im zu beurteilenden Fall sind die Voraussetzungen für die Einholung eines solchen – zumal sehr ausführlichen – schriftlichen Berichts nicht gegeben. Der Bericht soll die Aussagen der beschuldigten Person vollständig ersetzen. Damit wird der Bericht aber zu einem für die Beurteilung der Strafanzeige/Strafklage zentralen Element. Er beschneidet darüber hinaus die Teilnahme- und Fragerechte, die der Beschwerdeführerin in ihrer Rolle als Privatklägerin im (eröffneten) Vorverfahren vor der Staatsanwaltschaft grundsätzlich zustehen würden (vgl. Art. 147 Abs. 1 StPO). Die vorinstanzliche Aufforderung zur Stellungnahme weist den Beschwerdeführer im Übrigen auch nicht auf seine Rechte als Beschuldigter hin, was grundsätzlich ebenfalls problematisch erscheint. Umfang und Detaillierungsgrad der dem Beschwerdegegner unterbreiteten Fragen gehen schliesslich klar über eine einfache schriftliche Stellungnahme hinaus, die vom Bundesgericht – wie dargelegt – noch als zulässig erachtet wird («une simple prise de position»; BGer 1B_368/2012, E. 3.2; BGer 1B_363/2012, E. 2.2).

3.2 Die von der Vorinstanz formulierten detaillierten Fragen entsprechen solchen, die üblicherweise im Rahmen einer Einvernahme gestellt werden. Eine Einvernahme kann einerseits – vor dem eigentlichen Strafverfahren – im Rahmen eines selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahrens erfolgen (Art. 306 StPO). Andererseits kann die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person zur Einvernahme vorladen und sie dann befragen. Ergeht allerdings eine Vorladung durch die Staatsanwaltschaft, führt dies in der Regel – da als Zwangsmassnahme zu qualifizieren – zur Eröffnung eines Strafverfahrens (Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO). Der von der Vorinstanz eingeholte schriftliche Bericht bewirkt im Ergebnis eine Umgehung der strafprozessualen Vorschriften über die Einvernahme beschuldigter Personen. Da die Vorinstanz auf die Durchführung eines selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahrens verzichtete und stattdessen selber tätig wurde, hätte sie den Beschwerdegegner daher korrekterweise zur Einvernahme vorladen und befragen müssen. Damit wäre die Untersuchung aber zu eröffnen bzw. bereits eröffnet gewesen.

3.3 Darüber hinaus spricht auch der erhebliche Abklärungsbedarf, den die Vorinstanz in der Sache sah (vgl. detaillierte Rückfrage bei der Strafklägerin; schriftliche Anfrage an den Beschuldigten), gegen eine für den Erlass einer Nichtanhandnahmeverfügung hinreichend klare Rechts- bzw. Sachverhaltslage (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO). Auch die erhebliche Zeitspanne zwischen der Einreichung der Strafanzeige am 6. November 2014 (act 8/S/1) und dem Erlass der Nichtanhandnahmeverfügung am 16. Juni 2015 lässt sich nicht (ohne weiteres) mit der gesetzlichen Anforderung eines «sofortigen» Erlasses der Verfügung (Art. 309 Abs. 4 StPO) in Einklang bringen.

3.4 Insgesamt ergibt sich, dass die Vorinstanz mit der Einholung einer detaillierten schriftlichen Stellungnahme beim Beschwerdegegner– bereits unbesehen von deren (nicht gegebener) Zulässigkeit – schon konkrete Untersuchungshandlungen vorgenommen hat, die zur Eröffnung des Strafverfahrens führen bzw. führen müssen. Die Sach- und Rechtslage erscheint darüber hinaus bereits aufgrund der verschiedenen Nachfragen des Staatsanwaltes nicht so klar, wie sie es für den Erlass einer Nichtanhandnahmeverfügung sein müsste.

4. Die angefochtene Nichtanhandnahmeverfügung ist nach dem Dargelegten (bereits aus formellen Gründen) aufzuheben. Die Vorinstanz wird ein Strafverfahren zu eröffnen und dieses nach Abschluss der Untersuchung nach pflichtgemässem Ermessen gemäss Art. 318 StPO zu erledigen haben. Dazu ist der Erlass von Weisungen weder erforderlich noch zulässig.

93

Art. 184 Abs. 3 StPO (SR 312.0). Rechtliches Gehör bei Gutachteraufträgen.

Anklagekammer, 17. November 2015

Aus den Erwägungen:

II.

2. Gemäss Art. 184 Abs. 3 StPO gibt die Verfahrensleitung den Parteien vorgängig (zur Erteilung des Gutachterauftrags) Gelegenheit, sich zur sachverständigen Person sowie zu den Fragen zu äussern und dazu eigene Anträge zu stellen. Das Ziel dieser Bestimmung besteht darin, allfällige Ausstandsgründe möglichst frühzeitig zu erkennen und nach Möglichkeit Einigkeit bezüglich der Gutachterfragen zu erzielen. Es handelt sich dabei tendenziell um eine Ordnungsvorschrift, die nichts daran ändert, dass die Person des Gutachters und die Gutachterfragen von der Verfahrensleitung bestimmt werden und nicht von der Zustimmung der Parteien abhängig sind (Schmid, StPO Praxiskommentar StPO, Art. 184 N 13). Nach der Rechtsprechung gilt eine Verletzung von Art. 184 Abs. 3 StPO – und damit eine mögliche Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV – als geheilt, wenn die Parteien mit der Zustellung des Gutachterauftrags die Möglichkeit für Einwendungen erhalten (BGer 6B_298/2012, E. 3.3; BGE 120 V 357 E. 2c; Beschluss OGer. Zürich vom 22.05.2015, E. 1.2 [ZR 2015, S. 204 ff.]; BSK StPO-Heer, Art. 184 N 21).

3. Im vorliegend zu beurteilenden Fall erteilte die Vorinstanz mit Verfügung vom 29. September 2015 den Gutachterauftrag an X.___ und stellte eine Kopie davon zugleich an den Verteidiger des Beschwerdeführers zu. Im Verteiler der Verfügung findet sich sodann der Hinweis, der Beschwerdeführer bzw. dessen Verteidiger werde

gebeten, «gestützt auf Art. 184 Abs. 3 StPO innert zehn Tagen Einwände gegen die sachverständige Person oder zu den gestellten Fragen geltend zu machen oder allfällige Ergänzungsfragen mitzuteilen». Der Beschwerdeführer erhielt damit zwar erst mit der Erteilung des Gutachterauftrags – und nicht vorgängig, wie dies der Wortlaut von Art. 184 Abs. 3 StPO grundsätzlich vorsieht – die Gelegenheit zur Stellungnahme, er konnte sich aber noch vor Erstellung des Gutachtens zu diesen Punkten äussern, was er im Übrigen auch getan hat. Nach der dargelegten Praxis gilt damit eine allfällige Gehörsverletzung als geheilt, weshalb die angefochtene Verfügung nicht aufzuheben ist. Hingegen ist die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

4. Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, das Vorgehen der Vorinstanz könne zur Unverwertbarkeit des Gutachtens führen, weshalb unnütze und vermeidbare Verfahrenskosten drohten. Es mag zutreffen, dass sich mit dem in Art. 184 Abs. 3 StPO vorgesehenen Vorgehen mit vorgängiger Äusserungsmöglichkeit derartige Probleme vermeiden lassen. Aus formeller Sicht ist das Vorgehen der Vorinstanz aber – wie dargelegt – nicht zu beanstanden, weshalb zumindest diesbezüglich keine Unverwertbarkeit droht. Es bleibt zudem darauf hinzuweisen, dass die Würdigung der im Strafverfahren erhobenen Beweise dem Sachgericht obliegt (Art. 350 Abs. 2 StPO). Dieses – 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 (wie auch hier) kein krasser Fall eines eindeutigen Beweisverwertungsverbots vorliegt – nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz sein, dem Sachgericht in der Frage der Beweisverwertbarkeit vorzugreifen (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., Bern 2012, N 714; GVP 2014 Nr. 72).

94

Art. 197 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Zwangsmassnahmen sind nur zulässig, wenn sie sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen können. Entsprechend besteht ein Numerus clausus der im Gesetz vorgesehenen Zwangsmassnahmen.

Anklagekammer, 7. Januar 2015

Der Beschwerdeführer stand im Verdacht, auf der Homepage einer von ihm kontrollierten Aktiengesellschaft eine «Information an unsere Geschäftspartner» aufgeschaltet zu haben, in welcher er ehemaligen Mitarbeitern, die ein Konkurrenzunternehmen führen, verdachtsweise ehrrührige und unlautere Vorwürfe macht. Die Staatsanwalt-

schaft (Vorinstanz) wies ihn mit einer Verfügung an, das fragliche Schreiben von der Homepage zu entfernen und künftig keine ähnlichen Schreiben zu veröffentlichen.

Aus den Erwägungen:

II.

2. Der Staat ist an das Legalitätsprinzip gebunden; Grundlage und Schranke staatlichen Handelns bildet daher das Recht. Staatliches Handeln darf demnach einerseits nicht gegen das Gesetz verstossen und muss sich andererseits auf das Gesetz stützen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 368). Im Falle von Grundrechtseingriffen ist daher unter anderem ausdrücklich eine gesetzliche Grundlage, bei schweren Grundrechtseingriffen ein Gesetz im formellen Sinn, erforderlich (Art. 36 Abs. 1 BV). Dementsprechend verlangt auch die Strafprozessordnung für die Anordnung von Zwangsmassnahmen nach einer gesetzlichen Regelung (Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO). Die Rechtsgrundlagen für die strafprozessualen Zwangsmassnahmen wurden mit der eidgenössischen Strafprozessordnung bundesweit geschaffen bzw. vereinheitlicht (Art. 196 ff. StPO). Das Legalitätsprinzip sowie die in der Strafprozessordnung vorgesehenen Zwangsmassnahmen bewirken im Ergebnis einen Numerus Clausus; gesetzlich nicht vorgesehene Zwangsmassnahmen sind entsprechend nicht zulässig (BSK StPO-Weber, Art. 197 N 4; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 847).

3. Gemäss Art. 196 StPO sind Zwangsmassnahmen Verfahrenshandlungen von Strafbehörden, die in die Grundrechte der betroffenen Personen eingreifen und dazu dienen, Beweise zu sichern (lit. a), die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen (lit. b) oder die Vollstreckung des Endentscheids zu gewährleisten (lit. c). Die angefochtene Verfügung ist zunächst an diesen Zielen zu messen:

3.1. Für die Sicherung von Beweismitteln ist das verfügte Verbot nicht erforderlich. Eine Beweissicherung kann vielmehr bereits durch den Ausdruck des umstrittenen Dokuments erreicht werden. Auch der Sicherstellung der Anwesenheit von Personen im Verfahren dient die strittige Verfügung nicht. Und sie ist schliesslich auch nicht auf die Gewährleistung der Vollstreckung des Endentscheids ausgerichtet, was namentlich dann der Fall wäre, wenn sie der Sicherstellung von Kosten, der Rückgabe der betroffenen Gegenstände (bzw. Daten) an Geschädigte oder der künftigen Einziehung dienen würde. Solches ist vorliegend indessen nicht zu erkennen. Wird aber mit einer Zwangsmassnahme kein Zweck gemäss Art. 196 StPO verfolgt, handelt es sich nicht um eine strafprozessuale Zwangsmassnahme (Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 196 N 6).

3.2. Die angefochtene Verfügung dient denn auch vielmehr der Gefahrenabwehr (Verpflichtung zur Entfernung der Schreiben) bzw. der Prävention (Verbot, künftig gleiche oder ähnliche Behauptungen zu verbreiten). Auf Prävention oder Gefahrenabwehr gerichtete Massnahmen fallen indessen grundsätzlich nicht unter die StPO. Einzelne Ausnahmen, wie z. B. die Haftgründe der Fortsetzungs- und Ausführungsgefahr, sind nur zulässig, weil für sie eine klare gesetzliche Grundlage geschaffen

wurde. Im Übrigen sind präventive oder der Gefahrenabwehr dienende Massnahmen aber durch das Polizeireicht zu regeln (Hug/Scheidegger, a.a.O., Art. 196 N 6; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Art. 196 N 2). Eine die angefochtene Verfügung stützende polizeirechtliche Grundlage wird im vorliegenden Verfahren aber weder geltend gemacht, noch ist sie ersichtlich.

4. Für die vorliegend zu beurteilende Anordnung von Entfernungs- und Unterlassungspflichten ist der StPO nach dem Dargelegten keine gesetzliche Grundlage zu entnehmen. Die Vorinstanz beruft sich darauf, die Verfügung auf Unterlassung stelle eine mildere Massnahme als eine Beschlagnahme dar, weshalb sie unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit und gestützt auf das Recht der Beschlagnahme zulässig sei. Diese Auffassung vermag allerdings nicht zu überzeugen. Eine Beschlagnahme kennzeichnet sich wesensgemäss dadurch, dass der betroffenen Person das deliktsverstrickte Objekt entzogen und dieses bis zum definitiven Entscheid über sein strafprozessuales Schicksal zweckgebundener staatlicher Herrschaft unterworfen wird (BSK StPO-Bommer/Goldschmid, Vor Art. 263–268 N 1 mit weiteren Hinweisen). Im zu beurteilenden Fall werden die beanstandeten Schreiben auf der Homepage aber nicht der Herrschaft der Beschwerdeführer entzogen, sondern verbleiben bei diesen. Entsprechend gelangen sie auch zu keinem Zeitpunkt unter zweckgebundene staatliche Herrschaft. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich daher um keine mildere, sondern um eine andere Massnahme als eine Beschlagnahme, weshalb sie (auch) vom Numerus Clausus der zulässigen Zwangsmassnahmen nicht erfasst ist.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung vom strafprozessualen Zwangsmassnahmerecht nicht erfasst ist und es ihr damit an einer genügenden gesetzlichen Grundlage mangelt. Die Beschwerde ist deshalb zu schützen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

95

Art. 211 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Entpixelung von Fotos bei Internetfahndungen zulässig; anonyme Beschwerdeerhebung dagegen ausnahmsweise möglich.

Anklagekammer, 3. November 2015

Aus den Erwägungen:

II.

1. Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden ist die Beschwerde zulässig (Art. 393 Abs. 1 lit. a

StPO) und die Anklagekammer ist für deren Beurteilung zuständig (Art. 17 EG-StPO). Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat. Die Beschwerde hat schriftlich und begründet zu erfolgen und muss innert zehn Tagen bei der Rechtsmittelinstanz eingereicht werden (Art. 310 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 322 Abs. 2 StPO und Art. 393 ff. StPO). Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen.

1.1 Die Publikation und die (in Aussicht gestellte) Entpixelung von Bildern im Rahmen einer Öffentlichkeitsfahndung ist eine Verfahrenshandlung der Staatsanwaltschaft, die ein Beschwerdeobjekt darstellt (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Die namens des anonymen Beschwerdeführers erhobene Beschwerde erfolgte zudem frist- und formgerecht. In dieser Hinsicht geben die Eintretensvoraussetzungen zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

1.2 Fraglich erscheint demgegenüber, ob auf ein anonym erhobenes Rechtsmittel eingetreten werden kann. Dies ist grundsätzlich zu verneinen, da die Namensnennung der beschwerdeerhebenden Person keinen Selbstzweck darstellt, sondern insbesondere auch der Klärung der Rechts- und Prozessfähigkeit dieser Person sowie der zur Erhebung des Rechtsmittels legitimierenden Beschwer dient. In der vorliegend zu beurteilenden Beschwerdesache liegen die Verhältnisse aber insofern speziell, als die Nennung des Namens des Beschwerdeführers (die mit der Beschwerde ja gerade verhindert werden soll) sogleich zur Gegenstandslosigkeit des Rechtsmittels führen könnte. Gleichzeitig ist aber anerkannt, dass eine von einer Öffentlichkeitsfahndung betroffene Person gegen jene mittels Beschwerde vorgehen können muss (BSK StPO-Rüegger, Art. 211 N 31 und FN 75; Weder, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 211 N 19). Damit ist in derartigen Fällen ausnahmsweise und unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass keine Anzeichen für eine rechtsmissbräuchliche Beschwerdeerhebung bestehen, grundsätzlich auf eine Beschwerde einzutreten. Im zu beurteilenden Fall sind die vorgenannten Voraussetzungen (ausnahmsweise) gegeben. Aus den Umständen, dass der Beschwerdeführer einen Rechtsanwalt beizog, eine von ihm (unleserlich) unterzeichnete Vollmacht ins Recht legen liess und eine Kanzleimitarbeiterin des mandatierten Rechtsanwalts bestätigte, dass sich die fragliche Person auf Foto «0##_0#.jpg» wiedererkannt habe, ist auf eine tatsächlich vorhandene Beschwer des anonymen Rechtsmitteleinlegers zu schliessen. Anzeichen für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten sind jedenfalls nicht auszumachen.

1.3 Entsprechend ergibt sich, dass die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind und die Beschwerde daher materiell zu behandeln ist.

2. […]

3. Der Beschwerdeführer lässt sodann in formeller Hinsicht rügen, die Vorinstanz habe sich geweigert, eine die vorgesehene Entpixelung betreffende beschwerdefähige Verfügung zu erlassen, was eine Rechtsverweigerung darstelle. Ein Rechtsanspruch auf eine Verfügung lässt sich indessen – entgegen der Auffassung des

Beschwerdeführers – weder aus dem kantonalen noch aus dem eidgenössischen Datenschutzgesetz ableiten; diese sind auf Strafverfahren ausdrücklich nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG, Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG-SG). Auch der StPO ist kein entsprechender Rechtsanspruch zu entnehmen, zumal dem Beschwerdeführer aus dem verweigerten Erlass einer Verfügung kein Rechtsnachteil erwächst. Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO stellen auch (blosse) Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden anfechtbare Beschwerdeobjekte dar. Damit steht dem Beschwerdeführer der Rechtsmittelweg auch ohne Verfügung offen. Die Rüge der Rechtsverweigerung erweist sich damit als unbegründet.

4. Im vorliegend zu beurteilenden Beschwerdeverfahren stellt sich in der Hauptsache die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Internetfahndung im Falle des Beschwerdeführers zulässig ist. Die Öffentlichkeitsfahndung ist in der Strafprozessordnung in Art. 211 Abs. 1 geregelt.

4.1. Unter Öffentlichkeitsfahndung ist der Einbezug der Bevölkerung in die Fahndung nach Personen, Sachen oder Vermögenswerten unter Benützung der Medien, einschliesslich des Internets, zu verstehen. Dabei geht es um eine aktive Orientierung der Medien bzw. der Öffentlichkeit und nicht bloss um die passive Beantwortung von Fragen von Journalisten. Da die Öffentlichkeitsfahndung einen erheblichen Eingriff in die geschützte Privatsphäre darstellt und die Unschuldsvermutung tangiert, bedarf sie einer gesetzlichen Grundlage, muss durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein und darf nicht in den Kerngehalt der Grundrechte eingreifen. Es ist demnach in jedem Fall eine sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen (BSK StPO-Rüegger, Art. 211 N 3 ff.; Weder, a.a.O., Art. 211 N 3 ff.; Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 211 N 2; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., Bern 2012, N 873 ff.).

4.2 Je schwerer das infrage stehende Delikt wiegt, desto eher rechtfertigt sich eine Öffentlichkeitsfahndung. Für einen Fahndungsaufruf mit Namensnennung ist regelmässig eine schwere Straftat, namentlich aus dem Bereich der Gewalt-, Sexual- oder gemeingefährlichen Delikte, erforderlich. Für öffentliche Fahndungsaufrufe ohne Namensnennung, welche primär der Eruierung einer unbekannten mutmasslichen Täterschaft dienen und das Prinzip der Unschuldsvermutung weniger stark tangieren, liegen die Voraussetzungen hingegen tiefer. Hierfür kommen auch Vergehenstatbestände wie einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB), Sachbeschädigung (Art. 144 StGB), Gewalt und Drohung gegen Beamte (Art. 285 StGB) sowie Widerhandlungen gegen das Sprengstoffgesetz in Betracht. Dies gilt namentlich auch für Delikte im Zusammenhang mit Hooliganismus. Bei solchen Delikten würde ohne die Möglichkeit zur Öffentlichkeitsfahndung ein straffreier Raum drohen, da die fraglichen Straftaten aus der anonymen Masse heraus begangen werden und die sie verübenden Personen aufgrund der begrenzten Ressourcen der Sicherheitskräfte darauf vertrauen könnten, unbehelligt zu bleiben (Weder, a.a.O., Art. 211 N 9; BSK StPO-Rüegger, Art. 211 N 28).

4.3 Das in Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO statuierte Subsidiaritäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass ein sofortiger öffentlicher Fahndungsaufruf grundsätzlich

nur bei schweren Verbrechen in Betracht kommt. Bei weniger erheblichen Delikten ist demgegenüber ein abgestuftes Vorgehen zu wählen. Bei Ausschreitungen an Sportveranstaltungen wird daher in der Regel auf das sogenannte «Dreistufenmodell» zurückgegriffen, gemäss welchem – nach Ausschöpfung der nichtöffentlichen Identifikationsmöglichkeiten – in einem ersten Schritt ein öffentlicher Fahndungsaufruf angekündigt, in einem zweiten Schritt das Bildmaterial verpixelt veröffentlicht und in einem dritten Schritt schliesslich unverpixelt verbreitet wird. Zwischen den einzelnen Stufen soll jeweils ein Abstand von rund sieben Tagen liegen. Sobald sich eine betroffene Person meldet oder sonst identifiziert wird, erfolgt die sofortige Löschung des entsprechenden Bildmaterials (Weder, a.a.O., Art. 211 N 9a; BSK StPO-Rüegger, Art. 211 N 29 ff.).

5. Art. 211 Abs. 1 StPO bildet damit – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – eine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine Öffentlichkeitsfahndung im Internet (BSK StPO-Rüegger, Art. 211 N 6). Auch wenn die Gesetzesbestimmung die zulässigen Publikationsarten nicht einzeln aufführt, ist in der Literatur, soweit ersichtlich, unbestritten, dass hierfür neben den Massenmedien auch das Internet zur Verfügung steht (Weder, a.a.O., Art. 215 N 14, Schmid, a.a.O. Art. 211 N 2; BSK StPO-Rüegger, Art. 211 N 4). Da für eine wirksame Öffentlichkeitsfahndung eine möglichst breite Kenntnisnahme des Fahndungsaufrufs erforderlich ist, vermag diese Auffassung zu überzeugen. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Nutzung des Internets verstosse gegen das Datenschutzrecht, stösst sodann ins Leere, da die datenschutzrechtlichen Bestimmungen auf Strafverfahren – wie dargelegt – keine Anwendung finden.

6. Das öffentliche Interesse an einer Öffentlichkeitsfahndung bei Hooliganismus-Delikten ist ebenfalls ausgewiesen. Es ist notorisch, dass sich derartige Straftaten des Öfteren und immer wieder zutragen und bisweilen von grosser Heftigkeit sind. Zusammenrottungen gewaltbereiter Fans, die aus der anonymen Masse heraus grundlos und erheblich delinquieren, stellen die öffentliche Ordnung deutlich in Frage. So werden regelmässig Sicherheits- und Polizeibeamte sowie Dritte in ihrer körperlichen Integrität gefährdet oder verletzt, das Eigentum anderer beschädigt, Amtshandlungen behindert, Amtspersonen bedroht und der öffentliche Verkehr gestört. Die Gesellschaft braucht solche Ausschreitungen nicht zu dulden, vermag ihnen aber nur mit dem Einsatz substantieller personeller (vor allem auch polizeilicher) und finanzieller Mittel entgegenzutreten. Hooliganismus stellt damit ein erhebliches und breit diskutiertes Sicherheitsproblem dar, dem der Staat konsequent zu begegnen hat. Dafür sind ihm die erforderlichen – auch strafprozessualen – Mittel grundsätzlich zur Verfügung zu stellen.

7. Neben der ausgewiesenen gesetzlichen Grundlage und dem gegebenen öffentlichen Interesse muss die gegen den Beschwerdeführer gerichtete Zwangsmassnahme auch verhältnismässig sein. Sie muss sich demnach als erforderlich, geeignet und zumutbar erweisen, mithin auch durch die Bedeutung der Straftat und einen hinreichenden Tatverdacht gerechtfertigt sein (Art. 36 BV, Art. 197 Abs. 1 StPO).

7.1 Aus den Akten ergibt sich, dass die Vorinstanz das ausgewertete Bildmaterial im Vorfeld der Internetfahndung zur Sichtung an die Kantonspolizei Basel-Stadt übermittelte. Dank dieser nichtöffentlichen Fahndungsmassnahme konnten in der Folge mehrere der gesuchten Personen identifiziert werden. Bezüglich der übrigen, noch nicht namentlich bekannten Beschuldigten sind hingegen – abgesehen von einer öffentlichen Fahndung – keine weiteren zielführenden Ermittlungsansätze mehr ersichtlich oder vorhanden. Auch der Beschwerdeführer vermag solche nicht konkret zu benennen. Die Öffentlichkeitsfahndung stellt damit das mildeste noch zur Verfügung stehende Mittel zur Identifikation der gesuchten Personen dar.

7.2 Aufgrund des grossen Adressatenkreises einer Internetfahndung und gestützt auf die bisherigen Erfahrungen in der Praxis kann bei einer solchen durchaus mit der Identifizierung weiterer gesuchter Personen gerechnet werden. Die von der Vorinstanz geplante Entpixelung der Bilder erweist sich daher auch als geeignet, das Strafverfahren voranzutreiben.

7.3 Der Beschwerdeführer, der sich seinen Angaben gemäss auf dem (noch nicht entpixelten) Bild erkannt haben will, steht aufgrund des ausgewerteten Bildmaterials in dringendem Verdacht, vermummungs- und gewaltbereit nach St. Gallen gereist zu sein und sich dort bei sich bietender Gelegenheit tatsächlich vermummt an einem Landfriedensbruch beteiligt zu haben, in dessen Verlauf Polizeibeamte mit grossen Schottersteinen beworfen wurden. Er hat nach der derzeitigen Verdachtslage selber auch solche Steine auf die Polizei geschleudert. Durch diese Steinwürfe zogen sich mehrere Polizeibeamte Verletzungen zu und es kam zur Beschädigung diversen Einsatzmaterials und Dritteigentums. Im mutmasslichen Verhalten (unter anderem) des Beschwerdeführers wird eine erhebliche kriminelle Energie offenbar, die eine Geringschätzung auch hochwertiger Rechtsgüter (körperliche Integrität, Eigentumsrechte, ungestörter Vollzug von Amtshandlungen etc.) erkennen lässt. Die dadurch bewirkte Ingangsetzung einer nicht leicht zu kontrollierenden Gewaltspirale ist von erheblicher Schwere, auch wenn die einzelnen, dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Delikte für sich alleine nicht eigentlicher Schwerkriminalität zuzuordnen sind. Der Beschwerdeführer gab jedoch mit seinem Verhalten Anlass zu einer nachdrücklichen strafprozessualen Reaktion und einer entsprechend konsequent geführten Strafuntersuchung. Die Schwere der ihm konkret zur Last gelegten Delikte spricht damit insgesamt für die Öffentlichkeitsfahndung und damit – sollte sich der Beschwerdeführer nicht noch melden – für die Entpixelung des wohl ihm geltenden Bildes.

7.4 Im Umstand, dass die Öffentlichkeitsfahndung bzw. die Entpixelung des Bildes des Beschwerdeführers durch die Preisgabe von dessen Identität abgewendet werden kann, ist sodann kein Verstoss gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs (nemo tenetur-Prinzip) zu erkennen. Eine rechtmässig angeordnete Zwangsmassnahme ist durch die betroffene Person zu dulden. Sie ist durch diese in keiner Weise gezwungen, sich bei den Strafverfolgungsbehörden zu melden oder sich dort gar zu belasten. Sie ist lediglich berechtigt, der angeordneten Öffentlichkeitsfahndung durch die Preisgabe ihrer Identität die Erforderlichkeit und damit die Rechtsgrund-

lage zu entziehen. Dass der Beschwerdeführer durch die anstehende Entpixelung unter einen gewissen Druck gesetzt wird, ist nicht zu verkennen; der Zweck von Zwangsmassnahmen besteht aber gerade darin, gegen betroffene Personen rechtmässig Mittel zur Anwendung zu bringen, die diese freiwillig nicht dulden würden. Damit kann durchaus – wie der Beschwerdeführer zutreffend bemerkt – auch eine gewisse stigmatisierende Wirkung einhergehen, die zwar nicht beabsichtigt, bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen aber auch nicht gänzlich zu vermeiden ist.

7.5 Bei der vorliegend zur Diskussion stehenden Öffentlichkeitsfahndung verhält es sich im Übrigen so, dass der Fahndungsaufruf nicht mit dem Namen des Beschwerdeführers in Verbindung steht. Es wird demnach auch im Falle einer künftigen Entpixelung nicht möglich sein, durch eine Internetsuche nach dem Namen des Beschwerdeführers auf den ihm geltenden Fahndungsaufruf aufmerksam zu werden. Damit bleiben die allenfalls langfristigen Folgen einer Entpixelung überschaubar. Die Vorinstanz hat mit dem von ihr angewendeten «Dreistufenmodell» zudem ein Vorgehen gewählt, das dem Beschwerdeführer bei Preisgabe seiner Identität die Möglichkeit verschafft, die von ihm befürchteten negativen Folgen der (rechtmässigen) Entpixelung frühzeitig abzuwenden.

8. Zusammenfassend erweist sich damit die von der Vorinstanz angeordnete Entpixelung der Bilder als auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhend, im öffentlichen Interesse stehend und verhältnismässig. Eine Verletzung des Kerngehalts der vom Beschwerdeführer angerufenen Grundrechte ist sodann weder zu erkennen, noch wird eine solche behauptet. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen.

96

Art. 410 Abs. 1 lit. a und b StPO (SR 312.0). Revisionsgründe. Bei den Fragen, wie eine Strasse zu qualifizieren ist oder welche Höchstgeschwindigkeit auf einem Strassenabschnitt gilt, handelt es sich um Rechtsfragen. Werden diese Rechtsfragen in einem gleichgelagerten Fall einer anderen Person anders beantwortet als im Fall der gesuchstellenden Person, stellen diese richterlichen Rechtsauffassungen keine «vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel» im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO dar. Ein Widerspruch in der Rechtsanwendung im Sinne einer abweichenden rechtlichen Würdigung bezieht sich auf Fälle mit mehreren Teilnehmern an der gleichen Straftat. Auch wenn der Anwendungsbereich auf gleich gelagerte Sachverhalte von isoliert verurteilten Alleintätern ausgedehnt wird, muss sich der unverträgliche Widerspruch nach Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO auf ein tatsächliches Element und nicht auf die rechtliche Würdigung des gleich gelagerten Sachverhalts beziehen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 19. Januar 2015

Der Gesuchstellerin wurde vorgeworfen, die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h um 22 km/h überschritten zu haben. Mit Strafbefehl sprach die Staatsanwaltschaft sie der Verletzung der Verkehrsregeln schuldig und verurteilte sie zu einer Busse. Nachdem der Strafbefehl in Rechtskraft erwachsen war, reichte die Gesuchstellerin ein Revisionsgesuch ein, welches sie damit begründete, dass einerseits auf der besagten Strecke eine Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h gelte, was sich aus der kreisgerichtlichen Rechtsprechung ergebe. Andererseits führte sie unter Verweis auf einen kurz zuvor erschienenen Zeitungsartikel an, dass eine ebenfalls auf der gleichen Strecke und mit ähnlicher Geschwindigkeit gebüsste Person vom Kreisgericht von Schuld und Strafe freigesprochen worden sei.

Aus den Erwägungen:

I.

3. a/aa) Gemäss Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO kann eine Revision stattfinden, wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen. Nach dem Entscheid eingetretene Umstände oder nachträgliche Entwicklungen sind nicht neu und vermögen keine Revision zu begründen (BSK StPO-Heer, Art. 410 N 43).

bb) Unabhängig vom Zeitpunkt des Eintritts der geltend gemachten Umstände stellen andere Rechtsauffassungen keine neuen Tatsachen oder Beweismittel dar (BSK StPO-Heer, Art. 410 N 51 m.w.H.). Entsprechend kann bei diesem Revisionsgrund nicht erfolgreich geltend gemacht werden, ein Gericht habe einen gleichen Fall rechtlich anders gewürdigt (BSK StPO-Heer, Art. 410 N 51 m.w.H.). Mit der Revision soll lediglich der dem Urteil zugrunde gelegene Sachverhalt, der als unrichtig erachtet wird, korrigiert werden. Eine Überprüfung oder Änderung der rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes wird nicht vorgenommen (vgl. BGer 6S.1/2004 E. 2.1, BGE 92 IV 177 E. 1a, BGE 69 IV 139 E. 5, BGE 75 IV 184). Eine (falsche) Rechtsanwendung kann nur mit den ordentlichen Rechtsmitteln geltend gemacht werden. Allfällige Rechtsirrtümer in rechtskräftig gewordenen Entscheiden sind daher unabänderlich (vgl. BSK StPO-Heer, Art. 410 N 51; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage, Bern 2012, Rz1640; Fingerhuth, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 410 N 54). Auch eine Änderung der Rechtsprechung, welche eine bisherige Praxis als rechtswidrig erscheinen lässt, ist kein Revisionsgrund (Oberholzer, a.a.O., Rz. 1640 mit Verweis auf GVP 2002 Nr. 76).

b) Vorliegend ist die Gesuchstellerin der Ansicht, beim relevanten Abschnitt der Strasse habe eine Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h und nicht von 50 km/h gegolten («Als Begründung brachte ich damals vor, dass aufgrund der Signalisations- und Einmündungssituation für mich klar war, dass […] ohne Wiederholung der 50 km/h Tafel eine Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h gelte. Dieser Einwand wurde jedoch mit dem Hinweis abgewiesen, dass […] die Wiederholung der Höchstgeschwindigkeitstafel nicht notwendig sei. Dies, obschon wenige Tage nach der Kontrolle eine solche Geschwindigkeitstafel nach der Einmündung angebracht wurde und heute

noch steht! […] Aufgrund der Rechtsprechung des Kreisgerichts ist klar, dass die Geschwindigkeitsmessung der Stadtpolizei vom 8. Januar 2013 unzulässig war und im Messbereich 80 km/h und nicht wie von der Stadtpolizei behauptet, 50 km/h gilt.»). Bei den Fragen, welche Höchstgeschwindigkeit auf dem besagten Abschnitt massgebend war bzw. wie die in die Strasse mündende Zufahrtstrasse zu qualifizieren ist, handelt es sich um Rechtsfragen, welche der Revision nicht zugänglich sind. Eine Sachverhaltsfrage wäre hingegen etwa, mit welcher Geschwindigkeit die Kontrollstelle passiert wurde, an welcher Stelle sich ein Signal befindet oder ob eine Strecke im Innerortsbereich liegt (vgl. BGer 6B_622/2009 E. 2.4; 6S.99/2004 E. 2.2).

c) Ein Revisionsgrund gemäss Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO ist nach dem Gesagten nicht gegeben.

4. a) Wer durch einen rechtskräftigen Strafbefehl verurteilt ist, kann dessen Revision verlangen, wenn der Strafbefehl mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch steht (Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO).

b) Die Gesuchstellerin verlangt sinngemäss auch die Revision unter dieser Bestimmung, weil ihr Strafbefehl dem späteren Freispruch des Stadtpolizisten widerspreche («Am Samstag, 13. September 2014 erfuhr ich durch einen Artikel in der Zeitung, dass ein Stadtpolizist sein Urteil, vergleichbar mit meinem Fall, an das Kreisgericht gezogen hat und dort entgegen der Staatsanwaltschaft Recht bekam. […] Ich gehe aufgrund der genannten Gründe gegen den Strafbescheid in Revision, da ich mit rechtlich relevanten 72 km/h im 80 km/h Bereich nicht gebüsst werden kann.»)

c/aa) In der juristischen Literatur beschränkt sich der Anwendungsbereich von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO – soweit ersichtlich – auf Fälle mit mehreren Teilnehmern an der gleichen Straftat (vgl. BSK StPO-Heer, Art. 410 N 90, Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 410 N 15; Fingerhuth, a.a.O., Art. 410 N 63 f.; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2013, N 1598 m.w.H.). Fälle der Einzeltäterschaft werden einzig in Zusammenhang mit einer Verurteilung zweier Personen für dieselbe durch eine einzelne Person begangene Tat erwähnt (vgl. BSK StPO-Heer, Art. 410 N 91; Schmid, Handbuch, a.a.O., N 1598; Fingerhuth, a.a.O., Art. 410 N 63). Klar ist in jedem Fall, dass bei beiden Entscheiden der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegen muss (vgl. BGer 6B_124/2014 E. 3; BSK StPO-Heer, Art. 410 N 89 und 93; Schmid, Handbuch, a.a.O., N 1598), damit eine Revision nach Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO in Betracht kommt.

bb) Selbst wenn vorliegend der Begriff des gleichen Lebenssachverhalts auf Fälle von isoliert verurteilten Alleintätern ausgedehnt und ein Anwendungsfall von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO bejaht würde, besteht kein Revisionsgrund. Das Begehren der Gesuchstellerin begründet sich nämlich mit der vorgebrachten fehlerhaften Qualifikation des Strassenabschnittes als 50 km/h-Zone bzw. mit der Qualifikation der Zufahrtsstrasse als Verzweigung und daher mit einem Widerspruch in der Rechtsanwendung. Ein unerträglicher Widerspruch nach Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO kann sich nur auf ein tatsächliches Element beziehen. Ein Widerspruch in der Rechtsanwendung im Sinne

einer abweichenden rechtlichen Würdigung ist nicht ausreichend, selbst wenn bei zwei Urteilen identische Fragen zu beantworten waren (vgl. Botschaft, 1320; Fingerhuth, a.a.O., Art. 410 N 64 m.w.H.; BSK StPO-Heer, Art. 410 N 92 m.w.H.; Schmid, Handbuch, a.a.O., N 1599).

d) Ein Revisionsgrund ist auch unter Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO nicht gegeben. Folglich ist das Revisionsgesuch abzuweisen (Art. 413 Abs. 1 StPO).

97

Art. 427 Abs. 2 StPO (SR 312.0). Kostenauflage an die Privatklägerschaft bei mutwilliger Verfahrenseinleitung.

Präsident der Anklagekammer, 27. Mai 2015

Aus den Erwägungen:

II.

2. Bei Antragsdelikten können die Verfahrenskosten gemäss Art. 427 Abs. 2 StPO der antragstellenden Person oder der Privatklägerschaft auferlegt werden, wenn das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen wurde und sie nicht nach Art. 426 Abs. 2 StPO kostenpflichtig ist. Eine Kostenauflage an die strafantragstellende Person, die sich nicht als Privatklägerin am Verfahren beteiligt, erfordert gemäss Gesetzeswortlaut zudem, dass diese die Verfahrenseinleitung mutwillig oder grob fahrlässig bewirkte. Die Haftung der nur strafantragstellenden Person beschränkt sich damit auf ein trölerisches Verhalten, das seinerseits strafbar sein kann, aber nicht muss (BGE 138 IV 248 E. 4.2; Riklin, Kommentar StPO, Art. 427 N 2; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Art. 427 N 7; Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Art. 427 N 9).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung weist indessen darauf hin, dass auch von der Privatklägerschaft beantragte Verfahrenshandlungen letztlich behördliche Verfahrenshandlungen darstellen, für welche grundsätzlich der Staat verantwortlich und kostenpflichtig ist. Aus diesem Grund kommt auch eine Kostenauflage an die Privatklägerschaft nur in besonderen Fällen in Betracht (BGE 138 IV 248 E. 4.4). Dies wird namentlich bei trölerischem Verhalten der Fall sein (vgl. Griesser, a.a.O., Art. 427 N 11). Von einem solchen ist insbesondere bei mutwilligen prozessualen Handlungen auszugehen.

Mutwilligkeit liegt vor, wenn eine Partei Tatsachen wider besseres Wissen als wahr behauptet, von denen sie bei der ihr zumutbaren Sorgfalt wissen müsste,

dass sie unrichtig sind. Ein mutwilliges Verhalten ist aber so lange zu verneinen, als es einer Partei darum geht, einen bestimmten, nicht als willkürlich erscheinenden Standpunkt durch den Richter beurteilen zu lassen (vgl. BGE 128 V 323 E. 1b; BSK StPO-Domeisen, Art. 427 N 9).

Art. 427 Abs. 2 StPO ist dispositiver Natur. Der verfügenden Behörde steht ein grosses Ermessen zu (BGE 138 IV 248 E. 4.4; BSK StPO-Domeisen, Art. 427 N 12; Riklin, a.a.O., Art. 427 N 2, Griesser, a.a.O., Art. 427 N 11).

3. Hintergrund der hier strittigen Kostenauflage bildete eine Strafanzeige des Beschwerdeführers vom 18. Januar 2015. Damals gelangte er an die kantonale Notrufzentrale St. Gallen und meldete eine Sachbeschädigung an seinem Auto. Den ausgerückten Polizeibeamten gab er an, er habe in der vorangehenden Nacht sein Fahrzeug benutzt und dabei festgestellt, dass der Auspuff heruntergedrückt, die Luft teilweise aus den Reifen abgelassen sowie die Felgen und der Scheibenwischer beschädigt worden seien. Er wies dabei auf die vorangehenden Sachbeschädigungen hin und stellte Strafantrag gegen Unbekannt. Der in Verdacht geratene B.___ bestritt bei seiner polizeilichen Einvernahme am 28. Januar 2015 seine Täterschaft. Am 3. Februar 2015 meldeten sich sodann E.___ und F.___ bei der Kantonspolizei St. Gallen. E.___ brachte ebenfalls eine Sachbeschädigung zur Anzeige, wobei sie als Täter den Beschwerdeführer vermutete. Der Beschwerdeführer scheint, nachdem seine Beziehung mit D.___ offenbar endete, eine mittlerweile ebenfalls gelöste Beziehung mit E.___ eingegangen zu sein. Im Zuge der polizeilichen Tatbestandsaufnahme erwähnten E.___ und F.___, sie hätten erfahren, dass der Beschwerdeführer am 18. Januar 2015 Anzeige wegen Sachbeschädigung gegen B.___ erstattet habe. Der angezeigte Sachverhalt sei aber falsch; tatsächlich sei der Beschwerdeführer am Vorabend der Anzeigeerstattung in Staad mit einer Verkehrsinsel kollidiert, wobei auch die Schäden an seinem Fahrzeug entstanden seien. Sie (E.___ und F.___) seien damals im Auto des Beschwerdeführers mitgefahren.

4. Der Beschwerdeführer begründet seine Beschwerde sinngemäss damit, seine Anzeige sei gegen Unbekannt gerichtet gewesen; die Polizei selber habe vorschnell auf B.___ als Täter geschlossen. Da er B.___ aber nie direkt beschuldigt habe, sei auch die Kostenauflage wegen mutwilliger Bewirkung der Verfahrenseinleitung nicht angezeigt. Mit Eingabe vom 4. Mai 2015 ergänzte er, er sei am 22. April 2015 in gleichem Zusammenhang u.a. wegen des Verdachts auf Irreführung der Rechtspflege staatsanwaltschaftlich einvernommen worden. Der fallführende Sachbearbeiter habe ihm dabei bestätigt, er (Beschwerdeführer) habe in diesem Zusammenhang keine Anschuldigungen gegen B.___ erhoben.

5. Wie es sich damit genau verhält, kann indessen offen bleiben, da eine Kostenüberwälzung nicht von einer konkreten Beschuldigung abhängig ist. Ein trölerisches bzw. mutwilliges oder grob fahrlässiges prozessuales Verhalten reicht hierfür bereits aus. Mit seiner Strafanzeige vom 18. Januar 2015 bezichtigte der Beschwerdeführer eine (allenfalls unbekannte) Drittperson einer Sachbeschädigung an seinem Auto, obwohl er den entstandenen Schaden bei einem Selbstunfall am Vortag selber

verursacht hatte. Der Beschwerdeführer bestreitet dies in seinen Eingaben bezeichnenderweise nicht, sondern schweigt sich zu diesem Vorwurf aus. Er macht im vorliegenden Verfahren ebenso wenig geltend, die von E.___ und F.___ bei der Polizei gemachten Aussagen seien unzutreffend. Den übrigen Verfahrensakten ist darüber hinaus ebenfalls nicht zu entnehmen, dass die Schäden am Fahrzeug anders als durch den Selbstunfall entstanden sein könnten. Das Anzeigeverhalten des Beschwerdeführers kann demnach nur als mutwillig bezeichnet werden. Da das diesbezügliche Strafverfahren zudem eingestellt und die beschuldigte Person nicht kostenpflichtig wurde, sind sämtliche Voraussetzungen für eine Kostenauflage an den Beschwerdeführer erfüllt. Die Überwälzung von Fr. 80.– erscheint angesichts der (unmittelbar) durch die Anzeige des Beschwerdeführers ausgelösten polizeilichen Aktivitäten (Tatbestandsaufnahme vor Ort, polizeiliche Einvernahme von B.___ sowie von E.___ und F.___, Rapportierung an die Vorinstanz) zudem sehr massvoll. Die Vorinstanz hat sich damit bei ihrer angefochtenen Verfügung innerhalb des gesetzlichen Rahmens und des ihr zustehenden Ermessens bewegt. Die angefochtene Verfügung erweist sich entsprechend als recht- und verhältnismässig, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

4. Rechtsanwälte und Rechtsagenten

98

Art. 132 Abs. 2 StPO (SR 312.0); Art. 21 und Art. 27 BGFA (SR 935.61). Die amtliche Verteidigung ist nicht auf Rechtsanwälte mit Geschäftsdomizil in der Schweiz beschränkt. Rechtsanwälte aus dem EU-/EFTA-Raum können grundsätzlich auch amtliche Verteidigungen in der Schweiz übernehmen.

Anklagekammer, 3. Februar 2015

Aus den Erwägungen:

II.

2. Die Staatsanwaltschaft begründete die Ablehnung der amtlichen Verteidigung in der Verfügung vom 24. November 2014 im Wesentlichen damit, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers als in Liechtenstein ansässiger Rechtsanwalt zwar private Verteidigungen in der Schweiz übernehmen könne, eine amtliche Verteidigung jedoch nicht unter den freien Dienstleistungsverkehr falle.

3. a) Die Verteidigung der beschuldigten Person wird gemäss Art. 127 Abs. 5 StPO Rechtsanwälten vorbehalten, die nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 (nachfolgend BGFA) berechtigt sind, Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten. Dies

sind sowohl die innerstaatlich dazu berechtigten Personen, d.h. Rechtsanwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind (vgl. Art. 4 BGFA), als auch jene aus den Mitgliedstaaten der EU und der EFTA, die gemäss Art. 21 bzw. Art. 27 BGFA Personen in der Schweiz vertreten dürfen (vgl. BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 127 N 20). Gemäss Art. 21 BGFA können Angehörige von Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA, die berechtigt sind, den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat auszuüben, im freien Dienstleistungsverkehr in der Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist damit (unbestrittenermassen) grundsätzlich zur Vertretung von Mandanten vor schweizerischen Straf- und Gerichtsbehörden berechtigt.

b/aa) Die Regelungen in der Strafprozessordnung, insbesondere diejenigen betreffend Rechtsbeistand (Art. 127 StPO) und amtliche Verteidigung (Art. 132 ff. StPO), sehen keine Vorbehalte in der Weise vor, dass nur Rechtsanwälte, welche im Kanton domiziliert bzw. in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, zur Übernahme einer amtlichen Verteidigung befugt sind. Als amtliche Verteidigung kann vielmehr jede Person eingesetzt werden, die gemäss BGFA zur Ausübung der Anwaltstätigkeit in der Schweiz berechtigt ist (BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 133 N 4a). Unbestritten ist heute denn auch, dass ausserkantonale Rechtsanwälte zur amtlichen Verteidigung zugelassen werden. Zu den gemäss BGFA zur Ausübung der Anwaltstätigkeit in der Schweiz berechtigten Personen gehören aber neben den ausserkantonalen Rechtsanwälten auch Rechtsanwälte, die gemäss Art. 21 BGFA (oder Art. 27 BGFA) in der Schweiz Parteien vertreten können.

Hinsichtlich der Bestellung der Person des amtlichen Verteidigers sollen denn auch nach Möglichkeit die Wünsche der beschuldigten Person berücksichtigt werden (Art. 133 Abs. 2 StPO). Der Wunsch einer beschuldigten Person nach einem bestimmten Verteidiger darf nicht willkürlich, d.h. nicht ohne sachlichen Grund, unberücksichtigt bleiben. Sachliche Gründe können etwa Interessenkollisionen, Überlastung, fehlende fachliche Qualifikation oder fehlende Berufsausübungsberechtigung sein. Ein ausserkantonaler Rechtsanwalt kann zudem abgewiesen werden, wenn eine auswärtige Verteidigung nicht praktikabel (bspw. wegen schlechter Verfügbarkeit) ist (BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 133 N 8a, N 8b). Solche sachlichen Gründe werden in Bezug auf den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hingegen weder vorgebracht, noch sind solche ersichtlich. Vielmehr bestreitet die Staatsanwaltschaft grundsätzlich, dass ein ausländischer Rechtsanwalt als amtlicher Verteidiger eingesetzt werden kann.

bb) Auch dem BGFA können allerdings keine Einschränkungen in Bezug auf die Übernahme von amtlichen Mandaten durch Rechtsanwälte der Mitgliedstaaten der EU und der EFTA entnommen werden. Gemäss Art. 21 BGFA sind Verteidigungen ohne Weiteres zulässig (vgl. Dreyer, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 21 N 11). Zudem ist ein Rechtanwalt der Mitgliedstaaten der EU und der EFTA zwar nicht verpflichtet, amtliche Verteidigungen in der Schweiz zu übernehmen (vgl. Art. 25 BGFA), ein entsprechendes Verbot oder anderweitige Hinderungsgründe werden im BGFA jedoch nicht festgelegt. Dies obwohl der

Gesetzgeber bei der Regelung der Tätigkeit der dienstleistungserbringenden EU-/EFTA-Rechtsanwälte mit Art. 25 BGFA ausdrücklich an die Frage der amtlichen Verteidigungen gedacht hat. Ausgeschlossen wurde nur die Pflicht, nicht aber auch das Recht zur Übernahme solcher Mandate. Zudem sind auch ausserkantonale Rechtsanwälte von der Pflicht zur Übernahme amtlicher Verteidigungen (Art. 12 lit. g BGFA) ausgenommen, ohne dass deren Berechtigung dazu eingeschränkt worden wäre.

Gemäss Dreyer ist – bei Vorliegen der Voraussetzungen – nicht ersichtlich, weshalb ein ausländischer Rechtsanwalt, der ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege eingereicht hat, von der Rechtsvertretung ausgeschlossen sein soll (a.a.O., Art. 25 N 7; so erfolgte auch eine Einsetzung als unentgeltlicher Rechtsvertreter in BGer 9C_681/2011, vgl. insb. dortige Dispo-Ziff. 4). Vielmehr soll die Möglichkeit bestehen, dass eine Partei im Falle einer obligatorischen Rechtsvertretung einen im Ausland domizilierten Rechtsanwalt bestellen kann (vgl. Dreyer, a.a.O., Art. 23 N 5a). Dies muss auch für eine amtliche Verteidigung gelten. Eine Einschränkung wird einzig im Falle eines Verfahrens mit Anwaltszwang vorgesehen (vgl. Art. 23 BGFA). Aber auch hier darf die Verpflichtung zum einvernehmlichen Handeln mit einem in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalt nicht über die Bezeichnung eines Zustellungsdomizils hinausgehen (Dreyer, a.a.O., Art. 23 N 10).

c) Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass weder die StPO noch das BGFA die amtliche Verteidigung auf Rechtsanwälte mit Geschäftsdomizil in der Schweiz einschränken. Sachliche Gründe oder Praktikabilitätsgründe nach Art. 133 Abs. 2 StPO für einen Ausschluss des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers sind weder ersichtlich, noch werden solche geltend gemacht.

99

Art. 12 lit. a BGFA (SR 935.61). Verletzung der anwaltlichen Berufsregeln durch Zustellung von Aktenkopien mit verbotenen kinderpornografischen Abbildungen an den Mandanten in die Haftanstalt.

Anwaltskammer, 29. Oktober 2015

Aus den Erwägungen:

I.1. Am 8. Mai 2015 zeigte die Staatsanwaltschaft […] der Anwaltskammer in Anwendung von Art. 15 Abs. 1 BGFA eine mögliche Berufsregelverletzung durch Rechtsanwalt A. an. Zur Begründung legte die Staatsanwaltschaft im Wesentlichen dar, dass Rechtsanwalt A. in einem gegen X. geführten Strafverfahren wegen des Verdachts der sexuellen Handlungen mit Kindern sowie der Pornografie als amtlicher Verteidiger tätig sei. X. befinde sich seit dem 2. Oktober 2014 wegen Verdunke-

lungsgefahr in Untersuchungshaft. Am 26. März 2015 habe die verfahrensleitende Staatsanwältin von der Gefängnisleitung […] eine Meldung erhalten, wonach im Zuge der tags zuvor erfolgten Verlegung von X. festgestellt worden sei, dass dieser bei seinen Effekten eine Kartonschachtel mit Untersuchungsakten mitgeführt habe, die (verbotene) pornografische Aufnahmen enthalte. In der Folge sei die Schachtel an die verfahrensleitende Staatsanwältin weitergeleitet worden. Da das Adressierungsfeld der Kartonschachtel mit «Anwaltspost» beschriftet sei, habe die Staatsanwaltschaft den Inhalt jedoch nicht gesichtet. Aus der Meldung der Gefängnisleitung gehe hervor, dass es sich bei den gefundenen Aufnahmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit um kinderpornografische Abbildungen handle, welche u.a. dem Haftverlängerungsgesuch der Staatsanwaltschaft vom 6. November 2014 beigelegt gewesen seien. Es bestehe somit die Vermutung, dass Rechtsanwalt A. Kopien von aus den Verfahrensakten stammenden (verbotenen) pornografischen Darstellungen erstellt und diese dann dem inhaftierten X. im Rahmen des freien Verkehrs entweder anlässlich einer Besprechung ausgehändigt oder mittels Anwaltspost ins Gefängnis zugestellt und zum gutscheinenden Gebrauch überlassen habe. Dieses Vorgehen von Rechtsanwalt A. sei nach Auffassung der Staatsanwaltschaft nicht mit einer sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vereinbar.

II.1. Nach Art. 12 lit. a BGFA haben Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Diese Pflicht bezieht sich einerseits auf das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient, andererseits auch auf das Verhalten gegenüber Behörden, der Gegenpartei und der Öffentlichkeit (Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 12 N 12).

Der Anwalt soll die ihm anvertrauten Interessen nach bestem Wissen und Gewissen wahren. Andererseits schränkt die berufsrechtlich gebotene Gewissenhaftigkeit den Anwalt auch in der Wahl der Mittel ein, indem sie ihm gebietet, die Wahrung der Interessen des Klienten ausschliesslich mit rechtlich zulässigen Mitteln zu betreiben, namentlich keine vom Gesetz verpönten Zwecke zu verfolgen und Verteidigungsmittel zu gebrauchen (Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 37a).

2. Der Rechtsstaat räumt dem Anwalt im Verfahren aufgrund seiner Vertrauensstellung verschiedene Privilegien ein. So erhält er beispielsweise Einsicht in die Verfahrensakten und kann diese auch in seine Kanzlei mitnehmen (Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 45). Die Originalakten dürfen zwar nicht an den Klienten herausgegeben werden. Der Anwalt ist jedoch grundsätzlich befugt, seinem Klienten Einsicht in diese Akten zu geben und ihm von den wesentlichen Unterlagen Kopien auszuhändigen (Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 46). In bestimmten Verfahren ist es allerdings möglich, dass dem Anwalt Akten nur mit der Auflage herausgegeben werden, weder seinem Klienten noch Dritten Einsicht zu gewähren, sie weder im Original noch in Kopie herauszugeben oder sonst wie zugänglich zu machen. In einem solchen Fall stellt die Aushändigung von Akten an den Klienten einen Missbrauch von Privilegien dar, die dem Anwalt im Umgang mit den Behörden eingeräumt werden, und der Anwalt verstösst damit gegen die Berufsregel des Art. 12 lit. a BGFA.

3. Im Strafprozess entscheidet gemäss Art. 102 StPO die Verfahrensleitung über die Akteneinsicht. Sie trifft die erforderlichen Massnahmen, um Missbräuche und Verzögerungen zu verhindern und berechtigte Geheimhaltungsinteressen zu schützen (Abs. 1). Die Akten sind am Sitz der betreffenden Strafbehörde oder rechtshilfeweise bei einer anderen Strafbehörde einzusehen. Anderen Behörden sowie den Rechtsbeiständen der Parteien werden sie in der Regel zugestellt (Abs. 2). Die anwaltlichen Verteidiger haben einen (grundsätzlich uneingeschränkten) Anspruch auf Zustellung sämtlicher Akten. Der postalischen oder anderweitigen Zustellung gleichgestellt ist das Überlassen der Akten zur Mitnahme. Die Anklagekammer des Kantons St. Gallen hat es in einem dieses Jahr ergangenen Entscheid als zulässig erachtet, dass einem Verteidiger nur zeitlich beschränkt Einsicht in die DVD-Aufnahme der Befragung eines minderjährigen mutmasslichen Opfers von Sexualdelikten gewährt, die Überlassung einer Kopie der Aufnahme jedoch verweigert wurde, um eine Weiterverbreitung zu verhindern (Entscheid der Anklagekammer des Kantons St. Gallen vom 31. März 2015, AK.2015.57, E. II.3, publiziert auf www.gerichte.sg.ch; die Transkription der Befragung wurde dem Verteidiger hingegen ohne Einschränkung überlassen). Das Bundesgericht hatte sich in einem Entscheid vom 8. November 2012 mit einer ähnlichen Konstellation zu befassen. Es beschränkte auf Beschwerde eines Opfers bzw. dessen Mutter das Akteneinsichtsrecht in dem Sinne, dass es die Videoaufzeichnung der Opferbefragung und deren Transkription der Verteidigung nur unter strengen Auflagen überliess. Der Verteidiger durfte die Aufzeichnung weder kopieren, noch seinem Klienten oder Dritten überlassen. Er hatte alle Vorkehren zu treffen, dass die Aufzeichnung und deren Inhalt nicht weiterverbreitet wurde und die Visionierung durch den Beschuldigten nur im Beisein der Verteidigung erfolgte. Die Aufzeichnung musste zudem nach Abschluss des Verfahrens der Staatsanwaltschaft zurückgegeben werden (BGer 1B_444/2012 E. 3).

4. Rechtsanwalt A. macht geltend, dass die Staatsanwaltschaft ihm die Strafakten vorbehaltlos überlassen habe. Deren Offenlegung gegenüber dem Beschuldigten könne deshalb keine Berufsregelverletzung darstellen. Soweit er als Verteidiger dem Beschuldigten den Akteninhalt mitteilen dürfe, sei er prozessual auch berechtigt, diesem Aktenkopien auszuhändigen. Ausnahmen von diesem Grundsatz könnten nur dann in Betracht kommen, wenn die Aushändigung den Untersuchungszweck gefährden oder die Kopien für verfahrensfremde Zwecke missbraucht werden könnten. Es sei indessen nicht Aufgabe der Verteidigung, darüber zu entscheiden, welche Akten dem Klienten vorenthalten werden müssten. Diese Verantwortung könne nur von den Strafbehörden getragen werden. Es gebe keine gesetzliche Grundlage, gestützt auf welche die Verteidigung daran gehindert werden könnte, Akten an den Beschuldigten weiterzuleiten, sofern diese auflagenfrei übergeben worden seien.

Diese Argumentation verkennt allerdings die spezielle Art der Dokumente, die Rechtsanwalt A. an seinen Klienten weitergegeben hat. In der Schachtel, die bei diesem sichergestellt wurde, finden sich u.a. diverse Fotos, die ihm anlässlich einer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 23. Oktober 2014 vorgehalten worden

waren. Das Einvernahmeprotokoll samt Fotos bildete Bestandteil des Haftverlängerungsantrags, den die Staatsanwaltschaft am 6. November 2014 in der Strafuntersuchung wegen Verdachts der sexuellen Handlungen mit einem Kind und Pornografie gestellt hatte. Ein ebenfalls in der Schachtel befindliches Schreiben vom 7. November 2014 lässt darauf schliessen, dass Rechtsanwalt A. diesen Haftantrag seinem in Untersuchungshaft befindlichen Klienten zugestellt hat. Unklar ist, ob Rechtsanwalt A. mit diesem Schreiben auch Unterlagen des Haftgesuchs übermittelte oder ob dies allenfalls erst später erfolgte; auf Letzteres deutet der Umstand, dass die Schachtel, in der sich die Fotos und zahlreiche weitere Dokumente befanden, von Rechtsanwalt A. erst am 16. Dezember 2014 per Post an seinen Klienten abgeschickt worden war. Fest steht, dass sich in der Schachtel nicht nur das Einvernahmeprotokoll, sondern auch die erwähnten Fotos befanden, und unbestritten ist auch, dass X. diese von Rechtsanwalt A. erhalten hat. Die Fotos zeigen u.a. ein Kind in einer Badewanne, das den Penis eines Erwachsenen in seiner rechten Hand hält, ferner ein Kind, dem der Penis eines Erwachsenen ins Gesicht gedrückt wird, sowie weitere sexuelle Darstellungen mit Kindern.

Es steht ausser Zweifel, dass diese Fotos als kinderpornografische Bildaufnahmen im Sinne des Straftatbestandes von Art. 197 Abs. 4 StGB zu qualifizieren sind. Nach der genannten Bestimmung macht sich u.a. strafbar, wer solche Bildaufnahmen zeigt, überlässt, zugänglich macht oder besitzt. Soweit Rechtsanwalt A. die Fotos seinem Klienten im Rahmen der anwaltlichen Instruktion lediglich zeigte, kann er sich zwar auf einen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 14 StGB berufen, denn für eine wirksame Verteidigung war es wohl unabdingbar, dass er den Inhalt der Aufnahmen mit diesem besprechen konnte (Rechtfertigungsgrund der Berufspflicht gemäss aArt. 32 StGB). Gleichermassen kann sich auch die Staatsanwaltschaft auf einen Rechtfertigungsgrund (Amtspflicht gemäss aArt. 32 StGB) berufen, wenn sie dem Beschuldigten in der Einvernahme die Bilder vorlegte, denn sie musste ihm Vorhalt zu den vorgeworfenen strafbaren Handlungen machen. Dass Rechtsanwalt A. seinem Klienten die Fotos nicht nur zeigte, sondern ihm sogar Kopien davon überliess, ist nun allerdings durch keinen Rechtfertigungsgrund gedeckt. Dies war für die Verteidigung seines Klienten nicht notwendig, ebenso wenig für die Verfahrensvorbereitung durch diesen selbst. Auch der Klient hatte deshalb keinen Rechtfertigungsgrund für seinen Besitz.

Die Weitergabe der Fotos an den Klienten war folglich rechtswidrig, auch wenn sie von der Staatsanwaltschaft bei Gewährung der Akteneinsicht nicht explizit verboten worden war. Rechtsanwalt A. erfüllte damit in objektiver Hinsicht einen Straftatbestand, ohne dass er dafür einen Rechtfertigungsgrund hatte. Die Staatsanwaltschaft weist in ihrer Anzeige zu Recht darauf hin, dass es nicht angeht, wenn ein Verteidiger seinem Klienten im Rahmen des freien Verteidigerverkehrs (Art. 235 Abs. 4 StPO) bzw. bei Zustellungen unter dem Titel «Anwaltspost» kinderpornografische Abbildungen einfach überlässt, besteht doch die Gefahr einer sachfremden Verwendung oder auch einer Weitergabe an Dritte.

5. Aus der Stellungnahme von Rechtsanwalt A. geht nicht hervor, ob er sich, als er seinem Klienten die Akten zustellte, bewusst war, dass sich darin auch die erwähnten Fotos befanden. Der Umstand, dass die Fotos in einer von ihm abgeschickten und mit «Anwaltspost» bezeichneten, rund acht Zentimeter dicken Schachtel gefunden wurden, lässt darauf schliessen, dass er seinem Klienten mit dieser Postsendung eine grössere Zahl von Verfahrensakten hatte zukommen lassen. Möglicherweise machte er sich gar keine Gedanken über den genauen Inhalt der Sendung und unterliess es, sein Sekretariat anzuweisen, bestimmte Aktenstück vom Kopieren und Versand an den Klienten auszuschliessen. Zugunsten von Rechtsanwalt A. ist daher anzunehmen, dass er lediglich fahrlässig handelte.

Disziplinarisch zu ahnden sind indessen nicht nur vorsätzlich, sondern auch fahrlässig begangene Berufsregelverletzungen, jedenfalls dann, wenn ein Anwalt die durchschnittliche Sorgfalt hat vermissen lassen, die von jedem Anwalt in guten Treuen verlangt werden darf und muss (BGE 110 Ia 95; BGer 2C_379/2009 E. 3.2; Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 2; Poledna, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 17 N 18). Eine solche Sorgfaltspflichtverletzung muss sich Rechtsanwalt A. vorwerfen lassen. Angesichts der Vertrauensstellung, die ein Verteidiger im Rahmen des unkontrollierten Verkehrs mit Untersuchungshäftlingen geniesst (Art. 235 Abs. 4 StPO), müssen die Strafbehörden sich darauf verlassen können, dass nicht verbotene kinderpornografische Abbildungen in die Haftanstalten gelangen. Von Rechtsanwalt A. hätte deshalb erwartet werden dürfen, dass er angesichts des heiklen Aktenmaterials genau prüft, was er davon an seinen Klienten weiterleitet. Indem er dies unterliess, hat er die Berufsregel der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a BGFA verletzt.

6. 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 der Sanktion ist dem verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) Rechnung zu tragen. Welche Massnahme verhältnismässig ist, entscheidet sich nach der Schwere des Verstosses, dem Mass des Verschuldens und dem anwaltlichen Leumund (Poledna, a.a.O., Art. 17 N 23 ff.).

Die vorliegend zu sanktionierende Berufsregelverletzung erscheint zwar in objektiver Hinsicht schwer, nachdem offensichtlich kinderpornografische und damit verbotene Fotos in eine Haftanstalt eingeschleust wurden. Ein solches Fehlverhalten ist auch dem Ansehen des Berufsstandes der Anwälte abträglich. In subjektiver Hinsicht ist allerdings zu berücksichtigen, dass Rechtsanwalt A. lediglich ein fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann. Sein anwaltlicher Leumund ist ungetrübt.

Es erscheint deshalb angemessen, die Sanktion für die von Rechtsanwalt A. begangene Berufsregelverletzung auf eine Busse von Fr. 500.– zu beschränken.

Bemerkung: Der Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.

100

Art. 10 AnwG (sGS 963.70). Verletzung von Art. 10 AnwG durch unzulässige berufsmässige Vertretung von Parteien in Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht.

Anwaltskammer, 29. Oktober 2015

Aus den Erwägungen:

I.1. Mit Schreiben vom 3. August 2015 erstattete der Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen bei der Anwaltskammer Anzeige gegen A. wegen unzulässiger berufsmässiger Vertretung. In der Anzeige wird festgehalten, dass A. seit 2012 in mittlerweile 20 Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht Parteien vertreten habe. Dabei lege er für seine Tätigkeit regelmässig eine Vollmacht vor, gemäss welcher er die Beschwerdeführer unentgeltlich vertrete. Obwohl er mit Schreiben vom 18. Juni 2015 in einem Beschwerdeverfahren darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass es für den Begriff der berufsmässigen Vertretung nicht in erster Linie darauf ankomme, ob ein Vertreter für seine Tätigkeit in einer unbestimmten Zahl von Fällen Entgelt beziehe oder diese Tätigkeit zu Erwerbszwecken ausübe, habe A. trotz dieser «Vorwarnung» kürzlich bereits wieder zwei neue Beschwerden als Vertreter eingereicht. In diesen beiden Verfahren sei ihm nun mitgeteilt worden, dass seine Vertretungstätigkeit als unzulässige berufsmässige Vertretung qualifiziert werde. Die Beschwerdeführer erhielten deshalb mit prozessleitender Verfügung Gelegenheit, einen anderen Vertreter zu bestimmen oder die bisherigen Prozesshandlungen von A. zu genehmigen und das Verfahren selber weiterzuführen. Der Verwaltungsgerichtspräsident ersuchte die Anwaltskammer, das Verfahren an die Hand zu nehmen.

III.1. a) Die Anwaltskammer verfügt Massnahmen gegen Personen oder Unternehmen, die ohne Berechtigung den Beruf des Rechtsanwalts ausüben oder ausüben lassen oder sonst wie die Bestimmungen des Anwaltsgesetzes verletzen (Art. 37 AnwG). Die berufsmässige Vertretung vor Strafuntersuchungsbehörden und Gerichten ist nach Art. 10 Abs. 1 AnwG den in einem kantonalen Register eingetragenen Rechtsanwälten vorbehalten. Berufsmässig ist die Tätigkeit mit der Bereitschaft, von unbestimmt vielen Personen Aufträge entgegenzunehmen. Berufsmässigkeit wird vermutet, wenn ein Entgelt verlangt oder entgegengenommen wird (Art. 10 Abs. 2 AnwG).

b) Der anwaltliche Monopolbereich wird zum einen durch das Bundesrecht bestimmt. Seit Inkrafttreten der eidgenössischen Zivil- und Strafprozessordnung besteht für die berufsmässige Vertretung in Zivil- und Strafsachen ein Anwaltsmonopol. Die berufsmässige Parteivertretung vor Zivil- und Strafgerichten ist grundsätzlich den Anwältinnen und Anwälten vorbehalten, die nach dem BGFA zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden berechtigt sind (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO, Art. 127 Abs. 5 StPO),

d.h. den registrierten Anwältinnen und Anwälten (Art. 4 BGFA) und den ausländischen Anwältinnen und Anwälten aus der EU und der EFTA (Art. 21 ff. BGFA).

In Verfahren, die nicht Zivil- und Strafsachen betreffen, fällt die Regelung des Monopolbereichs indessen nach wie vor in die Kompetenz der Kantone (BGer 1C_111/2014 E. 2; Nater, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 3 N 7). Der Kanton St. Gallen hat wie erwähnt in Art. 10 Abs. 1 AnwG die berufsmässige Vertretung vor Gerichten generell dem Anwaltsmonopol unterstellt, also auch die Vertretung vor Verwaltungsrekurskommission, Versicherungsgericht und Verwaltungsgericht (Art. 16 – 18 GerG). Das Monopol beruht diesbezüglich nicht auf Bundes-, sondern auf kantonalem Recht. Vom Monopol ausgenommen sind Streitigkeiten über Schätzungen und öffentliche Abgaben (Art. 12 lit. d AnwG). Ausserdem sind in Verfahren vor dem Versicherungsgericht auch Vertreter von Selbsthilfe- und gemeinnützigen Organisationen zugelassen (Art. 12 lit. b AnwG). Ferner besteht die kantonalrechtliche Spezialität, dass in gewissen Verfahren auch patentierte Rechtsagentinnen und Rechtsagenten berufsmässig Parteien vertreten können (Art. 11 AnwG).

c) In Monopolbereichen, die durch das kantonale Recht festgelegt werden, richtet sich auch die Auslegung, was als berufsmässige Vertretung zu gelten hat, nach kantonalem Recht. Es besteht indessen kein Anlass, diesen Begriff anders auszulegen als im Bundesrecht, zumal das kantonale Anwaltsgesetz eine möglichst kohärente Anwendung bundes- und kantonalrechtlicher Regelungen anstrebt (vgl. Art. 1 Abs. 3 AnwG).

Das Bundesgericht hat sich in BGE 140 III 555 eingehend mit dem Begriff der berufsmässigen Vertretung gemäss Art. 68 Ziff. 2 lit. a ZPO befasst. Es hielt fest, dass die Einschränkung der Zulässigkeit der berufsmässigen Vertretung auf Anwältinnen und Anwälte der Sicherung der Qualität der Vertretung diene. Durch diese Beschränkung solle sichergestellt werden, dass die im BGFA vorgesehenen Qualitätssicherungsmassnahmen in Verfahren, die der ZPO unterständen, zum Zuge kommen, wenn der Vertreter «berufsmässig» auftrete. Das Bundesgericht verwies in diesem Zusammenhang auf die Anforderungen an die Anwälte hinsichtlich ihrer Ausbildung (Art. 7 BGFA) und weiterer persönlicher Eigenschaften, wie ihrer finanziellen Situation oder dem Fehlen strafrechtlicher Verurteilungen (Art. 8 BGFA). Sodann lege das eidgenössische Anwaltsgesetz die von ihnen einzuhaltenden Berufsregeln (Art. 12 BGFA) fest, regle das Berufsgeheimnis (Art. 13 BGFA) und die Aufsicht, der die Anwälte unterstehen würden (Art. 14 ff. BGFA). Diese Regeln seien insbesondere im Interesse der vertretenen Parteien aufgestellt worden. Damit sie ihre Schutzwirkung entfalten könnten, sei bei der Zulassung von Vertretern, die diesen Ansprüchen nicht genügen würden, Zurückhaltung angezeigt. Vor diesem Hintergrund könne es für die Auslegung des Begriffs der berufsmässigen Vertretung nicht entscheidend darauf ankommen, ob der Vertreter seine Tätigkeit gegen Entgelt oder zu Erwerbszwecken ausübe. Ein Schutzbedürfnis des Publikums bestehe bereits dann, wenn der Vertreter bereit sei, in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen tätig zu werden.

Darauf könne dann geschlossen werden, wenn er bereit sei, die Vertretung ohne besondere Beziehungsnähe zum Vertretenen zu übernehmen. In solchen Fällen gründe das Vertrauen in den Vertreter nicht auf seiner Person oder seiner Nähe zum Vertretenen, sondern auf anderen Eigenschaften des Vertreters (z. B. seine behauptete Fachkompetenz, Mitgliedschaft in Interessenverbänden etc.) und damit auf ähnlichen Kriterien wie bei der Auswahl eines Berufsmanns bzw. einer Berufsfrau. Da das Element des persönlichen Näheverhältnisses nicht im Vordergrund stehe, rechtfertige es sich, solche Vertreter den Restriktionen für berufsmässige Vertreter zu unterwerfen (BGE 140 III 555 E. 2.3).

Diese Überlegungen sind nach dem Gesagten auch für die Auslegung des Begriffs der berufsmässigen Vertretung gemäss Art. 10 Abs. 2 AnwG massgebend.

2. Gemäss der vom Verwaltungsgerichtspräsidenten übermittelten Liste hat A. in der Zeit von Mai 2013 bis August 2015 insgesamt 21 Beschwerden beim Verwaltungsgericht eingereicht. Er vertrat dabei 11 verschiedene Beschwerdeführer bzw. Gruppen von Beschwerdeführern; teilweise war er für diese in mehreren Beschwerdeverfahren als Vertreter tätig. Überwiegend handelt es sich dabei um Fälle aus dem Migrationsrecht oder damit zusammenhängenden Verfahren (Nothilfe gemäss Art. 82 AsylG), wobei die Beschwerden sich zu einem grossen Teil gegen Zwischenentscheide (unentgeltliche Rechtspflege, Ausstand, vorsorgliche Massnahmen) richteten.

Bei diesen Beschwerdeverfahren handelt es sich offensichtlich nicht um Streitigkeiten über Schätzungen oder öffentliche Abgaben im Sinne von Art. 12 lit. d AnwG. Sie sind deshalb dem kantonalrechtlich festgelegten Monopolbereich zuzuordnen, weshalb eine berufsmässige Vertretung in diesen Beschwerdeverfahren nur durch eine registrierte Anwältin oder einen registrierten Anwalt möglich war.

3. A. ist nicht Inhaber eines Anwaltspatents und auch nicht im Anwaltsregister eingetragen. Es fragt sich damit, ob seine Tätigkeit als Vertreter in den erwähnten 21 Beschwerdeverfahren als berufsmässig zu qualifizieren ist oder nicht.

a) A. bestreitet eine berufsmässige Vertretung. Er macht geltend, dass der Begriff der Berufsmässigkeit definitionsgemäss und auch bei einer ökonomischen Analyse des Rechts eine Erwerbsabsicht voraussetze, die er für sich (sinngemäss) verneint. In den Beschwerdeverfahren, die er geführt habe, sei es um «wesentliche Grund- und Menschenrechtsverletzungen [...] von Personen ohne schweizerische Staatsangehörigkeit und grösstenteils um Kinder i.S. der UNO-Kinderrechtskonvention» gegangen. Seine «staatsbürgerlich motivierte, grossmehrheitlich unentgeltliche Vertretungsarbeit» könne «als ein Altershobby von mir (geb. […]) zur Stützung des Rechtsstaats im materiellen Sinne» angesehen werden. Die Beschwerdeführer habe er mehrheitlich schon zuvor im Asylverfahren vertreten. Er habe allerdings nie eine aktive Mandatsakquisition betrieben. Die Beschwerdeführer seien ihm teilweise von überlasteten Rechtsanwälten bzw. der B. [Organisation] zugewiesen worden. Durch seine zum Teil mehrjährige uneigennützige Vertretungstätigkeit habe sich ein grosses Vertrauensverhältnis zu den vertretenen Personen ergeben.

b) Soweit A. die Auffassung vertritt, dass der Begriff der Berufsmässigkeit zwingend eine Erwerbsabsicht bzw. Entgeltlichkeit der Tätigkeit voraussetze, widerspricht dies der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vorne E. III.1.c). Dass Entgeltlichkeit nicht erforderlich ist, ergibt sich im Übrigen bereits aus dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 AnwG. Sie begründet – als einer der möglichen Anwendungsfälle – zwar die Vermutung der Berufsmässigkeit. Diese kann aber durchaus auch bei einer unentgeltlichen, idealistischen Tätigkeit gegeben sein.

Aus den Stellungnahmen von A. ist klar zu schliessen, dass dieser bereit war, in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen tätig zu werden. Dies ergibt sich schon aus der grossen Zahl von Beschwerdeführern, die er vertrat, bzw. Beschwerdeverfahren, die er führte. Er übernahm diese Vertretungen offensichtlich auch ohne besondere Beziehungsnähe zu den Vertretenen, also nicht beispielsweise aufgrund Verwandtschaft oder (vorbestandener) enger Freundschaft. Dass sich aufgrund seiner Tätigkeit als Vertreter – teilweise auch im bereits vorgängig geführten, nicht dem anwaltlichen Monopolbereich unterstehenden Asylverfahren – ein besonderes Vertrauensverhältnis zu den Vertretenen entwickelte, mag zutreffen. Es war jedoch nicht Ursache für die ursprüngliche Übernahme der Rechtsvertretung. A. spricht denn auch selbst von «Mandanten» bzw. «Klienten», die ihm von Dritten «zugewiesen» worden seien. Er will diese Vertretungen auch übernommen haben, weil die Vertretenen nicht in der Lage gewesen seien, einen Anwalt zu bezahlen, und auch keine Aussicht gehabt hätten, eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung bewilligt zu erhalten. A. übernahm also einfach an Stelle eines Anwalts die entsprechenden Mandate. Soweit er für sich in Anspruch nimmt, über besondere Fachkenntnisse im Migrationsrecht, namentlich hinsichtlich der UNO-Kinderrechtskonvention, zu verfügen, ist festzuhalten, dass gerade dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vorne E. III.1.c) ebenfalls ein Kriterium für die Annahme der Berufsmässigkeit bildet.

Die Vertretungstätigkeit in den 21 Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht ist deshalb als berufsmässig im Sinne von Art. 10 Abs. 2 AnwG zu qualifizieren. Wieweit die Tätigkeit unentgeltlich war, nachdem A. immerhin eingeräumt hat, in Einzelfällen eine Entschädigung erhalten zu haben, kann damit offen bleiben.

4. A. war somit unerlaubterweise im anwaltlichen Monopolbereich tätig. An diesem Ergebnis vermögen auch seine weiteren Vorbringen nichts zu ändern.

a) Soweit A. sich für die Zulassung als Vertreter in den verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 und 94 Abs. 1 BV beruft, sind seine Vorbringen von vornherein nicht zu hören. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet den freien Zugang zu einer Erwerbstätigkeit (BGE 130 I 26 E. 4.1). Sie schützt jede private wirtschaftliche Aktivität, die von Berufes wegen ausgeübt wird und darauf ausgerichtet ist, einen Gewinn oder ein Einkommen zu erzielen (BGE 134 I 214 E. 3 = Pr. 98 [2009] Nr. 2). Da A. eine Erwerbsabsicht explizit verneint, ist ihm auch die Berufung auf dieses Grundrecht verwehrt.

b) A. macht geltend, dass er nicht erkennen könne, weshalb die Qualität seiner «Vertretungsleistung» für die Führung der betreffenden Beschwerdeverfahren un-

genügend sei. Er betont, dass die von ihm geführten Verfahren fast durchwegs der Wahrung von Kinderrechten gedient hätten, und sieht sich als ausgesprochenen Experten in diesem Thema, insbesondere der UNO-Kinderrechtskonvention. Er habe einen CAS-Studiengang der Fachhochschule Luzern für Soziale Arbeit zum Kinderverfahrensrecht absolviert. Demgegenüber seien entsprechende Kompetenzen in der st.gallischen Anwaltschaft kaum vorhanden.

Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Der Gesetzgeber geht jedenfalls davon aus, dass berufsmässige Parteivertreter im anwaltlichen Monopolbereich nicht nur ein juristisches Hochschulstudium mit einem Lizentiat oder Master abgeschlossen haben (Art. 7 Abs. 1 lit. a BGFA). Sie müssen überdies ein mindestens einjähriges Praktikum absolviert und sich anschliessend erfolgreich in einer Prüfung über ihre theoretischen und praktischen Kenntnisse ausgewiesen haben (Art. 7 Abs. 1 lit. b BGFA). Der Prüfungsstoff umfasst alle wesentlichen Rechtsgebiete, insbesondere auch die verschiedenen Verfahrensrechte (vgl. Art. 6 f. des Prüfungs- und Bewilligungsreglements für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.73). Der Gesetzgeber geht bei Inhabern des Anwaltspatents davon aus, dass diese grundsätzlich in der Lage sind, Mandate in sämtlichen Rechtsgebieten zu führen. In der anwaltlichen Tätigkeit kommt es zwar immer wieder vor, dass ein Anwalt sich mit einem für ihn bisher unbekannten, allenfalls auch sehr komplexen Thema beschäftigen muss. Aufgrund seiner Ausbildung ist der Anwalt aber in der Lage, sich die entsprechenden Spezialkenntnisse anzueignen oder zumindest von dritter Seite zu beschaffen. Dies gilt ohne Weiteres auch für die angesprochenen Individualrechte von Kindern.

Demgegenüber verfügt A. offenkundig nicht über die erforderlichen Fachausweise. Es ist nicht ersichtlich, wie eine Gerichtsbehörde prüfen könnte, ob er in der Lage ist, das ihm übertragene Mandat mit der nötigen Sachkunde zu führen. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf das für die anwaltliche Tätigkeit oft bedeutende Verfahrensrecht.

c) A. beruft sich ausserdem auf das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 3 BV. Ein Ausschluss als unentgeltlicher Rechtsvertreter müsse verhältnismässig sein, d.h. ein legitimes Ziel verfolgen und dürfe nicht über dieses hinausschiessen.

Bei der Zulassung zum Anwaltsberuf handelt es sich um eine wirtschaftspolizeiliche Bewilligung (BGE 130 II 87 E. 3). Die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung sind im Gesetz (BGFA, AnwG) umfassend und abschliessend umschrieben. Ein Spielraum für die Rechtsanwendung besteht jedenfalls hinsichtlich der fachlichen Anforderungen (Art. 7 Abs. 1 BGFA) nicht. Diese Anforderungen dienen insbesondere dem Schutz des rechtsuchenden Publikums und erscheinen in der gesetzlichen Konzeption keineswegs unverhältnismässig, sondern im Gegenteil notwendig und sachgerecht. A. erfüllt die gesetzlichen Anforderungen für die Zulassung zum Anwaltsberuf offenkundig nicht. Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung würde eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage voraussetzen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Rz. 2539). Eine solche besteht für die Zulassung zum Anwaltsberuf nicht. Dies erscheint auch im Hinblick auf die Rechtsanwendung im

Einzelfall keineswegs unverhältnismässig, denn für die – notabene berufsmässige – Rechtsvertretung im Monopolbereich sind die erwähnten fachlichen Anforderungen unverzichtbar.

d) A. macht ferner geltend, dass es den von ihm vertretenen Personen ohne seine unentgeltliche Tätigkeit nicht möglich gewesen wäre, den Rechtsweg zu beschreiten. Zum einen hätten sie nicht über die finanziellen Mittel verfügt, um eine anwaltliche Vertretung zu bezahlen. Aber auch eine unentgeltliche Prozessführung sei nicht möglich gewesen, da konsultierte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte die Erfolgsaussichten als schlecht beurteilen würden.

Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Aufgrund dieser verfassungsmässigen Garantien hätten auch die von A. vertretenen Beschwerdeführer einen unentgeltlichen Rechtsbeistand erhalten können, wenn ihre Begehren eine gewisse Aussicht auf Erfolg versprochen hätten. Soweit die Begehren von angefragten Anwältinnen oder Anwälten aber als wenig aussichtsreich beurteilt worden sind, haben diese eine Mandatsübernahme zu Recht abgelehnt, denn es ist mit den anwaltlichen Berufspflichten in der Regel nicht vereinbar, aussichtslose Prozesse zu führen (vgl. Entscheid der Anwaltskammer vom 29. April 2014, AW.2013.82, E. II.3.e, publiziert auf www.gerichte.sg.ch). Die Konsequenz in dieser Situation kann nun nicht darin bestehen, dass fachlich nicht qualifizierte Rechtsvertreter für die Führung solcher aussichtsloser Prozesse zugelassen werden müssen.

5. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass A. ohne Berechtigung im anwaltlichen Monopolbereich tätig war und damit gegen Art. 37 i.V.m. Art. 10 AnwG verstossen hat.

6. Art. 37 AnwG sieht als mögliche Sanktionen die Ausfällung einer Verwarnung, eines Verweises, einer Busse bis Fr. 20 000.–, die Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB und Strafanzeige vor. Die Sanktion richtet sich im Einzelfall insbesondere nach der objektiven Schwere des Verstosses und dem Verschulden.

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass A. nicht nur einige wenige, sondern insgesamt 21 Beschwerdeverfahren ohne Berechtigung geführt hat. Er hat davon auch nicht Abstand genommen, nachdem er vom Verwaltungsgerichtspräsidenten auf die Unzulässigkeit solcher Vertretungen hingewiesen worden war, sondern hat sogar noch zwei weitere Beschwerden eingereicht. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass er die Mandate unentgeltlich und aus einer idealistischen Motivation heraus führte. Auch wurde gegen ihn bisher noch nie eine Massnahme wegen unberechtigter Berufsausübung im Monopolbereich ausgesprochen (in zwei früheren Verfahren war Anzeigen wegen Vertretungen in Einzelfällen nicht Folge geleistet worden). Insgesamt rechtfertigt es sich, eine Busse von Fr. 800.– auszusprechen.

7. a) Der vorliegende Entscheid wird praxisgemäss dem Präsidenten des Verwaltungsgerichts als Anzeiger zugestellt.

b) Nach Art. 39 Abs. 1 AnwG veröffentlicht die Anwaltskammer eine Mitteilung über eine Disziplinarmassnahme oder eine Massnahme gegen Dritte im kantonalen Amtsblatt, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse es erfordert. Eine solche Mitteilung erscheint im vorliegenden Fall nicht erforderlich; sie hätte auch eine unnötige Prangerwirkung.

Allerdings ist aus den Eingaben von A. zu schliessen, dass er möglicherweise auch noch vor anderen Behörden Verfahren im Monopolbereich führt. Es kann offen bleiben, ob in diesen Fällen ebenfalls eine unzulässige berufsmässige Vertretung vorlag. Damit die genannten Behörden bei allfälligen künftigen Vertretungen durch A. die Frage einer berufsmässigen Tätigkeit überprüfen können, ist ihnen aber der vorliegende Entscheid nach Eintritt der Rechtskraft ebenfalls mitzuteilen (Art. 39 Abs. 1 AnwG, a maiore ad minus). Beizufügen ist, dass die Frage der Zulassung einer Rechtsvertretung im Einzelfall von der mit dem betreffenden Verfahren befassten Behörde und nicht von der Anwaltskammer zu prüfen ist.

Bemerkung: Der Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.

5. Schuldbetreibung und Konkurs

101

Art. 17 SchKG (SR 281.1); Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101). Das Replikrecht gilt auch im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 SchKG.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Februar 2015

Aus den Erwägungen:

3. a) Mit Beschwerde an die obere kantonale Aufsichtsbehörde rügt der Schuldner u.a. eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da die Vorinstanz seine fristgerechte Stellungnahme zu den Vernehmlassungen des Betreibungsamtes und des Gläubigers nicht abgewartet habe. Wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs sei der Entscheid aufzuheben und an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung zurückzuweisen.

b) Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Dieses auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Replikrecht gilt für alle gerichtlichen Verfahren, auch solche, die nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen. Die Verfahrensbeteiligten haben Anspruch auf Zustellung von Vernehmlassungen, unabhängig davon, ob diese neue

und erhebliche Gesichtspunkte enthalten und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermögen. Das Gericht muss vor Erlass seines Entscheids eingegangene Stellungnahmen den Beteiligten zustellen, damit sich diese darüber schlüssig werden können, ob sie sich dazu äussern wollen oder nicht (BGer 1B_281/2012 E. 2.2; BGer 1B_459/2012 E. 2.1; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 133 I 100 E. 4.3 je m.w.H.).

Nach Zustellung der Vernehmlassung ist der Partei eine gewisse Zeit zur Wahrnehmung des Replikrechts zu belassen, bevor der Entscheid gefällt wird. Die Ausübung des Replikrechts darf nicht verhindert werden, indem der Entscheid so rasch ergeht, dass eine Stellungnahme trotz Zustellung einer neuen Eingabe nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann. Von einem Rechtsuchenden kann insbesondere nicht erwartet werden, dass er innert weniger Tage reagiert, wenn er Unterlagen, die von den Verfahrensbeteiligten eingereicht bzw. zu den Akten genommen werden, ohne Frist zur Stellungnahme lediglich zur Kenntnisnahme erhält (BGer 1B_459/2012 E. 2.2 m.w.H.).

c) Die Vorinstanz stellte die Vernehmlassung des Betreibungsamtes vom 2. Dezember 2014 dem Schuldner am 3. Dezember 2014 zu. Die Stellungnahme des Gläubigers vom 5. Dezember 2014 wurde am 9. Dezember 2014 an den Schuldner weitergeleitet; er dürfte diese frühestens am 10. Dezember 2014 erhalten haben (ein Zustellbeleg liegt nicht vor). Am Folgetag, 11. Dezember 2014, fällte und versandte die Vorinstanz ihren Entscheid, so dass sie die Eingabe des Schuldners vom 15. Dezember 2014 (Poststempel) nicht mehr berücksichtigen konnte.

Die Vorinstanz hätte dem Schuldner eine angemessene Zeitspanne belassen müssen, um auf die Stellungnahmen des Betreibungsamtes und des Gläubigers reagieren zu können. Es ist nicht klar, wann der Schuldner die Stellungnahmen empfangen hat. Selbst wenn ihm diese bereits am Folgetag zugestellt worden wären, so wäre ihm mit Bezug auf die Stellungnahme des Gläubigers lediglich ein Tag bis zum Entscheid zur Verfügung gestanden. Dies wäre in jedem Fall unzureichend gewesen (vgl. BGer 1B_459/2012 E. 2.2; BGE 137 I 195 E. 2.6 je m.w.H.). Indem die Vorinstanz nach der Weiterleitung der Stellungnahmen innert kürzester Frist entschieden hat, hat sie dem Schuldner keine ausreichende Zeit gelassen, sich darüber schlüssig zu werden, ob er eine Replik einreichen will, diese gegebenenfalls zu verfassen und zu übermitteln. Sie hat mit ihrem Vorgehen den Schuldner daran gehindert, sich zu äussern. Damit liegt eine Verletzung des Replikrechts bzw. des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.

d) Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung 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 (BGer 5A_296/2013 E. 3.1; BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Stellungnahmen dem Schuldner zwar zugestellt, es ist hingegen bereits unklar, ob er diese vor der Entscheidfällung überhaupt empfangen hat. Sodann wurde dem Beschwerdeführer mit dem Vorgehen der Vorinstanz die Möglichkeit zur Replik (insbesondere zur Stellungnahme des Gläubigers) schlicht genommen. Darin ist eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erblicken. Bei schwerwiegender Verletzung des rechtlichen Gehörs kommt die Heilung des Mangels vor der Rechtsmittelinstanz nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht. Ein solcher liegt nicht vor. Sofern der Vorinstanz eine Missachtung formeller Verfahrensgarantien vorgeworfen werden muss, bildet die Kassation ihres Entscheids die Regel, zumal die Rechtsunterworfenen grundsätzlich Anspruch auf Einhaltung des Instanzenzuges haben. Das Interesse des Beschwerdeführers, den Instanzenzug vollumfänglich durchlaufen zu können und mit seinen Einwänden gegen die Stellungnahmen nicht erst vor der oberen Aufsichtsbehörde gehört zu werden, bedeutet jedenfalls keinen formalistischen Leerlauf. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Schuldner bereits am 15. Dezember 2014 mit einer Eingabe an die Vorinstanz zu den Stellungnahmen eine Replikeingabe eingereicht hat. Gibt es demnach keine zwingenden Gründe, die Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise zuzulassen, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (so auch BGer 5A_296/2013 E. 3.2; BGE 137 I 195 E. 7 m.w.H.). Unter diesen Umständen ist derzeit auf die weiteren Beschwerdegründe nicht einzugehen.

102

Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG (SR 281.1). Es besteht keine Vorschrift, wonach Verfügungen von Betreibungs- und Konkursämtern mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein müssen.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 5. Juni 2015

Aus den Erwägungen:

II.3.1 Verfassungs- und Völkerrecht kennen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung keine generelle Verpflichtung für Ämter, auf ihren Verfügungen eine Rechtsmittelbelehrung anzubringen (BGE 98 Ib 333 E. 2a; BGer 2P.132/2003, E. 5.1; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, N 1643). Eine solche Pflicht besteht demnach nur, wenn sie

durch besondere Rechtssätze statuiert wird. Für das kantonale Beschwerdeverfahren (vor unteren und oberen Aufsichtsbehörden) schreibt Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG ausdrücklich vor, dass die Beschwerdeentscheide mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind. Für die verfügenden Betreibungs- und Konkursämter fehlt hingegen eine solche Vorschrift. Dem SchKG kann damit ebenfalls keine direkte Verpflichtung der Betreibungs- und Konkursämter entnommen werden, ihren Verfügungen eine Rechtsmittelbelehrung anzufügen (BSK SchKG-Flavio Cometta/Urs Peter Möckli, Art. 20a N 18; Franco Lorandi, BlSchK 2015 S. 15, S. 18 f.; Isaak Meier, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, S. 18 f.).

3.2. Der vorerwähnte Art. 20a SchKG wurde im Rahmen einer Teilrevision des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts per 1. Januar 1997 in Kraft gesetzt. Die massgebende bundesrätliche Botschaft vom 8. Mai 1991 führte auf S. 36 f. aus, dass im vorangegangenen Vernehmlassungsverfahren verschiedentlich der Wunsch geäussert worden sei, bereits für Verfügungen von Betreibungs- und Konkursämtern eine Rechtsmittelbelehrung vorzuschreiben. Der Bundesrat wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass diesem Anliegen bereits dadurch Rechnung getragen sei, dass die wichtigsten Betreibungsformulare im vorgedruckten Text einen Hinweis auf das Beschwerderecht enthalten würden. Aus diesem Grund erachtete er eine entsprechende Vorschrift im SchKG als entbehrlich. Der Bundesrat verzichtete mithin ausdrücklich und bewusst darauf, im Gesetz eine allgemeine Rechtmittelbelehrungspflicht vorzusehen (BBl 1991 III S. 1 ff., S. 37). Die im Gesetz fehlende Verpflichtung, Verfügungen von Betreibungs- und Konkursämtern mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, ist damit auf einen bewussten Entscheid des Gesetzgebers und nicht bloss auf ein Versehen zurückzuführen. Der Gesetzgeber hat die Rechtsfrage also nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (sog. qualifiziertes Schweigen). Für eine richterliche Lückenfüllung bleibt daher kein Raum (BGE 135 III 385 E. 2.1; BGE 135 V 279 E. 5.1; BGE 138 II 1 E. 4.2; BGE 140 III 636 E. 2.1; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., N 234; ferner Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 139 ff.).

3.3 Teile der Lehre sowie der (ausserkantonalen) Praxis gelangen indessen zum gegenteiligen Ergebnis. Mitunter wird die Meinung vertreten, wenn sogar die Beschwerdeinstanzen auf ihren Entscheiden eine Rechtsmittelbelehrung anbringen müssten, hätte dies noch viel eher für die Betreibungs- und Konkursämter zu gelten (Isaak Meier, a.a.O., S. 18 f.). Diese Auffassung vermag indessen nicht zu überzeugen, da sie geradewegs auf die Füllung einer vom Gesetzgeber gewollten Lücke (qualifiziertes Schweigen) hinausliefe. Solches steht den rechtsanwendenden Behörden aber nicht zu. Ein kürzlich in den Blättern für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK 2015 S. 15 ff.) referierter ausserkantonaler Entscheid kam sodann u.a. zum Ergebnis, Art. 20a Abs. 3 SchKG verweise auf das kantonale Recht. Da das kantonale Recht – dort bestand dieses in der analogen Anwendung der Eidgenössischen Zivilprozessordnung – eine Rechtsmittelbelehrung vorschreibe, hätten auch die Betreibungs- und Konkursämter auf ihren Verfügungen eine solche anzubringen. Diesem Ergebnis

kann indessen ebenfalls nicht beigepflichtet werden, und zwar unbesehen davon, ob dem im Kanton St. Gallen geltenden kantonalen Recht eine sinngemässe Regelung zur Rechtsmittelbelehrung entnommen werden könnte oder nicht. Grundlage des genannten Entscheids bildete der in Art. 20a Abs. 3 SchKG enthaltene Verweis auf kantonales Verfahrensrecht, der – wie der gesamte Art. 20a SchKG – aber ausdrücklich nur für das Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden gilt. Für das Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern kann diesem hingegen keine Rechtsgrundlage zur Anwendung kantonalen Rechts entnommen werden. Der Bundesgesetzgeber hat die subsidiäre Anwendung kantonalen Rechts damit ausdrücklich auf das kantonale Beschwerdeverfahren beschränkt. Für das Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern gelten demgegenüber ausschliesslich die Bestimmungen des SchKG (Franco Lorandi, BlSchK 2015 S. 15, S. 18 f.; BBl 1991 III 1, S. 36). Diese kennen aber – wie dargelegt – gerade keine Verpflichtung für die Betreibungs- und Konkursämter, ihre Verfügungen mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

3.4 Der Beschwerdeführer verweist in seiner Beschwerde sodann auf die bundesgerichtlichen Erwägungen im Entscheid vom 10. Dezember 2009 (BGer 1B_211/2009, E. 2.3). In diesem das (alte kantonale) Strafprozessrecht betreffenden Urteil ergab sich die Verpflichtung zur Anbringung einer Rechtsmittelbelehrung allerdings direkt aus § 188 des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich. Damit bestand im vom Beschwerdeführer zitierten Urteil diesbezüglich eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, während eine solche im hier zu beurteilenden Fall – wie dargelegt – gerade fehlt. Der Beschwerdeführer kann entsprechend aus der von ihm zitierten Rechtsprechung nichts zu seinen Gunsten ableiten.

3.5 Zusammenfassend lässt sich weder dem SchKG noch dem übergeordneten Verfassungs- und Völkerrecht eine Verpflichtung entnehmen, wonach Verfügungen von Betreibungs- und Konkursämtern mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind. Damit besteht, wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, kein entsprechender Rechtsanspruch.

3.6. Bei dieser Ausgangslage kann der Beschwerdeführer aus der (zulässigerweise) fehlenden Rechtsmittelbelehrung nicht ableiten, auf sein verspätetes Rechtsmittel sei dennoch einzutreten. Auf einen derartigen Vertrauensschutz könnte er sich höchstens dann berufen, wenn eine vorhandene Rechtsmittelbelehrung ungenügend oder eine gesetzlich erforderliche Rechtsmittelbelehrung unterblieben wäre (BGE 123 II 231 E. 8b; BGE 126 III 30 E. 1b; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., N 1645). Dies ist hier aber gerade nicht der Fall.

103

Art. 22 und Art. 65 SchKG (SR 281.1). Zustellung bzw. Ersatzzustellung des Zahlungsbefehls; Begriff des Geschäftslokals; Nichtigkeit.

Keine Berechtigung zur Ersatzzustellung gemäss Art. 65 Abs. 2 SchKG ohne vorgängigen ordentlichen Zustellversuch an eine nach Art. 65 Abs. 1 SchKG berechtigte Person. Keine gültige Zustellung des Zahlungsbefehls durch Hinterlegung der Abholungseinladung und später des Zahlungsbefehls im Postfach der Schuldnerin.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 6. März 2015

Am 8. Oktober 2014 befand sich im Postfach der Schuldnerin eine Aufforderung zur Abholung einer Sendung. X. (nicht für die Schuldnerin im Handelsregister eingetragen), der dieses Postfach jeweils leert, erkundigte sich deshalb gleichentags am Postschalter nach der Sendung. Die Postangestellte zeigte ihm daraufhin einen Zahlungsbefehl gegen die Schuldnerin, der auf eine Betreibung des Gläubigers zurückging. X. verweigerte die Annahme des Zahlungsbefehls mit der Begründung, er sei nicht zur Entgegennahme solcher Urkunden befugt. Die Postangestellte vermerkte deshalb auf der Urkunde, der Zahlungsbefehl sei am 8. Oktober 2014 zugestellt, aber nicht entgegengenommen worden. Am 20. Oktober 2014 fand X. den gleichen Zahlungsbefehl mit dem entsprechenden Vermerk im Postfach der Schuldnerin vor. Er gab diesen unverzüglich am Schalter zurück und machte die Post am Folgetag schriftlich auf die seines Erachtens unzulässige Zustellung aufmerksam. Am 23. Oktober 2014 nahm das Betreibungsamt in einem an X. adressierten Schreiben dazu Stellung und vertrat die Auffassung, der Zahlungsbefehl sei gültig zugestellt worden, weil X. für das Postfach über eine Vollmacht verfügte. Dieses Schreiben gelangte am 30. Oktober 2014 über eine (offenbar mittlerweile) eingerichtete Postweiterleitung zu A., dem einzigen Verwaltungsrat der Schuldnerin. A. erhob mit Schreiben vom 7. November 2014 beim Betreibungsamt namens der Schuldnerin Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl. Das Betreibungsamt antwortete am 10. November 2014 schriftlich, dass die Rechtsvorschlagsfrist bereits am 18. Oktober 2014 abgelaufen sei. Die Vorinstanz wies die dagegen gerichtete Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat.

Aus den Erwägungen:

II. 2. In diesem Verfahren gilt es in erster Linie zu beurteilen, ob und wann die fristauslösende Zustellung des Zahlungsbefehls […] des Betreibungsamts […] erfolgte und – daraus abgeleitet – ob der Rechtsvorschlag und die erstinstanzliche Beschwerde rechtzeitig erhoben wurden.

2.1. Die Zustellung von Zahlungsbefehlen geschieht durch den Betreibungsbeamten, einen Angestellten des Amtes oder durch die Post (Art. 72 SchKG). Ist die

Betreibung gegen eine juristische Person oder eine Gesellschaft gerichtet, erfolgt die Zustellung an den Vertreter derselben. Als Vertreter von Aktiengesellschaften gilt jedes Mitglied des Verwaltungsrats («der Verwaltung») sowie jeder Direktor und Prokurist (Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Zahlungsbefehle dürfen darüber hinaus auch an Personen zugestellt werden, die im Handelsregister als Zeichnungsberechtigte ohne Funktion eingetragen sind. Nicht zulässig ist demgegenüber eine Zustellung an Handlungsbevollmächtigte im Sinne von Art. 462 OR oder an Stellvertreter nach Art. 32 ff. OR, was nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere auch bei Anscheins- oder Duldungsvollmachten gilt (BGE 118 III 10 E. 3b). Erst wenn eine Zustellung an einen zur Entgegennahme berechtigten Vertreter nicht möglich ist, weil im Geschäftslokal keine entsprechende Person angetroffen werden kann, darf die Zustellung gemäss Art. 65 Abs. 2 SchKG ersatzweise auch an einen andern Angestellten (oder einen Dritten), der im selben Geschäftslokal tätig ist, erfolgen. Mit dieser Regelung will das Gesetz sicherstellen, dass Betreibungsurkunden in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die in Betreibungssachen für die Gesellschaft handeln und insbesondere Rechtsvorschlag erheben können (BGer 5A_215/2007, E. 2.1; BGE 118 III 10 E. 3b; BGE 88 III 12 E. 2; BSK SchKG I – Paul Angst, Art. 65 N 4, 6 und 10; Myriam A. Gehri in Hunkeler, Kurzkommentar SchKG, Art. 65 N 4).

2.2. Als Geschäftslokal, in welchem Betreibungsurkunden zuzustellen sind, ist bei Aktiengesellschaften grundsätzlich das im Handelsregister eingetragene Rechtsdomizil zu verstehen. Die Zustellung kann nach der geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung alternativ auch in der Wohnung oder am Arbeitsplatz des zur Entgegennahme berechtigten Vertreters erfolgen, ohne dass vorgängig versucht werden muss, sie im Geschäftslokal zuzustellen (BGE 125 III 384 E. 2a; BGE 134 III 112 E. 3.1; ferner [teilweise differenzierend] BSK SchKG I – Paul Angst, Art. 65 N 9; Myriam A. Gehri, a.a.O., Art. 65 N 1). Liegt das Rechtsdomizil bei einem Domizilhalter (c/o-Adresse; vgl. Art. 117 Abs. 3 HRegV), hat die Zustellung an diesen zu erfolgen (BGer 5A_215/2007, E. 2.1). Unzulässig ist eine Zustellung, bei welcher der Zahlungsbefehl lediglich in den Briefkasten des Schuldners gelegt oder eine den Zahlungsbefehl betreffende Abholungseinladung im Postfach hinterlassen wird; dies gilt selbst bei einer (renitenten) Annahmeverweigerung durch den Schuldner. Der Schuldner muss einer Abholungseinladung im Postfach daher nicht nachkommen (BSK SchKG I – Karl Wüthrich/Peter Schoch, Art. 72 N 11; BGE 120 III 117 E. 2b; BGE 117 III 7 E. 3b; BGE 116 III 8 E. 1a).

2.3. Die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls stellt eine nichtige Betreibungshandlung dar, die von Amtes wegen jederzeit festgestellt werden kann und muss (Art. 22 SchKG; BGE 120 III 117 E. 2c; BGE 117 III 7 E. 3c, m.w.H.). Geht die Betreibungsurkunde trotz fehlerhafter Zustellung gleichwohl einem Vertreter der Gesellschaft zu, kann unter bestimmten Voraussetzungen die Nichtigkeit geheilt werden. Die Zustellung ist in dieser Konstellation bloss noch mit Beschwerde anfechtbar. Eine solche Heilung (und damit die blosse Anfechtbarkeit) kann unter anderem dann in

Betracht kommen, wenn später eine gültige Zustellung der Konkursandrohung erfolgt (BGer 5A_215/2007, E. 2.3; BSK SchKG I – Paul Angst, Art. 64 N 23 und Art. 65 N 4).

2.4. Die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung von Betreibungsurkunden trägt das Betreibungsamt (Myriam A. Gehri, a.a.O., Art. 65 N 1).

2.5. Im vorliegenden Fall ist aktenkundig und unbestritten, dass die Erstzustellung des Zahlungsbefehls einzig über eine Abholungseinladung im Postfach bzw. anschliessend durch Vorzeigen des Zahlungsbefehls am Postschalter versucht wurde. Diese Zustellversuche erfolgten ausschliesslich an X.. Ebenso unbestritten ist, dass weder ein Zustellversuch am Rechtsdomizil der Schuldnerin, die keine Domizilhalterin bestellt hat (keine c/o-Adresse), noch an deren einzigen im Handelsregister eingetragenen Vertreter – also Verwaltungsrat A. – versucht wurde. Demnach erfolgte kein gültiger (erster) Zustellversuch und das Betreibungsamt […] bzw. die Post waren nicht zu einer Ersatzzustellung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 SchKG berechtigt. Eine Zustellung an X. wäre aber – wenn überhaupt – lediglich im Rahmen einer solchen Ersatzzustellung denkbar gewesen, da dieser nicht im Handelsregisterauszug der Schuldnerin verzeichnet ist. Die Hinterlegung der Abholungseinladung und später des Zahlungsbefehls im Postfach der Schuldnerin bewirkte ebenfalls keine gültige Zustellung. Die Zustellung des Zahlungsbefehls erweist sich daher aufgrund von Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 SchKG als ungültig und entsprechend als nichtig.

2.6. Der Gläubiger führt in seinen Eingaben aus, X. habe sich wie ein Geschäftsführer gebärdet und sei daher als faktisches Organ bzw. als Bevollmächtigter der Schuldnerin zu betrachten. Das Betreibungsamt […] verweist auf die damals offenbar bestehende Vollmacht von X. für das Postfach der Schuldnerin. Nach der vorstehend dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtes kommt es bei der Zustellung von Betreibungsurkunden aber weder auf das Eine noch das Andere an. Die diesbezüglichen Ausführungen des Gläubigers und des Betreibungsamts […], denen sich die Vorinstanz in ihrem angefochtenen Entscheid anschloss, erweisen sich daher vorliegend als nicht rechtserheblich. Ihnen ist insbesondere entgegenzuhalten, dass eine Ersatzzustellung nur schon deshalb ausscheidet, weil es an einem gültigen ersten Zustellversuch am Rechtsdomizil der Gesellschaft bzw. alternativ am Arbeits- oder Wohnort eines Vertreters gemäss Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG mangelt. Für die im angefochtenen Entscheid gezogene Schlussfolgerung, die Schuldnerin unterhalte an ihrem Rechtsdomizil gar kein Geschäftslokal, findet sich in den Verfahrensakten überdies keine hinreichende Stütze. Und selbst wenn dies der Fall wäre, wäre eine Zustellung des Zahlungsbefehls am Wohn- oder Arbeitsort von Verwaltungsrat A. dennoch ohne weiteres möglich gewesen (BGE 125 III 384 E. 2b; BGE 134 III 112 E. 3.1). Ein Recht zur sofortigen Ersatzzustellung an einen möglicherweise als bevollmächtigt oder als faktisches Organ zu betrachtenden Dritten liesse sich daher selbst bei fehlendem Geschäftslokal nicht herleiten.

2.7. Bei diesem Ergebnis bleibt zu prüfen, ob die fehlerhafte Zustellung nachträglich geheilt wurde und damit aus dem nichtigen ein bloss anfechtbarer Zahlungsbefehl werden konnte. Dies käme nur dann in Betracht, wenn eine zur Entgegennahme

der Urkunde berechtigte Person im Sinne von Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG diese nachträglich erhalten hätte. Unbestritten ist in diesem Zusammenhang, dass X. den Zahlungsbefehl beim ersten Zustellversuch am 8. Oktober 2014 nicht entgegennahm. Damals konnte die Betreibungsurkunde fraglos nicht in die Hände einer berechtigten Person gelangen. Auch die von X. vorgenommene Rückgabe des Zahlungsbefehls an die Post, nachdem die Urkunde am 20. Oktober 2014 ins Postfach gelegt wurde, erscheint aufgrund seines Schreibens vom 21. Oktober 2014 an die Post in […] als glaubhaft. Und selbst wenn X. den Zahlungsbefehl damals an sich genommen hätte (wofür sich in den Akten keine Anhaltspunkte finden), wäre noch nicht belegt, dass dieser auch tatsächlich die zur Entgegennahme berechtigte Person erreichte. Für die korrekte Zustellung trägt aber das Betreibungsamt die Beweislast; dieser Beweis ist nicht erbracht. Das Betreibungsamt […] gelangte sodann mit Schreiben vom 23. Oktober 2014 an X. bzw. über die Postweiterleitung am 30. Oktober 2014 an den einzigen Verwaltungsrat der Schuldnerin. Ab diesem Zeitpunkt hatte der Verwaltungsrat der Schuldnerin unzweifelhaft Kenntnis, dass seine Gesellschaft von einer Betreibung betroffen war. Der Zahlungsbefehl lag allerdings auch diesem Schreiben nicht bei; er wurde dort zumindest nicht als Beilage aufgeführt. Der Brief selber enthält keine näheren Angaben zur Betreibung. Eine Heilung des Zustellungsmangels kommt daher weiterhin nicht in Betracht. Für die nicht erfolgte Kenntnisnahme des Zahlungsbefehls spricht ferner der Umstand, dass dieser auch im erstinstanzlichen Verfahren nicht bei den Akten lag; dies obwohl die Schuldnerin der Vorinstanz sehr umfangreiche Belege einreichte. Eine Kopie des Zahlungsbefehls fand effektiv erst am 19. Januar 2015 im Beschwerdeverfahren vor der oberen Aufsichtsbehörde Eingang in die Verfahrensakten, nachdem diese ausdrücklich nach einer Kopie verlangte. Die am 25. November 2014 an den Verwaltungsrat (bzw. einen seiner Angestellten) erfolgte Zustellung der Konkursandrohung konnte ebenfalls keine Heilung des Zustellungsmangels mehr bewirken. Damals war das Beschwerdeverfahren bei der Vorinstanz bereits hängig. Zu diesem Zeitpunkt kann eine Heilung indessen nicht mehr möglich sein, ohne den Rechtsschutz der betroffenen Partei in unzulässiger Weise zu unterlaufen. Anders zu entscheiden hiesse, dass ein Betreibungsamt ein solches Rechtsmittelverfahren durch die Vornahme späterer Amtshandlungen nach seinem Belieben in die Gegenstandslosigkeit führen könnte.

[…]

2.9. Insgesamt erweist sich die Zustellung des Zahlungsbefehls als nichtige Betreibungshandlung. Die Nichtigkeit wurde nachträglich nicht geheilt. Der Zahlungsbefehl (wie auch die auf ihn gestützten nachfolgenden Betreibungshandlungen, namentlich die Konkursandrohung vom 25. November 2014) entfalten daher keine Wirkung.

3. Da der Zahlungsbefehl nichtig ist, konnte auch die Frist für die Erhebung des Rechtsvorschlags nicht ausgelöst werden.

4. Die Nichtigkeit von Betreibungshandlungen ist jederzeit von Amtes wegen festzustellen. Sie hängt damit nicht von der Einhaltung einer Beschwerdefrist ab. Der Einwand der verspäteten Beschwerdeerhebung verfängt daher nicht. […]

5. Das Betreibungsamt […] ist aufgrund der vorstehenden Darlegungen anzuweisen, die Zustellung des Zahlungsbefehls in rechtsgültiger Weise vorzunehmen.

104

Art. 80 SchKG (SR 281.1). Anforderungen an die Spezifizierung periodischer (Unterhalts-) Forderungen im Rechtsöffnungsverfahren.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 14. August 2015

Aus den Erwägungen:

aa) Die Frage der Spezifizierung der Betreibungsforderung im Fall der Geltendmachung periodischer Forderungen ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Dabei scheint immerhin insofern Einigkeit zu bestehen, als ein entsprechender Zahlungsbefehl, in dem die Periode, für welche die Forderungen geltend gemacht werden, nicht präzise angegeben ist, nicht nichtig ist, wohl aber mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG angefochten werden kann (vgl. die von der Vorinstanz zitierten BGE 121 III 18 E. 2.a [bei unzureichender Angabe des Forderungsgrundes], BGer 5A_413/2011 E. 2 und BGer 5A_861/2013 E. 2.3 sowie den zu Publikation vorgesehenen BGer 5A_551/2014 [= BGE 141 III 173] E. 2.2.2). Für das Rechtsöffnungsverfahren wird hingegen sowohl die Meinung vertreten, die (von Amtes wegen zu prüfende) ungenügende Angabe in Betreibungsbegehren bzw. Zahlungsbefehl rechtfertige die Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N 40 und Art. 84 N 50; OGer Thurgau, 31. Januar 2011, BlSchK 2013 S. 30, und Tribunal Cantonal Vaud, 16. März 2012, BlSchK 2013 S. 32 f., mit zustimmenden Anmerkungen von Peter, BlSchK 2013 S. 33 f.), als auch die Auffassung, es genüge, wenn der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren aufgrund der dortigen Vorbringen erkennen könne, für welche Zeitspanne die Forderung geltend gemacht werde (KGer Graubünden, 31. Oktober 2009, BlSchK 2013 S. 31 f.; OGer Aargau, 22. Oktober 2001, AGVE 2001 S. 45 f.; OGer Zürich 18. Juli 2013, ZR 2012 [2013] Nr. 45). Letztere Auffassung verdient den Vorzug […]: Mängel des dem Rechtsöffnungsverfahren vorangegangenen Betreibungsverfahrens sind vom Rechtsöffnungsrichter grundsätzlich – von Amtes wegen – nur dann zu berücksichtigen, wenn es sich um einen Nichtigkeitsgrund handelt; die blosse Anfechtbarkeit genügt im Fall der unterlassenen Anfechtung nicht (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 6 f., N 12 f. und N 20 f.). Weshalb sich dies, wovon das Obergericht Thurgau auszugehen scheint, mit Bezug auf eine ungenügende Angabe im Zahlungsbefehl anders verhalten soll, ist nicht nachvollziehbar. Geht man aber mit dem Bundesgericht (vgl. die Zitate hiervor) von der blossen Anfechtbarkeit eines in Bezug auf die Angabe der Periode

ungenügenden Betreibungsbegehrens bzw. Zahlungsbefehls aus, bedeutet dieser Grundsatz im vorliegendem Fall, dass die Einwendung der ungenügenden Spezifizierung im Rechtsöffnungsverfahren nicht mehr zu hören ist und für das Rechtsöffnungsverfahren genügen muss, wenn in ihm eine ausreichende Spezifizierung stattfindet. Hierfür spricht nicht zuletzt auch, dass Art. 73 SchKG dem Gläubiger […] die Obliegenheit aufbürdet, auf Verlangen des Schuldners dem Betreibungsamt die Beweismittel für die Forderung zur Einsicht des Schuldners vorzulegen (Abs. 1), mit der Folge, dass im Fall der Nichtvorlegung der Richter im Rechtsstreit über Bestand und Umfang der Forderung bei der Kostenverteilung den Umstand berücksichtigen darf, dass der Schuldner die Beweismittel nicht hatte einsehen können (Abs. 2). Davon, dass die Spezifizierung im Rechtsöffnungsverfahren genügt, scheint im Übrigen auch die Vorinstanz ausgegangen zu sein, forderte sie die Gläubigerin doch […] dazu auf, darzutun, auf welchen Zeitraum sich die in Betreibung gesetzten Unterhaltsbeiträge bezögen und wie sie sich zusammensetzten. Im Folgenden ist die Frage der Nachvollziehbarkeit der Betreibungsforderung mithin auf der Basis des erstinstanzlichen Aktenstandes zu beantworten, d.h. es ist zu prüfen, ob sich die Vorinstanz gestützt auf das Gesuch, dessen Ergänzung und die Parteiakten ein Bild darüber machen konnte, welche Forderungen die Gläubigerin für welchen Zeitraum in Betreibung gesetzt hatte, um anschliessend darüber entscheiden zu können, ob diese Forderungen im von der Gläubigerin als Rechtsöffnungstitel eingereichten Urteil des Kantonsgerichts vom 24. Juli 2013 eine Stütze fänden und ob sich der Schuldner erfolgreich auf Tilgung, Stundung oder Verjährung berufe.

bb) Mit dieser Umschreibung der massgeblichenen Fragestellung ist die Feststellung verbunden, dass es bei der Spezifizierung nicht um die Begründetheit der Forderung geht, sondern ausschliesslich um deren Behauptung. Dies ist hier insofern von Bedeutung, als die Angabe im Zahlungsbefehl vom 24. Juni 2014 unter der Rubrik «Forderungsurkunde […], Grund der Forderung» […] vernünftigerweise nicht anders denn als Behauptung verstanden werden kann, aus dem Urteil des Kantonsgerichts seien für die Zeitspanne Juni 2012 bis April 2014 noch (Frauen-) Unterhaltsbeiträge von Fr. 18 020.– offen, und man sich fragen könnte, ob nicht schon diese Behauptung unter dem Aspekt der Spezifizierung genügt. Denn mit einer einfachen Rechnung hätte sich vom Schuldner nach Erhalt des Zahlungsbefehls und von der Vorinstanz im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren feststellen lassen, dass in der fraglichen Zeitspanne gemäss Urteil vom 24. Juli 2013 insgesamt Fr. 49 020.– geschuldet waren, wovon die Gläubigerin Fr. 31 000.– (Fr. 48 020.–./ Fr. 18 020.–) als bezahlt akzeptiere. Folge einer solchen Betrachtung bzw. Berechnung wäre gewesen, dass es entgegen seiner Einwendung, die Gläubigerin behaupte, er habe – wenn überhaupt – nur Teilbeträge geleistet, führe aber nicht aus, wann welche Zahlungen erfolgt sei, insbesondere angesichts seiner an sich unbestrittenen unregelmässigen Zahlungsweise am Schuldner gelegen hätte, dazutun, dass er mehr als die anerkannten Fr. 31 000.– bezahlt habe (zur Beweislast des Schuldners vgl. Art. 81 SchKG und Art. 8 ZGB).

105

Art. 80 SchKG (SR 281.1); Art. 38 ff. LugÜ (SR 0.275.12). Besonderheiten der Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens (E. 3).

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 13. August 2015

Aus den Erwägungen:

2. a) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet ausschliesslich die Frage der Vollstreckbarerklärung von Versäumnisurteil und Kostenfestsetzungsbeschluss bzw. deren Vollstreckbarkeit als Voraussetzung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung, und zwar unter dem Aspekt der Zustellung der im Verfahren vor Amtsgericht Köln ergangenen (verfahrensleitenden) Verfügungen und Entscheide. Zu Recht unbestritten geblieben ist, dass (im Übrigen) die Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung und die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung erfüllt sind. Es kann hierfür auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, an dieser Stelle immerhin mit dem Hinweis, dass sich die Vorinstanz entgegen ihrer Erwägung nicht darauf beschränkte, über die Vollstreckbarkeit vorfrageweise zu befinden, sondern formell über die Vollstreckbarerklärung entschied und diese aussprach (Ziff. 1 Entscheiddispositiv).

b) Die Vorinstanz bejahte die Vollstreckbarkeit auf der Grundlage des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (LugÜ; SR 0.275.12). Sie qualifizierte das Versäumnisurteil und den Kostenfestsetzungsbeschluss als Entscheidungen i.S.v. Art. 32 und Art. 1 LugÜ und hielt dafür, dass aus den Entscheiden hervorgehe, dass sie in Deutschland, d.h. im Ursprungsstaat, vollstreckbar seien, dass die beiden Entscheidungen dem Schuldner zugestellt worden seien und dass insofern die formellen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit bzw. für die Vollstreckbarerklärung erfüllt seien. […]

3. a) Die von der Vorinstanz gestützt auf das LugÜ ausgesprochene Vollstreckbarerklärung birgt insofern eine Besonderheit, als die Vollstreckbarerklärung nach LugÜ an sich in einem erstinstanzlich einseitigen Verfahren erfolgt, hier über die Vollstreckbarerklärung aber gemäss Begehren im schon erstinstanzlich kontradiktorischen Rechtsöffnungsverfahren entschieden wurde. Dies erscheint als zulässig, mit der Konsequenz allerdings, dass der Gläubiger in einem solchen Fall auf die Einseitigkeit des Verfahrens der Vollstreckbarerklärung und insbesondere auch auf das Überraschungsmoment verzichtet (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N 59 f. und N 68 ff.; für die [zum revidierten LugÜ vertretene] Auffassung, dass in einem solchen Fall, in dem der Gläubiger sowohl die Vollstreckbarerklärung als auch die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung verlange, die Vollstreckbarkeit nur vorfrageweise geprüft werden dürfe, Schnyder, LugÜ-Plutschov, Art. 41 N 13). Konsequenterweise

bedeutet die selbständige Prüfung eines Begehrens um Vollstreckbarerklärung im Rechtsöffnungsverfahren aber auch, dass es in einem solchen Fall ebenso wie bei der bloss inzidenten, d.h. vorfrageweisen Prüfung grundsätzlich am Schuldner liegt, die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit zu bestreiten, und sich der Vollstreckungsrichter vom Grundsatz leiten lassen darf, dass das LugÜ von einer «automatischen» Anerkennung ausländischer Entscheidungen ausgeht (BGE 138 III 82 E. 3.5.3).

b) Diese Überlegungen ändern allerdings nichts daran, dass die Frage eines Rechtsöffnungstitels und unter diesem Aspekt auch diejenige der Vollstreckbarkeit von Versäumnisurteil und Kostenfestsetzungsbeschluss von Amtes wegen zu beantworten sind bzw. waren (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 50 al. 1; vgl. auch BSK SchKG I [1998]-Staehelin, Art. 80 N 70). Deshalb sind, obwohl die Bestreitungen und Behauptungen des Schuldners im Beschwerdeverfahren betreffend Zustellung, Wohnsitzwechsel und korrekte Anmeldung in den jeweiligen Wohnsitzgemeinden (unzulässigerweise) neu sind – der Schuldner hatte sich trotz Aufforderung und Hinweises auf die Säumnisfolgen am erstinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt – die formellen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit bzw. -erklärung zu prüfen.

106

Art. 82 und Art. 84 SchKG (SR 281.1). Keine Einholung eines Schriftgutachtens und keine Sistierung des Rechtsöffnungsverfahrens bei Zweifeln an der Echtheit einer Urkunde, welche der Schuldner zur Glaubhaftmachung seiner Einwendungen einreicht.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 9. September 2015

Nach Einsicht ins Original einer Urkunde, welche der Schuldner im Zusammenhang mit seiner zur Entkräftung der Schuldanerkennung erhobenen Einwendung eingereicht hatte, stellte sich die Gläubigerin auf den Standpunkt, es bestünden weiterhin ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Dokuments; sie beantrage daher dessen Begutachtung und eine Sistierung des Rechtsöffnungsverfahrens, zumal sie mit gleicher Post auch eine Strafanzeige eingereicht habe. Der Vorderrichter lehnte beide Anträge ab. Dagegen bzw. gegen die in der Folge ergangene Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens wehrt sich die Gläubigerin mit Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

b) Die Glaubhaftmachung von die Schuldanerkennung entkräftenden Einwendungen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Es muss mithin eine gewisse, an objektiven Kriterien zu messende Wahrscheinlichkeit bestehen,

und zwar in dem Sinn, dass mehr für die Verwirklichung der behaupteten, die Rechtsöffnung hindernden Tatsachen spricht als dagegen (vgl. BGer 5A_1008/2014 E. 3.2, BGE 132 III 140 E. 4.1.2 und BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 87). Die Glaubhaftmachung muss nicht durch Urkunden geschehen; zulässig sind vielmehr alle Beweismittel, die im summarischen Verfahren abgenommen werden können (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 89). Diesbezüglich besteht allerdings insofern eine Beweismittelbeschränkung, als der Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen ist und andere Beweise nur abgenommen werden, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 ZPO; vgl. auch BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 56, und Art. 82 Abs. 2 SchKG, wonach der Richter die provisorische Rechtsöffnung ausspricht, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht). Die Bewertung der vom Betreibungsschuldner vorgelegten Beweismittel bzw. der abgenommenen Beweise, einschliesslich der diesbezüglichen Behauptungen und (Gegen-) Beweismittel des Gläubigers, ist alsdann eine solche der Beweiswürdigung, die zur Feststellung des Sachverhalts gehört (BGer 5D_163/2014 E. 2.4 unter Hinweis auf BGE 130 III 321 E. 5) und im Beschwerdeverfahren mithin nur unter der eingeschränkten Optik der offensichtlichen Unrichtigkeit gerügt werden kann (vgl. Art. 320 lit. b ZPO).

c) Das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung führt insofern nur zur einer vorläufigen Beurteilung der Betreibungsforderung, als bei erteilter provisorischer Rechtsöffnung der Schuldner Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) und bei verweigerter provisorischer Rechtsöffnung der Gläubiger eine ordentliche Forderungsklage (Art. 79 SchKG) erheben kann und in den betreffenden Verfahren über Bestand, Fälligkeit und Umfang der Forderung zu entscheiden ist (zu diesem Zweck der provisorischen Rechtsöffnung vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 1 ff.). Mit diesem Verfahrenszweck ist eine Begutachtung der Echtheit der Urkunde nicht zu vereinbaren, und zwar ungeachtet dessen, ob sich ein Schuldner auf die Fälschung des Rechtsöffnungstitels oder der Gläubiger auf die Unechtheit einer den Titel entkräftenden Urkunde beruft. Entgegen der Auffassung der Gläubigerin ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die «Vereinbarung/Abtretung» nicht begutachten liess. Dies umso weniger, als erfahrungsgemäss die Erstattung selbst von Kurzgutachten zu einer gewissen, mit dem Gebot der raschen Erledigung des Rechtsöffnungsverfahrens (vgl. hierzu auch Art. 84 Abs. 2 SchKG) nicht zu vereinbarenden Verzögerung führt und den Parteien unbenommen bleibt, diese Abklärung im allfälligen nachfolgenden Ab- oder Anerkennungsverfahren zu beantragen. Entsprechendes gilt für die Frage der Sistierung; angesichts der Möglichkeit, dass auch die Gläubigerin bei Ablehnung des Rechtsöffnungsbegehrens das Recht hat, eine definitive Beurteilung der Betreibungsforderung zu erwirken, besteht bzw. bestand kein Grund, das vorliegende Verfahren so lange zu sistieren, bis die Staatsanwaltschaft das strittige Dokument auf seine Echtheit überprüft hat, und insofern den Schuldner

zugunsten der Gläubigerin der Möglichkeit zu berauben, dass er seine Einwendung nur glaubhaft zu machen braucht.

Die Vorinstanz hat demnach – zusammenfassend – zu Recht auf der Basis der jetzigen Aktenlage und ohne Sistierung des Verfahrens entschieden.

107

Art. 84 SchKG (SR 281.1); Art. 96 ZPO (SR 272); Art. 16 HonO (sGS 963.75). Im Rechtsöffnungsverfahren richtet sich der Entschädigungsanspruch der anwaltlich vertretenen Partei nach der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 27. Oktober 2015

Mit Entscheid vom 4. August 2015 erteilte der Einzelrichter des Kreisgerichts der Gläubigerin provisorische Rechtsöffnung für eine Pfändungsverlustscheinsforderung von Fr. 24 470.40. Er auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 300.– dem Schuldner und sprach der anwaltlich vertretenen Gläubigerin eine Parteientschädigung von Fr. 200.– zu. Gegen Letzteres erhebt die Gläubigerin Beschwerde mit dem Begehren, der Schuldner sei zur Bezahlung einer Anwaltskostenentschädigung von Fr. 814.30 zu verpflichten.

Aus den Erwägungen:

Gegenstand der Beschwerde bildet der erstinstanzliche Kostenspruch betreffend die Parteientschädigung der Gläubigerin. Der Schutz des Rechtsöffnungsbegehrens selber steht im Beschwerdeverfahren nicht mehr zur Diskussion. Was die Anfechtbarkeit des Kostenspruchs betrifft, ist von Art. 319 lit. b Ziff. 1 und Art. 110 ZPO auszugehen. Danach sind andere erstinstanzliche Entscheide in den vom Gesetz bestimmten Fällen, zu denen der nur als solcher angefochtene Kostenentscheid gehört (Art. 110 ZPO), mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können dabei die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO), wobei, vorbehaltlich besonderer, hier nicht anwendbarer gesetzlicher Bestimmungen, neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen sind (Art. 326 ZPO).

a/aa) Die Vorinstanz begründete ihren Parteikostenspruch unter Hinweis auf Rechtsprechung (BGE 119 III 68) und Gesetz (Art. 16 Abs. 2 HonO) damit, dass eine Entschädigung für die anwaltliche Tätigkeit im Rechtsöffnungsverfahren dann als angemessen gelte, wenn der zeitliche Aufwand, die Schwierigkeit der sich stellenden

Rechtsfragen und die mit dem Fall verbundene Verantwortung, die sich in der Höhe des Streitwerts zeigen könne, berücksichtigt würden. Die Entschädigung müsse den vom Anwalt erbrachten Diensten und den Umständen des Einzelfalles gerecht werden. Der kantonale Anwaltstarif sei nur hilfsweise beizuziehen und seine Ansätze könnten nicht unbesehen übernommen werden. Der vorliegende Fall sei denkbar einfach, weshalb eine Parteientschädigung im untersten Segment gerechtfertigt erscheine; einzig aufgrund des nicht unerheblichen Streitwerts könne immerhin eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 200.– zugesprochen werden.

In der Stellungnahme im Beschwerdeverfahren ergänzte die Vorinstanz ihre Begründung dahingehend, dass angesichts der wiederholten Vertretung der Gläubigerin durch den nämlichen Anwalt «in letzter Zeit […] in zahlreichen gleichartigen Rechtsöffnungsverfahren (mit Verlustscheinen als Rechtsöffnungstitel)» und des Umstands, dass sein Gesuch im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren keine nennenswerte, auf den konkreten Fall bezogene individuelle Leistung beinhalte, richtig erscheine, die Überlegungen zur Entschädigung eines bei einer Rechtsabteilung einer Partei angestellten Anwaltes sinngemäss anzuwenden. In solchen Fällen werde jeweils nur eine Umtriebsentschädigung zugesprochen.

bb) Demgegenüber stellt sich die Gläubigerin – zusammengefasst – auf den Standpunkt, massgeblich sei die kantonale Honorarordnung. Daraus resultiere inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer eine minimale Parteientschädigung von Fr. 545.90 bzw., wenn man auf die Richtlinien des früheren Rekursrichters des Kantonsgerichts für Schuldbetreibung und Konkurs abstelle, eine solche von Fr. 1 637.55. Vor diesem Hintergrund habe die Vorinstanz damit, dass sie die Entschädigung auf Fr. 200.– festgesetzt habe, ihr Ermessen unterschritten und das Recht falsch bzw. willkürlich angewendet.

[…]

c) Im Rechtsöffnungsbegehren vom 26. Mai 2015 stellte der Rechtsvertreter der Gläubigerin den Verfahrensantrag, ihn bei Spruchreife des Falles zur Einreichung der Kostennote aufzufordern. Diese Aufforderung unterblieb, allerdings nach vorgängiger Mitteilung im Schreiben vom 10. Juni 2015, eine Verhandlung sei nicht vorgesehen und der Entscheid werde aufgrund der Eingaben und Akten gefällt. Trotz dieses Hinweises unterliess der klägerische Rechtsvertreter nach Zustellung der Gesuchsantwort am 15. Juni 2015 «zur Kenntnisnahme» die Einreichung der in Aussicht gestellten Kostennote. Dass die Vorinstanz in der Folge die Parteientschädigung (gestützt auf Art. 6 HonO [zur Anwendbarkeit der HonO vgl. im Übrigen nachfolgend lit. d]) nach Ermessen festsetzte, ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden; denn der klägerische Rechtsvertreter hätte aufgrund des vorangegangenen Hinweises im Schreiben vom 10. Juni 2015 damit rechnen müssen, dass seitens des Gerichts keine Aufforderung mehr ergehen, sondern aufgrund der beiden Eingaben und der Akten entschieden werde. Zur unaufgeforderten Einreichung der Kostennote hätte er umso mehr Anlass gehabt, als er, stellt man auf seine Ausführungen in der Beschwerde ab, die am 15. Juni 2015 zugestellte Gesuchsantwort im Hinblick auf eine unaufgeforderte Replik prüfte.

Verbunden mit der Erwägung, dass die Vorinstanz den Entschädigungsanspruch zu Recht nach Ermessen festgesetzt hat, ist die Feststellung, dass es sich, soweit davon der tatsächliche Aufwand betroffen ist, bei der substantiierten Geltendmachung der Honorarforderung von Fr. 840.30 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) für 2,9 Stunden Aufwand um ein unzulässiges Novum handelt: Das Beschwerdeverfahren dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf der Basis des Informationsstandes, wie ihn die Vorinstanz hatte (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 326 N 3). Dies muss konsequenterweise auch dann gelten, wenn nur die Kostenregelung Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens bildet (Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 1242, bezeichnet denn auch als von der Novenbeschränkung [gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO] alle Tatsachen betroffen, «welche das Gericht bei der Urteilsfindung nach Ansicht der Parteien berücksichtigen soll»). Bezeichnenderweise spricht auch Sterchi (Berner Kommentar, N 8 zu Art. 105 ZPO), auf den sich die Gläubigerin beruft, davon, dass der Antrag auf Parteientschädigung bis zum Schluss der Parteiverhandlung eingereicht werden könne, was nichts anderes heissen kann, als dass ein erst danach gestelltes Begehren und verbunden damit dessen erst danach erfolgte Substantiierung durch Einreichung einer Kostennote als prozessual unzulässig erscheinen. Dies ergibt sich im Übrigen nicht zuletzt auch aus dem Umstand, dass eine Begründung der Festsetzung der Entschädigung in der Regel nicht bzw. nur dann erforderlich ist, wenn eine eingereichte Kostennote gekürzt oder der Tarifrahmen über- oder unterschritten wird (BK-Sterchi, N 9 zu Art. 105 ZPO; vgl. auch N 6a zu Art. 110 ZPO).

d) Im Folgenden ist mithin ohne Rücksicht auf die vom Gläubigervertreter eingereichte Honorarforderung und den darin geltend gemachten Aufwand von 2.9 Stunden darüber zu entscheiden, ob die Vorinstanz die Entschädigung ermessensweise zu Recht auf Fr. 200.– festgesetzt hat.

aa) Gemäss Art. 96 ZPO setzen die Kantone die Tarife für die Prozesskosten fest. Von dieser kantonalen Tarifhoheit sind als Bestandteil der Prozesskosten auch die Parteientschädigungen betroffen (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO; Suter/Von Holzen in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 96 N 1, unter Hinweis auf die Botschaft zur ZPO [BBl 2006], S. 7244). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, welche sich im Übrigen auf einen ohnehin nicht mehr existierenden Abs. 2 von Art. 16 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994 (HonO; sGS 963.75) beruft, ist mithin im vorliegenden Verfahren für die Festsetzung der Parteientschädigung der anwaltlich vertretenen Gläubigerin im Gegensatz zur Festsetzung der Gerichtskosten, für welche weiterhin die Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (SR 281.35) gilt, die erwähnte kantonale Honorarordnung nicht nur hilfsweise, sondern unmittelbar anwendbar; denn diese regelt unter anderem die Parteientschädigung in Zivilverfahren und damit auch in Summarverfahren des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts und mithin in Rechtsöffnungsverfahren (Art. 251 lit. a ZPO; vgl. BGE 139 III 195 E. 4.2 und 4.3 [für den Fall der ebenfalls im

Summarverfahren zu beurteilenden Arresteinsprache nach Art. 278 SchKG]). Kein Raum bleibt bei dieser Ausgangslage sodann für die von der Vorinstanz offenbar (stillschweigend) in Erwägung gezogene Zusprechung einer blossen Umtriebsentschädigung.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der HonO bedeutet, dass die Festsetzung des Honorars auf der Grundlage des nach den Vorschriften der ZPO bestimmten Streitwerts zu erfolgen hat (vgl. Art. 13 Abs. 1 HonO). Bei einem Streitwert von Fr. 24 470.40 ist dabei von einem mittleren Honorar von Fr. 4 859.85 auszugehen (Art. 14 lit. c HonO). Dieses wird, da es sich um ein Summarverfahren handelt, gemäss Art. 16 HonO auf 10 bis 50 Prozent herabgesetzt. Der Rahmen für die Parteientschädigung beläuft sich mithin hier auf Fr. 486.– bis Fr. 2429.90.

bb) Entgegen der (sinngemässen) Auffassung der Gläubigerin können neben dem Streitwert allerdings bei der konkreten Festsetzung durchaus auch noch weitere Kriterien berücksichtigt werden, und zwar deshalb, weil das mittlere Honorar zur Berücksichtigung besonderer Umstände, namentlich (unter anderem) der Schwierigkeit des Falles, der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten und des notwendigen Zeitaufwands, um bis zu einem Viertel unter- oder überschritten werden kann (Art. 17 HonO) und weil vom Honorar nach der HonO abgewichen werden kann, soweit es in einem krassen Missverhältnis zu den Bemühungen des Rechtsanwalts steht (Art. 3 HonO).

Im Hinblick auf das Inkrafttreten der HonO formulierte der damalige Einzelrichter des Kantonsgerichts für Schuldbetreibung und Konkurs am 16. Juni 1994 zu Handen der Erstinstanzen Empfehlungen in der Form von Richtwerten für rein streitwertabhängige Honorare. Er empfahl im Verfahren mit Verhandlung bei einem Streitwert von Fr. 20 001.– bis Fr. 50 000.– die Festsetzung auf der Basis von 30 Prozent des mittleren Honorars bei einer angemessenen Reduktion in Fällen ohne Verhandlung und unter dem Vorbehalt der einzelfallgerechten Korrektur unter dem Aspekt des zeitlichen Aufwands, der Schwierigkeit der sich stellenden Rechtsfragen und der mit dem Fall verbundenen Verantwortung (vgl. auch Komm. GebV SchKG-Eugster, Art. 62 N 3). Diese Empfehlungen erscheinen nach wie vor sachgerecht, stehen sie doch im Einklang mit der HonO sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (zum aufgehobenen Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG [BGE 119 III 69]) und dienen einer gewissen Rechtssicherheit, ohne die Eigenheiten des Einzelfalls grundsätzlich zu ignorieren. Hier angewendet bedeuten sie, dass von einem mittleren Honorar von Fr. 1457.95 (30 Prozent von Fr. 4859.85) auszugehen ist. Mit Rücksicht darauf, dass sich die Gläubigerin angesichts der Verurkundung der Forderung in einem Pfändungsverlustschein auf eine kurze Eingabe beschränken konnte, keine Verhandlung stattfand und der Gläubigervertreter gehalten war, die Gesuchsantwort auf die Notwendigkeit einer allfälligen Replikeingabe zu prüfen, aber keine solche erstellen musste, rechtfertigt es sich, den betreffenden Ansatz gestützt auf Art. 17 und Art. 3 HonO um 50 Prozent auf Fr. 728.90 zu reduzieren. Daraus ergibt sich – inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer – ein Honoraranspruch von rechnerisch Fr. 818.20 bzw. von pauschal Fr. 800.–.

108

Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG (SR 281.35); Art. 96 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Unterliegt eine Handlung der Aufsichtsbehörde der Gebührenpflicht (vgl. GVP 2012 Nr. 80), so ist die Erhebung eines diesbezüglichen Kostenvorschusses zulässig.

Kantonsgericht, Obere kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 5. Februar 2015

Aus den Erwägungen:

4. a) Das Beschwerdeverfahren nach Art. 17 f. SchKG vor den kantonalen Aufsichtsbehörden ist grundsätzlich kostenlos (vgl. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Die betreibungsrechtliche Beschwerde bezweckt die Aufhebung oder Abänderung von gesetzwidrigen oder unangemessenen Verfügungen; sie ist dazu bestimmt, die Amtshandlungen der Schuldbetreibungs- und Konkursorgane korrigieren zu lassen, sofern sie die Bestimmungen oder den Sinn und Geist des Bundesrechts verletzen oder dieses aufgrund der gegebenen Verhältnisse nicht angemessen anwenden, sowie ihre Untätigkeit zu rügen. In solchen Konstellationen soll den Betroffenen die Möglichkeit eines einfachen Beschwerdeverfahrens ohne Kostenrisiko offen stehen (BSK SchKG I – Cometta/Möckli, Art. 17 N 1, N 24; BGE 131 III 136 E. 3.2.1).

Bei der Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages geht es jedoch nicht um die Überprüfung einer allenfalls fehlerhaften behördlichen Verfügung; vielmehr liegt die verpasste Frist im Verantwortungsbereich der ersuchenden Partei. Entsprechend stellt das erstinstanzliche Verfahren zur Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist kein Beschwerdeverfahren nach Art. 17 f. SchKG dar, welches der Überprüfung einer Amtshandlung der Schuldbetreibungs- und Konkursorgane dient und damit eine Kostenlosigkeit rechtfertigen würde. Die Inanspruchnahme der unteren Aufsichtsbehörde unterliegt damit einer Gebührenpflicht (GVP-SG 2012 Nr. 80; Entscheid Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Basel-Stadt vom 12. Oktober 2004 [AB 2004/42], in: Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt, Bericht über die Rechtsprechung im Jahr 2004, S. 4; BSK SchKG I-Nordmann, Art. 33 N 16; Entscheid Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Basel-Landschaft vom 22. September 1998, in: BlSchK 2000 S. 29; GVP-ZG 2013 S. 187). Da es sich jedoch nicht um einen gerichtlichen Entscheid in betreibungsrechtlichen Summarsachen handelt, fällt eine Spruchgebühr nach Art. 48 GebV SchKG ausser Betracht. Der Kostenspruch stützt sich vielmehr auf Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG, wonach für eine nicht besonders tarifierte Verrichtung eine Gebühr bis zu Fr. 150.– erhoben werden kann (GVP-SG 2012 Nr. 80; Entscheid Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Basel-Stadt vom 12. Oktober 2004 [AB 2004/42], in: Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt, Bericht über die Rechtsprechung im Jahr 2004, S. 4; GVP-ZG 2013 S. 187; für die

analoge Einstufung der Kostenpflicht einer Neuschätzung des Verkaufswerts eines Grundstückes nach Art. 9 VZG vgl. BGE 131 III 136; a. A. BSK SchKG I-Nordmann, Art. 33 N 16 und Entscheid Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs Basel-Landschaft vom 22. September 1998, in: BlSchK 2000 S. 29).

b) Das Verfahren zur Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist ist – wie erwähnt – kostenpflichtig (Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG). Eine Kostenpflicht als solche schliesst nicht automatisch auch die Befugnis zur Erhebung eines Kostenvorschusses mit ein. Eine solche ist zwar – unter Vorbehalt bundesrechtlich vorgesehener Kostenlosigkeit des Verfahrens und des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) – verfassungs- und konventionsrechtlich zulässig und in der Praxis auch verbreitet, bedarf jedoch einer eigenständigen Grundlage in einem formellen Gesetz (BGer 9C_715/2007 E. 6.2.1; BGE 124 I 241 E. 4.a; BGer 8C_953/2009 E. 5.2.1, je m.w.H.). Für das Verfahren zur Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist findet sich eine solche weder in Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG noch in einer anderen Norm des Bundesrechts. Es muss daher den Kantonen im Rahmen ihrer verfahrensrechtlichen Regelungszuständigkeit gemäss Art. 20a Abs. 3 SchKG anheimgestellt sein, eine Kostenvorschusspflicht vorzusehen oder nicht. Wird eine solche vorgesehen, so müssen nebst der Vorschusspflicht als solcher auch die verfahrensrechtlichen Folgen der Nichtbezahlung des Kostenvorschusses formellgesetzlich geregelt sein, andernfalls das Legalitätsprinzip verletzt ist (vgl. dazu BGer 9C_715/2007 E. 6.2.1; 8C_953/2009 E. 5.2.1, m.w.H.).

Im Kanton St. Gallen wird in Art. 96 VRP die Erhebung von Kostenvorschüssen ausdrücklich geregelt. Gemäss Art. 96 Abs. 1 VRP kann die Behörde einen Kostenvorschuss verlangen. Kommt der Betroffene trotz Hinweises auf die Säumnisfolgen der Aufforderung nicht nach, so kann das Verfahren abgeschrieben werden oder die anbegehrte Amtshandlung unterbleiben, wenn nicht öffentliche Interessen entgegenstehen (Art. 96 Abs. 2 VRP; vgl. auch Art. 27 Abs. 3 EG-SchKG).

c) Die Einforderung eines Kostenvorschusses von Fr. 150.– ist daher zulässig. Die Beschwerde ist insoweit abzuweisen.